

ÍNDICE SUMARIO

RESUMEN INTRODUCTORIO

.....	7
I. Introducción	8
II. El proceso de descodificación: la coherencia a posteriori	9
III. Conflicto individual y conflicto colectivo	10
IV. El razonamiento simple frente a conflictos difíciles	12
V. La decisión razonablemente fundada	13
VI. La importancia de la distinción entre reglas y principios.	17
VII. El problema de los paradigmas en la decisión	19
VIII. Algunos ejemplos	21
1) ¿Qué hacer con el mercader de Venecia?	21
2) ¿Qué hacer con quien comete un delito por razones de necesidad?	23
IX. El problema de la indeterminación del Derecho	26

PRIMERA PARTE

EL CAMBIO DE SISTEMA

LA ERA DEL DESORDEN Y EL NUEVO ORDEN

CAPÍTULO I

EL FENÓMENO DE LA DESCODIFICACIÓN

.....	31
-------	----

I. La era del orden y la del desorden	32
1) Derecho Público y Privado como esferas independientes	32
2) Cambios en el Derecho Público	34
3) Derecho Privado: la crisis del modelo codificador del siglo XIX	35
4) El big bang legislativo.	38
II. El surgimiento de los microsistemas	40
1) El microsistema de la empresa	40
2) El microsistema de protección del consumidor	42
3) La crisis de la responsabilidad civil	45
4) El paradigma ambiental.	48
5) El mundo digital y las categorías espaciotemporales	50
6) La fuga del Derecho	53
7) Los microsistemas penales	54
III. Crisis de la noción jurídica de pueblo y de ciudadano.	55
1) ¿Quién es el pueblo y quién es el ciudadano?.	55
2) Conflictos irresolubles entre intereses igualitarios	58
3) La ineficacia de los Códigos del siglo XIX	59
A) La ley como consejo.	59
B) El exceso de leyes.	59
C) Legislación globalizada	61
D) El problema de los destinatarios y los “tecnolenguajes”	63
E) El Código como norma residual.	63
F) La convivencia de la influencia anglosajona y europea	64
G) La interpretación jurídica hermética.	66

CAPÍTULO II

LA CODIFICACIÓN DEL SIGLO XXI

I. Principios estables.	69
II. Comunicabilidad de principios entre el Derecho Público y Privado	72
III. La teoría de las esferas	75

IV. Relación con los microsistemas jurídicos.	78
1) El Derecho de las Familias	78
A) El modelo familiar en una sociedad multicultural	79
B) La transformación institucional de la familia	82
C) La ponderación entre derechos individuales y la tutela de la vida en común	83
2) El Código y los consumidores.	86
3) El Código y la responsabilidad civil	88
4) El Código y el Derecho Económico	89
V. Ineficacia y procesos de implementación	91

SEGUNDA PARTE

EL SISTEMA DE DERECHO

CAPÍTULO I

LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

.....	97
I. La identificación de una norma fundante	98
II. La validez formal y material.	101
III. Identificación de la norma aplicable en un sistema complejo	102
IV. El juicio práctico: la relación entre caso y sistema.	104

CAPÍTULO II

LAS FUENTES

Introducción. Teoría de la decisión y diálogo de fuentes	107
I. La Constitución	110
1) El fenómeno de la constitucionalización de los derechos.	110
2) Fuentes, principios y derechos comunicables	114
3) La Constitución como norma jurídica.	115
4) La Constitución como fuente	116
5) El “bloque de constitucionalidad”	117
6) Grados de eficacia	118

II. Los tratados	118
1) La internacionalización del Derecho: La jerarquía legal de los tratados.	118
2) Los tratados en general	119
3) Los tratados sobre derechos humanos.	121
A) El rango constitucional	121
B) La discusión sobre la operatividad	122
C) La solución constitucional	124
4) Tratados de integración	125
A) Tratados de integración y Derecho Comunitario	125
B) La jerarquía legal	126
C) Límites constitucionales del Derecho Comunitario	127
D) La operatividad	128
5) Jurisprudencia de la Corte Suprema	129
III. La costumbre.	133
1) Elementos de calificación	133
2) Efectos jurídicos	135
3) Efectos económicos.	135
4) Límites valorativos: las malas costumbres	136
IV. Pluralismo de fuentes y de jurisdicciones.	138
1) El riesgo de las soluciones contradictorias	138
2) Reglas para la solución	139

CAPÍTULO III

DERECHOS FUNDAMENTALES Y NORMAS INSTITUCIONALES

.	141
I. Derechos fundamentales	142
1) Denominación	142
2) Definición	143
3) Carácter fundante.	146
4) Clasificación: las generaciones de derechos y su crítica.	147
5) Calificación jurídica de los derechos fundamentales	148

