

**PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN SENTENCIAS DE DERECHO
PRIVADO ¿SE TRATA A VECES DE UNA MODA?**

**CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN PRIVATE LAW JUDGMENTS - IS IT
SOMETIMES A FASHION?**

Javier Habib¹
Universidad San Pablo-Tucumán

Resumen: La relación entre el razonamiento desde reglas y el desde principios suele ser entendida como una de conflicto o una de complementariedad. En la relación de complementariedad, el pensamiento es que, a falta de una regla clara para el caso, el juez tiene principios para decidir. Esto sucede en casos de vacío legal, vaguedad y aplicabilidad de más de una regla para el caso en cuestión. En la relación de conflictividad, por otro lado, el pensamiento es que los principios sirven para invalidar reglas que indudablemente tienen vocación de regular el caso pero no gustan. Se considera que la regla es injusta y se utiliza un principio para, desde ahí, declararla improcedente y pensar una decisión ad hoc. Este trabajo examina tres decisiones de altos tribunales del sistema jurídico argentino para mostrar que los jueces pueden utilizar los principios no para complementar la falta de normas claramente aplicables ni para declarar la invalidez de las normas, sino para reafirmar lo que las normas ya dicen. En otras palabras, identifico que en ciertas decisiones, los jueces, después de haber decidido de acuerdo con lo que dice una norma, se ven en la necesidad de reafirmar su decisión con un razonamiento a través de principios. En sí mismo, el hallazgo ya es interesante. Aun así, creo que hay un valor añadido en la lectura de los tres casos seleccionados, ya que, como sostengo, muestran tres aspectos importantes del fenómeno que los estudiosos han denominado "constitucionalización del derecho privado".

¹ jhabib@uspt.edu.ar

Palabras clave: constitucionalización del derecho privado, ponderación, proporcionalidad, teoría del derecho privado, razonamiento judicial.

Abstract: The relationship between reasoning through rules and reasoning through principles is generally thought of as one of either complementarity or conflict. When thought of as a complementarity relation, the idea is that principles are there for when judges have no clear-cut solution to their cases. This occurs in cases where there is no rule for the case, the rule is vague or there are at least two rules that seem to be applicable to the same case. When thought of as a conflict relation, on the other hand, the thought is that principles serve to declare rules invalid. This occurs when judges believe that the rule that unequivocally governs the case is unfair. They utilize a principle for both explaining in which sense it is that the rule is unfair and also for developing an appropriate solution. This work examines three high court decisions of the Argentinian legal system to show that judges may use principles neither to complement the lack of clearly applicable rules nor to declare rules invalid but to restate what rules already say. In other words, I identify that in certain decisions, judges, after having decided in accordance with what a rule says, they find themselves in the need to reaffirm their decision with reasoning through principles. In itself, the finding is already interesting. Still, I believe that there is a value added in the reading of the three selected cases, for, as I argue, they exhibit three important aspects of the phenomenon scholars have dubbed “constitutionalization of private law”.

Keywords: Private law theory, proportionality analysis, legal reasoning, constitutionalization of private law.

Introducción

En las discusiones doctrinarias acerca del derecho privado de hoy, existe incremental interés por los modos en que los jueces pueden justificar sus decisiones.¹ Son dos los grandes modos conocidos.² El primero, y más convencional, es el llamado “razonamiento deductivo”. Éste se basa en las llamadas “reglas de derecho”, que son proposiciones que describen situaciones de la vida en sociedad (el incumplimiento de un acuerdo, un insulto, una disputa sobre lo que es mío o tuyo) y una consecuencia de tipo prescriptivo. Éste método de decisión judicial está comúnmente asociado a los cuerpos legislativos del siglo XIX (el Código Civil, el Código de Comercio, etc.) y a la tradición jurídica llamada “formalismo” (se piense en Fernando López de Zavalía).

El otro tipo de argumentación sobre el que hoy se habla mucho es la justificación desde principios. Los principios, a diferencia de las reglas, no estipulan respuestas precisas para casos concretos, sino que estipulan aspiraciones o ideales que el derecho debe realizar (no dicen que el que no entrega la cosa prometida en el contrato de compraventa debe pagar su equivalente según el precio de mercado, sino que “las promesas deben ser cumplidas”, o que “la confianza no debe ser dañada”). Si bien los principios del derecho civil son piezas que parecen haber existido desde siempre,³ hoy vivimos la impresión de que el razonamiento desde principios es algo novedoso. Y es que no hay duda ninguna de que los recientes desarrollos en el campo de la teoría de la proporcionalidad⁴ y los derechos humanos, incorporados a nuestro medio por el movimiento conocido como la

¹ Ver, por ejemplo, el reciente libro de GUZMÁN, Néstor L., *Discrecionalidad y justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*, Astrea, 2019, Buenos Aires,.

² Ver “Sobre reglas y principios, entrevista a Robert Alexy” en *La Ley. Actualidad*, Buenos Aires, 30/10/08, p 1.

³ Sin mencionar nuestro milenar tesoro de brocados o máximas jurídicas, digamos algunos de los principios consagrados en el Código Civil de Vélez Sarsfield: “Art. 1071.- El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.” “Art. 499. No hay obligación sin causa...” “Art. 1.197. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.” “Art.21.- Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.” “Art. 3.876. ... El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores.” “Art. 2261.- Es prohibido prestar cualquier cosa para un uso contrario a las leyes o buenas costumbres...” (O 1503) En fin... “Art. 16.- Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas...”. Ver también la nota al artículo 495, donde Vélez nos ofrece un pensamiento sobre “principios jurídicos”.

⁴ Ver, por todos, Alexy, R. (2008), “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *La Ley*, TR LA LEY, AR/DOC/2715/2008, 1-6.

“constitucionalización del derecho privado”,⁵ han generado gran progreso en el entendimiento de cómo articular los principios en las decisiones judiciales.

A poco que se piense en cómo entienden nuestros juristas la relación entre el razonamiento desde reglas y desde principios, no se duda en concluir que la relación o es una de conflicto o es una de complemento. En la relación de complementariedad, el pensamiento es que, a falta de una regla clara para el caso, el juez tiene principios para decidir. Esto sucede en casos de vacío legal, vaguedad y aplicabilidad de más de una regla para el caso en cuestión. En la relación de conflictividad, por otro lado, el pensamiento es que los principios sirven para invalidar reglas que indudablemente tienen vocación de regular el caso pero no gustan. Se cree que la regla es injusta (inadecuada o lo que fuere) y se utiliza un principio (siempre aquel desde el que se piensa que es injusta o inadecuada) para, desde ahí, declararla inaplicable y pensar una decisión ad hoc.

El propósito de este trabajo es exponer una curiosidad que observo en la jurisprudencia argentina. Mi observación es que en altas decisiones judiciales el razonamiento de principios no es usado ni para suplir la falta de reglas ni para poner en crisis a las mismas, sino para reafirmar lo que las reglas dicen. Puesto de otra manera, en ciertas sentencias judiciales, vemos casos que luego de haber sido decididos por el método tradicional (de subsumir hechos en reglas), los jueces (no conformes) apelan al método de decidir desde principios para reafirmar sus decisiones. Mostraré esto con un análisis pormenorizado de tres sentencias.

La primera es Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ Daños y Perjuicios, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aquí la Corte decidió que las declaraciones críticas que un funcionario había vertido en medios de comunicación

⁵ La literatura es vasta. Ver, en particular, Ranieri de Cechini, D. (2013). “El Neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com.: El protagonismo del juez en el Estado de Derecho y el problema del método de ponderación”, en *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 1. Disponible en: <http://bibliotecadigital.ucaedu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf>. En general, RUEDA, Tomás Guillermo, “Acerca de la constitucionalización del Derecho Privado”, en *Revista Derecho Constitucional. Universidad Blas Pascal*, (1), 2019, pp. 38-50. Para una visión crítica ver Chaumet, M., Meroi, A. “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado: ¿será en definitiva el derecho solo el juego de los jueces?” p. 6. Disponible en [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-decapacitacionjudicial/actividades-2015-\(click-para-ver-todas\)/3327.pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-decapacitacionjudicial/actividades-2015-(click-para-ver-todas)/3327.pdf).

respecto a la actuación de otro funcionario no generaban responsabilidad civil. La mayoría se forma con dos votos. El primero, de Rosenkrantz y Highton, arriba a la conclusión tras aplicar (a la manera tradicional) una doctrina judicial. El segundo voto, elaborado por el juez Rosatti, llega a la misma conclusión que los jueces pre-votantes, pero desde la “ponderación” entre la libertad de expresión y el derecho al honor de las personas.

La segunda sentencia es Scocco, Gabriel vs. Embotelladora del Atlántico S.A. y otros s/ Medidas Preparatorias, de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Una empresa de comercialización de residuos industriales demanda a una embotelladora de la red Coca-Cola por incumplimiento contractual. Para mejor elaborar su demanda, la empresa pide se realicen medidas preparatorias, consistentes en que un oficial de justicia fotocopie documentos de propiedad de la demandada. Aquí el voto único de la Corte Suprema sostiene que la sentencia que daba lugar a tales medidas no había sido suficientemente fundada. Para así decidir, el juez votante argumenta que no se verifican los requisitos prescriptos en la ley de rito local, además de que se violaba el derecho de confidencialidad, reconocido por el art. 1 de la ley 24.766. Siendo éste su argumento, y como si fuera necesario, el juez prosigue a reafirmar su argumentación con un “análisis de proporcionalidad”.

