

**RICARDO LUIS LORENZETTI**

# **LA SENTENCIA**

**TEORÍA DE LA  
DECISIÓN JUDICIAL**



**RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES**

## **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

521

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 ineeficacia 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

<b>II.</b>	<b>Los tratados.....</b>	<b>118</b>
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
<b>III.</b>	<b>La costumbre.....</b>	<b>133</b>
1)	Elementos de calificación .....	133
2)	Efectos jurídicos .....	135
3)	Efectos económicos.....	135
4)	Límites valorativos: las malas costumbres .....	136
<b>IV.</b>	<b>Pluralismo de fuentes y de jurisdicciones.....</b>	<b>138</b>
1)	El riesgo de las soluciones contradictorias .....	138
2)	Reglas para la solución .....	139

### CAPÍTULO III

#### DERECHOS FUNDAMENTALES Y NORMAS INSTITUCIONALES

I.	Derechos fundamentales.....	141
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
<b>II.</b>	<b>Conflictivo entre derechos fundamentales y las mayorías .....</b>	<b>163</b>
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
<b>III.</b>	<b>Las normas institucionales .....</b>	<b>172</b>
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

I.	Los principios jurídicos .....	179
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 correspondividad sistématica 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	4) La interpretación “mesiánica” .....	406
III. La “identidad cultural” como bien colectivo .....	374	5) Las relaciones entre Derecho y Economía .....	407
IV. Las costumbres colectivas en conflicto .....	378	III. Caracterización del análisis económico del Derecho .....	408
<b>Segunda Sección – Teoría de los grupos .....</b>	<b>380</b>	1) Delimitación del campo: Derecho Privado y microeconomía .....	408
I. Calificación jurídica del grupo .....	380	2) La corriente positiva .....	410
1) Cohesión interna, centro de interés .....	380	3) La corriente normativa .....	411
2) Regla de pertenencia .....	383	4) El método del constructivismo jurídico .....	411
A) Identificar el objetivo: el interés común .....	383	IV. Presupuestos teóricos del análisis económico del Derecho .....	412
B) Identificar un procedimiento: la organización .....	384	1) El individualismo metodológico .....	412
3) Conflictos intergrupales: legitimación competitiva .....	385	2) La utilización de modelos analíticos .....	413
4) Los grupos contra sus miembros .....	386	3) El modelo de la persona humana racional y razonable .....	415
5) El modelo del buen legislador .....	388	4) Niveles de optimalidad .....	416
II. Tipología de los grupos .....	389	5) El teorema de Coase .....	417
1) Grupos institucionales .....	389	6) Costo de transacción .....	417
2) Grupos no institucionales .....	390	7) Costo de oportunidad .....	418
3) Grupos de acción .....	390	V. Elaboraciones teóricas del análisis económico del Derecho .....	419
4) Grupos de presión .....	390	1) Inversa relación entre el precio y la cantidad de demanda .....	419
5) Grupos de poder .....	390	2) La ley de la utilidad marginal decreciente .....	420
6) Grupos de consumo .....	390	3) Los recursos tienden a gravitar desde su menor valor a su más alto valor si el intercambio voluntario es permitido .....	421
7) Grupos de información .....	390	4) Teoría de la elección y de los juegos en los contratos .....	422
8) Grupos de control .....	390	5) La teoría de la empresa .....	424
9) Grupos de autoridad .....	390	6) La teoría de la agencia .....	426
III. El paradigma consecuencialista .....	391	VI. La teoría de la acción individual y colectiva en el contexto institucional .....	428
<b>Primera Parte – Acciones privadas y consecuencias públicas .....</b>	<b>393</b>	1) Los límites del análisis económico .....	428
I. El individuo a la deriva .....	393	2) La acción colectiva .....	430
II. El Derecho Privado defensivo como subsistema .....	395	3) El análisis neoinstitucional .....	430
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		
<b>Segunda Parte – El análisis consecuencialista .....</b>	<b>402</b>		
I. Introducción .....	402		
II. Las deformaciones .....	404		
1) La interpretación liberal .....	404		
2) La interpretación absurda .....	405		
3) La interpretación interesada .....	405		
		<b>CAPÍTULO V</b>	
		<b>EL PARADIGMA DEL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL</b>	
I. Introducción .....	433		

## 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