6) Las pretensiones positivas	149
7) Las posiciones jurídicas: derechos de no afectación de intereses legítimos	151
8) Esferas de actuación tuteladas: derechos al no impedimento de facultades	153
9) Pretensiones relativas a la operatividad.	155
10) Sujetos activos	156
A) Derechos de la persona humana	156
B) Derechos de la naturaleza	157
11) Sujetos pasivos.	160
12) Ejercicio individual mancomunado o conjunto.	160
13) Bienes protegidos.	161
14) Relaciones jurídicas que producen	161
15) Extensión y reglamentación.	162
16) Interpretación orientada hacia la efectividad.	162
17) La renuncia a los derechos.	163
II. Conflicto entre derechos fundamentales y las mayorías	163
1) Independencia respecto del criterio mayoritario y las adjudicaciones del mercado	163
2) El principio contramayoritario.	166
3) Protección de los procedimientos	168
4) Derechos insaciables	169
5) Límites a las restricciones	170
6) Operatividad derivada y juicio de razonabilidad.	171
III. Las normas institucionales	172
1) Las reglas de compatibilización	173
2) Reglas de eficacia	175
3) Reglas de compatibilización con los bienes públicos	176

CAPÍTULO IV

PRINCIPIOS Y VALORES

.	179
I. Los principios jurídicos	180
1) La concepción principal del Derecho	180

2) Fuentes y fundamentos: la inversión de los problemas	181
3) Definición	183
4) Los principios como normas	183
5) Los principios como normas de optimización.	184
6) La aplicación del principio: el juicio de ponderación	185
7) Funciones.	186
8) Principio, <i>regulae iuris</i> , máxima y regla	187
9) Clasificaciones de principios	188
10) El valor creciente de los principios ocultos – <i>policies</i> –	189
II. Los valores	189

CAPÍTULO V

GARANTÍAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES

I. Garantías sustantivas de contenido	
mínimo de los derechos fundamentales	193
1) El problema del contenido de los derechos	193
2) Los derechos fundamentales como mínimo social	194
3) La asignación mediante el mercado.	195
4) El mínimo garantizado.	196
5) La función del Congreso en las garantías	197
6) El cumplimiento de derechos fundamentales en el proceso de elaboración de productos, como requisito previo a su comercialidad.	197
7) El tiempo en el otorgamiento de leyes de garantías	199
8) Principios jurídicos aplicables a las leyes de garantías	199
9) ¿Puede ser obligado el contratante a dar garantías transitorias?	201
A) La existencia de alternativas	202
B) La fijación de plazos	202
C) No desequilibrar la corresponsabilidad sistemática de las prestaciones	203
D) El caso “Cambiasso”	203
II. Garantías procesales	204
1) El “garantismo”	204

2) Protección autónoma de los derechos fundamentales	208
3) La tutela preventiva	210

CAPÍTULO VI

GRADOS DE EFICACIA

I. El distingo entre normas operativas y programáticas	217
1) Noción	217
2) La operatividad como problema de aplicación	219
3) Normas fundantes de pretensiones	220
A) Obligaciones de no hacer	220
B) Obligaciones de hacer: goce directo e indirecto. Operatividad originaria y derivada	221
C) El juicio de identificación sobre la operatividad originaria y derivada	224
C.1) El principio de la división de poderes	224
C.2) La afectación de terceros	226
C.3) No afectación de garantías	227
C.4) El desarrollo progresivo	227
4) La afectación de intereses legítimos sobre situaciones y derechos	228
5) Normas institucionales	229

TERCERA PARTE

LA SENTENCIA

.	233
-----------	-----

CAPÍTULO I

PROCEDIMIENTO DE ARGUMENTACIÓN LEGÍTIMA CONTROLABLE

.	235
I. La deducción es la regla (casos fáciles) y la argumentación es la excepción (casos difíciles)	238

II. Primer paso: deducir la solución de una regla formalmente válida . . .	239
1) Delimitar los hechos (elemento fáctico)	240
2) Identificar la norma (elemento normativo)	241
3) Deducir la solución del caso (elemento deductivo)	241
III. Segundo paso: control de la solución deductiva.	242
1) Mirar hacia atrás (elemento de consistencia)	242
2) Mirar hacia arriba (elemento de coherencia).	242
3) Mirar hacia adelante (elemento consecuencialista).	244
IV. Tercer paso: la solución en casos difíciles: conflictos de reglas y principios	246
V. Cuarto paso: la solución basada en paradigmas: explicación y armonización	247
VI. Conflictos entre los distintos pasos.	249