El tercer y último caso es Jaime Sale y Cia. s/Disolución y Liquidación de Sociedad – Incidente de Tercería de Dominio, de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Tucumán. María C. Scro era poseedora con boleto del inmueble donde vivía. Un acreedor del vendedor (todavía titular registral del inmueble) traba embargo sobre el mismo. La cuestión a decidir es si la poseedora con boleto tiene mejor derecho respecto al inmueble que el acreedor del titular dominial. Tanto la Corte (en voto único) como el Ministerio Público Fiscal (en su dictamen sobre el caso) concuerdan en que el derecho favorece a la poseedora. No obstante, existe una diferencia notable en ambas decisiones. El Ministro Público Fiscal utiliza la lógica tradicional del derecho civil: habla de los efectos de transferencia de la posesión, y de la preeminencia de los derechos reales por sobre los derechos personales. La corte, en cambio, no utiliza terminología civilista. La corte habla de la vivienda personal, que estaba protegida por derechos constitucionales y tratados

internacionales.

En todos estos casos se ve cómo dos teorías del derecho son usadas (a veces por un mismo juez, otras veces por dos opinantes) para arribar a una misma conclusión. El fenómeno de por sí es interesante, y aún más cuando se lo observa desde los siguientes interrogantes: Si se trata de reforzar argumentos (primero decido con el método tradicional; luego reafirmo con una ponderación) ¿es jurídicamente necesario reforzar los argumentos judiciales? ¿No es suficiente con que se apliquen las reglas de derecho? Más aún, ¿que sucedería si en el intento de reforzar, nos damos con que el segundo método nos indica una solución contraria? ¿Le hacemos caso a las reglas, o a la ponderación? En todo caso, ¿son autónomos los métodos jurídicos, (quiero decir, se trata de reglas de pensamiento que aplicadas correctamente dan lugar a una solución única e involuntaria), o son acaso recursos de persuasión, que los jueces emplean para expresar, de manera técnica, y con palabras venerables, sus preferencias políticas\morales?

Y si no se trata de reforzar argumentos ¿ante qué fenómeno estamos? Si se piensa, la historia del derecho muestra que las concepciones del derecho (y sus metodologías de formación y aplicación) fueron con los tiempos siendo paulatinamente reemplazadas: Al método de los glosadores le siguió el de los comentaristas; luego apreció el de los humanistas, que fue eclipsado por el de los aristotélico-tomistas; éste, a su turno, cayó en desuso con el auge de las filosofías racionalistas.⁶ La historia ciertamente es más compleja. Pero sirva la exageración para clarificar mi punto. ¿El método de la ponderación, se infiltra en el derecho privado para paulatinamente desplazar al método de la subsunción, o es “solo una moda”?⁷

El artículo analizará los tres fallos recién introducidos en partes separadas. Cada parte

⁶ Para este tipo de narrativa ver el trabajo James Gordley. Por ejemplo, Gordley, J. (2013) *The Jurists: A Critical History*, Oxford: Oxford University Press.

⁷ Podría decirse que el método de la subsunción es obsoleto. En otras palabras, es incapaz de resolver cuestiones de una sociedad dinámica, puesto que era propio de sociedades más estables, susceptibles de ser gobernadas por reglas que perduran en el tiempo. Pero los fallos que comento en este artículo demuestran lo contrario. El método de la subsunción todavía es vigoroso. Los jueces usan el argumento de la ponderación *luego* de haber decidido según reglas. Por ello mi pregunta: ¿se trata de una moda? Esta pregunta no es liviana, puesto que se trata de decisiones judiciales, el producto de la ingeniería social a través de la cual resolvemos conflictos en los que, en sede civil, está en juego nada menos que el trabajo (dinero) de los individuos.

está dividida en tres secciones. Las sesiones A muestran a los jueces argumentando a la manera tradicional. Las secciones B muestran a jueces que, no conformes, proceden a reafirmar la decisión desde razonamientos de principios. Las secciones C están dedicadas a describir tres aspectos relevantes del fenómeno de la constitucionalización del derecho privado que, curiosamente, aparecen notablemente expuestos en cada uno de los fallos que se tratan.

1. Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ daños y perjuicios

José Carlos Martínez, un funcionario de la Provincia de Tierra del Fuego, había emitido declaraciones en distintos medios de comunicación, en las que decía que otro funcionario, el Fiscal de Estado Martínez de Sucre, era “cómplice” de “intereses económicos” que habían “vaciado la provincia” y “estafado a los trabajadores” y que en consecuencia pediría que se lleve a cabo un juicio político para destituir al fiscal de su cargo; pidió que el funcionario eventualmente realizó, pero que la legislatura rechazara. En respuesta a tales acusaciones, Martínez de Sucre interpone una demanda por indemnización del daño generado a causa de las declaraciones mencionadas, y del pedido de juicio político.

Tanto el magistrado de primera instancia, como la Cámara de Apelación y el Superior Tribunal de Provincia hacen lugar parcialmente a la demanda. Se condena al demandado a abonar una suma a título de compensación por el daño generado a causa de las acusaciones periodísticas, pero se rechaza la demanda en lo que tocaba al pedido de juicio político, ya que ese pedido no era “una conducta reprochable jurídicamente”, en tanto que se trataba “del uso pleno de un derecho político o de ciudadano.”⁸

Los herederos del demandado (que había fallecido mientras tramitaba el proceso) deducen recurso extraordinario, que es aceptado por la corte. La Corte revoca la decisión del más alto tribunal fueguino, por considerar que los dichos sobre Martínez de Sucre se

⁸ Para así decidir, la más alta corte provincial dijo que si bien la atribución de un deficiente desempeño en el ejercicio de la función pública no lesionaba el honor del demandante, la situación cambiaba si tal imputación iba acompañada de expresiones menoscabantes. “[E]l funcionario público es ante todo un ser humano que, como tal, disponía de un ámbito personal íntimamente enraizado en su condición moral e imagen ante la sociedad y los seres cercanos.” El demandado había utilizado expresiones como “cómplice”, “pacto de impunidad” y “estafa a los trabajadores”, que son ajenas a la órbita de la libertad de expresión, pues no se habían dirigido al desempeño del funcionario sino que lo habían afectado en su órbita personalísima. Ver el considerando 1 del voto de Rosenkrantz y Highton.

enmarcaban dentro de la libertad de expresión del demandado, en tanto eran juicios de valor no ofensivos, respecto a la actividad pública a la que Martínez de Sucre se había expuesto, al asumir su rol como Fiscal de Estado. La mayoría es constituida por votos de Rosenkrantz y Highton de Nolasco, por un lado, y Rosatti, en voto separado. Como veremos, Rosenkrantz y Highton de Nolasco elaboran un razonamiento doctrinal tradicional. Rosatti, en cambio, elabora un juicio de ponderación.

A. *Un razonamiento tradicional: el voto de Rosenkrantz y Highton*

Rosenkrantz y Highton de Nolasco comienzan su razonamiento entendiendo que el análisis a efectuar es uno que observa las expresiones vertidas por el demandado, desde la perspectiva de las doctrinas de la constitución.⁹ Desde esa perspectiva, advierten, la libertad de expresión “goza de un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales”.¹⁰ Su preeminencia se explica en “su importancia para el funcionamiento de una república democrática”¹¹. Con todo, la libertad de expresión no es “un derecho absoluto”, ilimitado. “Sus límites deben atender a la existencia de otros derechos constitucionales que pueden resultar afectados por su ejercicio”.¹² Uno de esos derechos es el derecho al honor.

A seguido, los jueces distinguen daño material de daño jurídico.¹³ Dicen que es obvio “que ciertas expresiones pueden afectar no solo la sensibilidad del actor sino también su autoestima y la consideración y el respeto que toda persona de bien aspira a conseguir de sus semejantes. Sin embargo, estas consecuencias disvaliosas no pueden determinar *per se* la solución que debe darse al recurso planteado, pues lo determinante no es si dichas expresiones causan daño, sino si ellas resultan antijurídicas.”¹⁴ En otras palabras, “no

⁹ Dicen: “Que corresponde analizar ahora si las expresiones vertidas por José Carlos Martínez gozan de tutela constitucional o si, por el contrario, ellas se encuentran más allá del ámbito de protección que ha delineado la jurisprudencia de esta Corte y pueden, en consecuencia, dar base a la responsabilidad fijada por los tribunales fueguinos.” Considerando 7 del voto de Rosenkrantz y Highton

¹⁰ Considerando 7.

¹¹ Considerando 7, citando (Fallos: 320:1272). Y dice “En virtud de la íntima relación que existe entre la libertad de expresión y la democracia republicana, la protección que esta Corte ha reconocido a ese derecho es especialmente intensa en materias de interés público, como sin duda lo son aquellas vinculadas con el desempeño de altas funciones públicas en el orden provincial.” Considerando 7.

