ÍNDICE SUMARIO

INTRODUCCIÓN

¿DE QUÉ SE TRATA ESTE LIBRO?

I. Algunos objetivos	11
II. Algunos ejemplos	15
1) ¿Qué hacer con el acreedor desalmado?.....	15
2) ¿Qué hacer con quien comete un delito por razones de necesidad?	16
III. El problema	19
IV. Bases para el análisis	20
1) Cuestiones sobre el Derecho y de Derecho	21
2) El sistema de Derecho	21
3) La decisión judicial	21
4) Distingo entre reglas y principios	22
5) Paradigmas en la decisión.....	23

PRIMERA PARTE

LA ERA DEL DESORDEN

CAPÍTULO I

EL FENÓMENO DE LA DESCODIFICACIÓN

I. La era del orden y la del desorden.....	29
1) Derecho Público y Privado: esferas comunicadas.....	29
2) Situación actual del Derecho Público.....	31
3) Descodificación del Derecho Privado.....	32
4) El big bang legislativo	34
II. El surgimiento de los microsistemas.....	36
1) El microsistema de la empresa	36
2) Microsistema de protección del consumidor	38
3) Daños: crisis de la unicidad de lo ilícito	40
4) La cuestión ambiental como problema descodificante	42

5)	El mundo digital y las categorías espaciotemporales.....	42
6)	Creación de un Derecho ad hoc: producción autónoma de reglas.....	45
III.	Crisis de la noción jurídica de pueblo y de ciudadano.....	46
1)	Crisis del Código como disciplina de los ciudadanos.....	46
2)	Una ley para cada uno.....	46
3)	Conflictos irresolubles entre intereses igualitarios.....	47
4)	La feudalización del Derecho: la ley como consejo.....	48
5)	¿Cómo legislar lo diferente?.....	49
IV.	El jurista militante de verdades parciales.....	50
V.	El desprestigio de la ley.....	51
1)	La creación <i>snob</i>	51
2)	<i>Lex mercatoria</i> y “burocracia” internacional.....	52
3)	El problema de los destinatarios y los “tecnolenguajes”.....	53
4)	Efectos derogatorios de la ley especial.....	53
5)	El Código como norma residual.....	54
VI.	La crisis de la parte general del Derecho Civil.....	55
1)	De la exportación de institutos a la crisis.....	55
2)	¿Mero intercambio o importación teórica?.....	57
VII.	La crisis de la homogeneidad cultural.....	57
1)	La crisis.....	57
2)	La situación argentina. <i>Common law</i> y <i>civil law</i>	58
3)	La globalización y el multiculturalismo.....	60
VIII.	La creación de mercados de competencia legislativa.....	61
IX.	Diversificación del producto legislativo e incertidumbre.....	63
X.	Las causalidades complejas.....	64
XI.	La interpretación jurídica hermética.....	65

SEGUNDA PARTE

EL SISTEMA DE DERECHO

CAPÍTULO I

LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

I.	La identificación de una norma fundante.....	69
II.	La validez formal y material.....	72
III.	Identificación de la norma aplicable en un sistema complejo.....	74
IV.	El juicio práctico: la relación entre caso y sistema.....	75

CAPÍTULO II
LAS FUENTES

Introducción. Teoría de la decisión y diálogo de fuentes	77
I. La Constitución.....	79
1) El fenómeno de la constitucionalización de los derechos.....	79
2) Fuentes, principios y derechos comunicables	82
3) La Constitución como norma jurídica	83
4) La Constitución como fuente.....	84
5) El “bloque de constitucionalidad”.....	86
6) Grados de eficacia	87
II. Los tratados	87
1) La internacionalización del Derecho: La jerarquía legal de los tratados	87
2) Los tratados en general.....	88
3) Los tratados sobre derechos humanos	90
A) El rango constitucional	90
B) La discusión sobre la operatividad	91
C) La solución constitucional.....	92
4) Tratados de integración.....	93
A) Tratados de integración y Derecho Comunitario	93
B) La jerarquía legal	95
C) Límites constitucionales del Derecho Comunitario	95
D) La operatividad.....	96
III. La costumbre.....	97
1) Elementos de calificación	97
2) Efectos jurídicos	99
3) Efectos económicos	99
4) Límites valorativos: las malas costumbres	100
IV. Pluralismo de fuentes y de jurisdicciones.....	102
1) El riesgo de las soluciones contradictorias	102
2) Reglas para la solución	103

