

EL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD Y EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO

Javier Habib

Universidad San Pablo T

jhabib@uspt.edu.ar

Recibido: 08/03/2022

Aceptado: 03/05/2022

Resumen

El análisis de proporcionalidad es un mecanismo argumentativo que los jueces utilizan para invalidar reglas cuando consideran que su aplicación afecta desmedidamente un derecho constitucional. El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina le da amplio reconocimiento a este análisis cuando, en su primer artículo, ordena a los jueces revisar las reglas del Código si estas resuelven los casos en disconformidad con lo establecido por la Constitución Nacional. El presente trabajo tiene el propósito de indagar las consecuencias de este reconocimiento. Más precisamente, recurriré al pensamiento de Savigny relativo a la estructura y dinámica de las relaciones jurídicas (que tuvo gran influencia en el desarrollo del derecho privado argentino) para argumentar que la aplicación del análisis de proporcionalidad a casos de derecho privado genera una ostensible mitigación de tres virtudes del sistema: la seguridad jurídica, la economía en la decisión y la justicia formal.

Palabras clave: análisis de proporcionalidad, Código Civil y Comercial de la República Argentina, Savigny, constitucionalización del derecho privado, argumentación jurídica.

Proportionality Analysis and the Argentinian Private Law

Abstract

The proportionality analysis is an argumentative mechanism that judges use to invalidate rules when they consider that their application would disproportionately affect a constitutional right. The new Civil and Commercial Code of the Argentine Republic gives wide recognition to the proportionality analysis when, in its first article, it orders judges to review the rules of the Code if their application resolves the case in disagreement with the provisions of the Constitution. This article studies the impact of this connection. I will describe Savigny's thought

considering the structure and dynamics of the legal relations (which had great influence on the development of the Argentine private law) to argue that the application of the proportionality analysis to private law cases mitigates three virtues of the system; legal certainty, the economy in decision making, and formal justice.

Key words: proportionality analysis, Civil and Commercial Code of the Argentine Republic, Savigny, constitutionalization of private law, legal argumentation.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la República Argentina establece, en su primer artículo, que las reglas del Código deben resolver los casos “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. Como explica la Comisión Redactora del Código (Lorenzetti et al., 2015, cap. I), el artículo primero y concordantes receptan la llamada “constitucionalización del derecho privado”. Constitucionalizar el derecho privado es, en esencia, un mandato dirigido a los jueces, que requiere no aplicar la regla que tenga vocación de regular el caso si consideran que su aplicación contravendría lo dispuesto por la Constitución (CN). Aquí radica la conexión entre el derecho privado argentino y el análisis de proporcionalidad.

El análisis de proporcionalidad es, de hecho, un método de contralor constitucional. Su antecedente histórico inmediato se encuentra en decisiones de tribunales administrativos prusianos, que utilizaban el vocabulario de la proporcionalidad para resolver planteos contra reglamentos que afectaban libertades civiles o económicas (Cohen y Porat, 2010, pp. 271 y ss.). Durante la segunda mitad del siglo XX, el análisis alcanza una notable sofisticación, en parte por la creciente utilización por Cortes Constitucionales Europeas y en parte por el refinamiento técnico de teóricos como Robert Alexy. En esencia, el análisis afirma que toda disposición jurídica puede ser entendida como una medida que favorece a un principio constitucional y perjudica a otro principio contrario. Una medida que dé amplio reconocimiento a la protesta pública, por ejemplo, favorece el principio de la democracia, pero, al mismo tiempo, perjudica a la libertad de circulación. La misión del analista consiste en determinar si la medida evaluada logra el balance justo entre la satisfacción de un principio y la afectación del otro.

Aunque todavía no son muchos los casos en los que jueces de derecho privado apliquen el análisis de proporcionalidad, los juristas académicos no han hecho más que celebrar la conexión.¹ No solo la ponderación es vista como un

1 Entre los civilistas que promueven la teoría en Argentina se puede mencionar a Sosso (2018 pp. 24

método útil para la solución de casos difíciles, sino que hay quienes consideran que es algo así como el principal modo de resolver en el nuevo Código Civil y Comercial. Como un autor entusiasta lo expresó, “Lo que antes era subsunción hoy es, además y principalmente, ponderación; lo que antes era subsidiario, hoy es lo primordial” (Grajales, 2015, p. 1). De allí que

Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad. (Grajales, 2015, p. 1)

Estamos, concluye el autor citado, ante “una ‘vuelta de página’ a más de dos siglos de cómo entender el fenómeno jurídico en la República Argentina” (Grajales, 2015, p. 1).

Este trabajo tiene por propósito entender el lugar que tiene el análisis de proporcionalidad en el derecho privado argentino y analizar las consecuencias que este aterrizaje pueda llegar a dejar. Se trata, en efecto, de dos preguntas. Primero, ¿cuándo cabe aplicar el análisis? ¿Se trata de un método al que los jueces pueden recurrir cuando se topen con casos difíciles –vacío legal, antinomia o inconstitucionalidad– o es acaso un método de uso indiscriminado que sirve para diseñar, desde los principios constitucionales y los derechos humanos, la mejor decisión posible del caso? La segunda pregunta parte de pensar que el derecho privado argentino, iniciado con el Código Civil de Vélez Sarsfield, es tributario de una tradición que piensa que el derecho es una composición de categorías predeterminadas, sistemáticas, aplicables, que producen seguridad jurídica. ¿Qué le sucede a este derecho una vez que incorporamos un método de decisión como el análisis de proporcionalidad?

El artículo se divide en cuatro partes. Las dos primeras tienen por misión exponer la teoría del análisis de proporcionalidad. La primera introduce el análisis a través del estudio de un caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina: *Martínez de Sucre*. Comenzaré con este caso porque muestra cómo un tribunal de máximo grado local aplicó el análisis de proporcionalidad a un caso de derecho privado (daños y perjuicios). La segunda parte se orienta hacia la teoría de este método de toma de decisión. Aquí nos fijaremos en los pasos metodológicos que debe llevar a cabo el decisor. No obstante, la sección termina con una observación crítica. Diremos que la promesa del análisis de proporcionalidad no puede ser la de imparcialidad y predictibilidad. Estas

y ss.), Grajales (2015, pp. 1-14) y Guzmán (2015, pp. 1-9).

son expectativas que esperamos satisfagan otro tipo de sistema de derecho: el sistema de las reglas y su método subsuntivo. El gran baluarte del análisis de proporcionalidad se erige en el mundo de las decisiones complejas (antinomia, vacíos legales) y el pluralismo democrático. En este contexto, su contribución es que en situaciones donde resulta difícil decidir, el método obliga a que el juez exponga de una manera clara, franca y organizada los argumentos que lo llevaron a decidir de una manera, cuando podría haber sido de otra.

Las dos últimas partes intentan responder las cuestiones planteadas en este artículo. La tercera trata sobre los límites del análisis en el Código Civil y Comercial. Aquí argumentaré que es, en efecto, plausible construir una regla que limite su radio de aplicación. Se puede establecer, por ejemplo, que el análisis de proporcionalidad procede *solo* ante lagunas, antinomias o inconstitucionalidades manifiestas. Sin embargo, observaré que es más coherente con la filosofía del nuevo código, y con los requerimientos y presupuestos del análisis, concluir que el análisis de proporcionalidad siempre puede proceder. En otras palabras, muy bien puede suceder que un juez se encuentre con una regla de derecho que, previendo una solución aceptable para el caso, sea susceptible de mejora. Aunque no haya manifiesta inconstitucionalidad, el juez puede recurrir al análisis de proporcionalidad para optimizar la calidad de la solución que le da al caso concreto.

La cuarta y última parte de este artículo indaga acerca de lo que se pierde y se gana con este nuevo método. Resumiré el pensamiento de Savigny relativo a la estructura y dinámica de las relaciones jurídicas –que tuvo gran influencia en el desarrollo del derecho privado argentino– para concluir que una característica esencial del derecho privado es la interconectividad de sus categorías. Esa interconectividad explica tres propiedades virtuosas del derecho privado: la seguridad jurídica, la economía en la toma de decisión y la justicia formal. Mi argumento será que esas tres virtudes del sistema se mitigan ostensiblemente una vez que se incorpora al análisis de proporcionalidad.

2. El caso *Martínez de Sucre*

Un funcionario público emitió declaraciones en distintos medios de comunicación en las que cuestionaba el desempeño de un fiscal de Estado, diciendo cosas como que era “cómplice” de “intereses económicos” que habían “vaciado la provincia” y que peticionaría a la legislatura que se le promoviera un juicio político. El fiscal de Estado interpuso una demanda por daños y perjuicios.

Tanto el magistrado de Primera Instancia como la Cámara de Apelación local y el Superior Tribunal de Provincia hicieron lugar a la demanda, condenando al demandado a abonar una suma de dinero en concepto de daño moral. Por voto mayoritario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió revocar la decisión del tribunal provincial rechazando la demanda por considerar que no se verificaban los presupuestos de la responsabilidad civil.

La mayoría que decidió el caso se formó con el voto conjunto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, por un lado, y el voto separado del juez Rosatti. El voto de Rosenkrantz y Highton procede desde el análisis de una consolidada doctrina judicial, que distingue el tratamiento jurídico de lo que serían aserciones de hecho (por ejemplo, “Martínez está usando una remera roja”) y opiniones de valor (“Martínez ejerce mal su función de fiscal”). Los jueces concluyeron que los dichos del demandado calificaban como opiniones de valor y que, a juzgar por las reglas que rigen ese tipo de declaraciones, cabía eximir al demandado de responsabilidad civil. Se trata de un típico razonamiento subsuntivo. En su voto por separado, el doctor Rosatti concordó con los jueces preopinantes respecto a que los dichos del demandado calificaban como juicios de valor (ver su considerando 7) y a que no cabía imputarle responsabilidad por daños. Lo que resulta llamativo es que, en lugar de adherir al (a mi juicio, no controvertido) voto y ya, Rosatti decidió escribir un voto propio, en el que emite “un juicio de ponderación”.

Martínez de Sucre ha dado lugar a una serie de comentarios. En nuestro contexto importa no solo porque, como se advierte, incluye un voto que resuelve un caso de derecho privado (daños y perjuicios) desde el análisis de proporcionalidad, sino también porque un tercer voto –el del doctor Lorenzetti– utiliza el mismo método de la proporcionalidad, pero para resolver de manera contraria a la de Rosatti. En el siguiente apartado estudiaremos estos votos contrarios con la intención de analizar cómo los jueces supremos usan este razonamiento en un caso de derecho privado.

2.1. El voto de Rosatti

No se puede decir que el voto del doctor Rosatti sea uno en el que, de manera lineal y con claridad, se lleve a cabo un análisis de proporcionalidad. Sin embargo, el vocabulario de la teoría es ubicuo. Rosatti advierte que en el caso se presentan “derechos en tensión” (considerando 6, segundo párrafo). De un lado, “el derecho de libertad de expresión”, por el que el demandado podría

manifestarse críticamente respecto al desempeño de un funcionario público, y, del otro lado, “el derecho al honor y a la reputación profesional del actor”, que debe ser tutelado por el régimen de responsabilidad civil. El “conflicto” entre estos derechos se evidencia “en la medida en que” ambos derechos ostentan igual “jerarquía constitucional”, además de ambos estar reconocidos por sendos tratados de derechos humanos² y autorizada doctrina.³ En este contexto, aparece la necesidad de la ponderación:

Que ante el reconocimiento constitucional explícito de ambos derechos y su inserción en un sistema constitucional que no reconoce derechos absolutos y propicia un equilibrio armónico en su ejercicio, la dilucidación de un conflicto o tensión entre ambos requerirá la ponderación de: 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. (Considerando 8)

En este lúcido párrafo, Rosatti nos presenta los presupuestos del juicio de proporcionalidad –la presencia de un conflicto de derechos igualmente válidos– y su pretendida necesidad teórica: ante un conflicto de derechos de igual valor, lo que corresponde es encontrar una solución armonizada. Esta armonía se logra a través de una ponderación, que se lleva a cabo con la consecución de los pasos i), ii) y iii), que, como veremos, son los pasos de la teórica dominante en la doctrina nacional.

Con todo, habiendo escogido este método de búsqueda, Rosatti no procede, como uno esperaría, a andar por el camino descripto. No procede, en otras palabras, a analizar el grado de afectación del honor del demandado (paso i), la importancia de la satisfacción de la libertad de opinión (paso ii) y si el cuidado del honor del demandante en el caso concreto justifica la restricción de la libertad de opinión del demandado (paso iii). Rosatti, por el contrario, se embarca en un razonamiento sinuoso y complejo, poco asimilable a los pasos anteriormente des-

2 Por un lado, menciona el artículo 33 de la Constitución Nacional y, a través del artículo 75, inciso 22 de la CN, los artículos 11 y 13.2.a del Pacto de San José de Costa Rica, los artículos 17 y 19.3.a. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por el otro, menciona los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y, a través del artículo 75, inciso 22 de la CN, el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (considerando 6).