CAPÍTULO II

EL DEBATE SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL

I. El problema de la decisión judicial.	253
II. Primer paso: La decisión deducida de reglas válidas	256
1) El método deductivo	256
2) Presupuestos: claridad y neutralidad moral.	257
3) Crisis de los presupuestos	258
A) La ley ambigua y la cláusula general	258
B) La ley injusta.	260
III. La decisión basada en la argumentación	263
1) El surgimiento de la teoría de la argumentación.	263
2) La pretensión de corrección	266
3) La sentencia como norma jurídica de concretización	267
4) La doctrina de la arbitrariedad como pretensión de corrección . . .	269
IV. La decisión basada en paradigmas y modelos de decisión.	272
1) El problema de las decisiones basadas en convicciones.	272
2) El juez frente a los paradigmas competitivos y concepciones diferentes de la vida	274

CAPÍTULO III

CONFLICTOS ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

.....	277
I. Diferencias entre reglas y principios	278
II. Conflictos entre reglas	279
1) Solución de conflictos de leyes basada en antinomias	279
2) Solución de conflicto de leyes basada en un diálogo de fuentes	280
III. Conflictos entre principios	282
1) El juicio de ponderación: modelo de argumentos contrapuestos.	282
2) El modelo de adjudicación de derechos escasos.	283
3) Interpretación armónica, ponderación y modelo de adjudicación	284
4) Pasos en el juicio de ponderación	287
IV. La argumentación en casos con principios competitivos	291
1) Principios competitivos: el criterio del equilibrio óptimo	291
2) La carga de argumentación a favor de los derechos	294
3) El principio <i>favor libertatis</i> y sus reglas derivadas	295
4) Colisión con otros derechos	297
5) Proporcionalidad e igualdad	298
V. Jurisprudencia de la Corte Suprema	300
1) Calificación jurídica de los principios.	300
2) El juicio de ponderación	302

CUARTA PARTE

PARADIGMAS PARA LA DECISIÓN

INTRODUCCIÓN: RELACIÓN DE LOS PARADIGMAS CON LA DECISIÓN

.....	311
-------	-----

CAPÍTULO I

EL PARADIGMA DE ACCESO A LOS BIENES JURÍDICOS PRIMARIOS

I. Introducción	317
1) Características	317
2) Presupuestos	318
A) La exclusión social y jurídica	319
B) El umbral de acceso al Derecho	319
II. El Derecho enfocado en el acceso	321
1) El acceso al trabajo	321
2) El acceso a justicia	323
A) Análisis económico del proceso	324
B) Segmentación del proceso ordinario	325
C) Derechos humanos procedimentales	327
D) Legitimación procesal	327
3) El acceso de las víctimas a la reparación	330
4) El acceso a la propiedad privada	333
5) El acceso al mercado	336
6) El acceso al consumo	337
7) El acceso a las prestaciones de salud	338
III. El exceso en el acceso	338
1) Del uso mínimo al uso masivo e igualitario de las herramientas jurídicas	338
2) El problema de la saturación	339
IV. Características de las normas jurídicas que garantizan el acceso	340
1) El acceso a bienes primarios y secundarios	340
2) Redimensionamiento de las herramientas jurídicas	341
3) Garantía de acceso e imputación de costos	342

CAPÍTULO II

EL PARADIGMA PROTECTORIO

I. Introducción	343
-----------------	-----

II. Derecho Privado. Evolución del principio protectorio.	345
1) El principio <i>favor debitoris</i>	345
2) El principio <i>favor debilis</i>	347
3) El principio en favor del consumidor	347
4) En favor del individuo particular	350
III. La tutela de la persona	352
1) La centralidad de la persona	352
2) Impacto en la responsabilidad civil	353
3) Impacto en el contrato de servicios	354
A) El contrato de servicios como relación jurídica real: “la locación de servicios”	354
B) El contrato de servicios como relación jurídica familiar: el empleo doméstico	356
C) El contrato de servicios como relación jurídica dominial: el “recurso de la empresa”	356
D) El contrato de servicios dependiente: el contrato de trabajo . . .	357
E) El contrato de servicios como contrato entre personas	358
IV. Derecho Público. La protección del individuo a través de derechos fundamentales	359
V. Límites y críticas al paradigma protectorio	360
1) Proliferación de derechos humanos y horizontalización de los conflictos	360
2) Centralidad de la persona y bienes colectivos.	363
3) Principio protectorio y efectos distributivos	363
4) Principio protectorio y niveles de información	363
5) Protección inmediata y desprotección mediata	364
6) Adjudicación del costo de la intervención	365

CAPÍTULO III

EL PARADIGMA COLECTIVO

<i>Introducción</i>	367
<i>Primera Sección – Teoría de los bienes colectivos</i>	368
I. Características	368

II. El ambiente	373
III. La “identidad cultural” como bien colectivo	374
IV. Las costumbres colectivas en conflicto	378
Segunda Sección – Teoría de los grupos	380
I. Calificación jurídica del grupo	380
1) Cohesión interna, centro de interés	380
2) Regla de pertenencia	383
A) Identificar el objetivo: el interés común	383
B) Identificar un procedimiento: la organización	384
3) Conflictos intergrupales: legitimación competitiva	385
4) Los grupos contra sus miembros	386
5) El modelo del buen legislador	388
II. Tipología de los grupos	389
1) Grupos institucionales	389