CAPÍTULO III

DERECHOS FUNDAMENTALES Y NORMAS INSTITUCIONALES

I. Derechos fundamentales	105
1) Denominación.....	105

2) Definición	106
3) Carácter fundante	109
4) Inderogabilidad: independencia respecto del criterio mayoritario y las adjudicaciones del mercado	110
5) Inderogabilidad limitada a la garantía sustancial de los derechos básicos	111
6) Clasificación: Las generaciones de derechos y su crítica	112
7) Calificación jurídica de los derechos fundamentales	112
8) Las pretensiones positivas	113
9) Las posiciones jurídicas: Derechos de no afectación de intereses legítimos	115
10) Esferas de actuación tuteladas: Derechos al no impedimento de facultades	117
11) Pretensiones relativas a la operatividad	118
12) Sujetos activos	120
A) Derechos del hombre	120
B) Derechos de los animales y de los árboles	120
C) Derechos de las personas jurídicas	122
D) Derechos de los grupos	122
13) Sujetos pasivos	123
14) Ejercicio individual mancomunado o conjunto	124
15) Bienes protegidos	124
16) Relaciones jurídicas que producen	124
17) Extensión y reglamentación	125
II. Las normas institucionales	126
1) Las reglas de compatibilización	127
2) Reglas de eficacia	129
3) Reglas de compatibilización con los bienes públicos	131
4) La imposición de funciones públicas a los particulares: función social de la propiedad, función ambiental	132

CAPÍTULO IV

PRINCIPIOS Y VALORES

I. Los principios jurídicos	135
1) La concepción principal del Derecho	135
2) Fuentes y fundamentos: la inversión de los problemas	137
3) Definición	138
4) Los principios como normas	139

5) Los principios como normas de optimización	139
6) La aplicación del principio: el juicio de ponderación.....	141
7) Funciones	142
8) Principio, <i>regulae iuris</i> , máxima y regla	142
9) Clasificaciones de principios	143
10) El valor creciente de los principios ocultos <i>-policies-</i>	144
II. Los valores.....	144

CAPÍTULO V

GARANTÍAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES

I. Garantías sustantivas de contenido	
mínimo de los derechos fundamentales	147
1) El problema del contenido de los derechos.....	147
2) Los derechos fundamentales como mínimo social	148
3) La asignación mediante el mercado	149
4) El mínimo garantizado.....	150
5) La función del Congreso en las garantías	150
6) El cumplimiento de derechos fundamentales en el proceso de elaboración de productos, como requisito previo a su comercialidad	151
7) El tiempo en el otorgamiento de leyes de garantías	153
8) Principios jurídicos aplicables a las leyes de garantías.....	153
9) ¿Puede ser obligado el contratante a dar garantías transitorias?	155
A) La existencia de alternativas	155
B) La fijación de plazos.....	156
C) No desequilibrar la correspectividad sistemática de las prestaciones	156
II. Garantías procesales.....	157
1) El "garantismo".....	157
2) El juez intervencionista y el imparcial	158
3) Protección autónoma de los derechos fundamentales.....	160
4) La tutela preventiva	162
A) Mandatos de no innovar	162
B) El mandato de innovar.....	163

CAPÍTULO VI
GRADOS DE EFICACIA

I. El distingo entre normas operativas y programáticas.....	167
1) Noción	167
2) La operatividad como problema de aplicación.....	169
3) Normas fundantes de pretensiones.....	170
A) Obligaciones de no hacer	170
B) Obligaciones de hacer: goce directo e indirecto. Operatividad originaria y derivada	171
C) El juicio de identificación sobre la operatividad originaria y derivada.....	173
C.1) El principio de la división de poderes	173
C.2) La afectación de terceros	174
C.3) No afectación de garantías	175
C.4) El desarrollo progresivo	175
4) La afectación de intereses legítimos sobre situaciones y derechos.....	177
5) Normas institucionales.....	177