3 Ver citas en considerando 7.

criptos.⁴ De todas maneras, su conclusión es que la sentencia bajo análisis “constituye una restricción indebida al ejercicio de la libertad” (considerando 12).

2.2. El voto de Lorenzetti

En líneas generales, el razonamiento del doctor Lorenzetti es más lineal que el de Rosatti. Ya al comienzo de su argumentación dice “Que el presente caso plantea la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor” (considerando 6, primer párrafo). Y agrega:

Que el equilibrio se logra cuando se permite el máximo ejercicio del derecho de crítica con la menor lesión al honor de las personas, es decir, sin efectuar imputaciones falsas de delitos o agravios innecesarios. (Considerando 6, segundo párrafo)

En otras palabras, la ponderación, para Lorenzetti, busca amplificar una libertad (“el máximo ejercicio del derecho de crítica”) minimizando daños a un derecho (“la menor lesión al honor de las personas”). Considera que no habrá lesión del honor si no hay “imputaciones falsas de delitos o agravios innecesarios”, lo que se determina desde el punto de vista de “lo que harían personas del mismo medio en similares situaciones, obrando de buena fe” (considerando 6, segundo párrafo). En otras palabras, para entender lo que es una expresión agraviante, debemos estar a los usos y sensibilidades de las personas tipo en los contextos en los que los dichos bajo análisis tuvieron lugar. Luego de citar fallos que apoyan sus tesis (considerando 6, tercer párrafo), dice que “para aplicar este juicio de ponderación, cabe delimitar los hechos probados en la causa” (considerando 7).

En su descripción de los hechos, Lorenzetti dedica un prolongado espacio para transcribir las declaraciones de Martínez (considerando 7) y de inmediato concluye que de los

hechos se desprende que el demandado involucró al actor en pactos de impunidad, acusándolo de cómplice de una estafa a los trabajadores, de no haber actuado frente a irregularidades que llegaron a su conocimiento y que incluso habrían contado con su anuencia [las que] constituyen expresiones insultantes que exceden los límites del derecho de crítica y a la libertad de expresión por parte del demandado, ofendiendo la dignidad y decoro del actor. (Considerando 8)

4 Ver considerandos 8 al 12. Un análisis pormenorizado de la decisión se puede encontrar en Habib (2022).

2.3. Mismo método, soluciones encontradas

Aquí, dos votos sobre un mismo caso. Ambos apelan al vocabulario de la ponderación, pero concluyen en contrario.

A decir verdad, después de varias lecturas del fallo, no estoy seguro de si acaso Rosatti y Lorenzetti están haciendo lo mismo. Ambos utilizan un vocabulario afín: hay “derechos en tensión”, hay “un sistema constitucional que no reconoce derechos absolutos” y hay “un juicio de ponderación”. Pero la manera en la que plantean la búsqueda difiere. Para Rosatti, la pregunta consiste en determinar “si la satisfacción de [un derecho] justifica la restricción del otro”. Lorenzetti, en cambio, entiende que la ponderación “se logra cuando se permite el máximo ejercicio del derecho de crítica con la menor lesión al honor de las personas”. La clave de la diferencia radica en lo siguiente: en el razonamiento de Lorenzetti, es más evidente que el operador toma partido respecto al derecho que es más importante. Si la cuestión consiste en maximizar X afectando a Y de la menor manera posible, es evidente que para el operador X es más importante que Y (lo contrario sucedería si se dijera que la misión consiste en maximizar la tutela del honor, minimizando la afectación de la libertad). No sé si esta elección previa aparece manifiesta en la estructura del método de Rosatti, tal y como lo propone. El magistrado no habla de maximizar un derecho sin afectar otro, sino de si acaso se justifica la satisfacción de un derecho dada la restricción de otro.

De todas maneras, la diferencia es aparente. Como se hará más evidente en el próximo apartado, la clave está en entender que aun cuando se parta de un intento de maximización de una cosa por sobre otra, siempre debemos de elegir un escenario de entre varios posibles. Para maximizar X, afectando lo menos posible a Y, hay que imaginar varios supuestos. Por ejemplo, con la medida 1 se maximizará X en un grado $4/5$ y perjudicará a Y en un grado $1/5$. Con la medida 2 se maximizará X en un grado $4/5$ y se perjudicará a Y en un grado $2/5$. Ese análisis de posibles escenarios es el que enseñan los teóricos del método que postulan la premisa propuesta por Rosatti (determinar “si la satisfacción de [un derecho] justifica la restricción del otro”). Como se verá, siempre es necesaria la elección de un escenario en lugar de varios otros.

3. La teoría estándar

Enseña Laura Clérico (2018, pp. 160-162)⁵ que el examen de proporcionalidad requiere, como medida preparatoria, que el analista acomode el caso que se le presenta a ciertas categorías de trabajo, que son tres:

1. Debe haber un *principio* o derecho afectado. Se le suele llamar P1.
2. Debe haber una *medida* que afecta a P1. Se le llama M.
3. Debe haber un *principio* o derecho que es tutelado por M. Se le llama P2.

Ilustremos esto con una reconstrucción del caso *Martínez de Sucre*. El principio o derecho afectado (P1) sería la libertad de expresión del demandado José Carlos Martínez. La medida M, que afecta a P1, es la obligación impuesta por parte de los tribunales locales, en cabeza del demandado, de indemnizar el daño sufrido por Martínez de Sucre a causa de las declaraciones críticas respecto a su actuar como funcionario. La obligación de resarcir (M) afecta la libertad de expresión (P1) en tanto que su establecimiento como parte del derecho positivo significa, para los sujetos de derecho, que hablar como lo hizo el demandado es una conducta antijurídica, causa de una pena pecuniaria. El derecho (P2), que es tutelado por la obligación resarcitoria M, es el derecho al honor de Martínez de Sucre.

Así las cosas, el análisis de proporcionalidad busca determinar si la medida M es procedente. La pregunta es: ¿es más lo que se gana (con la protección de P2) que lo que se pierde (con la no protección de P1)? Puesto de otra manera: la medida M protege a P2 menguando a P1. ¿Queremos eso? ¿O acaso preferimos no menguar a P1, aun cuando P2 quede sin tutela? A estas preguntas, los teóricos del análisis de la proporcionalidad la responden luego de articular el problema de una manera mucho más sofisticada. El análisis cuenta con tres pasos.⁶

5 Debido a la abrumadora cantidad de literatura sobre el tema, ceñiré mi resumen de la teoría a la exposición vertida en dos trabajos. Primero, el de Laura Clérico (2018), que es una referente global de la teoría. Además, es probablemente quien más esfuerzos hizo por establecerla en Argentina. La obra citada resume, sistemáticamente, muchas de sus contribuciones al desarrollo de la teoría y a su contextualización en Argentina y Latinoamérica. El segundo trabajo es Alexy (2008), quien expone de una manera clara y concisa su concepción del análisis de proporcionalidad y rebate la crítica más intuitiva que se le pueda hacer desde un punto de vista jurídico. El trabajo es claro, además, por su aparición en un periódico de altísima difusión entre abogados argentinos; estimo que será el que se termine imponiendo como doctrina nacional.

6 Ver Alexy (2008b, p. 2) y Clérico (2018, pp. 169-185).

3.1. La idoneidad de la medida

El primero es el llamado “análisis de idoneidad”. Este análisis pregunta si la medida M logra, con efectividad, su propósito de tutelar el derecho P2. ¿Es la obligación resarcitoria idónea para tutelar el derecho al honor? Podríamos concluir que sí, pues, como se dijo, el establecimiento de obligaciones resarcitorias para dichos como los de Martínez tienen un doble efecto: por un lado, marcan la conducta con el calificativo de “antijurídico” (lo que para muchos está asociado a lo inmoral), y, por el otro, disuaden a la población de decir cosas de ese estilo (pues nadie quiere andar pagando indemnizaciones).

En esta coyuntura cabe pensar que si bien M surte su efecto, existen medidas más efectivas. Piénsese, por ejemplo, en el establecimiento de un daño punitivo. Esta medida es, como la obligación resarcitoria, impuesta ante un ilícito civil, pero (estimamos) surte efectos aún más disuasorios, puesto que impone indemnizaciones más elevadas. Además, podríamos decir que, en lugar de una sanción civil, se podría establecer una sanción penal, que calificaría a la conducta no ya como un ilícito civil (de persona a persona), sino como un tipo penal (de un ciudadano a su comunidad), ¡que es más fuerte! y cuya pena, al ser más violenta (no te piden que pagues, sino que te encierran) tendría efectos aún más disuasorios.

3.2. La necesidad de la medida

El segundo examen es el de “necesidad”, que consiste en investigar si acaso existe una alternativa a M que tutele P2, pero que no afecte (o afecte menos) a P1. ¿Existe una medida legal que cumpla con el propósito de tutelar al derecho al honor (tanto o más que las obligaciones resarcitorias) y, a su vez, no afecte la libertad de expresión, o la afecte menos que lo que la afectan las obligaciones resarcitorias?

Para ser sinceros, sí podemos imaginar tales medidas. Imaginemos que el tribunal obligara a Martínez a reconsiderar el lenguaje en el que expresó sus críticas y a dar públicas explicaciones sobre el sentido de sus críticas, en un lenguaje respetuoso, y a que finalmente ofrezca disculpas al demandante si este se sintió personalmente ofendido por su lenguaje inapropiado. Esta medida, podemos decir con certeza, apunta a proteger el derecho al honor. Si bien no conlleva en sí un correctivo de tipo pecuniario (como la obligación resarcitoria), acongoja y ofrenda el honor del ofendido. Del otro lado, esta medida agravaría menos a la libertad de expresión que M. Si se piensa correctamente, el mensaje para la

ciudadanía es que las personas pueden decir lo que quieran siempre y cuando utilicen un lenguaje respetuoso.⁷ Esta medida, concluyo, afecta menos a P1 que M. Sin embargo, supongamos que mi ejemplo es absurdo y demos por “necesaria” a M para así poder pasar al tercer y último paso.

3.3. La proporcionalidad de la medida

El último momento del análisis es el llamado “análisis de proporcionalidad en sentido estricto”. Aquí intentamos determinar si la medida M (que consideramos idónea y necesaria) es justificable y, por lo tanto, procedente. La pregunta es ¿la ganancia en P2 justifica la pérdida en P1? Los teóricos de la proporcionalidad articulan este análisis en los dos términos siguientes: primero, estipulan que la pérdida o afectación de P1 está graduada y que la ganancia o importancia de P2 también está graduada. En otras palabras, existen grados tanto de perjuicio (a P1) como de beneficio (en ganancia de P2); en segundo lugar, estipulan que hay tres grados de ganancia/pérdida –grave, mediano y leve– y que a cada uno de estos términos le corresponde un cómputo. Al grado grave le corresponde el 4; al mediano, un 2; y al leve, un 1.

En consonancia con estos términos, podría decirse que caben nueve posibilidades:

1. Afectación de P1 de peso grave (4) con satisfacción de P2 de peso grave (4).
2. Afectación de P1 de peso grave (4) con satisfacción de P2 de peso mediano (2).
3. Afectación de P1 de peso grave (4) con satisfacción de P2 de peso leve (1).
4. Afectación de P1 de peso mediano (2) con satisfacción de P2 de peso grave (4).
5. Afectación de P1 de peso mediano (2) con satisfacción de P2 de peso mediano (2).
6. Afectación de P1 de peso mediano (2) con satisfacción de P2 de peso leve (1).
7. Afectación de P1 de peso leve (1) con satisfacción de P2 de peso grave (4).
8. Afectación de P1 de peso leve (1) con satisfacción de P2 de peso mediano (2).
9. Afectación de P1 de peso leve (1) con satisfacción de P2 de peso leve (1).

Así enmarcado el asunto, por último, se preguntan si la satisfacción de P2 está en proporción con la restricción de P1.⁸ Lo que corresponde hacer, entonces, es dividir el grado de afectación de P1 con el grado de importancia de

7 Aunque si se piensa desembarazadamente, también dice: “Digan lo que quieran, total, después piden disculpas”.

8 Conf. Alexy (2008b, p. 2).

P2, de modo que obtendremos diversos resultados; verbigracia 1 (resultado de 4/4), 2, 4, 0.5, 1, 2, 0.25, 0.5, 1 (resultado de 1/1). La prioridad de P1 queda expresada con los resultados de peso mayores a 1; y la prioridad de P2, por los resultados de peso menores que 1. De modo que en los casos 1, 2, 3, 5, 6 y 9 debemos priorizar P1, mientras que en los casos 4, 7 y 8 debemos priorizar P2.