¹² Considerando 7.

¹³ Considerando 9.

¹⁴ Considerando 9.

todo daño es antijurídico”.¹⁵ Para determinar si un dicho que daña genera responsabilidad cabe analizar “si exceden o no el marco constitucional que, a los efectos de promocionar un debate público robusto, protege la expresión de opiniones en materias de interés público.”¹⁶ ¿Cómo determinamos esto?

Rosenkrantz y Highton reseñan una doctrina jurisprudencial de la Corte, que entiende que los dichos de una persona respecto a otra pueden ser clasificados en aserciones de hecho y en juicios de valor.¹⁷ Las expresiones de hecho (o información) pueden ser falsas y dañar el honor de las personas. En estos casos emerge responsabilidad civil siempre que no se cumplen dos excepciones. Una es “el supuesto de Campillay”, según la cual queda eximido quien propale información que atribuye directamente a una fuente, utiliza un tiempo de verbo potencial, o deje en reserva la identidad del implicado. Otra excepción es el “caso de la real malicia”, según el cual “quien emite la información falsa no haya conocido su falsedad ni se haya comportado con una notoria despreocupación respecto de su veracidad o falsedad.”¹⁸

En cuanto a los juicios de valor, prosiguen los jueces, son aquellas que no pueden ser verificados por consistir en opiniones morales de las personas. Para explicar que un juicio de valor puede dañar pero no causar responsabilidad civil, los jueces citan el caso “Amarilla”. No hay responsabilidad cuando las expresiones no resultan “estricta e indudablemente injuriantes” o un “insulto o vejación gratuita”, “ya que solo corresponde tomar como objeto de posible reproche jurídico la utilización de palabras inadecuadas, esto es, la forma de la expresión y no su contenido pues este, considerado en sí, en cuanto de opinión se trate, es absolutamente libre.”¹⁹

Hecha esta clasificación—que, como se verá, es el marco conceptual desde donde se

¹⁵ En otras palabras, si un dicho mío como “¡River Plate es lo peor que hay!”; por una extrema susceptibilidad tuya, te causa un gran perjuicio (supongamos que entraste en ira, tomaste un cuchillo que estaba al alcance de tu mano, y te rayaste todo el cuerpo), yo no debo responder. Quizás haya culpa, conexión causal, y daño, pero falta antijuridicidad, puesto que no puede ser ilícita una expresión tal. La tradición dice que lo que se repara no es el *damnum* (daño) sino la injuria (injusticia). Ver la aguda explicación de Weinrib, E. (1995) *The idea of private law*, Cambridge: Harvard University Press.

Considerando 9.

¹⁷ Considerando 9.

¹⁸ Considerando 9.

¹⁹ Considerando 9.

decide—los jueces proceden a justificarla.²⁰ “[L]a distinción entre hechos y juicios de valor ... se asienta sobre la base de que la veracidad o falsedad de las afirmaciones de hecho es susceptible de verificación empírica, mientras que la de las opiniones o juicios de valor no lo es.”²¹ Más aún, “La distinción es jurisprudencialmente aceptada y resulta útil para la articulación de la protección constitucional de la libertad de expresión con la de otros derechos en situaciones donde lo que está en cuestión son las expresiones vertidas en el ámbito de un debate público que involucra a funcionarios o figuras públicas. Así, se ha dicho que no hay afectación del honor cuando se publican meras opiniones o juicios de valor.”²²

Hasta acá²³ los jueces efectuaron una clasificación doctrinal, enunciaron las reglas de cada uno de los elementos clasificados, y validaron la clasificación—epistemológica y jurídicamente. En el considerando 11, el razonamiento comienza a cerrarse.

Dice Rosenkrantz y Highton:

las expresiones por las que el tribunal *a quo* condenó a José Carlos Martínez constituyen opiniones o juicios de valor y, por ello, deben ser evaluadas a la luz de la doctrina antes reseñada.²⁴

Nuestros jueces aquí caracterizan el fenómeno bajo análisis en términos de un extremo de la clasificación recién presentada, reseñada y validada, y enfatizan que (una vez así calificado el fenómeno) como tal debe ser juzgado. Y enjuician:

Cabe anticipar que dichas expresiones no son “estricta e indudablemente injuriantes”²⁵

Así concluido, agregan “Debe tenerse presente, asimismo, que la posibilidad de que los funcionarios públicos estén especialmente expuestos a la crítica, incluso ríspida, respecto del ejercicio de sus funciones, habilita un debate público robusto que resulta

²⁰ Esto sucede en el considerando 10.

²¹ Considerando 10.

²² Considerando 10.

²³ Desde el considerando 7 al 10.

²⁴ Considerando 11.

²⁵ Considerando 11.

indispensable para el desarrollo de la vida republicana y democrática. Es por ello que la Constitución Nacional protege no solamente la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas, sino también aquellas formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, dureza o causticidad, o que apelan a expresiones irritantes, ásperas u hostiles, indudablemente molestas para los funcionarios”.²⁶

Éste es, esquematizado, el razonamiento de Rosenkrantz y Highton de Nolasco.²⁷ El voto de los jueces soluciona la controversia apelando a un método tradicional. En otras palabras, la corte expone el derecho (la libertad de expresión no es absoluta; pero para que haya responsabilidad se debe violar un derecho; existen dos tipos de dichos que pueden ser antijurídicos; existen ciertas condiciones para que los dichos generen responsabilidad) y luego observa los hechos (Martínez emitió un juicio de valor) para inferir, según el derecho expuesto, las consecuencias del caso (la opinión de valor de Martínez no genera responsabilidad). En otras palabras, en su voto, Rosenkrantz y Highton, efectúan un razonamiento claramente subsuntivo.

B. El razonamiento constitucional: La ponderación de Rosatti

El juez Rosatti adhiere a la mayoría pero con voto propio. Su razonamiento es extenso y complejo. Luego de una serie de consideraciones introductorias, Rosatti argumenta que para resolver la tensión que existe entre dos derechos de igual peso se requiere de una “ponderación”. Lo llamativo es que luego de proponer esa metodología, nuestro juez (es mi impresión) termina subsumiendo. Analicemos:

Nuestro magistrado comienza su argumentación situando “el contexto conceptual y normativo a la luz del cual se examinará el asunto”.²⁸ Aquí menciona dos puntos. Primero, que los dichos del demandado califican como “juicios de valor” respecto al desempeño de un funcionario público. Y segundo, que para determinar si tales dichos

²⁶ Considerando 11.

²⁷ En el considerando 12), los jueces despejan la duda respecto a la solución que se le debería dar al caso en la hipótesis de que se tratara a los dichos como aserciones de hecho. Dicen “que de las constancias de la causa no surge que ellas sean falsas ni tampoco, en la hipótesis de que lo fueran, que el demandado las haya vertido con conocimiento de su falsedad o con total despreocupación a su respecto (Fallos: 310:508; 331:1530; entre otras).”

²⁸ Considerando 6 del voto del doctor Rosatti.

gozan del amparo constitucional, “deviene necesario ponderar” por un lado, “la protección constitucional de los derechos en tensión”, y por el otro “la naturaleza de las expresiones cuestionadas.”

En cuanto a la primera cuestión, dice que “el conflicto se evidencia en la medida en que” tanto “el derecho al honor y a la reputación profesional del actor” cuanto “el derecho a libre expresión de la demandada” se fundan en normas constitucionales.²⁹ Cita artículos constitucionales que reconocen al honor³⁰ y artículos constitucionales que reconocen a la libertad individual³¹ y, luego de repetir consideraciones respecto al trato diferenciado que requieren los juicios de valor³², sustenta cada uno de los derechos en conflicto con opiniones de autores y fallos.³³ En defensa de la libertad de expresión cita a Joaquín V Gonzalez³⁴ y Fallos: 331:1530, y en cuanto a la importancia del honor, cita al italiano De Cupis.³⁵

A seguido de estas consideraciones iniciales, nuestro juez, en su considerando 8, introduce el marco conceptual de una ponderación. Queda evidenciado, dice nuestro juez, que existe un “reconocimiento constitucional explícito de ambos derechos” (libertad de expresión y honor) y que estos están insertos “en un sistema constitucional que no reconoce derechos absolutos y propicia un equilibrio armónico en su ejercicio”.

Corresponde entonces que “la dilucidación de un conflicto o tensión entre ambos requerirá la ponderación de:

²⁹ Considerando 6.

³⁰ Menciona al art. 33 de la Constitución Nacional y, a través del 75 inc. 22, a los arts. 11 y 13.2.a del Pacto de San José de Costa Rica, arts. 17 y 19.3.a. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y al art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Considerando 6.

³¹ Menciona al art. 14 y 32 de la Constitución Nacional y, a través del 75, inc. 22, al art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica, y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Considerando 6.

³² Considerando 6.

³³ Considerando 7.

³⁴ “[L]a “principal importancia constitucional de la libertad de prensa 'está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres...” (Conf. González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", pág. 167, citado en Fallos: 331:1530; 333:1331).” Considerando 7.

³⁵ “[L]a dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona” De Cupis, A. (1982) *I diritti della personalità*, Ed. Milano: Milán..Considerando 7.

i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de uno justifica la restricción del otro.