TERCERA PARTE
LA DECISIÓN JUDICIAL

..... 181

CAPÍTULO I
ESQUEMA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

I. La deducción es la regla (casos fáciles) y la argumentación es la excepción (casos difíciles).....	183
II. Primer paso: Deducir la solución de una regla formalmente válida.....	185
III. Segundo paso: Control de la solución deductiva	186
IV. Tercer paso: La solución en casos difíciles: conflictos de reglas y principios	189
V. Cuarto paso: La solución basada en paradigmas: explicación y armonización.....	190
VI. Conflictos entre los distintos pasos	191
VII. Algunos ejemplos	193

CAPÍTULO II

EL DEBATE SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL

I. El problema de la decisión judicial.....	197
II. Primer paso: La decisión deducida de reglas válidas.....	199
1) El método deductivo.....	199
2) Presupuestos: claridad y neutralidad moral.....	200
3) Crisis de los presupuestos.....	200
A) La ley ambigua y la cláusula general.....	200
B) La ley injusta.....	203
III. La decisión basada en la argumentación.....	205
1) El surgimiento de la teoría de la argumentación.....	205
2) La pretensión de corrección.....	208
3) La sentencia como norma jurídica de concretización.....	209
4) La doctrina de la arbitrariedad como pretensión de corrección.....	211
IV. La decisión basada en paradigmas y modelos de decisión.....	213
1) El problema de las decisiones basadas en convicciones.....	213
2) El juez frente a los paradigmas competitivos y concepciones diferentes de la vida.....	215

CAPÍTULO III

EL ANÁLISIS CONSECUENCIALISTA

I. Introducción.....	219
II. Las deformaciones.....	220
1) La interpretación liberal.....	221
2) La interpretación absurda.....	222
3) La interpretación interesada y la propagandística.....	222
4) La interpretación “mesianica”.....	223
5) Las relaciones entre Derecho y Economía.....	224
III. Caracterización del análisis económico del Derecho.....	226
1) Delimitación del campo. Derecho y Microeconomía.....	226
2) La corriente positiva.....	227
3) La corriente normativa.....	228
4) El método del constructivismo jurídico.....	229
IV. Presupuestos teóricos del análisis económico del Derecho.....	229
1) El individualismo metodológico.....	229

2) La utilización de modelos analíticos.....	230
3) El modelo del hombre racional y el hombre razonable	232
4) Niveles de optimalidad	233
5) El teorema de Coase	233
6) Costo de transacción	234
7) Costo de oportunidad	235
V. Elaboraciones teóricas del análisis económico del Derecho.....	235
1) Inversa relación entre el precio y la cantidad de demanda.....	236
2) La ley de la utilidad marginal decreciente	236
3) Los recursos tienden a gravitar desde su menor valor a su más alto valor si el intercambio voluntario es permitido.....	237
4) Teoría de la elección y de los juegos en los contratos	238
5) La teoría de la empresa	240
6) La teoría de la agencia	241
VI. La teoría de la acción individual y colectiva en el contexto institucional.....	243
1) Los límites del análisis económico	243
2) La acción colectiva.....	245
3) El análisis neoinstitucional	246

CAPÍTULO IV

CONFLICTOS ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Primera Sección – <i>Diferencias entre reglas y principios</i>	249
Segunda Sección – <i>Conflictos de reglas</i>	251
I. Solución de conflictos de leyes basada en antinomias.....	251
II. Solución de conflictos de leyes basada en un diálogo de fuentes.....	252
1) Prioridad conceptual	252
2) Prioridad basada en principios.....	252
3) Coordinación de leyes	253
Tercera Sección – <i>Conflictos entre principios</i>	253
I. El juicio de ponderación: modelo de argumentos contrapuestos	253
II. El modelo de adjudicación de derechos escasos.....	255