Volvamos a *Martínez de Sucre* y estimemos que el grado de afectación de la libertad de expresión es *mediano*. No es grave, puesto que sí es razonable pensar que se podrían decir cosas peores de un funcionario en medios de comunicación del tipo en el que Martínez se expresó. Tampoco es leve, porque, como se desprende del voto del doctor Lorenzetti, Martínez podría haber utilizado un lenguaje más atinado, acorde a la investidura de un funcionario público.⁹ Por ello, juzgamos que la afectación de la libertad de expresión de Martínez es de un 2. No es de un 4 (grave) ni es de un 1 (leve).

Digamos, por otro lado, que la importancia de la satisfacción del derecho al honor de Martínez de Sucre también es mediana. No es leve, puesto que de Martínez de Sucre fue dicho que interviene “en pactos de impunidad” y que es “cómplice de una estafa a los trabajadores”. Pedirle absoluta tolerancia por haber asumido una función pública es, como dice Lorenzetti, pedirle que soporte “estoicamente cualquier afrenta a su honor”,¹⁰ lo que no puede ser procedente. Y digamos que la ofensa que se le profirió tampoco es de lo más grave, puesto que Martínez de Sucre no sufrió insultos personales, desvinculados de su que-hacer como funcionario público. Una persona que goza del estatus que otorga la condición de fiscal de Estado debe asumir el riesgo de poder llegar a estar

9 Esto es expresado en varios momentos de su razonamiento: “Es evidente que la mayoría de quienes ejercen el derecho de crítica, ocupen o no cargos públicos, lo hacen sin que sea imprescindible agredir mediante descalificaciones agraviantes. Más aún, el debate democrático se degrada cuando se priorizan los agravios personales por sobre la crítica acerca de un acto funcional” (considerando 6 del voto del doctor Lorenzetti). Más adelante sostiene que los dichos de Martínez “constituyen expresiones insultantes que exceden los límites del derecho de crítica y a la libertad de expresión por parte del demandado, ofendiendo la dignidad y decoro del actor” (considerando 8). Y opina que “la trascendente garantía constitucional de la libertad de expresión, no puede traducirse, al amparo de ningún entendimiento dogmático, en un derecho al insulto o a la vejación gratuita e injustificada” (considerando 10). Por lo que concluye que “resulta claro, por lo tanto, y con arreglo a estas consideraciones que los términos utilizados por el demandado, deben considerarse insultos, y difieren de las opiniones, críticas, ideas o juicios de valor que podrían efectuarse respecto de un funcionario público, por lo que los precedentes invocados por el recurrente no son aplicables al sub examine” (considerando 10).

10 Considerando 9 del voto del doctor Lorenzetti. Lo mismo dice en su considerando 22 el doctor Maqueda, quien no emite un juicio de ponderación. Su razonamiento es convencional, es decir, parte de un análisis de las reglas que considera aplicables, y las aplica al caso para concluir que la responsabilidad civil es procedente.

en boca de otros funcionarios y de la ciudadanía.¹¹ Por ello, juzgamos que la importancia de la satisfacción del derecho al honor de Martínez de Sucre es de un 2. No llega al 4 (grave) ni tampoco merece un 1 (leve).

Ahora llega el momento de la “ponderación en sentido estricto”. Cabe investigar si la satisfacción del derecho de libertad (que es mediana, de un 2) está en proporción con la restricción del otro derecho (que también es mediana, de un 2), según la medida M (que establece una obligación de resarcir en cabeza de Martínez). La fórmula se presenta de la siguiente manera: $2/2=1$. Estamos ante un caso de empate. Alexy entiende que en los empates no se debe revisar la medida (o, lo que es lo mismo, el vencedor debe ser P2).¹² De allí que, según este análisis, sí se debió imputar una obligación resarcitoria a José Martínez o, lo que es lo mismo, no asiste razón al voto de la mayoría de la Corte Suprema argentina.

3.4. La cuestión de la subjetividad

En su muy difundido artículo,¹³ Robert Alexy (2008b) se dispone a contestar dos objeciones que Jürgen Habermas hiciera sobre el análisis de proporcionalidad. Ambas apuntan a la discrecionalidad que les otorga el análisis a los jueces que lo articulan. Al no tratarse de subsumir un hecho en una regla que contempla el hecho, el método no puede ser calificado de método que permite arribar a juicios correctos. Al no gozar de esa posibilidad, el método tampoco goza de la propiedad de generar soluciones objetivas. Esta propiedad es algo que un método de decisión jurídica desea tener. Un método que carece de ello, como dice Alexy (2008b, p. 2), recibe un golpe que lo tira fuera del ámbito del derecho constitucional.¹⁴

Este autor cree dotar de objetividad al análisis de proporcionalidad al otorgarle un lenguaje técnico, sofisticado y claro. Lo hace, primero, al desarrollar su análisis de tres pasos (el primero “establece los grados de insatisfacción o

11 Este argumento es esgrimido por Rosatti en su considerando 13 y por el voto conjunto de Rosenkrantz y Highton de Nolasco en su considerando 13.

12 Alexy (2008b, p. 3) da por entendido que en un caso análogo de empate (caso *Titanic* de la Corte Constitucional de Alemania) corresponde no hacer prosperar el recurso y, por lo tanto, dar prioridad al derecho protegido por la medida que se intenta revisar.

13 Ídem.

14 El Prof. Guibourg (2011) expresa el punto de manera clara: “Dada la necesidad de una base moral para justificar el razonamiento práctico y, por lo tanto, un razonamiento jurídico acorde con el no-positivismo incluyente, se requiere alguna clase de conocimiento moral objetivo” (p. 5).

detrimento de un primer principio”, el segundo “establece la importancia de satisfacer el principio opuesto” y el tercero “se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio”), y segundo, al estipular medidas computables para los grados de insatisfacción e importancia de los derechos (leve, mediana, grave, que equivalen a 1, 2 y 4, respectivamente). Esta sofisticación, sin lugar a dudas, agrega maleabilidad al método y trazabilidad a la decisión tomada. Es cierto también que la manera clara e inteligible en la que procede –su mecánica– genera en el observador la sensación de seguidilla lógica que suele ser atribuida al razonamiento subsuntivo. Quizá fue esa búsqueda la que motivó la teorización.

Con todo, creo no desconocer el momento “discrecional” y “subjetivo” que achacan las críticas que Alexy intenta contestar. Esto sucede en el momento de la calificación del grado de afectación e importancia de los derechos en pugna. Puesto sucintamente, lo que para uno puede ser una afectación grave a un derecho (como la libertad de expresión) para otro puede ser una afectación leve. De igual manera, para ciertas personas el honor es de máxima importancia (siendo cualquier ofensa reprobable), mientras que para otros no es tan importante. Los votos de Rosatti y Lorenzetti dan prueba de mi punto. Hagamos el ensayo.

Rosatti concluye que no cabe imputar una obligación resarcitoria a Martínez de Sucre. Esto, en lenguaje técnico, equivaldría a decir que, para él, el grado de afectación de la libertad de expresión que se da con la medida resarcitoria es mediana o grave, mientras que el grado de protección que merece el honor es leve o mediano. Del otro lado, Lorenzetti, que concluye que sí cabe imputar una obligación resarcitoria a Martínez de Sucre, debió por fuerza haber calificado el asunto de manera distinta. Para él, la importancia del honor en este caso concreto es mediana o grave, mientras que la importancia de la libertad de expresión es leve. Estas disquisiciones teóricas no resultan arbitrarias si se observan los fallos. Lorenzetti enfatiza la vulgaridad del vocabulario utilizado por el demandado y arguye que los funcionarios públicos no tienen por qué estoicamente soportar ese tipo de críticas (ver notas 9 y 10). Del otro lado, Rosatti enfatiza que las críticas apuntaban a la actividad pública del fiscal y que este, al ser un funcionario público, aceptó tácitamente someterse al escrutinio público (ver su considerando 13). Son visiones distintas de un caso que varían, naturalmente, según la sensibilidad, proveniencia, aspiraciones, ideologías, momento y otro cúmulo de factores solo académicamente distinguibles que influyen los juicios morales de las personas.

Quizás sea que objetividad en este campo connota algo distinto a lo que esta-

mos acostumbrados a pensar.¹⁵ Después de todo, la teoría no deja de ser loable si su intención es solo iluminar intereses que se enfrentan en un litigio y ordenar que se exprese la ponderación que llevó a una decisión. Así lo reconoce su mayor expositora en Argentina.¹⁶ El valor de esta teoría, entonces, no es tanto la seguridad jurídica, sino el orden, la claridad y la transparencia.

4. Los límites del análisis en el Código Civil y Comercial

Ahora cabe preguntarse acerca del lugar que ocupa el análisis de proporcionalidad en el derecho privado argentino. ¿Se trata de una herramienta de uso excepcional o está allí dispuesta para un uso discrecional de la judicatura? ¿Es posible precisar una regla que determine cuándo corresponde recurrir a este modo de justificar decisiones judiciales?

La pregunta no ha sido respondida de modo frontal por la doctrina.¹⁷ Nosotros, desde ya, podemos enunciar ciertas obviedades. Primero, no es razonable decir que “el análisis de proporcionalidad no debería proceder en ningún caso”, ya que está siendo aplicado por los tribunales nacionales y no encontramos razones de peso como para poner en crisis ese hecho, aunque haya

15 Quizás sea, como explica el profesor Guibourg (2011), que: “De acuerdo con Alexy, dentro de este campo la objetividad no es lo mismo que la posibilidad de prueba, como en matemáticas o en ciencias naturales. El objetivo es encontrar algunos elementos de razón, argumentos racionales, en algún punto intermedio entre la prueba y la arbitrariedad. Si hay un argumento racional, hay objetividad, aun si algunos interrogantes son controvertibles. De este modo, si tenemos buenos argumentos a favor y en contra de una solución, y si un tribunal decide de acuerdo con un conjunto de buenos argumentos, tal decisión se adopta objetivamente” (p. 3).

Sin embargo, en mi opinión, la palabra “objetivo” requiere, por su carga semántica, de una definición menos generosa acerca de lo que puede calificarse como objetivo. Schlag (2002) captura de manera vívida esta problemática: “Balancing often appears aesthetically incomplete and intellectually unsophisticated. Its successes or failures depend crucially upon the intelligence and sensitivity of the particular judge who actually does the balancing work. Balancing effectively defers to the judge the resolution of the key difficulties. She must decide what values to attach to the various interests, considerations, and factors. This exercise in valuation can be a formidable task because it is often unclear how the various factors can fit on the same scale. Then too, the very articulation of the terms to be balanced against each other skews the judgment to be made. Not surprisingly, in some cases, the balance struck can seem so precarious that if one were to reverse the court’s balancing exercises, the opinion might still be just as persuasive” (p. 1073, citas omitidas).

16 Como dice Clérico (2018), “*Mi propósito es rescatar la importancia del examen de razonabilidad como un procedimiento de argumentación preocupado por comprender el problema que se discute y examinar las razones que se alegan*” (pp. 151-152, cursivas en el original).

17 Los trabajos que tratan el análisis de proporcionalidad y el derecho privado siquiera hacen referencia a la cuestión. Ver literatura citada en nota 1. Los comentaristas del Código Civil y Comercial, en los diversos comentarios que a la fecha aparecieron, tampoco intentan resolverla.

argumentos.¹⁸ En segundo lugar, aceptamos una tesis que diga “el análisis de proporcionalidad procede en los casos en los que no hay regla que contemple el supuesto de hecho (vacío legal) o en los que hay más de una regla con vocación de regular el mismo caso (antinomia)”. La Corte Suprema ha dado por sentado ese criterio.¹⁹ Nosotros lo aceptamos, pues, como hemos visto, el análisis es una herramienta útil para producir soluciones razonadas cuando no las hay.

Podemos todavía avanzar hacia la aceptación de una tercera tesis: “corresponde recurrir al análisis cuando exista una regla que contemple el caso, pero cuya aplicación al caso sea inconstitucional”. Esta tesis es aceptable desde los dos puntos de vista que se encuentran en tensión. Desde el punto de vista del derecho público, estamos ante una cuestión obvia. El sistema jurídico argentino ha establecido un control judicial de constitucionalidad sobre las leyes inferiores a la Constitución, como lo es el Código Civil y Comercial. El análisis de proporcionalidad es un modo de control de constitucionalidad. Luego, este sirve para controlar la constitucionalidad de las normas de derecho privado. Desde un punto de vista interno al derecho privado, la tesis es aceptable desde el momento en que el mismo Código Civil recepta la llamada constitucionalización del derecho privado. Esto lo hace en su primer artículo, que dice: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”.