Y dice:

Un juicio de ponderación en ese lineamiento conducirá a que en algunos casos la balanza se incline hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho al honor.³⁶

Estando a mi juicio planteado el método de búsqueda de la verdad jurídica, nuestro juez se embarca en un movimiento inesperado. No procede a balancear el grado de afectación del honor del demandado, la importancia de la satisfacción de la libertad de opinión, y si el cuidado del honor del demandante en el caso concreto implica la restricción de la libertad de opinión del demandado. No. Por el contrario, nuestro juez se embarca en un razonamiento más complejo. El proceso dura, a mi juicio, cinco pasos.

Primero, el juez agrega a lo ya dicho un conjunto de criterios de interpretación, que “se presentan como parámetros razonables para arribar a una solución justa y equilibrada”.³⁷

Dice:

En la concreción de esa tarea, se presentan como parámetros razonables para arribar a una solución justa y equilibrada: i) las circunstancias concretas en las que las expresiones debatidas se exponen, ii) la mayor o menor virulencia de las locuciones y/o frases utilizadas y el contexto en el que fueron expuestas, iii) su tono humorístico o mordaz, iv) el hecho de afectar al agraviado solo en relación con su comportamiento y desempeño como titular de un cargo público y no en su faceta íntima y privada en la medida en que estos aspectos -donde la tutela constitucional alcanza su máxima intensidad- no resulten relevantes para el debate político, v) la finalidad de crítica política perseguida, vi) la relevancia pública del asunto, y vii) la contribución (o la ausencia de contribución) a la formación de la

³⁶ Cita extraída de la causa “Kimel, E. c/ República Argentina”, sentencia de 12 de mayo de 2008, párrafo 88, doctrina receptada en Fallos: 335:2150; 336:1148; 337:921. Considerando 8 primer párrafo.

³⁷ Considerando 8 segundo párrafo.

opinión pública libre.³⁸

Luego de esto, nuestro magistrado introduce un principio general, que dice “que ante la tensión o conflicto” entre la libertad de opinión y “el derecho al honor y a la reputación del funcionario, ellos se resuelvan en sentido de otorgar mayor protección al primero y de asignar un mayor sacrificio a los que tienen en sus manos el manejo de la cosa pública.”³⁹

En tercer lugar, Rosatti procede a enunciar una excepción al principio planteado anteriormente—“no hay un derecho al insulto”⁴⁰—y vuelve a elevar la libertad de expresión por sobre el honor. Dice “resulta prioritario adoptar un criterio estricto en la ponderación de los presupuestos exigidos para el nacimiento del deber de reparar.”⁴¹

En un quinto momento⁴² Rosatti hace surgir una “consecuencia del análisis precedente”, que a mi modo de ver consiste en una doctrina jurisprudencial acerca de la responsabilidad civil por dichos acerca del desempeño de funcionarios públicos. Dice:

la libertad de expresión manifestada como juicio crítico o de valor o como opinión goza de la más amplia protección constitucional frente al derecho al honor y a la reputación personal' en la medida que:

- a) se inserte en una cuestión de relevancia o interés público;
- b) se refiera al desempeño o conducta de un funcionario o figura pública en el marco de su actividad pública;
- c) se utilicen frases, términos, voces o locuciones que guarden relación con la cuestión principal sobre la que se emite la expresión; y no excedan el nivel de

³⁸ Considerando 8.

³⁹ Que justifica diciendo “El hecho de que se hayan expuesto voluntariamente a una actividad pública -y a las consecuencias que de su ejercicio se derivan-, así como el mayor acceso a los medios periodísticos para repeler las expresiones y/o opiniones críticas, constituyen elementos que justifican la prevalencia de la protección del derecho a la libertad de expresión, el que cabe considerar comprensivo no solo de “...la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población” (confr. doctrina de Fallos: 310:508; 316:2416; 321:2558; 326:4136; 331:1530; 335:2150; 336:1148; 337:921, entre otros). Considerando 9 (las cursivas son del voto).

⁴⁰ Considerando 10.

⁴¹ Considerando 10.

⁴² Considerando 11.

tolerancia que es dable exigir a quienes voluntariamente se someten a un escrutinio riguroso sobre su comportamiento y actuación pública por parte de toda la sociedad;

b) cuente, en su caso, con una base fáctica suficiente que dé sustento a la opinión o juicio crítico o de valor al que se halle estrechamente vinculada; y

e) contribuya a la formación de una opinión pública necesaria para la existencia de un pluralismo político en una sociedad democrática.⁴³

Es luego de dicha regla jurisprudencial que nuestro juez, finalmente, resuelve el caso (considerando 12):

En tanto enmarcadas en una severa crítica sobre el rol que desempeñaba un funcionario público en temas que comprometían la defensa del erario público provincial - lo cual debe ser entendido como acto derivado del legítimo ejercicio de control de los actos de gobierno- dichas expresiones no son aptas,' en principio, para generar responsabilidad civil. La circunstancia de que pudieran ser consideradas desacertadas, irrazonables y aun en el límite de la medida que sería deseable en el marco de este tipo de debates, no basta por sí solas para calificarlas como denigrantes o vejatorias, teniendo en consideración que guardan relación directa con el objeto del discurso. Tampoco refieren a aspectos vinculados al ámbito familiar o íntimo del funcionario (reducto que goza de la máxima protección constitucional aun para quienes voluntariamente se dedican o involucran en la función pública) que resulten innecesarios para la formación de la opinión pública y/o carentes de vinculación directa con el asunto público concernido, pues en tal caso es probable que la solución sería distinta a la que se propone en el *sub examen*.

[...]

En definitiva, la decisión apelada que atribuyó responsabilidad a José Carlos Martínez con motivo de sus expresiones constituye una restricción indebida al

⁴³ Considerando 11.

ejercicio de la libertad que desalienta el debate público en temas de interés general, siendo susceptible de propiciar "futuros actos de indeseada autocensura" (conf. doctrina Fallos: 321:2558). Corresponde que sea revocada.⁴⁴

Éste es el razonamiento del doctor Rosatti. En contraste con el de Rosenkrantz y Highton, no se propone resolver la cuestión desde un punto de vista doctrinal, clásico. Rosatti por el contrario expresa su intención de efectuar un razonamiento de ponderación. Esto sucede en el considerando 8), en el que nuestro juez menciona dos premisas (que existen dos derechos en juego, y que ninguno de ellos goza de prevalencia) de las que deriva la conclusión de que para resolver el caso hay que recurrir a una ponderación de (a) el grado de afectación del honor del demandante, (b) la importancia de satisfacer la libertad de opinión del demandando, (c) y si el cuidado del honor del demandante en el caso concreto implica la restricción de la libertad de opinión del demandado.⁴⁵ Lo curioso es que, en contra de lo que uno hubiera esperado (que Rosatti proceda a elaborar los puntos a), b) y c)), nuestro juez procede a desarrollar una larga serie de puntos ("parámetros razonables para una solución justa y equilibrada"; una regla de prevalencia de la libertad de opinión respecto al honor; una excepción a la regla recién enunciada; un criterio de interpretación en sede de responsabilidad civil; y una robusta doctrina jurisprudencial, de 5 premisas), para recién concluir el caso.

C. *Nota de relieve: Se anuncia una cosa y se hace otra*

Es de notar que la lectura de la conclusión (arribada en el considerando 12) en compañía con la doctrina jurisprudencial elaborada en el considerando 11, genera la sensación de que la conclusión es una verificación de (o subsunción del caso en) las premisas que componen la doctrina. En efecto, cuando en la conclusión, nuestro juez dice que las

⁴⁴ Considerando 12.

⁴⁵ Premisas que ciertamente concuerdan con los pasos en que los teóricos de la ponderación clasifican el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Ver, por ejemplo, Alexy, R. (2008) "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en *La Ley*, p. 2. De allí el siguiente fragmento: "saber qué es la ponderación presupone conocer su estructura. La ley de la ponderación indica que la ponderación puede ser fragmentada en tres etapas. La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio."

expresiones del demandado se encuentran “enmarcadas en una severa crítica sobre el rol que desempeñaba un funcionario publico”, parece hablarnos del inciso (b) de la regla del considerando 11, que dice que la declaración de una persona goza de protección constitucional cuando “se refiera al desempeño o conducta de un funcionario o figura pública en el marco de su actividad pública”. Más aún, cuando nuestro juez dice “en temas que comprometían la defensa del erario público provincial” parece referirse al inciso (a) de la regla, que tiene por lícita a una declaración cuando “se inserte en una cuestión de relevancia o interés público”. Y así, cuando dice “La circunstancia de que pudieran ser consideradas desacertadas, irrazonables y aun en el límite de la mesura que sería deseable en el marco de este tipo de debates, no basta por sí solas para calificarlas como denigrantes o vejatorias, teniendo en consideración que guardan relación directa con el objeto del discurso” parece referirse al inciso c) primera parte, que hace prevalecer la libertad por sobre el honor cuando “se utilicen frases, términos, voces o locuciones que guarden relación con la cuestión principal sobre la que se emite la expresión”. Finalmente, cuando dice “Tampoco refieren a aspectos vinculados al ámbito familiar o íntimo del funcionario” parece nos habla del inciso c) segunda parte, que protege a las declaraciones que “no excedan el nivel de tolerancia que es dable exigir a quienes voluntariamente se someten a un escrutinio riguroso sobre su comportamiento y actuación pública por parte de toda la sociedad”.