III. Interpretación armónica, ponderación y modelo de adjudicación	256
IV. ¿Cómo se aplica la ponderación?	258
V. Identificar un campo de tensión entre principios	259
VI. Formas de evitar el conflicto: La opción por la alternativa más económica	259
VII. Prohibición de la ponderación	260
VIII. Principios de distinto rango: exclusión de la competencia	261
IX. Garantías: exclusión de la competencia	262
Cuarta Sección – <i>La argumentación en casos con principios competitivos</i>	262
I. Principios competitivos: el criterio del equilibrio óptimo	262
II. La carga de argumentación a favor de los derechos	264
III. El principio <i>favor libertatis</i> y sus reglas derivadas	265
1) <i>In dubio pro libertate</i>	265
2) En favor de la permisión	266
3) En caso de duda, en favor de la autonomía	266
4) El principio de la interpretación más favorable a la vigencia	266
5) El principio <i>pro homine</i>	267
6) En favor de la racionalidad	267
IV. La argumentación a favor de la restricción de derechos: otros derechos y bienes colectivos	267
V. Criterios de aplicación de los límites	269
1) La máxima de la proporcionalidad	269
2) La igualdad en el reparto de las cargas	270

CUARTA PARTE

PARADIGMAS PARA LA DECISIÓN

INTRODUCCIÓN

RELACIÓN DE LOS PARADIGMAS CON LA DECISIÓN

.....	273
-------	-----

CAPÍTULO I
EL PARADIGMA DE ACCESO A LOS
BIENES JURÍDICOS PRIMARIOS

I. Introducción.....	277
1) Características.....	277
2) Presupuestos.....	278
A) La exclusión social y jurídica.....	278
B) El umbral de acceso al Derecho.....	279
II. El Derecho enfocado en el acceso.....	280
1) El acceso al trabajo.....	280
2) El acceso a la justicia.....	282
A) Análisis económico del proceso.....	283
B) Segmentación del proceso ordinario.....	284
C) Derechos humanos procedimentales.....	286
D) Legitimación procesal.....	286
3) El acceso de las víctimas a la reparación.....	288
4) El acceso a la propiedad privada.....	290
5) El acceso al mercado.....	293
6) El acceso al consumo.....	295
7) El acceso a la salud.....	296
III. El exceso en el acceso.....	299
1) Del uso mínimo al uso masivo e igualitario de las herramientas jurídicas.....	299
2) El problema de la saturación.....	299
IV. Características de las normas jurídicas que garantizan el acceso.....	300
1) El acceso a bienes primarios y secundarios.....	301
2) Redimensionamiento de las herramientas jurídicas.....	301
3) Garantía de acceso e imputación de costos.....	302
4) Calidad y eficacia de un Derecho diferente.....	303
5) Relación del acceso con la regulación del mercado.....	303

CAPÍTULO II
EL PARADIGMA PROTECTORIO

I. Introducción.....	305
----------------------	-----

II. Evolución del principio protectorio.....	306
1) El principio <i>favor debitoris</i>	306
2) El principio <i>favor debilis</i>	308
3) El principio en favor del consumidor.....	309
4) En favor del individuo particular.....	312
III. La tutela de la persona.....	313
1) La centralidad de la persona	313
2) Impacto en el Derecho de Daños.....	314
3) Impacto en el contrato de servicios	316
A) El contrato de servicios como relación jurídica real: “la locación de servicios”.....	316
B) El contrato de servicios como relación jurídica familiar: el empleo doméstico	317
C) El contrato de servicios como relación jurídica dominial: el “recurso de la empresa”.....	318
D) El contrato de servicios dependiente: el contrato de trabajo	318
E) El contrato de servicios como contrato entre personas.....	319
IV. La protección del individuo a través de derechos fundamentales... ..	320
1) Características	320
2) Clasificación.....	321
A) Primera generación: la libertad negativa	321
B) Segunda generación: derechos económico-sociales.....	321
C) Tercera generación: calidad de vida	322
D) Cuarta generación: derecho a ser diferente.....	323
E) El derecho al desarrollo	323
V. Límites y críticas al paradigma protectorio	323
1) Proliferación de derechos humanos y horizontalización de los conflictos	324
2) Centralidad de la persona y bienes colectivos.....	326
3) Principio protectorio y efectos distributivos.....	326
4) Principio protectorio y niveles de información.....	326
5) Protección inmediata y desprotección mediata.....	327
6) Adjudicación del costo de la intervención.....	328