De lo dicho se puede concluir que el análisis de proporcionalidad procede tanto en casos de vacío legal y antinomia como en casos de inconstitucionalidad. Aquí radica el asunto de esta parte. Quiero cuestionar las limitantes. Varios elementos indican que en el nuevo Código Civil y Comercial no es necesario condicionar al juzgador a embarcarse en la tarea de argumentar que la aplicación de una regla a un caso es inconstitucional para recién poder aplicar el análisis de proporcionalidad. Para ello, elaboraré tres puntos. Primero diré que los requisitos de procedencia del examen de constitucionalidad, tal y como están planteados por la doctrina constitucional, y el derecho privado son

18 Ver discusión en Andrade (2018).

19 El criterio según el cual el análisis procede cuando no hay solución legal es mencionado en el considerando 8 del voto del doctor Lorenzetti en el caso *Rodríguez, María Belén vs. Google Inc.*, de la Corte Suprema de Justicia. Dice: “Que, a los fines de abordar los agravios planteados, corresponde señalar que, en ausencia de una regla de derecho determinada que prevea una solución específica, el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley como los invocados por las partes”.

bastante laxos. Segundo, diré que las sentencias de derecho privado en las que el análisis de proporcionalidad se aplica pueden, ciertamente, ser leídas como una realización y, por tanto, especificación de estos criterios generales. En este sentido, se podría decir que es la práctica de revisión por parte de la judicatura la que enseña cuándo debe proceder el análisis de proporcionalidad. Para entender cuándo procede, hay que imbuirse en la cultura judicial. Sin embargo, diré en un tercer momento que, ante esta práctica de una revisión excepcional instituida en la cultura judicial, se enfrenta una tesis amplia, que entiende que el análisis procede en todos los casos. Diré que esta tesis se condice tanto con el espíritu que autorizada doctrina ha leído en el código como con los presupuestos y elementos del análisis de proporcionalidad.

4.1. Sobre las (in)constitucionalidades

La doctrina constitucional argentina es conteste en cuanto a que la revisión del derecho legislado procede cuando la aplicación de una regla al caso produce gravámenes al derecho subjetivo del titular reclamante.²⁰ Califican esta proposición diciendo que la declaración de inconstitucionalidad debe ser considerada como “la última ratio del orden jurídico”. Esto significa que procede solo “cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados y se requiere que tal repugnancia sea “manifiesta, clara e indudable”.

Esta idea de la excepcionalidad del control de constitucionalidad (de ahora en más, del análisis de proporcionalidad) ha sido tomada y desarrollada por los mismos redactores del Código Civil y Comercial. Esto sucede en los *Fundamentos* al mismo código, en el comentario al artículo primero recién citado. En efecto, la Comisión Redactora dice que el Código “impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si esta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo siquiera uno de ellos conforme con la Constitución”.

Es que “constituye acendrado principio cardinal de interpretación que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla”, por lo que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto es, como dice la Corte Suprema, “la última ratio del ordenamiento jurídico” (Lorenzetti et al. 2015, III “Titulo Preliminar”, 4.1 “Las Fuentes”).

20 Ver la clásica exposición de Bidart Campos (2007, pp. 456-462). Entre los más jóvenes, ver Ylarry (2019, pp. 45-86).

A mi entender, estas ideas presentan ciertas complicaciones. Son muy limitados los casos que puedo imaginar en los que, primero, la norma regule el caso concreto y, segundo, no exista interpretación constitucional alguna para defender la aplicación de la regla al caso. Desde ya podríamos decir que toda aplicación de una regla a un caso que es regulado de antemano por la misma regla responde al menos a un valor constitucional: el principio de legalidad (y al de la división de los poderes, al debido proceso, etc.). Sin embargo, mi punto es otro. Es muy difícil encontrar una norma que haya resultado incluida en un código como el argentino (que no ha sido escrito por un jurista, sino que ha sido consensuado por varios juristas y discutido ampliamente por la política y la sociedad) y que esta no sea defendible por alguno de los muchos, generales y tan diversos principios de derecho que una constitución como la argentina reconoce. Se lo puede pensar de la siguiente manera.

Los preceptos del Código que continúan con la tradición decimonónica pueden ser leídos como corolarios de los principios originarios de la Constitución de 1853 (que defiende la propiedad privada (artículo 17), las libertades económicas (artículo 14) y la autonomía de la voluntad (artículo 19)). Para las disposiciones del Código que respondan a valores comunitarios como la familia y la asociación, está el artículo 14 bis de la Constitución, tributario del pensamiento político y social de mediados del siglo XX. El mismo artículo, sumado al Pacto de los Derechos Sociales y Políticos (hecho constitucional por el artículo 75, inciso 22) contempla todo el derecho privado social (derecho laboral, beneficios del locatario de vivienda, etc.). Por último, la constitución argentina reconoce expresamente el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 42), el derecho a un ambiente sano (artículo 43) y una serie interminable de derechos liberales progresistas (como la no discriminación, los derechos del niño, las políticas de género, entre otros derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos constitucionales del artículo 75, inciso 22.). Y así, aunque el caso de un mutuo con una elevada tasa de interés sea para muchos inválido a razón del derecho del consumidor (artículo 42 de la CN) o de los valores cristianos (el artículo 1 de la CN adhiere a la religión católica), el caso no deja de condecirse con el principio de la santidad de los contratos (959 del Código y los artículos 17 y 19 de la Constitución), la que, al decir de los Fundamentos del Código Civil y Comercial, constituye una “interpretación posible”, “conforme con la Constitución”.

El punto es este: ¿existen tantos derechos constitucionales, de tan distinto carácter (individualistas, socialistas, comunitarios, progresistas), y estos son tan

generales que, utilizados como principios de justificación, permiten fundamentar casi cualquier regla (que haya sido lo suficientemente decente como para ser incorporada en un código civil)!

4.2. Las sentencias de los jueces

Si bien es cierto que los requisitos de procedencia del control de constitucionalidad son abstractos, también lo es que hay una manera de considerarlos especificados. Esta es: mirando la práctica jurisdiccional de declaración de inconstitucionalidad. Esa práctica da vida al requerimiento de enfatizar el menoscabo de un derecho subjetivo, de generar “una convicción cierta” de que la aplicación de la ley al caso “conculca el derecho o la garantía constitucional invocados” de manera “manifiesta, clara e indudable”. Quien quiera aprender a identificar tales menoscabos debe hacerse de la casuística, imbuirse en la práctica jurisdiccional. Esta tesis, en los hechos, puede ser correcta. Tal es así que si se leen los pocos casos disponibles, en los que el análisis de proporcionalidad se aplica a una disputa privada, se encuentran ciertas referencias que indican un claro entendimiento, por parte de los jueces, de que es en ese excepcional caso (¡no en todos!) en el que corresponde aplicar el análisis para declarar la inconstitucionalidad de la regla. Estudiemos dos casos característicos.

El primero es un caso de derecho de familia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.²¹ A. K. L. era una niña que había sido adoptada plenamente, pero quería entablar contacto fluido con sus hermanos de sangre. Sus adoptantes consideraban que ese contacto era contrario a sus propios intereses, lo que parecía calificar como un ejercicio válido de su patria potestad, a la luz de la doctrina del artículo 323 del entonces Código Civil vigente.²² La asesora de menores atacó la constitucionalidad de dicho artículo. Los jueces se dispusieron a analizar la cuestión sin “excesivo apego a la letra de la ley” para “efectuar una completa ponderación de los bienes o principios comprometidos en el sub lite”. Por un lado, ponderaron el derecho a la identidad de la niña y, por el otro, la cuestión de la adopción plena, que supone “una ruptura con

21 El caso es *L., A. K. -Apelación Resolución- s/Recurso de Inconstitucionalidad*. Disponible en: <http://bdj.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=17669>.

22 El artículo 323 dice: “La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico”.

vínculos familiares biológicos”. Observó el juez votante que “el respeto que prima facie merecen las decisiones del legislador” no puede implicar “que el derecho que en autos invoca A. K. L. deba ceder completamente al punto de pulverizarse o desaparecer”. Para los jueces se manifiesta “una inequívoca restricción al derecho a la identidad de la recurrente”, puesto que “no hace falta una inteligencia muy elaborada para constatar que tal derecho no se limita a, ni se confunde con, “tener un nombre” y/o un emplazamiento filiatorio cierto”, como parecía sostener el tribunal anterior. “El ‘saber quién soy’”, dice el tribunal supremo, “tiene alcances mucho más amplios que se derivan de la propia dignidad de la persona humana, abarcando –entre otros– el derecho ‘a reconstruir la propia historia’ familiar”.

Aquí es evidente que el análisis de proporcionalidad es utilizado como un control de constitucionalidad. Desde un inicio, la defensora de menores planteó el caso como de “inconstitucionalidad del artículo 323”. Existe un derecho vulnerado (“el derecho a la identidad”). Y el juez se preocupó por enfatizar que esa vulneración era manifiesta, clara e indubitable (dijo que “no hace falta una inteligencia muy elaborada para constatar que tal derecho no se limita a, ni se confunde con, “tener un nombre” y/o un emplazamiento filiatorio cierto”). Más adelante, la corte ofrece un párrafo en el que emplaza el análisis de proporcionalidad dentro de la doctrina constitucional sobre el control constitucional. Menciona:

el deber republicano primario de los jueces es respetar la ponderación vigente que ha realizado el legislador, en la medida que no transgreda los referidos parámetros; si dicha transgresión (que se materializaría fundamentalmente por el arbitrario menoscabo a los derechos humanos) no se verifica, la labor de adjudicación judicial no puede sino concluir en un juicio de compatibilidad constitucional favorable a la norma legislativa, por plasmar una composición de bienes o, en palabras del fallo antes citado, “una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional.

Aquí, los jueces están diciendo que existen varias hipótesis de regulación para un caso (medida M1, M2, M3 y M4). Es evidente que estas hipótesis van a ordenar la tensión entre los principios implicados (P1 y P2) de maneras distintas y es evidente también que van a existir al menos más de una medida aceptable (supongamos que son M2 y M3). Los jueces dicen que si el legislador establece M2, nosotros no podemos optar por M3. Debemos respetar la decisión legislada de acuerdo con el principio de separación de poderes. Pero

en los casos en los que la aplicación de la regla al caso verifique una situación inaceptable (M1 o M4), tenemos el deber de declarar la inconstitucionalidad de la norma.²³

Allí hay un caso de un juez que en su argumentación genera “una convicción cierta” de que un derecho constitucional está conculcado. A esto se lo hace explícitamente desde el análisis de proporcionalidad.

Tomemos ahora un curioso caso en el que se utiliza el análisis de proporcionalidad no para derribar la norma en cuestión, sino para expresar que no procede derrotarla. En otras palabras, tratemos de entender la práctica a través de un caso en el que el juez utiliza el análisis para decir que no procede declarar la inconstitucionalidad.

El caso es *Scocco vs. Embotelladora del Atlántico S.A.*, del tribunal recién citado.²⁴ Scocco planteó que había sufrido daños y perjuicios a causa de un incumplimiento contractual por parte de una embotelladora de la red Coca-Cola. La cuestión que se decidió no es la relativa a la demanda de daños, sino acerca de unas medidas preparatorias que Scocco había solicitado para poder fundar mejor su demanda principal. Las medidas consistían en que un oficial de justicia tuviera la potestad de ingresar a las instalaciones de la demandada y fotocopiar documental vario de su propiedad. Solo con estos documentos a la vista, argumentó la actora, se podrían fundar y precisar los daños que había sufrido. El juzgado de primera instancia dio lugar a la medida, el tribunal intermedio ratificó la sentencia y la corte superior local revocó, con el argumento de que la sentencia no estaba lo suficientemente fundada. Según la Corte, no se verificaban los requisitos prescriptos en la ley de rito local (396 y otros del Código Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe), además de que se violaba el derecho de confidencialidad, reconocido por el artículo 1 de la Ley 24766. El caso, en otras palabras, se resolvió con las leyes aplicables para el caso. El juez utilizó el juicio de proporcionalidad para justificar su decisión de no haber declarado la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 24766. Dice:

23 Interesantemente, continúan los jueces: “Lo dicho –esto es, el respeto que prima facie merecen las decisiones del legislador– no puede significar, sin embargo, que el derecho que en autos invoca A. K. L. deba ceder completamente al punto de pulverizarse o desaparecer, del mismo modo que ella tampoco puede pretender una precedencia absoluta de su derecho, pues aunque goce de fundamentos constitucionales, ningún derecho puede ser absoluto, existiendo ‘sacrificios que conforman la contraprestación de ventajas exigidas por el bien común’” (Méndez Costa, 1992, p. 539).