2. *Scocco, Gabriel vs. Embotelladora del Atlántico S.A. y otros s/ Medidas preparatorias*

Nuestro siguiente caso es *Scocco, Gabriel vs. Embotelladora del Atlántico S.A. y otros s/ Medidas Preparatorias*, resuelto en 2006, por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.⁴⁶ Scocco prestaba servicios de limpieza a una embotelladora de la red Coca-Cola. Como contraprestación, la embotelladora le permitía retirar y comercializar por su cuenta una determinada cantidad del material que se obtiene a partir de la molienda de botellas y cajones en desuso. La molienda se realizaba con máquinas de la embotelladora y en sus propias instalaciones. Un cierto día la embotelladora prohíbe a Scocco continuar con la actividad dentro de su planta. Ante dicha decisión, Scocco adquiere un terreno y

⁴⁶ La descripción que procede es resumen de la descripción de los hechos efectuada por la Corte en su considerando 1.

maquinarias propias para continuar con la actividad. En este nuevo contexto, Scocco reclama un aumento de la cantidad de kilos de material que podía retirar a cambio de la limpieza, puesto que, según argumentó, se había producido “un quiebre de la ecuación económico-financiera del contrato”, al tener que moler con máquinas y en instalaciones propias. Luego de sendas negativas a revisar el contrato, la embotelladora notifica a Scocco el cese del vínculo. Aquí se presenta un hecho que agrava la situación de este último. Las botellas y cajones que había acumulado en sus instalaciones, y que no podía procesar por faltas de fondos, llevó a que la municipalidad local lo sancionara, por incumplimiento de la normativa sobre tratamiento de residuos.

Scocco interpone acciones contractuales y extracontractuales. Pero a fin de fundar “concreta y suficientemente” sus demandas, requiere se dispongan medidas preparatorias de juicio ordinario, en el sentido del art. 396 del Código Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.⁴⁷ Las medidas consistían en que un oficial de justicia fotocopiara una documental de la embotelladora que, según Scocco, resultaba necesaria para la dilucidación de las dos cuestiones de fondo. En lo que respecta a las pretensiones contractuales, Scocco pedía que se inquiriera acerca de la ecuación que rige el contrato entre la demandada y la empresa que lo había remplazado. En cuanto a la demanda extracontractual, Scocco pedía que se verificara, por ejemplo, “si existen disposiciones o normas, circulares, recomendaciones, memorándums, etc. sobre el tratamiento de los desechos industriales que hubiesen sido emitidos por la empresa The Coca-Cola Company”.⁴⁸

La jueza de primer grado ordena se libre mandamiento al oficial de justicia a que, “con todas las facultades de ley”, proceda a extraer “fotocopias de la documental requerida”. La demandada interpone un recurso de revocatoria, a la que otro juez de grado hace lugar. El argumento del juez revocante era que se permitía al funcionario actuante “abrir cajones, armarios y archivos para encontrar documentación en principio indeterminada” “sin tener en cuenta que por esa vía, quedarán enterados los actuantes obligados a la

⁴⁷ El art. 396 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe establece, en lo pertinente, que “La orden de exhibición de documentos ... que haya de ser objeto de pleito se llevara a efecto compulsivamente. Si no fuera posible, por haber el requerido ocultado, destruido o dejado de poseer los [documentos], será responsable de los daños y perjuicios”.

⁴⁸ Todo según la descripción de los hechos efectuada por la Corte en considerando 1.

lectura, de diversas alternativas del giro comercial de los afectados”. Por otro lado, decía el revocante que la medida no armonizaba “con la letra ni con el espíritu de la ley procesal en su art. 390 inc. 4º”,⁴⁹ ya que esta norma no ampara una situación “en la que con toda evidencia se está produciendo de antemano una prueba que ha de utilizarse para confirmar la pretensión de la demanda, sin noticia ni audiencia de quien haya de ser demandado, habiéndose omitido cumplir el art. 397 CPCC”.⁵⁰

La Cámara deja sin efecto la decisión del revocante,⁵¹ lo que motiva un recurso de inconstitucionalidad, que es admitido y favorablemente acogido por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.⁵² El juez votante es el doctor Spuler. Según mi lectura del fallo, Spuler efectúa dos movimientos argumentativos. En el primero, nuestro juez propone una solución al caso, desde mi punto de vista, tradicional: por un lado analiza el caso de acuerdo a la doctrina procesal elaborada en torno a los artículos del código de rito que regulan el instituto de las medidas preparatorias para juicio ordinario, y por el otro, entiende que la demandada queda protegida por el art. 1 de la ley 24.766 de confidencialidad sobre información. En el segundo momento, nuestro juez contesta un posible ataque a su solución. Este ataque es la acusación de no satisfacer la demanda por aplicar la ley escrita. Es en esta defensa donde nuestro juez aplica un razonamiento de proporcionalidad. Analicemos.

A. *El razonamiento tradicional*

⁴⁹ El art. 390 inc. 4º dice: “El juicio ordinario podrá prepararse pidiendo el que pretenda demandar: ... 4to. Que se exhiba algún testamento u otro documento cualquiera que sea menester para entablar la demanda.” ⁵⁰ El art. 397 CPCC dice: “Las medidas preparatorias se realizarán con citación de parte si la urgencia del caso lo permite o con intervención del Ministerio Fiscal en caso contrario.”

⁵¹ Argumenta, entre otros puntos, que la violación al derecho a la confidencialidad que resultaría en la “inspección general y pormenorizada de toda la documentación” en realidad quedaría obviada si el trámite contara con la colaboración de personal idóneo de las empresas demandadas, que seleccione la documental objeto de las medidas preparatorias. También argumentó la cámara, “con relación a la tesis de que las medidas configurarían en realidad la producción de prueba anticipada”, que “el ejercicio de eventuales pretensiones de “orden contractual” y de “índole extracontractual” y el “fundamento de la medida” ... satisfacen cabalmente la mención del “motivo por el cual se solicitan”...”. En considerando 1 del voto de la Corte.

⁵² “[A]graviándose en su presentación de que en el caso la Alzada ha efectuado una interpretación irrazonable de la ley, forzando su letra a fin de acoger figuras ajenas al instituto regulado, con ignorancia de los límites propios impuestos por las normas procesales a las medidas preparatorias, arribando a una solución sustentada en meras afirmaciones dogmáticas que viola el derecho a la jurisdicción garantizado por el orden constitucional.” Considerando 2.

Spuler comienza su argumentación⁵³ diciendo que el a quo yerra en su razonamiento porque debía “hacerse cargo” de dos “concretas defensas planteadas por su contraparte”. La primera tiene que ver con la relación que debe existir entre las medidas preparatorias y la demanda que se pretende preparar. Spuler destaca que el a quo “postula sin más que la actora había satisfecho la exigencia establecida por el artículo 394 del código de rito respecto a que las medidas sean pedidas ‘expresando claramente el motivo por el cual se solicitan y las acciones que se proponen deducir o el litigio cuya iniciación se tema’”⁵⁴. “[S]in ingresar en una suerte de ‘ante-juicio’ que importe prejuzgar sobre la viabilidad de eventuales demandas, resulta irrazonable y ajeno a las finalidades del instituto en juego el despacho de las mismas sin efectuar el previo examen de verosimilitud que permitirá desechar aquellas que fuesen ‘notoriamente improcedentes’” Y cita al artículo 394, 2° párr., C.P.C.C. y a Carlo Carli, “La demanda civil”, Lex, Bs. As., 1973, p. 55.

El segundo defecto de la sentencia en crisis tiene que ver, al decir de Spuler, con “la tutela debida a concretos derechos o intereses (Jhering) reconocidos explícitamente por la legislación vigente ... vinculados con la protección de la confidencialidad de ciertos documentos requeridos por la actora”. En su argumentación, Spuler vincula este punto con el anterior. La necesidad de argumentar la pertinencia de las medidas “resultaba especialmente necesaria en este caso a poco que se repare en la naturaleza y características de las medidas articuladas, referidas a la exhibición de documentos ora vinculados en su mayoría con aspectos de la actividad empresarial amparados por la ley de confidencialidad (n° 24.766)”.

Ése es, básicamente, el primer movimiento argumentativo de nuestro juez. Como se ve, el argumento reviste el carácter de un típico argumento jurisdiccional. En un primer

⁵³ El argumento comienza en el considerando 3.