CAPÍTULO III

EL PARADIGMA COLECTIVO

Introducción	331
--------------------	-----

Primera Sección – <i>Teoría de los bienes colectivos</i>	332
I. Enumeración	332
II. Características	333
Segunda Sección – <i>Teoría de la acción colectiva</i>	335
I. Racionalidad individual y racionalidad colectiva	335
II. La conducta colectiva como fuente y canon de interpretación en sociedades multiculturales	336
Tercera Sección – <i>Teoría de los grupos</i>	339
I. Calificación jurídica del grupo	339
1) Cohesión interna, centro de interés	339
2) Regla de pertenencia	341
A) Identificar el objetivo: el interés común	341
B) Identificar un procedimiento: la organización	342
3) Conflictos intergrupales: legitimación competitiva	343
4) Los grupos contra sus miembros	344
5) El módulo del buen legislador	346
II. Tipología de los grupos	347
1) Grupos institucionales	347
A) Grupos de integración plena. La familia	348
B) Grupos de integración parcial: colegios profesionales, sindicatos, asociaciones	349
2) Grupos prestacionales	349
3) Grupos de riesgo: imputabilidad y legitimación pasiva	349
III. La regulación del grupo institucional	349
1) El grupo y la unión de sus integrantes	349
A) Prohibiciones	350
B) Contribuciones obligatorias	351
C) El uso de incentivos	352
2) Reglas que pretenden debilitar la cohesión del grupo	352
3) Reglas que protegen al individuo frente al grupo	353
4) Reglas que compatibilizan la actuación del grupo con los bienes públicos	354
A) La legitimidad del grupo lobbystico	354
B) Nulidad del objeto de sociedades	356
Cuarta Sección – <i>Contratos colectivos y conexidad contractual</i>	357
I. Vínculos asociativos: equipos prestacionales y contratos de colaboración	357

II. Conexidad contractual	359
1) El negocio que utiliza varios contratos.....	359
2) Perspectiva del consumidor: afectación de la libertad de elección	360
3) Perspectiva del empresario: colaboración estratégica.....	361
4) El “cemento” que une a los contratos: conexión objetiva	362
5) Elementos del sistema de contratos	363
A) Conexidad e integración	363
B) Deberes colaterales, causa y correspondencia sistemática... ..	365
6) Relaciones frente a terceros.....	366
III. Contrato sobre bienes de incidencia colectiva e intereses difusos	368
Quinta Sección – <i>La responsabilidad civil colectiva</i>	371
I. Ámbito de la responsabilidad colectiva	371
II. Legitimación pasiva colectiva: daños causados por grupos.....	372
III. Legitimación activa colectiva: el daño sufrido por grupos	374
IV. Difusión colectiva de la responsabilidad civil individual	375

CAPÍTULO IV

EL PARADIGMA CONSECUCIONALISTA

Introducción	377
Primera Sección – <i>Del individuo aislado al individuo situado</i>	379
I. Insuficiencia de los paradigmas protectorios	379
1) Derecho neutral y protección de la autonomía	379
2) El individuo “diferente” a la deriva	380
3) El Derecho Privado defensivo como subsistema	381
II. La crisis pública derivada de las acciones privadas	382
III. El Derecho inválido: ejemplos	383
1) La responsabilidad civil de la sociedad: lo injusto se vuelve antijurídico	383
2) Privacidad en el hogar o derecho a ser diferente en lugares públicos.....	384
3) El problema.....	385
Segunda Sección – <i>El paradigma consecuencialista</i>	385
I. La necesidad de un anclaje.....	385
II. El anclaje en bienes colectivos.....	386
III. La institucionalización de la sociedad civil	389