24 *Scocco, Gabriel vs. Embotelladora del Atlántico S.A. y otros s. Medidas preparatorias - Juicio ordinario - Recurso de inconstitucionalidad*, Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 07/06/2006. Disponible en: <file:///localhost/Users/javierhabib/Downloads/06090104.htm>

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.²⁵

Como se nota, es evidente que, para el juez votante, el medio adecuado para revisar la constitucionalidad del derecho privado vigente es el análisis de proporcionalidad. Esto se observa cuando dice que el retroceso de un derecho “sólo es constitucionalmente admisible si se cumplen las exigencias de proporcionalidad”. Para el supremo juez, el análisis de proporcionalidad –cita al mismo Alexy– es el modo de determinar si una ley conculca un derecho constitucional. La medida promovida por la jueza de grado sí conculca ese derecho. Por eso es que no hace lugar a la medida, declarando la inconstitucionalidad del derecho de confidencialidad. La medida conculca el derecho porque es innecesaria. Al autorizar a un oficial de justicia a que ingrese a las oficinas de una empresa y fotocopie cuanto documento considere relevante, la jueza no acude al medio menos gravoso de afectar el derecho de confidencialidad.²⁶

4.3. Otra tesis

En esta sección quiero sugerir una hipótesis distinta acerca de la procedencia del análisis de proporcionalidad. Es cierto que es plausible establecer una regla que diga, por ejemplo, “el análisis de proporcionalidad procede cuando la aplicación de la regla al caso es inconstitucional”. Sin embargo, esta búsqueda de una regla que determine cuándo procede el análisis y cuándo no es propia de un paradigma de derecho decimonónico, legalista, que genera seguridad jurídica a partir de la regulación de todos los casos, de manera precisa, desde el pasado hacia el futuro. Quizás lo más conteste con la filosofía del nuevo código sea evi-

25 Ver Alexy (1993, pp. 111 y ss.).

26 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 [la empresa] (e incluso de quienes aparecen vinculados jurídicamente a la marca ‘Coca-Cola’).”

tar establecer una regla de derecho y decir, simplemente, que el análisis de proporcionalidad siempre puede proceder. Los jueces pueden decidir examinar la proporcionalidad de una regla aun cuando su aplicación al caso en cuestión no sea polémica o fácilmente rechazable como constitucional. Esa tesis, entiendo, coincide tanto con la filosofía que inspira al nuevo Código como con los presupuestos y elementos del análisis de proporcionalidad. Intentaré desarrollar.

4.3.1. La filosofía del nuevo código

Del Código Civil y Comercial se suelen comentar dos puntos importantes. Primero, que el código está orientado a la solución del caso concreto y, segundo, que reconoce una pluralidad de fuentes, incluidos los principios y valores.²⁷ Para mí es evidente que este énfasis en la solución del caso en juicio, y de la pluralidad de principios y valores en juego, trae como causa un debilitamiento de la función conclusiva de las reglas.²⁸ La razón de esto radica en que las reglas que los jueces deben aplicar muy bien pueden contemplar el caso, pero no dar la mejor solución posible. Una solución M1 podría haber logrado un balance tolerable entre P1 y P2 y, por lo tanto, ser aceptable y respetable como medida legislada. Pero una solución hipotética M2 podría haber generado un balance aún mejor o, incluso, siquiera conculcar P2 (demostrando que M1 es innecesaria). Estoy seguro de que existen situaciones en las que los jueces aplican medidas legisladas innecesarias solo por no ponerse en el comprometedor trabajo de pensar y solucionar con medidas innovadoras. Pero justamente a ello apunta

27 Los Fundamentos del Proyecto afirman que con la institución del título preliminar (los tres primeros artículos del código) se produce una “apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores” (Lorenzetti et al. 2015, tomo III, p. 1) Y aclaran: “No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas” (tomo III, p. 3). Gonzalo Sosso (2018, p. 29) dice que “el Código asume que las fuentes se ordenan caso por caso, en función de la respuesta que debe darse, asumiendo como directriz la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos. Dicho de otra manera, no existe una organización a priori de las fuentes, sino ad hoc. Esta perspectiva que vincula de manera permanente el sistema con los casos implica asumir también que existen diversos modelos de adjudicación judicial que no se limitan a la subsunción normativa que era el modelo presupuesto por los códigos decimononos”.

28 Hay autores que lo plantean sin más. Por ejemplo, Verbic y Sucunza (2016) dicen: “El esquema planteado por el Código Civil y Comercial, signado por el deber de ponderar los principios, valores y la totalidad del ordenamiento jurídico de forma coherente, pareciese inclinarse por una versión dinámica de las reglas” (p. 11). Grajales (2015) entiende que en el Código se impone “la idea de que el significado de la norma es mutable y actualizado permanentemente por parte de los intérpretes en función de los elementos interpretativos que se le han otorgado...” (p. 4).

el nuevo código: a debilitar la importancia de la regla legislada para mejorar la calidad de la solución del caso, a través de medidas creativas emanadas de razonamientos de principios.²⁹ Aquí se integra, como corolario, el pensamiento de que en el nuevo Código Civil y Comercial siempre es posible efectuar un análisis de proporcionalidad.

4.3.2. “Siempre cabe revisar” como requerimiento del análisis

En esta coyuntura es interesante remarcar que la lógica del análisis de proporcionalidad requiere –o tiene mayor sentido en un contexto jurídico que permite– que las leyes sean revisables aun cuando su aplicación al caso no sea manifiestamente inconstitucional. Esto, por dos aspectos del análisis de proporcionalidad.

El primero es relativo a cómo deben ser entendidas las reglas de derecho por esta metodología. Las reglas no pueden ser tenidas como definitivas; deben ser, como se dice, “derrotables”. He dicho que esto es una consecuencia del énfasis que se pone en los principios y en los casos (ver apartado 4.3.1.). Aquí quiero desarrollarlo como un presupuesto necesario del análisis. Se puede pensar de la siguiente manera: la propuesta de pensar que toda medida M responde a un principio P, invita a pensar que la medida M es una suerte de derivado histórico del principio P1, algo así como que cuando el legislador produjo M, estaba queriendo promover o aplicar P1. Pero esta promoción de un objetivo o aplicación de un principio general no sucedió en abstracto, sino que sucedió ante el caso o el grupo de casos que el legislador quiso reglamentar con M. De otra manera, M no sería una regla, sino un principio. Aquí viene mi punto: decir que la tarea del juez consiste en determinar si la medida M en el caso X produce más beneficio (por la consecución de P1) que perjuicio (por la afectación del principio contrario P2) es, obviamente, aceptar que M es revisable. Pero hay algo más: corresponde siempre revisarla, que no es lo mismo. El análisis de proporcionalidad asume que la tarea legislativa (en general) no es definitiva, como lo sería si se pensara que las reglas, en general, se aplican sin más. El le-

29 Como dice el profesor Vigo (2012): “El jurista habitualmente tendrá más de una respuesta razonable disponible para el caso en el que le toca actuar, y por supuesto el reclamo no es que elija al azar o de una manera irresponsable, sino que se esfuerce por escoger la mejor, o sea la más justa” (p. 68). Grajalles (2015) es todavía más entusiasta: “Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad” (p. 4). En igual sentido se expresan Verbic y Sucunza (2016): “El dogma de la subsumción desaparece, dando paso a la responsabilidad de tener que ponderar, justificar y reconstruir el ordenamiento jurídico para dar solución al caso” (p. 11).

gislador inicia una tarea que el juez termina, pues el legislador pudo no haber contemplado las particularidades del caso judicial o, si las contempló, pudo haberlas contemplado mal, sea porque no pudo percibir ciertas propiedades que este mismísimo caso enfatizó o porque no pensó en el principio opuesto, o porque midió incorrectamente el peso de la frustración del principio opuesto, o porque un tercer principio adquirió vigencia con el tiempo. La conclusión es que, para el análisis de proporcionalidad, la tarea del legislador debe ser pensada como mancomunada con la tarea del juez. En todos los casos.

El segundo punto tiene que ver con la definición de un elemento del análisis. Los principios, se dice, “son mandatos de optimización”.³⁰ Esto quiere decir que los principios requieren que sean perfeccionados al máximo de lo posible. Puesto en otras palabras, si están ahí, es para llevarlos a su máxima expresión. La mejor solución es la que produce medidas que no conculcan segundos principios (examen de necesidad) o aquellas que obtienen el mejor balance (proporcionalidad en sentido estricto). Si esto es así, no se entendería por qué un juez que identifica una medida que (sin vulnerar de manera manifiesta un derecho constitucional) es mejorable no decide mejorarla. De nuevo, los principios están para ser optimizados. ¿Por qué pararse en medio del camino?

5. Relaciones fracturadas

En un precioso pasaje de su *Sistema de Derecho Romano Actual*, Savigny (1867) devela la clave de bóveda para descifrar el enigmático significado y dinámica de, quizás, el concepto más importante del derecho privado clásico: las relaciones jurídicas. El punto de enlace es “La famosa ley *Frater a fratre*”,

que trata sobre el siguiente caso: dos hermanos están bajo la autoridad del padre. Uno efectúa un mutuo al otro. El mutuario paga el mutuo luego de la muerte del padre y se inquiere si acaso puede recuperar este dinero, como dinero pagado por error. Aquí el juez simplemente tiene que decidir sobre la cuestión de si hay o no hay bases para la *conditio indebiti*; pero para saber esto, debe tener presente una completa vista de la relación jurídica. Los elementos individuales de la misma fueron: el poder paternal sobre los dos hermanos, un mutuo de uno al otro, el peculium que el deudor había recibido del padre, la herencia del padre, el pago del mutuo. De estos elementos, la decisión querida por el juez debe proceder. (Savigny, 1867, p. 7)³¹

30 Ver el desarrollo de De Fazio (2018, pp. 54 y ss.).

31 Traducción propia.

Kurki (2019) entiende que no es claro lo que Savigny quiso decir con este caso. Para mí es evidente que lo está ofreciendo para ilustrar lo que él llama “la naturaleza orgánica de las relaciones jurídicas” (p. 46). Para entender si el mutuuario tiene bases para demandar que se le devuelva lo pagado por error, debemos tener “una completa vista de la relación jurídica”. Savigny (1867) menciona cinco aspectos: “el poder paternal [...] un mutuo [...] el *peculium* [...] la herencia del padre [...] el pago del mutuo”. Más adelante en el texto (pp. 8-9) especifica un punto ya tocado: “el antiguo *peculium* y especialmente la *deductio* que allí prevalece”) y agrega un sexto elemento revelador: “la confusión de los créditos y las deudas”.

Pareciera ser que el hermano mutuante había recibido un peculio por parte del padre. Con la muerte del padre, y en virtud de la deducción, el mutuante era deudor de la herencia. Luego, su hermano mutuuario le devuelve el préstamo, pero al ser este titular de la herencia, se da con que, al mismo tiempo, era acreedor de su mutuante. La cuantía de su deuda (por préstamo) era igual en género y cantidad a la de su crédito (o derecho de deducción), de allí que antes de la devolución del mutuo se había producido la confusión. El mutuuario no debía haber devuelto el mutuo. Por ello es que tiene lugar la acción de pago por error (*condictio indebiti*).

En otro párrafo, bastante intrincado, Savigny (1867) menciona tres aspectos que hacen a la naturaleza orgánica de las relaciones jurídicas,³² los cuales se ponen de manifiesto en el caso recién citado. El primero consiste en la “coherencia de sus partes constitutivas” (Savigny, 1867, p. 7).³³ Las relaciones jurídicas son construidas por partes o elementos de derecho, v.gr., el mutuo, el poder paternal, la confusión, etc. Que estas partes exhiban una coherencia significa que se ensamblan las unas con las otras para tener sentido como un caso de derecho o relación jurídica. Como queda evidenciado en el ejemplo dado, un pleno entendimiento de la relación jurídica requiere una identificación y combinación de todas sus partes. La labor del jurista, para Savigny (1867), consiste en exactamente eso: por un lado, combinar las piezas de derecho de manera tal que se evidencie un caso de derecho y, por el otro, lograr que la combinación refleje lo que efectivamente acaeció en la realidad.³⁴

32 Dice: “Las relaciones jurídicas [...] tienen una naturaleza orgánica, y esta se revela en parte por la coherencia de sus partes constitutivas, que se balancean y limitan la una a la otra, en parte por el desenvolvimiento gradual que vemos en ellas, y en parte por el modo en que emergen y se extinguen” (Savigny, 1867, p. 7) (traducción propia).

33 También habla de “la conexión viva de las partes constitutivas” (Savigny, 1867, p. 8).

34 “The decision upon the individual right is only possible by a reference of the particular matters of fact to a general rule by which the particular rights are governed” (Savigny, 1867, p. 8) (traducción propia).