⁵⁴ Artículo 394. (Texto cfr. Ley 13.151) Las medidas preparatorias se pedirán expresando claramente el motivo por el cual se solicitan y las acciones que se proponen deducir o el litigio cuya iniciación se tema. El Juez accederá siempre y sin sustanciación alguna, a no ser que las considere notoriamente improcedentes. Las diligencias pedidas por el que pretende demandar no tendrán valor si no se entabla demanda o si no se inicia el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, en su caso, dentro del término de quince (15) días de practicadas, sin necesidad de petición de parte o declaración judicial. De igual modo, también caducarán automáticamente si no se entabla la demanda dentro de los quince (15) días de firmada el acta de finalización del mismo. En caso de reconocimiento ficto, los quince (15) días correrán una vez ejecutoriado el auto que lo declare. El auto en que se despachen las diligencias preparatorias no es apelable, pero sí el que las deniegue. El que las disponga contra un tercero que no haya de ser parte en el juicio será apelable en efecto devolutivo.

momento plantea que el tribunal anterior dio lugar a un efecto de la ley procesal (ordenar medidas anticipadas) sin exponer acabadamente que se verifican los supuestos de hecho que habilitan tales efectos (estipulados en el art. 394 del código de rito). Se trata de un razonamiento de subsunción (la ley dice que Y sigue de X; no se verifica X; luego no sigue Y), acompañado de discusiones doctrinales.⁵⁵ El mismo carácter ostenta el segundo argumento, que versa sobre la ley de confidencialidad (la ley 24.766) que, según Spuler, aparece violentada con las medidas a las que el a quo da lugar sin previo análisis.

B. El razonamiento constitucional: La proporcionalidad

Pudiendo haber estado ya definida su posición, Spuler procede a desarrollar el siguiente razonamiento.

En particular considero que merece severos reparos la ausencia de ponderación de las consecuencias que, sobre el derecho de E.D.A.S.A. a "impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros" (artículo 1, ley 24.766), tenían las medidas genéricamente despachadas a fs. 66, pues si bien es cierto que el derecho a la confidencialidad -que en última instancia encuentra su fundamento en la inviolabilidad del derecho de propiedad y en las exigencias del bien común vinculadas a su protección- no es absoluto, debiendo retroceder cuando razones de justicia suficientes así lo exijan, no es menos cierto que dicho retroceso sólo es constitucionalmente admisible si se cumplen las exigencias de proporcionalidad vinculadas con la menor restricción posible y, lo que es lo mismo, el empleo de los medios menos gravosos para obtener el fin buscado (vide Alexy, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 111 y ss.).

Me gustaría comentar dos puntos. Primero, es de notar que el juez opinante efectúa su razonamiento de ponderación para disipar un posible argumento en contra de su decisión. Nuestro juez había ya fundado su decisión con una argumentación típicamente legalista. Lo que hace con el argumento de la ponderación es decirnos que es verdad que él podría

⁵⁵ Esto sucede cuando nuestro juez subraya que "el previo examen de verosimilitud" que requieren las medidas preparatorias no contradicen el principio de que no corresponde "ingresar en una suerte de 'ante-juicio' que importe prejuzgar sobre la viabilidad de eventuales demandas." Y cita al artículo 394, 2° párr., C.P.C.C. y su doctrina: Carli, C. (1973) *La demanda civil*, Lex: Buenos Aires, p. 55.

revisar el derecho positivo (relativizar el derecho consagrado en el art. 1 de la ley 24.766), pero que no lo hace, debido a que no se cumplen las exigencias de la proporcionalidad. Segundo, y relacionado a esto, es que, según nuestro juez, el medio adecuado para revisar el derecho vigente es el análisis de proporcionalidad. Dice "... si bien es cierto que el derecho a la confidencialidad ... no es absoluto, debiendo retroceder cuando razones de justicia suficientes así lo exijan, no es menos cierto que dicho retroceso *sólo es constitucionalmente admisible* si se cumplen las exigencias de proporcionalidad vinculadas con la menor restricción..." (las cursivas son mías). Es también relevante, en tercer lugar, el hecho de que cite la obra de Robert Alexy. En otras palabras, su tesis de que la proporcionalidad es el medio adecuado para revisar el derecho vigente no es apoyada con cita a artículos de la constitución, ni fallos de la corte, ni doctrina constitucional de fuste. Cita a un libro de un jurista alemán, que habla de filosofía del derecho.

En los párrafos que sigue a la cita recién comentada, Spuler no argumenta explícitamente cuál sería un medio menos gravoso para obtener el fin buscado, pero sí enfatiza que el medio elegido por el a quo es del todo desproporcionado. Dice:

se advierte que precisamente en el caso, al proveer favorablemente -y de manera irrestricta- a las exhibiciones de documentales solicitadas por Scocco, la Sala dio indeliberadamente curso a una medida que por sus alcances (baste reparar en los genéricos términos empleados por la actora) podría afectar aspectos esenciales del referido "derecho a la confidencialidad" de E.D.A.S.A. (e incluso de quienes aparecen vinculados jurídicamente a la marca "Coca Cola"), el cual resulta sacrificado incluso en aspectos - como las "normativas o standards de producción que The Coca-Cola Company fija para las embotelladoras que operan con ella", o la "papelería que posibilita establecer qué capacitación y actualización sobremétodos de garantía de calidad ha recibido EDASA" de Coca Cola, o el "programa Wastesmart", o el "sistema de gestión ambiental de Coca-Cola", entre otra documentación

En este punto no está de más insistir en que... resultaba imprescindible formular las correspondientes distinciones en orden a la procedencia o no de su exhibición

por vía judicial, para no cohonestar -reitero- afectaciones innecesarias al secreto industrial/comercial/empresario o habilitar planteos ajenos al ámbito propio de las medidas preparatorias, distinciones que no corresponde que esta Corte formule, debiendo por ello ser realizadas por el Tribunal a quien le incumba juzgar nuevamente la causa.

En suma. El argumento, aunque gramaticalmente complejo, es inteligible. En este segundo momento nuestro juez nos dice que si está autorizado a revisar la ley escrita (el art. 1 de la ley 24.766). Pero para ello, deben darse las condiciones de la proporcionalidad. Es decir, debe encontrar un medio menos gravoso (del derecho de confidencialidad) para lograr el fin requerido (obtener información de fuste para la sustanciación de la demanda).⁵⁶ Se vislumbra que el medio menos gravoso podría haber sido una determinación más precisa, enumerada, de los documentos a exhibir. No fue así; pues se procedió a pedir exhibiciones genéricas.

C. Nota de relieve: Los jueces se sienten llamados a modificar la ley

Me interesa llamar la atención sobre un punto. Como dijimos, el caso podría haber quedado resuelto sólo con el primer argumento; el que se elabora con doctrina procesal y la ley nacional 24.766. El análisis de proporcionalidad aparece para reforzar la decisión tomada. Aquí viene mi punto: ¿Por qué se refuerza el argumento? La respuesta que me gustaría ensayar es esta: Una lectura atenta del argumento sugiere que en la conciencia de nuestro juez existe una suerte de obligación moral de cambiar el derecho positivo para dar respuestas satisfactorias a las demandas de los individuos. Más explícitamente, es como si el juez dijera “si bien es cierto que el derecho positivo puede ser cambiado por los jueces, y aún más cuando en el caso una parte aparezca como vulnerable frente a la

⁵⁶ En la teoría de la proporcionalidad, el análisis procede en tres pasos: el llamado “análisis de idoneidad”, el llamado “análisis de necesidad” y el llamado “análisis de proporcionalidad en sentido estricto”. Ver Clericó, L. (2018) “Derechos y proporcionalidad: Violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, p. 160-185.

Spuler no elabora un examen exhaustivo. El primer paso, “examen de idoneidad”, está supuesto como satisfactorio. Lo que las pretensiones de Scocco no logran superar es el “examen de necesidad”. La tesis es que existen medios alternativos que podrían permitir realizar el interés de Scocco (obtener información para fundar su demanda) sin afectar (de tal manera) el interés de E.D.A.S.A. Uno de los “medios menos gravosos para obtener el fin buscado” es si acaso se especificaran particularmente los documentos que se necesitan, y para qué fines procesales.

otra (Scocco frente a una embotelladora de la red Coca-Cola), en este caso no corresponde hacerlo, puesto que sería desproporcionado.” Este sentir judicial de un deber de cambiar el derecho legislado no es algo intuitivo. Se piense, no sería exagerado decir que una de las características más definitorias del derecho de los estados (en nuestro caso, el derecho argentino, desde 1853 hasta finales de siglo xx) es la premisa según la cuál al derecho lo formulan los legisladores con sus leyes, y los jueces deben limitarse a aplicar el derecho legislado. Hablo del llamado “legalismo” o ideal positivista. En esta consciencia que noto en el supremo juez Spuler, lo que habría que justificar con un párrafo argumentativo no es la desviación de la ley, sino que el juez *no se está desviando* de la misma.⁵⁷

3. Jaime Sale y Cia. s/Disolución y Liquidación de Sociedad – Incidente de Tercería deDominio

El tercer caso que analizaré es Jaime Sale y Cia s/Disolución y Liquidación de Sociedad– Incidente de Tercería de Dominio, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Tucumán, en 2018. La Sra. María Cristina Scro de Herrera era poseedora de un inmueble que su fallecido marido había adquirido por boleto de compraventa. La adquisición no había sido inscripta en el registro de la propiedad, pero la Sra. habitaba el inmueble como su vivienda. Un acreedor del vendedor/transfiriendo interpone un embargo sobre el inmueble (puesto que el mismo—valga la redundancia—figuraba en el registro inmobiliario como un bien de su deudor). La sentencia de primer grado y la Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Tucumán consideró “que resulta dirimentela cuestión de la publicidad de la transferencia”; “el boleto de compraventa que invoca ensu favor la Sra. Scro de Herreara no ha sido inscripto en el Registro Inmobiliario, y en tales condiciones no puede ser opuesto al acreedor embargante; más aún cuando no se encuentra demostrado que ésta tuviera conocimiento efectivo de la posesión alegada por

⁵⁷ Esta actitud ha sido harto tratada por la doctrina. Se trata del activismo judicial. Ver el agudo trabajo critico de Bayón, J. (1996) “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional” *Jueces para la democracia*, no 27, pp. 41-49. También al caso las recomendaciones de Vigo, R. (2009) “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones” en *Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. Nueva Época*, 1(7), p. 255-288.

la tercerista.”⁵⁸

Recurrida la sentencia, el caso es resuelto a favor de la tercerista por voto único de la Suprema Corte. Lo interesante del caso es el contraste del razonamiento de la corte con el razonamiento que elabora el Ministerio Público Fiscal en su dictamen de admisión. Como veremos, ambos argumentan que debe hacerse lugar a lo planteado por la tercerista. No obstante, mientras el ministerio público fiscal argumenta desde un punto de vista clásico—echando mano a categorías del derecho privado de toda la vida—la Corte apela a una argumentación desde los derechos humanos. Analicemos primero el dictamen del Ministerio Público Fiscal.

A. *Un razonamiento tradicional*

El Ministro Público Fiscal comienza su argumentación descartando que al caso se le deba aplicar el Código Civil y Comercial,⁵⁹ puesto que los hechos que daban origen a la pretensión de la tercerista acontecieron en fecha anterior a la entrada en vigencia del mencionado cuerpo normativo. Con todo, el Ministro considera que la agraviada tiene razón en su reclamo. Su argumento comienza con una descripción del caso:

En el caso de autos tenemos a un poseedor de un inmueble (la tercerista, señora Scro de Herrera) al que le fue embargado el bien a raíz de un crédito (del martillero Illanes Faciano) en contra del titular dominial de inmueble (señor José César Díaz) que, obviamente, no coincide con el poseedor.⁶⁰

Descripto los hechos relevantes, el Ministro Fiscal procede a efectuar una calificación jurídica:

⁵⁸ Todo según considerando III del dictamen del Ministro Público Fiscal.

⁵⁹ La recurrente había postulado que la sentencia de cámara violaba el art 1170 y 1171 del Código Civil y Comercial. Y es verdad que el artículo 1170 la protege, puesto que dice “El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.”

⁶⁰ Considerando V del dictamen del Ministro Público Fiscal.

De esto surge [que] la poseedora tercerista por boleto es titular de un derecho real provisional y también de un jus ad rem. Su derecho emana del titular mismo del derecho real definitivo, es decir de José César Díaz.⁶¹

Así calificado el caso, nuestro Fiscal desarrolla una explicación de su conclusión:

El vendedor por boleto que hace entrega voluntaria de la posesión no solamente se desprende del factum posesorio, del jus possessionis y de las acciones posesorias que lo tutelan, sino también de la mismísima acción que tutela su jus possidendi, es decir de la partícula más importante que integra el contenido de su derecho de dominio.⁶²

En otras palabras, el vendedor por boleto que hace entrega de la cosa, transfiere la acción que tutela su jus possidendi. Esta es “la partícula más importante que integra el contenido de su derecho de dominio”. De allí que el comprador, con la transferencia, adquiere un derecho real.

Siendo esta la situación jurídica del comprador, concluye:

Su situación no puede ser asimilable a la de un acreedor común embargante, portador de un jus in personam

En otras palabras, la situación de la adquirente, en tanto que es titular de un derecho real sobre el bien en disputa, es mejor que la del acreedor, en tanto que es un mero acreedor personal del transmitente, y por lo tanto debe prevalecer. Luego de citar en apoyo de su conclusión a Fernando López de Zavalía⁶³, nuestro Fiscal anota una doctrina de la

⁶¹ Considerando V.

⁶² Considerando V.

⁶³ López de Zavalía, F. (1989) *Derechos Reales. Tomos I y III*. Zavalía: Buenos Aires. p 139 y T III p.436.

Suprema Corte tucumana, ⁶⁴ que dice “en nuestro sistema la tradición no solamente cumple la función de modo de adquisición del derecho real, sino también la de medio de publicidad, que en ciertos especiales supuestos ha de vencer a la publicidad tabular; y tal es ... la hipótesis... del párrafo agregado al art. 2355 del C. Civil, a cuyo tenor ‘se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe mediando boleto de compraventa...’”.⁶⁵

Y termina su razonamiento con este refuerzo:

Si el acreedor “a la cosa” considerada en sí misma, aún cuando fuera de fecha anterior y compareciese con escritura pública inscripta no puede prevalecerse del déficit de registración frente al poseedor con boleto y buena fe, menos aún podrá hacerlo un acreedor común embargante que no esgrime un derecho específico a una cosa...⁶⁶

De nuevo, si una persona que adquirió un inmueble por escritura pública registrada no tiene preferencia en su pretensión por la cosa ante el poseedor que la adquirió con boleto y buena fe, menos aún podrá hacerlo alguien que tiene una acreencia en abstracto (no a la cosa en cuestión) ante la persona que figura como titular en el registro.

B. El razonamiento constitucional: Los derechos humanos

El voto de la Corte tucumana es desarrollado por el magistrado Posse. Posse comienza adhiriendo a lo dicho por el ministerio público fiscal.⁶⁷ Lo interesante de su voto es el argumento que agrega. Recuerda nuestro magistrado su adhesión a una decisión pasada del supremo tribunal tucumano en la que se determinó que el nervio del asunto radica en determinar si el “supuesto en el que el inmueble embargado constituye la vivienda personal del tercerista” califica como una excepción a la doctrina tradicional, que

⁶⁴ Sentencia n 722 de fecha 12/08/14.

⁶⁵ Considerando V del dictamen del Ministro Público Fiscal.

⁶⁶ Considerando V.

⁶⁷ Considerando VI de la decisión de la Corte.

sostiene que lo que otorga oponibilidad a terceros es la publicidad de la adquisición. Y dice:

La respuesta afirmativa al interrogante planteado se impone, toda vez que ... la publicidad registral ... protege la apariencia jurídica ... salvo una norma constitucional de valor superior que permita otra interpretación (como es el supuesto del valor superior que se asienta en la protección de la vivienda personal).⁶⁸

En otras palabras, todo lo que discuten los civilistas respecto a la publicidad registral tiene validez. No obstante, cuando está en juego una norma constitucional, que tiene “valor superior”, los jueces deben de efectuar “otra interpretación”. Posse continua argumentando que la excepción recién mencionada “tiene base constitucional”, puesto que “el art. 14 bis” proclama “la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. Y agrega:

En relación a las normas que conforman el denominado “prisma constitucional” con que tiene que ser enfocada la particular situación que nos ocupa, debe señalarse que además del art. 14 bis de Constitución Nacional, existen también numerosos convenios internacionales suscriptos por nuestro país, que a partir de la reforma de 1994 integran el orden jurídico interno con jerarquía constitucional (art. 75 inc 22 Const. Nacional), y que contienen disposiciones en donde surge nítida la protección de la que ha sido objeto la vivienda familiar.⁶⁹

Luego de citar una serie de acuerdos internacionales,⁷⁰ termina diciendo:

⁶⁸ Considerando VI.

⁶⁹ Considerando VI.

⁷⁰ El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, firmado en Nueva York el 19/12/66 y ratificado por ley 23.313, la Convención Internacional sobre todas las formas de discriminación racial, suscripta en Nueva York el 13/7/67 y ratificada por ley 17.722, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, formulada en París el 10/12/48, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948).

Sobre esta base normativa, puede concluirse que la protección de la vivienda familiar prevista en la Constitución Nacional y en los convenios internacionales suscriptos por nuestro país, constituye un principio cardinal que debe ser acatado al momento de interpretar el sistema jurídico, y que por lo tanto justifica la excepción al principio de prevalencia de la publicidad registral ...⁷¹

C. *Nota de relieve: Dos tradiciones en cuestión*

Como se ve, el razonamiento de la Corte tucumana es notablemente diferente al del Ministerio Público Fiscal, aunque ambos llegan a la misma conclusión. El Ministro Público Fiscal argumenta a la manera tradicional: Comienza con una descripción del caso; luego lo califica como una especie de relación jurídica (derecho real); justifica esa calificación y concluye con la premisa de que una de las implicancias de la relación jurídica del caso concuerda con la pretensión de la tercerista. Nuestro Ministro, es de notar, termina apoyando su tesis con un argumento típico de derecho privado. Si el poseedor adquirente por boleto de buena fe tiene preferencia por la cosa ante el vendedor que aparece en los registros como titular, cuanto más tendría preferencia aquel ante un acreedor de titular. Este argumento no es otra cosa que aplicación del conocido principio “quien puede lo más puede lo menos”.