CAPÍTULO IV

EL PARADIGMA CONSECUENCIALISTA

Introducción	391
Primera Parte – Acciones privadas y consecuencias públicas	393
I. El individuo a la deriva	393
II. El Derecho Privado defensivo como subsistema	395
III. La crisis pública derivada de las acciones privadas	396
IV. El modelo regulatorio	398
V. Comunicabilidad de principios entre el ámbito privado y público	400
Segunda Parte – El análisis consecuencialista	402
I. Introducción	402
II. Las deformaciones	404
1) La interpretación liberal	404
2) La interpretación absurda	405
3) La interpretación interesada	405

4) La interpretación “mesiánica”	406
5) Las relaciones entre Derecho y Economía	407
III. Caracterización del análisis económico del Derecho	408
1) Delimitación del campo: Derecho Privado y microeconomía	408
2) La corriente positiva	410
3) La corriente normativa	411
4) El método del constructivismo jurídico	411
IV. Presupuestos teóricos del análisis económico del Derecho	412
1) El individualismo metodológico	412
2) La utilización de modelos analíticos	413
3) El modelo de la persona humana racional y razonable	415
4) Niveles de optimalidad	416
5) El teorema de Coase	417
6) Costo de transacción	417
7) Costo de oportunidad	418
V. Elaboraciones teóricas del análisis económico del Derecho	419
1) Inversa relación entre el precio y la cantidad de demanda	419
2) La ley de la utilidad marginal decreciente	420
3) Los recursos tienden a gravitar desde su menor valor a su más alto valor si el intercambio voluntario es permitido	421
4) Teoría de la elección y de los juegos en los contratos	422
5) La teoría de la empresa	424
6) La teoría de la agencia	426
VI. La teoría de la acción individual y colectiva en el contexto institucional	428
1) Los límites del análisis económico	428
2) La acción colectiva	430
3) El análisis neoinstitucional	430

CAPÍTULO V

EL PARADIGMA DEL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I. Introducción	433
---------------------------	-----

II. Descentralización del poder	435
1) Concepción “descendiente” y “ascendiente” del Derecho	435
2) Acuerdos hipotéticos descentralizados: El modelo de la democracia deliberativa	439
3) El juez identificador de consensos	440
4) La Constitución como autorrestricción.	441
III. El poder y sus límites	442
1) La necesidad de límites al poder.	442
2) Fuentes del poder	443
3) Modos de ejercicio	444
4) La paradoja de la autorrestricción.	445
5) Tipología de conflictos	446
IV. Límite al poder político: El Estado de Derecho	446
1) La tutela del individuo frente al Estado	446
2) Los derechos humanos anteriores al Estado	447
3) Descentralización del poder: democracia intermedia y sociedad civil	447
4) El control de las instituciones. Problemas de justicia local	449
V. Límite a las mayorías: El Estado de Derecho Constitucional	450
1) La regla de la mayoría.	450
2) La democracia constitucional	451
3) Derechos al disenso.	453
4) El control judicial procedimental	454
VI. Límites al poder privado.	454
VII. Jurisprudencia de la Corte Suprema.	456
1) Federalismo y descentralización institucional	456
2) Control judicial procedimental. Protección de consensos básicos.	458
3) Tutela del individuo frente al Estado	460

QUINTA PARTE

SENTENCIAS ATÍPICAS

I. Introducción	467
---------------------------	-----

II. La sentencia sobre intereses individuales homogéneos	469
1) Efectos expansivos de la sentencia	469
A) Sentencia favorable a la acción.	470
B) Sentencia que rechaza la demanda	470
C) Sentencia que rechaza la demanda por falta de pruebas.	470
D) Cosa juzgada en materia ambiental	470
2) Procesos múltiples y litispendencia	472
III. La sentencia sobre bienes colectivos	476
IV. Distinción entre sentencia declarativa y sentencia de ejecución	476
1) Sentencia declarativa.	476
2) Sentencia de ejecución	479
V. Exhortaciones	479
VI. Mandatos de innovar y de no innovar	480
VII. Mandatos dirigidos a la administración	483
1) Orden orientada hacia un resultado sustantivo	483
2) Orden orientada al modo en que se ejecuta	484
VIII. Mandatos dirigidos al Congreso.	484
IX. Problemas de implementación de sentencias atípicas	485
1) El problema del tiempo en la ejecución	485
2) Garantías de implementación. Creación de una microinstitucionalidad.	488
3) Órdenes de organización de la implementación	490
X. El problema constitucional	492
BIBLIOGRAFÍA	495