Otro aspecto de la relación jurídica que pone de manifiesto su naturaleza orgánica es que esta se desenvuelve de manera gradual. En otras palabras, existen diferentes estratos, o grados de generalidad, de una misma relación jurídica. Al grado de menor generalidad está el hecho de que Pedrito, el hijo menor de Flavio, le había entregado dinero a su hermano Mario. Desde un punto de vista más general, este hecho puede ser llamado “mutuo”. A un grado aún más elevado de generalidad, el mismo hecho puede ser llamado “contrato”. Y ya a un punto álgido de generalidad, el hecho puede ser llamado “causa de obligación”. Este desenvolvimiento gradual de las relaciones jurídicas no es acaso. Los conceptos más generales les dan sentido a los más particulares y los gobiernan.³⁵

Por último, la naturaleza orgánica de las relaciones jurídicas se aprecia en “el modo en el que emergen y se extinguen”. Las relaciones jurídicas surgen, claro está, de distintos modos, según el tipo. El caso *frater a fratre* presenta dos ejemplos. Por un lado, una obligación que nace de un contrato; por el otro, la extinción de la misma obligación a causa del hecho de la asunción, en una persona, de la condición jurídica de deudor y acreedor. Las relaciones jurídicas, en otras palabras, no son entidades abstractas, alejadas de la vida en sociedad. Estas nacen y mueren, como nacen, se desarrollan y se extinguen los acuerdos y conflictos.

He traído el pensamiento de Savigny para proponer un entendimiento comparativo. El Código de Vélez Sarsfield, que es tributario de la tradición de Savigny, concibe al derecho como un sistema de relaciones jurídicas. La función del juez, en este código, es identificar relaciones de derecho. En el nuevo Código Civil y Comercial la cosa cambia. Las relaciones jurídicas que están presentes se fracturan a fuerza de un sistema holístico de decisión del caso concreto desde una pluralidad de fuentes.³⁶ Se trata, en efecto, de dos modos de entender el derecho (en uno

35 “Si no nos detenemos en la apariencia inmediata pero buscamos en la esencia de la cosa, observamos el hecho de que cada relación jurídica está sujeta a una correspondiente institución legal que es, como si fuera, su tipo, y por la cual está gobernada [...] De hecho esta última es dependiente de la anterior en tanto que por ella obtiene vida y verdad” (Savigny, 1867, p. 8) (traducción propia).

36 La expresión holística la tomo de Dancy (2015, pp. 19-37), quien enseña que “el holismo en la teoría de las razones afirma que las razones no funcionan de [...] forma invariable” (p. 21). Esto quiere decir que una razón como la regla que dice “mentir es malo” no siempre hace que una mentira en particular sea necesariamente mala. Puede haber mentiras buenas, como la de quien miente acerca del paradero de una posible víctima de un asesinato. En este caso, mentir no es malo. Con todo, el hecho de que en ese caso la aplicación de la razón o regla no sea conducente a la decisión moral correcta no significa que la razón o regla no sea válida. Como dice Dancy (2015), “Lo que es una razón en un caso *puede* no serlo en otro caso” (p. 22, cursiva en el texto). Las analogías con el método de la proporcionalidad saltan a la vista. Tal es así que un fervoroso auspiciante del análisis de proporcionalidad dice, en interpretación de lo que sucede cuando incorporamos el análisis en el código, que: “Lo que hoy –y en el caso concreto– resulta la prioridad de un principio por sobre

hay un sistema integrado por elementos integrables; en el otro, una pluralidad de fuentes válidas) y de dos modos de adjudicar (en uno, el caso se articula al sistema; en el otro, el sistema se articula al caso). En las páginas que siguen elaboraré este entendimiento comparativo, el cual servirá a dos propósitos. Primero, intentaré mejorar nuestro entendimiento acerca de cómo impacta la llegada del juicio de proporcionalidad al derecho privado. Segundo, ensayaré una aproximación a lo que perdemos y ganamos en derecho privado con su constitucionalización.

5.1. Dos entendimientos de sistema y decisión

Vélez Sarsfield concibió un sistema de derecho privado en el sentido del *sistema de derecho romano actual*. Esto se evidencia no solo en las sendas citas que hace de Savigny en sus notas, sino, directamente, en la teoría expresada en su articulado. Piénsese: el código inicia con un título preliminar “sobre las leyes”, que postula que el derecho es el escrito en ese código.³⁷ Las disposiciones legales están organizadas en cuatro grandes categorías: “las personas”, “los derechos personales”, “los derechos reales” y disposiciones comunes a los derechos personales y reales. Estas son las *instituciones generales*, que albergan a las categorías de menor grado. Así, el Libro 1 trata sobre las “personas de existencia visible” y “las personas jurídicas”, el Libro 2, sobre las obligaciones nacidas de “actos ilícitos” y de “los contratos”, el Libro 3 trata sobre los distintos “derechos reales” y “sus modos de adquirirlos” y el Libro 4 regula “las sucesiones intestadas” y “la sucesión testamentaria”. Más aún, estas piezas jurídicas han sido diseñadas para configurar *una coherencia en el sentido savigniano* de la palabra. Por ejemplo, ante la cuestión de si acaso el fundo X se encuentra en el acervo hereditario de Y (temática del Libro 4), habrá que estudiar si Y era efectivamente dueño de X (temática del Libro 3), lo que puede llevarnos a una compraventa (temática del Libro 2) y a la personalidad del vendedor (temática del Libro 1). Por último, todas estas relaciones son concebidas como fenómenos que *nacen y mueren*: la persona, la propiedad y el contrato tienen un nacimiento o causa, desenvolvimiento y extinción, cada etapa con efectos propios.

Es de notar que la naturaleza orgánica de las relaciones jurídicas establecidas

otro y, por tanto, determina que la norma interpretada signifique x, mañana, y frente a otro caso concreto, se puede configurar que el principio que tuvo prioridad en su momento ya no la tenga y, por tanto, la misma norma puede ser interpretada para que signifique” (Grajales, 2015, p. 6).

37 Artículo 22: “Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil”.

en el código se pone de manifiesto también en la manera en la que operan los jueces y abogados de este tipo de sistema.³⁸ Supongamos que una abogada escucha la siguiente narrativa de su cliente: “A la casa se la entregué hace ya más de siete años”, “para cerrar el contrato dimos mil vueltas, el tipo llegó a bajarme el precio como cinco veces”, “arreglamos que me pagaría cuando cobrara el dinero de la herencia de su padre. Eso estuvo estipulado en el contrato que firmamos con el escribano”, “luego me enteré de que dinero no le falta, pues es un habilidoso comerciante”, “es verdad que recibí los 100 mil pesos que arreglamos”, “para peor, cuando nos reunimos para arreglar amistosamente, me insultó a viva voz en el bar en el que quedamos”. Pensar estos hechos en términos de categorías jurídicas no es dificultoso. Por el altísimo grado de particularidad de ciertas relaciones jurídicas, ya sabemos que se trata de una “compraventa inmobiliaria”. Sin embargo, la compraventa no fue pura y simple. El comprador se obligó a pagar el precio luego de que acaeciera el hecho futuro de la adquisición de sus derechos hereditarios. Para quien conoce de derecho civil, no es difícil identificar la categoría que puede ordenar la relación según el caso. Las partes insertaron una condición en la obligación de dar la suma de dinero.

Acá vimos cómo la abogada logró un arreglo *coherente* de la relación, incluyendo conceptos particulares (la compraventa inmobiliaria) y *generales* (el concepto de “condición”). Ahora notemos un aspecto importantísimo de la operativa, que nos conectará con la comparación que queremos elaborar respecto al nuevo Código Civil y Comercial. Resulta evidente que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la clienta habló de más. Que el comprador la insultó en un bar parece ser un hecho irrelevante. Lo mismo respecto al hecho de que le cambió varias veces el precio antes de cerrar. Es un hecho característico de la práctica de adjudicación en derecho privado clásico que los operadores incluyan y excluyan material, según quepan o no, en las relaciones jurídicas que identifican. Lo relevante quizás sea que el comprador se aprovechó de la impericia del vendedor al arreglar un precio desproporcionado (lesión subjetiva), dado el alto grado de inflación en el peso argentino.

38 Savigny (1867) lo dice así: “This living production of the jural relation in each given case, is the intellectual element of juristic practice and distinguishes its noble calling, from the bare mechanism which so many ignorant persons see in that practice” (p. 7) (“Es la viva productividad de las relaciones jurídicas -con su ensamblaje de elementos interconectables, de variada graduación- lo que permite que los operadores de derecho hagan su trabajo. Adjudicar consiste en acomodar el caso a las posibilidades ofrecidas por este ensamble modular. Se trata de un oficio noble, que requiere estudio y práctica. No es una operación ‘mecánica’, como se dice vulgarmente, al no entender el oficio”) (traducción propia).

Ahora, el nuevo Código Civil y Comercial. Enfatizamos ciertos elementos relevantes. El código también cuenta con un “Título Preliminar”, pero este no se queda con “las leyes” (capítulo 2). También nos habla del “Derecho” (capítulo 1), el cual reúne tres artículos. El primero, titulado “Fuentes y aplicación”, dice: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. El segundo, titulado “Interpretación”, dice: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta [...] las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Y el tercero, titulado “Deber de resolver”, dice: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

La interpretación oficial de estos artículos dice que se trata de la incorporación en el Código de una “pluralidad de fuentes”.³⁹ Que las fuentes sean plurales significa que los materiales a los que los operadores pueden recurrir para fundamentar sus casos son de naturaleza varia. Tenemos las típicas disposiciones del derecho privado clásico, que el nuevo Código receiptó del Código de Vélez Sarsfield o de la crítica doctrinaria. Se contemplan, además, las disposiciones de la Constitución Nacional, los derechos humanos reconocidos en ella y principios y valores jurídicos. Más aún, se dice que como el Código es el sistema común a todo el derecho privado, también deben comprenderse como parte íntegra de este a los llamados “subsistemas”, que son leyes externas al código que tratan materias afines, como el derecho del consumidor, el derecho de sociedades, la quiebra, etc. Hay quienes incluyen como fuente del Código el *soft-law* y *global law*.⁴⁰ En este contexto de pluralidad de fuentes, la tarea del juzgador consiste en articularlas de manera tal que proporcionen la solución más justa posible para el caso concreto (sentido artículos 1 y 2). Debido al hecho de que en su juicio el juez no resuelve según la regla designada por un órgano legitimado de manera democrática, el juez debe fundar razonablemente su decisión (sentido del artículo 3). Hay quienes dicen que fundar razonable-

39 Los *Fundamentos del Proyecto* hablan de “un sistema de Fuentes” al que “la interpretación debe recurrir” (Lorenzetti, 2015, tomo III, ap. 4.1). Es de mencionar que los *Fundamentos...* enfatizan que en este sistema de fuentes “se destaca en primer lugar la ley, porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad (...)” (Lorenzetti, 2015, tomo III, ap. 4.1). No obstante, gran parte de la doctrina que comentamos menosprecia el punto.

40 Conf. Sosso (2018, p. 24 y ss.).

mente significa escribir una sentencia que haga eco de los consensos básicos de la sociedad en ese tiempo y espacio.⁴¹

Como es de notar, la teoría del nuevo Código Civil y Comercial plantea un modo de decidir cuestiones de derecho privado totalmente diferente al supuesto en el anterior Código Civil. Si bien es cierto que la mayoría de las veces el juez comenzará su juicio desde el entendimiento del caso proporcionado por las clásicas categorías jurídicas, su decisión no está ceñida por esa dogmática.⁴² El juez puede echar mano a una pluralidad de fuentes, y dado que estas varias (y generales) fuentes amplían de manera significativa su radio de apreciación sobre lo que puede resultar jurídicamente interesante, está en condiciones de prestar atención a absolutamente cualquier cosa que las partes hayan dicho. Incluso el juez podrá aventurarse a investigar. Algo del caso sugiere la posible presencia de otra propiedad relevante, y él la busca. ¿Tendrá relevancia la edad de las partes (derecho de la niñez, ancianidad), el sexo (perspectiva de género), la situación patrimonial (vulnerabilidad)? ¿Tendrá cabida algún derecho (salud, medio ambiente, acceso a la cultura, recreación)? Y si no fueran suficientes para nuestro juez estos derechos, también tiene principios⁴³ y valores (que hay tantos como perspectivas, desde la seguridad jurídica hasta la justicia distributiva pasando por la transparencia, la eficiencia, la democracia o la equidad y, por qué no, virtudes clásicas como la generosidad, la valentía, la honestidad, etc.).

41 Grajales (2015) dice: “La razonabilidad de una decisión consiste en la posibilidad de aceptación racional por parte del auditorio al cual va dirigida” (p. 9).

En igual sentido, Guzmán (2015): “El Juez constitucional es un identificador de los consensos básicos de la sociedad y no quien decide sobre la base de sus propias concepciones de la vida. En tal marco conceptual, vale mencionar, el esfuerzo de Josef Esser con referencia a la necesidad de que el juez tenga presentes las expectativas de la colectividad para que el resultado de la función hermenéutica, que posee una insoslayable dimensión práctica, goce de un amplio consenso social” (p. 5) (cita omitida).

42 Dice Guzmán (2015): “En la práctica esto significa que, a la hora de buscar la respuesta correcta, el punto de partida será la dimensión autoritativa del derecho positivo, justificado y legitimado por la moral; pero el juez no podrá detenerse allí, pues incluso si ese derecho positivo ofrece una respuesta para el caso concreto (en normas constitucionales o legales), antes de aplicarla deberá comprobar la conformidad de su solución con las exigencias de los principios superiores (de contenido moral) del sistema jurídico, que condicionan su validez u obligatoriedad” (p. 5) (citas omitidas).

43 Dice Mosset Iturraspe (2011) que, “en virtud o en mérito de la ‘constitucionalización del Derecho Civil’, los principios de uno y otro derecho (público y privado) se hallan aproximados y muchos de ellos se muestran como comunes a ambos derechos. Son principios generales del derecho civil-constitucional: darle a cada uno lo suyo conforme a la justicia y la equidad; vivir honestamente y de acuerdo con la buena fe, lealtad y probidad; no hacerle daño a nadie y, en su caso, reparar los daños injustos causados a víctimas inocentes; la no discriminación negativa y el respeto a la igualdad; el intercambio equilibrado de las prestaciones; el respeto a la voluntad declarada en similar poder de negociación; eminente dignidad de la persona humana; la capacidad de las personas es la regla y

Aquí tiene sentido que se diga que las reglas de derecho (si se quiere, las relaciones jurídicas) son “proyectos de regulación”.⁴⁴ El juez parte del entendimiento provisto por su educación jurídica clásica, pero sobre este nos pone a gravitar un robusto complejo de órdenes normativos que iluminan contornos excluidos por las categorías tradicionales, generando un sentido que el juez toma para elaborar un argumento de razón práctica (como el análisis de proporcionalidad), que termina por justificar el derecho o no derecho de la parte reclamante.

Es de notar que en este modelo de decisión, el caso no se vuelca al sistema, sino que los múltiples materiales ofrecidos por el código se vuelcan o reparten sobre el caso.⁴⁵ Quiero argumentar que aquí sí existe una coherencia,⁴⁶ pero nada tiene que ver esta coherencia con la coherencia que organiza al derecho privado clásico.

La coherencia del derecho privado clásico, como pudimos ver al examinar el pensamiento de Savigny, es una que se genera entre los elementos del sistema

la incapacidad, la excepción; nadie puede enriquecerse sin una causa lícita; el fraude a la ley y al ordenamiento como conductas ilícitas; la prohibición de la justicia por mano propia; todas las personas son iguales ante el ordenamiento, pero el juez debe atender la situación de los débiles o vulnerables; se debe estar a favor *debitoris*, a favor *debilis*; a favor del consumidor; la centralidad de la persona humana; los derechos humanos como ‘principios del ordenamiento’; el activismo judicial, la justicia sin vendas; la vigencia de la moral social; la vigencia del orden público de dirección y de protección; la preeminencia de la sociedad civil sobre el mercado; el mercado sometido a una visión capitalista-humanista; la lucha por la superación de las indigencias; la función social del contrato; la función social de la propiedad” (pp. 67-68).

44 En comentario al Código Civil y Comercial, Guzmán (2019) entiende que “la norma deja de ser un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. La norma es una *propuesta* del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados o completados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto: la coherencia es a posteriori, no legislativa, sino judicial” (p. 28) (las cursivas son mías). En igual sentido, Vigo (2012) dice que “si en la constitución está todo el derecho [...] las restantes fuentes son apenas proyectos de derecho vigente condicionado a la confirmación o corrección que le formulen los jueces constitucionales” (p. 515).

45 A la idea la desarrollo inspirado por Radbruch (s.f.), que en un momento crítico de su sistema filosófico (p. 48) nos habla de una doble relación entre valores y casos: la determinación de los casos por el valor (en mi utilización, del caso por el código de derecho privado clásico) y la determinación de los valores por el caso (el nuevo Código Civil y Comercial).

46 Muchos de quienes interpretan el nuevo Código hablan de una “reconstrucción de la coherencia”. Muy probablemente quieren decir que lo que el Código logra es incorporar los principios y valores que la constitución de 1994 supo receptor y que se encuentran palmariamente ausentes en el viejo Código Civil. Si esto es lo que se quiere decir, se choca de lleno con el ineludible problema de que la constitución de 1994 no es un ordenamiento coherente, al menos en el sentido de que lo eran los textos escritos en el siglo XIX. Esto, por la simple razón de que reconoce una pluralidad de teorías políticas incompatibles. Verbigracia, el individualismo de la constitución de 1853 y el socialismo de los movimientos sociales y políticos desde 1940 en adelante.

Sobre el tema del uso de la palabra “coherencia” en los trabajos interpretativos del nuevo Código, cabría un estudio aparte, puesto que no se trata de mera habladería doctrinaria. El mismo artículo 2 del Código menciona la palabra: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos,

y entre el caso y los elementos del sistema. Repitamos brevemente las dos perspectivas involucradas: primero, el sistema, en abstracto, es coherente, porque todas las piezas del sistema se conjugan, las unas con las otras, para formar relaciones jurídicas. Se puede pensar, por ejemplo, en los conceptos de “oferta”, “aceptación”, “causa” y “obligación”. Estos forman lo que llamamos “contrato”. Si se conjuga una oferta con una aceptación, se implica una obligación y una causa que la justifica (un dar, en los contratos reales, y una obligación recíproca, en los contratos obligacionales). La implicancia de estos elementos es tal que, cuando están todos, hay relación jurídica, y cuando falta uno, no hay (piénsese que los juristas que intentaron justificar la fuerza obligatoria de la sola oferta a principios del siglo XX tuvieron que apelar a justificaciones excepcionales –deber legal, teoría de la confianza, etc.– porque a los ojos de la civilística clásica se trataba de una aberración jurídica).

Esta coherencia interna de los elementos se proyecta sobre el caso. A esto lo observamos cuando dictaminamos consecuencias jurídicas. Verbigracia: visto que identificamos una oferta y una aceptación, podemos concluir que el demandado Juan debe pagarle a la demandante María. Lo interesante de esta proyección de la coherencia del sistema al caso es que del caso (de Juan y María) podemos regresar al sistema y, una vez ahí, deducir una cantidad innumerable de consecuencias jurídicas. Para empezar, el hecho de que Juan le compró algo a María implica que Juan es persona capaz, y si Juan es una persona capaz, Juan no solo puede comprar, prestar y asociarse, sino también testar y ser pasible de responsabilidad extracontractual. Esto que estamos viendo en este caso es posible debido a la conexidad interna de las partes del derecho. Como veremos en el apartado 5.2.1., es debido a esta propiedad del sistema que se dice que el derecho privado clásico ofrece seguridad jurídica.

Ahora volvamos al Código Civil y Comercial. La coherencia aquí no es ni del sistema ni del caso y el sistema. El sistema ofrecido por el Código no puede ser coherente por la sola razón de que incumbe órdenes normativos contradictorios: los derechos sociales son incompatibles con los derechos individuales; el valor de la seguridad jurídica es inconciliable con el valor de la equidad o la justicia del caso concreto. Pero el punto más interesante es el segundo: no hay coherencia entre el caso y el sistema, en el sentido de que en el viejo ordenamiento sí la hay. Se lo puede pensar de la siguiente manera: supongamos que luego de un juicio de proporcionalidad se determina que Juan es dueño de la

los principios y los valores jurídicos, *de modo coherente con todo el ordenamiento*” (las cursivas son mías). En el texto ofrezco atisbos de un entendimiento.

propiedad X. ¿Se puede decir, en un movimiento de pensamiento que va del caso al sistema, que por ser propietario de X Juan: puede usar, gozar y abusar de X; que si Juan debe dinero puede llegar a perder X; que si Juan muere, sus herederos forzosos heredaran X? La respuesta es no. Ese salto del caso al sistema, que tiene un sentido práctico en el Código anterior (ver apartado 5.2.2.), es un salto al vacío en el nuevo Código Civil y Comercial.

Con todo, sí existe una coherencia en el Código Civil y Comercial, la cual se limita, comienza y termina en la argumentación del caso. Lo que es coherente es la narrativa que decide. Si el juez decidió efectuar un juicio de proporcionalidad, habrá coherencia si el principio constitucional fue bien inferido del caso, si la postulación de su contrario tiene sentido y si la argumentación del mayor peso es persuasiva. Quiero decir que existirá una racionalidad en la ponderación. Pero, para verificarla, debemos limitarnos a la lectura de la sentencia. No debemos comparar esta decisión con otra. No debemos comparar esta decisión con otras posibles o con normas jerárquicamente superiores. El juez ya decidió fundadamente. Nosotros debemos leer el texto, situarnos en el contexto de la decisión y apreciar si convence. A lo mejor podemos identificar contradicción interna o mala derivación de consecuencias, lo cual puede afectar la coherencia de la decisión.

5.2. Qué se pierde y qué se gana

Se ha hablado mucho de la crisis, caída y colapso del derecho privado de antes.⁴⁷ A mí me gusta la metáfora de la fractura, ya que creo que es buena para aludir a lo que sucede con las relaciones del derecho privado una vez que entra en escena la posibilidad del juicio de proporcionalidad. La consecuencia de que el sistema se tenga que amoldar al caso es la fractura del sistema. Para seguir con la metáfora: las estructuras quiebran ante el choque con el caso. ¿Y qué sucede?

Se ha hablado mucho del asunto. Se dijo que el nuevo Código Civil y Comercial da lugar a la discrecionalidad (Masciotra, 2016, pp. 1-12), al “debilitamiento de la democracia” (Vigo, 2012, pp. 506-507), al dogmatismo ideológico,⁴⁸ a una “hipermoralización” (pp. 509-510) y hasta a una “politización del

47 En su influyente libro, Grant Gilmore (1974) habla de la muerte del contrato. Patrick Atiyah (1979), en su popular trabajo *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, nos habla de la muerte del contrato. Para mí, la mejor de toda esta literatura es Vincenti (2007).

48 Vigo (2012) afirma que el neoconstitucionalismo aboga la tesis de que existe una verdad absoluta en la constitución acerca de cualquier temática y que es el rol del juez constitucional revelarla. A esto

poder judicial” (pp. 521-522), que lleva a una “vergüenza judicial”.⁴⁹ En este apartado desarrollaré el punto de la seguridad jurídica y agregaré dos puntos más: el de la economía en la decisión y el de la justicia misma.

5.2.1. Sobre la seguridad jurídica

Como ya adelantamos, en el sistema de derecho privado clásico podemos partir desde lo que el juez dice sobre la relación jurídica de la demandada para brincar hacia el sistema de derecho y, desde allí, ensayar descripciones acerca de la situación jurídica de esa persona. De una relación jurídica cierta (Juan le debe a María) ramificamos una pluralidad de consecuencias necesarias (prohibiciones, permisiones y obligaciones), solo en virtud de la conectividad de las relaciones de derecho. Es una posibilidad ofrecida por el derecho privado sistemático. Y quien haga uso de esta, puede hacerlo por mero placer intelectual o porque quiere conocer para planificar. Es en virtud de su naturaleza sistemática que se ha dicho que el derecho privado decimonónico ofrece seguridad jurídica.⁵⁰ En este punto cabe preguntarse acerca del sentido del ejercicio recién descrito en un derecho como el del Código Civil y Comercial.⁵¹

5.2.2. La economía de la decisión

Ahora analicemos el punto de la economía en la toma de la decisión. Admita-

lo llama “un nuevo iuspositivismo ideológico constitucional” (pp. 507-508).

49 Masciotra (2016) dice: “La discrecionalidad judicial irrestricta e ilimitada puede configurar la tiranía judicial” (p. 9).

50 Tengo serias convicciones de que los creadores del derecho privado clásico no estuvieron fijando sus esfuerzos en que sea cierto y predecible. Para mí, Grocio, Pufendorf, Savigny, con sus distintos intereses, pensaban más en las libertades individuales, la justicia conmutativa, la naturaleza modular del derecho romano que en la seguridad de las transacciones. Sostengo que la creencia de que el derecho privado del siglo XIX fue diseñado para ser predecible fue más una tesis de posteriores intérpretes que una intención de sus artífices. Creo que Max Weber influyó en esta creencia. Una buena historia preliminar de la seguridad jurídica puede verse en Grossi (2014).

51 En el mundo anglosajón, el punto es desarrollado bajo el acápote de la “integridad doctrinal”. Collins, (2012, pp. 21-25) acepta que el derecho privado clásico muchas veces necesita ser más reactivo a cambios, tanto materiales (el advenimiento de las nuevas tecnologías) como axiológicos (el cambio de valores). Pero para este autor hay técnicas mejores que el análisis de proporcionalidad, que intenta modificar el derecho privado a través de una aplicación *directa* de los nuevos valores. Para Collins es superior una aplicación *indirecta* de los valores. Esto puede ser logrado a través de las tantas doctrinas que el derecho privado ha instrumentado para vehicular los cambios. La buena fe, el orden público, el concepto de hombre razonable, etc.

mos, a fin de argumentar, la conclusión según la cual la constitucionalización del derecho privado generará las excepciones que deba generar hasta culminar su camino constitucionalizador. Constitucionalizado, el derecho privado volverá a ser tan cierto y predecible como antes.

Un derecho cristalizado luego de una ingente cantidad de constitucionalizaciones sería un derecho con tantas reglas como situaciones hayan merecido una atención pormenorizada. Piénsese, por ejemplo, en las promesas unilaterales. El derecho civil entiende hechos tan complejos como las promesas, con términos tan fríos como los siguientes: “declaración unilateral de voluntad que tiene por efecto generar obligación”. La definición tendrá sus deficiencias, pero quien sepa aplicarla ya es capaz de decidir.

Ahora imaginemos una regulación pormenorizada de las relaciones de promesas. Aunque un auténtico ejercicio de particularismo requeriría una operación todavía más compleja que la que sigue, podríamos intentar proponer una regulación combinando los siguientes factores: primero, considerar la edad, sexo, género, patrimonio, bondad o maldad del promitente; segundo, considerar la edad, sexo, género, patrimonio, bondad o maldad del promisario. Ya podríamos pensar en estatutos especiales para las promesas hechas de un varón a una mujer, de un anciano a un adolescente adulto, de un rico a un pobre y de una buena persona a un malvado. Pero eso no sería suficiente. Podríamos elaborar más reglas para las siguientes combinaciones: promesa hecha de un varón pobre a una mujer rica, o de un niño rico a un anciano malo y así hasta la multiplicidad. No siendo esto suficiente, se puede agregar, por ejemplo, el factor de la tipología de las promesas, puesto que no es lo mismo hacer una promesa de recompensa que un reconocimiento de deuda o un simple regalo. Si logramos elaborar un código de reglas para cada tipo de promesas, ¿cómo aprenderíamos el derecho?, ¿cómo lo aplicaríamos?

Uno de los beneficios del carácter sistemático del derecho privado de antes era que resultaba fácil de aprender y de aplicar. Esto no es posible en un derecho privado minado de excepciones.

5.2.3. La justicia de la decisión

El punto recién mencionado quizás parezca frívolo. Después de todo, lo importante no es la economía del aprendizaje, sino hacer justicia. Pero en confrontación con este término –“justicia”–, el asunto vuelve a demostrar su gravedad. ¡Es que es debido a la simplificación lograda por las categorías jurídicas

tradicionales que se puede hacer justicia! De otra manera, es muy difícil. Paso a desarrollar.

Si hay una definición de “justicia” que nadie pueda cuestionar, dice Perelman (1963, p. 15), es aquella que dice que a los casos iguales hay que darles tratos iguales.⁵² El derecho civil, con sus conceptos comprensivos –que depuran coyunturas– posibilita ese trato igualitario. Piénsese en dos particulares compraventas. Es mucho más que razonable decir que la operación entre María y Pedro, por la que María le compró un terreno de Pedro, nada tiene que ver con la operación entre Josefina y José, por la que Josefina compró la casa de José. Para empezar, Josefina quiere la casa de José porque en su antiguo barrio sus vecinos eran muy molestos. María quiere el campo de Pedro porque planea plantar palta. Más aún, mientras que María conoce a Pedro de hace mucho tiempo y entre ellos pasaron cosas como noviazgos tormentosos, Josefina y José recién se conocen. La casa de José es una casona del siglo XIX. Allí vivió su bisabuelo en línea materna, que gobernó la provincia en la que se ubica la casa. El padre de José era un notable escritor. A Josefina no le interesa ese legado, es más, considera que la inversión es aceptable, puesto que cuando su hijo parta para la universidad, podrá venderla como un terreno para edificar.

A juzgar por estas particularidades, los casos son notablemente diferentes. Deben, por lo tanto, ser juzgados de manera diferente. Con todo, el derecho civil clásico, al barrer las diferencias y permitir pensar estos individuos como iguales (personas con capacidad de contratar), permite que en el caso de que un juez disponga diferente para el caso de María, Josefina pueda cuestionar. De otra manera es muy difícil hacer justicia.

5.2.4. El atractivo del nominalismo

Con todo, existe un gran atractivo en la nueva manera de hacer jurisprudencia.⁵³ Puede que María haya sufrido de un montón de agravios cuando Pedro era su novio. Pedro le era infiel y construía maquinaciones para que María se alejara de sus familiares y amigos, que le deseaban lo mejor. Además de todo

52 “Is it possible to define formal justice? Is there a conceptual element common to all the formulas of justice? Apparently, yes. In effect, we all agree on the fact that to be just is to treat in equal fashion” (Perelman, 1963, p. 15).

53 Masciotra (2016) enumera las siguientes ventajas: “1) impiden que el tribunal se encuentre limitado a ritos formales; 2) implica que la ley sea interpretada; 3) simplifica los procedimientos al reducir la complejidad de las normas procesales; y 4) entraña ejercicio de la soberanía” (p. 9).

esto, Pedro llegó a persuadirla de vender las joyas heredadas de su abuela para salir de viaje juntos. Al viaje nunca lo hicieron, ya que Pedro se gastó el dinero en un vicio que todavía conserva. Él es un jugador empedernido y está dilapidando lo poco que le queda de la fortuna que su honrado abuelo supo construir. María, en cambio, con su emprendimiento productivo, les dará trabajo a cincuenta familias, lo que generará un importante crecimiento económico en la zona. Es tan conveniente que María retenga el dinero que de otra manera debería pagarle a Pedro por la compra de su campo, que si va a parar a las manos de Pedro, terminará en el mercado del juego negro y la droga, muy emparentado con la trata de personas. María, en cambio, lo utilizaría para incorporar un sistema de transformación de energía solar en energía utilizable en el sistema de riego, lo que reduciría el calentamiento global y les daría un ejemplo de excelencia a los demás productores de la zona.

Todas estas propiedades del caso se pierden en un sistema de resolución de conflictos como el de derecho civil, mientras que, aunque suene disparatado, podrían tener cabida en un sistema holístico de razonamiento moral que integre valores y principios en la toma de decisiones jurídicas.

6. Conclusiones

En este trabajo he intentado explorar aspectos de lo que sucede una vez que el análisis de proporcionalidad es reconocido como modo de justificar decisiones de derecho privado. He desarrollado tres aspectos relevantes. Primero, como es puesto de manifiesto en los votos de los jueces Rosatti y Lorenzetti en *Martínez de Sucre*, el análisis de proporcionalidad permite solucionar el mismo caso de maneras contradictorias. Al estudiar la versión estándar de la teoría (Alexy 2008b; Clérico 2018), nos encontramos con que el sorprendente hecho de la dualidad no es contrario a las pretensiones de la teoría. El análisis de proporcionalidad no tiene por objetivo desarrollar soluciones únicas. Su objetivo principal es que quien decida el caso sea claro, franco y ordenado respecto a los considerandos que lo llevaron a tomar su decisión.

Asimismo, vimos que si bien es posible construir una regla que limite el radio de aplicación del análisis de proporcionalidad (decir, por ejemplo, que el análisis de proporcionalidad procede solo ante lagunas, antinomias o inconstitucionalidades manifiestas), es más coherente con la filosofía del nuevo código, y con los requerimientos y presupuestos del análisis, concluir que el análisis de proporcionalidad siempre puede proceder. Puede, por lo tanto, muy bien

sucedir que un juez se encuentre con una regla de derecho que, previendo una solución aceptable para el caso, sea susceptible de mejora. Aunque no haya manifiesta inconstitucionalidad, el juez puede recurrir al análisis de proporcionalidad para mejorar la calidad de la solución que le da al caso concreto.

Por último, indagamos acerca de lo que se pierde y lo que se gana con esta nueva incorporación. Estudiando el derecho privado del Código Civil de Vélez Sarsfield, entendimos que su elemento distintivo –lo que Savigny (1867) llama “la naturaleza orgánica de las relaciones jurídicas” (p. 7)– es la interconectividad de las categorías de derecho. Esa interconectividad explica tres propiedades virtuosas del derecho privado clásico: 1) seguridad jurídica; 2) eficiencia en la toma de decisión; y 3) justicia entre los casos. Esas tres virtudes corren riesgo al incorporarse al análisis de proporcionalidad en el nuevo Código Civil y Comercial. Con todo, dijimos, existe un atractivo en la nueva manera de decidir. Se trata de una justicia particularizada.

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2008a). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2008b). Ponderación, control de constitucionalidad y representación (Trad. R. González de la Vega). TR LA LEY, AR/DOC/2715/2008, 1-6.
- Alexy, R. (2010). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press.
- Andrade, N. J. (2018). *Borrowing justification for proportionality: On the influence of the principles theory in Brazil*. Springer.
- Atiyah, P. (1979). *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford University Press.
- Barak, R. A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge University Press.
- Bidart Campos, G. (2007). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (Tomo 1-A). Ediar.
- Clérico, 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.
- Cohen-Eliya, M. y Porat, I. (2010). American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. *International Journal of Constitutional Law*, 8(2), 263-286.
- Collins, H. (2012). On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law. *Law, Society and Economy Working Papers*, (7), 2-44. www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm.
- Dancy, J. (2015). ¿Qué es el particularismo en ética? En Luque, P. (Ed.), *Particularismo* (pp. 19-38). Marcial Pons.

- De Fazio, F. (2018). La teoría de los principios. Un estado de la Cuestión. *Lecciones y Ensayos*, (100), pp. 43-68.
- Gilmore, G. (1974). *The death of contract*. Ohio State University Press.
- Grajales, A. A. (2015) El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como “la boca de los principios”. De la subsunción a la ponderación. *TR LA LEY*, AR/DOC/4937/2015, 1-14.
- Grossi, P. (2014). Sulla odierna ‘incertezza’ del diritto. *Giustizia Civile*, (4).
- Guibourg, R. (2011). Alexy y su fórmula del peso. En *Desafíos a la ponderación*. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-guibourg-castellano.pdf>.
- Guzmán, L. (2015). La sentencia razonablemente fundada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *TR LA LEY*, AR/DOC/1456/2015, 1-9.
- Guzmán, N. (2019). *Discrecionalidad y Justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*. Astrea.
- Habib, J. I. (2022). Principios constitucionales en sentencias de derecho privado ¿Se trata a veces de una moda? *Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura*, 1(12).
- Kurki, V. (2019). *A theory of Legal Personhood*. Oxford University Press.
- Lorenzetti, R. L., Highton de Nolasco, E. y Kemelmajer de Carlucci A. (2015). *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. <https://www.alveroni.com/wp-content/uploads/2018/12/9.-Fundamentos-del-Anteproyecto-de-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n.pdf>.
- Masciotra, M. (2016). Discrecionalidad judicial en el código civil y comercial de la nación. *TR LA LEY*, AR/DOC/5002/2016,1-12.
- Méndez Costa, M. J. (1992). Encuadre constitucional del derecho a la identidad. *La Ley*, 1992-D.
- Mosset Iturraspe, J. (2011). *Derecho Civil Constitucional*. Rubinzal Culzoni.
- Núñez Leiva, J. I. (2014). El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy en distintas teorías del derecho, incluso en el constitucionalismo contemporáneo. *Revista de Derecho*, (42), 145-185.
- Perelman, C. (1963). *The idea of justice and the Problem of argument* (Trad. J. Petrie). Routledge & Kegan Paul.
- Radbruch, G. (s.f.). *Filosofía del Derecho* (3ª ed.) (Trad. J. Medina Echeverría). Reus.
- Savigny F. C. (1867). *System of the Modern Roman Law* (Tomo 1) (Trad. W. Holloway). Higginbotham.
- Schlag, P. (2002). The aesthesis of american law. *Harvard Law Review*, (115), 1047-1118.
- Sosso, G. (2018). Título Preliminar Artículos 1 al 18. En Lorenzetti, R. L. (Ed.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo 12-A, pp. 17-77). Rubinzal Culzoni.
- Verbic, F. y Sucunza, M. A. (2016). El deber de razonable fundamentación en el Código Civil y Comercial de la Nación. Alcance, contenido e implicancias. *TR LA LEY*, AR/DOC/5009/2016, 1-19.
- Vigo, R. (2012). Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*. <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina463.pdf>.
- Vincenti, U. (2007). *Diritto senza identità: La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*. Laterza.
- Ylari, J. S. (2019). El control judicial de constitucionalidad en Argentina. *El Derecho Público Iberoamericano*, (15), 45-86.