El razonamiento del juez Posse es notablemente diferente. Para Posse la discusión civilista acerca de los medios de hacer públicas las adquisiciones de derechos es irrelevante. Lo que es relevante para nuestro juez, y por donde empieza, es en observar que el inmueble constituye la vivienda de una persona. Esto es relevante porque, como lo nota con citas a la constitución y a sendos tratados internacionales, argumentara desde el punto de vista del derecho humano a la vivienda. Nótese además la diferencia en el lenguaje que se usa. Nuestro fiscal habla de una “poseedora tercerista por boleto”, de un “embargante” y de un “titular dominial de inmueble”. Habla de una “entrega voluntaria de la posesión”, de un “factum posesorio”, “jus possessionis” y “acciones posesorias”, cosas estas que se sitúan como distintas a un “jus possidendi”, que es “la partícula” más

⁷¹ Considerando VI de la decisión de la Corte.

importante “que integra el contenido de su derecho de dominio”. Estos son los términos de la tradición del derecho privado. Términos que aparecen en libros como “el Código Civil” o los “Derechos Reales” de López de Zavalía. Estos términos difieren notablemente de los que usa Posse. Éste habla del “ordenamiento fundamental del estado” y de la “vivienda personal”. Impera una “protección integral de la familia”. Existe un “prisma constitucional” desde el cual “tiene que ser enfocada la” situación que nos ocupa. Hay un “art. 14 bis de Constitución Nacional” y también sendos tratados, que decretan el “acceso a una vivienda digna”. Un “Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, que fue “firmado en Nueva York”, que vincula a “estados partes”.

Estas grandes diferencias me provocan la siguiente reflexión. Solemos pensar que el razonamiento desde reglas y el razonamiento desde principios forman parte de un solo sistema jurídico del estado. Ambos están ahí, para ser articulados por el juez, cuando sea necesario (las relaciones de complementariedad y conflicto que mencionamos en la introducción). Pero también podría elaborarse otro pensamiento. Decir que el razonamiento de principios forma parte de un discurso jurídico que nada tiene que ver con el discurso jurídico al que el razonamiento desde reglas pertenece. Se trata de dos propuestas de derecho, cada una con sus conceptos, métodos, y ambiciones de abarcarlo todo. Digamos, ensayando esta sugerencia, que el razonamiento de principios pertenece a una teoría del derecho que llamaremos “neoconstitucionalismo”. Ciertamente, el neoconstitucionalismo hace uso de reglas. Pero estas no son centrales para aquel. Puesto que siempre pueden ser revisadas. Digamos, por otro lado, que el razonamiento desde reglas pertenece a lo que llamaremos “la tradición del derecho privado”. Aquí las reglas consolidadas como “la posesión vale título”, “no hay otro derecho real que los enumerados taxativamente”, etc. son inquebrantables. Esto no significa que la tradición del derecho privado sea abnegada al cambio. Se podría decir que el derecho privado sí reacciona al cambio; tanto al cambio de valores cuanto al cambio de fenómenos. Pero, siguiendo con mi sugerencia, el método de adaptación al cambio que es propio a la tradición del derecho privado no es el análisis de proporcionalidad, ni siquiera el método que usan los jueces de corte cuando efectúan el clásico control de constitucionalidad.

Podríamos decir que a los cambios el derecho civil los acomoda con otras herramientas. Se piense en instrumentos como el concepto del contrato atípico. O en la analogía. También se piense en las instituciones innovadoras, desde institutos parecidos a los tradicionales, como “la promesa unilateral”, a institutos más controvertidos, como “la responsabilidad objetiva”, a instrumentos que parecen escaparse de los parámetros que definen a la tradición, como la teoría del abuso del derecho. Por último, ahí están los conceptos indeterminados como el “orden público”, “las buenas costumbres” y “la buena fe”.⁷²

No hay duda que lo que antecede no es más que una reflexión. El caso Jaime que hemos analizado la sugiere. Y vale como un punto interesante para seguir investigando.

Conclusión

En este artículo analicé tres casos de tres altas cortes de la República Argentina: Jaime Sale y Cia s/Disolución y Liquidación de Sociedad – Incidente de Tercería de Dominio, de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Tucumán; Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ Daños y Perjuicios, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina; y Scocco, Gabriel vs. Embotelladora del Atlántico S.A. y otros s/ Medidas Preparatorias, de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Lo que me llevó a analizar estos tres fallos en un único artículo es que en los tres fallos se observa que una misma decisión puede ser fundamentada desde dos modos de razonamiento judicial—el típico razonamiento subsuntivo que se usa en casos de derecho privado, y el novedoso razonamiento desde los derechos constitucionales. El fenómeno en sí es ya interesante. Y es más interesante aún, si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones se piensa que “la constitucionalización del derecho privado” es un movimiento

⁷² Quizás estos conceptos indeterminados sean lo más parecido que haya en la tradición del derecho civil a los principios del neoconstitucionalismo. Cabría investigar cómo los jueces de corte civil tradicional elaboraron soluciones desde los conceptos indeterminados del derecho privado, y entender si acaso el método de éstos difiere en algo relevante al método de los neoconstitucionalistas, aunque lo más probable sea que los desarrollos de los neoconstitucionalistas (como la teoría de la proporcionalidad) hayan sido intentos de generar progreso por sobre la vaguedad y simpleza de decir que aquí o allá hay “buena fe”, u “orden público” o “buenas costumbres”.

progresista, que se utiliza para lograr decisiones que el método tradicional es incapaz de procurar.

La lectura de los tres casos en conjunto tiene un valor agregado—cada uno de estos fallos pone en evidencia aspectos diferentes del fenómeno al que asistimos. Como vimos en la parte 3 de este artículo, Jaime Sala sugiere de manera persuasiva que el razonamiento desde reglas y el razonamiento desde los principios parecen no ser tanto algo como herramientas de un mismo derecho, cuanto pertenencias exclusivas de diferentes discursos jurídicos. Esto se enfatiza en el lenguaje y las citas de cada una de las decisiones. Mientras que el Ministro Público Fiscal habla de “poseedora tercerista por boleto”, “entrega voluntaria de la posesión”, “jus possessionis”, “partícula ... que integra el contenido de su derecho de dominio”, y cita a Fernando López de Zavalía, el vocal de Corte Posse habla desde el “ordenamiento fundamental del estado”, de un “prisma constitucional”, de la “protección integral de la familia”, y cita al “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Con el análisis de Martínez de Sucre, en la parte 1, observamos un segundo punto interesante. Éste es que si bien los jueces parecen empezar a “animarse” a efectuar razonamientos desde los principios constitucionales, (hallando tensiones entre derechos y efectuando juicios de ponderación), los mismos parecen no estar del todo habituados a ese tipo de razonamiento. Tal es así que, como se observa en el voto que analizamos, un juez puede anunciar que decidirá según una ponderación de principios, pero terminar decidiendo el caso con una subsunción del caso en una regla de derecho.

Por último, el caso Scocco, que analicé en la parte 2 de este artículo, muestra una actitud cada vez más preeminente en la judicatura. Una lectura atenta del fallo enseña que en la consciencia del juez votante existe una suerte de obligación moral de tener que cambiar el derecho positivo para dar una respuesta satisfactoria al demandante. Quizás se deba a que Scocco es parte débil frente a la embotelladora de la red Coca-Cola. Como sea, la actitud no deja de ser curiosa, sobre todo si se tiene en cuenta que uno de los sentires más comunes en la reflexión acerca del funcionamiento de nuestro derecho es la idea según la

cuál al derecho lo formulan los legisladores con sus leyes y que los jueces deben limitarse a aplicar el derecho legislado.

Bibliografía

Alexy, R. (2008), “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *La Ley*, TR LA LEY, AR/DOC/2715/2008, 1-6.

Carli, C. (1973) *La demanda civil*, Lex: Buenos Aires.

Chaumet, M., Meroi, A. (2015) “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado: ¿será en definitiva el derecho solo el juego de los jueces?” p. 6. Disponible en [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-decapacitacionjudicial/actividades-2015-\(click-para-ver-todas\)/3327.pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-decapacitacionjudicial/actividades-2015-(click-para-ver-todas)/3327.pdf)

De Cupis, A. (1982) *I diritti della personalità*, Ed. Milano: Milán.

Gordley, J. (2013) *The Jurists: A Critical History*, Oxford: Oxford University Press.

Guzmán, N. (2019) *Discrecionalidad y justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*, Astrea: Buenos Aires.

López de Zavalía, F. (1989) *Derechos Reales. Tomos I y III*. Zavalía: Buenos Aires.

Ranieri de Cechini, D. (2013). “El Neoconstitucionalismo en la reforma del CC y Com. El protagonismo del juez en el Estado de Derecho y el problema del método de ponderación”, *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 1. Disponible en: <http://bibliotecadigital.ucaedu.ar/repositorio/revistas/neoconstitucionalismo-reforma-protagonismo.pdf>

Rueda, T. (2019) “Acerca de la constitucionalización del Derecho Privado”, en *Revista Derecho Constitucional. Universidad Blas Pascal*, (1), p. 38-50.

Weinrib, E. (1995) *The idea of private law*, Cambridge: Harvard University Press.