IV. La progresiva referenciabilidad pública del Derecho Privado	391
V. La referencia al mercado	391
1) Cláusula abusiva y Derecho de la competencia	391
2) Deber de información y transparencia informativa en el mercado	392
VI. La referencia al contexto social	393
1) La responsabilidad por daño genético en diversas situaciones.	393
2) La legitimidad de la cláusula de rescisión unilateral en distintos contextos.	395
VII. La referencia a otros derechos de igual o similar rango.	397
VIII. La referencia a la aldea global.	397
IX. El consecuencialismo en la interpretación constitucional	399

CAPÍTULO V

EL PARADIGMA DEL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I. Introducción.	401
II. Descentralización del poder	402
1) Concepción “descendiente” y “ascendiente” del Derecho	402
2) Acuerdos hipotéticos descentralizados: El modelo de la democracia deliberativa.	406
3) El juez identificador de consensos	407
4) La Constitución como autorrestricción.	407
III. El poder y sus límites	408
1) La necesidad de límites al poder.	408
2) Fuentes del poder.	410
3) Modos de ejercicio.	410
4) La paradoja de la autorrestricción	411
5) Tipología de conflictos.	412
IV. Límite al poder político: El Estado de Derecho.	412
1) La tutela del individuo frente al Estado	413
2) Los derechos humanos anteriores al Estado.	413
3) Descentralización del poder: Democracia intermedia y sociedad civil	414
4) El control de las instituciones. Problemas de justicia local	416

V. Límite a las mayorías: El Estado de Derecho Constitucional	417
1) La regla de la mayoría	417
2) La democracia constitucional	417
3) Derechos al disenso	419
4) El control judicial procedimental	420
VI. Límites al poder privado	420
1) El experto y el profano: deberes de información	421

CAPÍTULO VI

EL PARADIGMA AMBIENTAL

.	425
I. Relación con los otros paradigmas	426
II. Relación con el Derecho del ambiente	427
III. Relación con la Ética: las bases morales de la sociedad	428
IV. Relación con la empresa: externalidades negativas	428
V. Nuevas categorías jurídicas	429
VI. Concepto jurídico del ambiente	430
1) Definiciones materiales y formales	430
2) Definiciones complejas: el paisaje	432
VII. Principios jurídicos estructurantes	434
VIII. Razonamiento jurídico. Teoría de las esferas	436
IX. ¿Qué fue, qué es y qué será el agua para el Derecho?	437
1) El paradigma dominial	437
2) Visión actual. Los límites	440
3) Los desafíos del futuro	443

CONCLUSIONES

Primera Parte – <i>La era del desorden</i>	449
Segunda Parte – <i>El sistema de Derecho</i>	450
<i>La regla de reconocimiento</i>	450
<i>Las fuentes</i>	451
<i>Derechos fundamentales y normas institucionales</i>	452

<i>Principios y valores</i>	453
<i>Garantías sustantivas y procesales</i>	454
<i>Grados de eficacia</i>	455
Tercera Parte – <i>La decisión judicial</i>	456
<i>El análisis consecuencialista</i>	458
<i>Conflictos entre reglas y principios</i>	458
Cuarta Parte – <i>Paradigmas para la decisión</i>	459
<i>El paradigma de acceso a los bienes jurídicos primarios</i>	460
<i>El paradigma protectorio</i>	461
<i>El paradigma colectivo</i>	462
<i>El paradigma consecuencialista</i>	463
<i>El paradigma del Estado de Derecho Constitucional</i>	465
<i>El paradigma ambiental</i>	466
BIBLIOGRAFÍA	469

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN RUBINZAL - CULZONI EDITORES
Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EL 14 DE MARZO DE 2006 EN LOS TALLERES
GRÁFICOS DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE