

Voces: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN - MATERNIDAD SUBROGADA - VACÍO LEGAL - FERTILIZACIÓN ASISTIDA - TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA - INTERPRETACIÓN DE LA LEY - FACULTADES Y DEBERES DEL JUEZ - FILIACIÓN - DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Título: La Corte y la gestación por subrogación: de subsunciones, ponderaciones y vacíos legales

Autor: Rossi, Jorge O.

Fecha: 23-dic-2024

Cita: MJ-DOC-18113-AR | MJD18113

Producto: MJ

Sumario: *I. Introducción. II. Los hechos. III. El voto impersonal. IV. Voto del Dr. Lorenzetti. V. Voto del Dr. Rosenkrantz. VI. Voto del Dr. Maqueda. VII. Primero, la voluntad del legislador. VIII. Interpretando y subsumiendo. IX. Interpretando y ponderando. X. Ponderando la ponderación. XI. Algunas conclusiones.*

Por Jorge O. Rossi (*)

I. INTRODUCCIÓN

Como es de público conocimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó una sentencia que había desestimado la demanda, por entender que, en las técnicas de reproducción humana asistida, la maternidad se determina por el parto, sin que pueda desplazarse del vínculo filial a la persona gestante. En esa línea, reafirmó la constitucionalidad de los arts. 558 y 562 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) (1).

El caso nos resultó interesante, no tanto por la solución en sí, opinable por cierto, sino por los argumentos utilizados en los votos que hicieron mayoría y minoría.

Ocurre que son épocas en las que desde la doctrina y la jurisprudencia se nos habla de la constitucionalización y convencionalización del Derecho Privado, aplicación de principios iusfundamentales, diálogo de fuentes y otros etcéteras, en especial, en cuestiones relacionadas con el Derecho de Familia (o de «las Familias»).

Como muestra, en un caso donde se declara la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 558 del CCC y se hace lugar a la triple filiación de una niña, se expresa, entre otros conceptos, que «es necesario realizar una interpretación sistémica de todo el Código Civil y Comercial en

base a lo que disponen los art.1 y 2 de ese cuerpo normativo, de los que surge la perspectiva constitucional convencional del derecho filial y lo innecesario de dictar la inconstitucionalidad de la norma, si esta puede ser interpretada a la luz de los derechos humanos»; y que «el análisis sistémico propuesto por el derecho constituvencional de las familias es una herramienta eficaz para resolver casos como el presente, en donde la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos vigentes son de aplicación directa (2)».

Este enfoque «constituvencional» fue propiciado por los propios redactores del CCC (3).

Así, se insta a

a) Interpretar la ley teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos:

«cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo» (4).

Como ejemplo de lo anterior, y en relación al art. 562 CCC, se ha dicho que «la norma escapa de la interpretación que pudiere realizar el Suscripto con las reglas que contempla el Código en sus arts. 1 y 2, pues lo que está en juego es 'aplicación sí o aplicación no' de la misma. Resultando menester, entonces, realizar un pormenorizado análisis de la norma en juego en contraposición con aquellas de raigambre constitucional-convencional, con el objeto de definir si la misma puede coexistir en el esquema normativo argentino (cfr. CSJN, 'Sojo, Eduardo', Fallos 32:120; y 'Mazzeo, Julio Lilio s/recurso de casación e inconstitucionalidad', sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos 330.3248) (5)».

En el mismo fallo se concluyó decidiendo que «corresponde declarar la inconstitucionalidad del art.562 del CCCN en el caso en concreto, pues el mismo vulnera el derecho humano a fundar una familia y la capacidad de autodeterminación de los comitentes, quienes no cuentan con la seguridad jurídica necesaria para garantizar la inscripción del hijo o hija que potencialmente pueda nacer de la realización de la técnica pretendida. Se atenta contra la voluntad procreacional como elemento determinante de la filiación en el campo de las TRHA, entendido como derecho humano y que pone en práctica o materializa el deseo de fundar una familia. También se vulnera el principio de igualdad y no discriminación y el derecho humano al goce y beneficio del avance del progreso científico en materia reproductiva, al no generar vínculos filiales con D. J. E. Y, finalmente, menoscaba el interés superior del niño y su eventual derecho a la identidad, pues al generar vínculos jurídicos filiales con la persona gestante no se brinda una respuesta coherente y respetuosa de su verdadera identidad en su faz volitiva y, en el caso particular, también genética».

b) Interpretar la ley teniendo en cuenta los «valores jurídicos»:

«deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter

dinámico» (6).

c) Interpretar la ley de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico:

«lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto» (7).

En esa línea de aplicar las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, se ha dicho que «(l)as circunstancias fácticas expuestas, y las consideraciones vertidas requieren que sea declarada de oficio la inconstitucionalidad para el caso, del artículo 558 del Código Civil y Comercial, por ser violatorio a los artículos 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño, XVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 6, Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 16 y 24 Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos, 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 31, 33, 75 inc. 22, Constitución Nacional, y 12, inc. 2), Constitución Provincial» (8).

Ahora sí, vayamos a la sentencia en análisis.

II. LOS HECHOS

En cuanto al caso que hubo de tratar nuestro Máximo Tribunal, los actores iniciaron demanda de impugnación de filiación contra la demandada para que se expida una nueva partida de nacimiento en la que ellos figuren como padres del niño que ella diera a luz, desplazándola de su estado de madre, condición con la que fuera inscripta.

Expusieron que el niño nació en virtud de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y que la accionada actuó como mujer gestante, sin voluntad de ser madre.

Fundaron su solicitud en los arts. 560, subsiguientes y concordantes del CCC, la Constitución Nacional (arts. 14, 19, 20, 75 inc. 22), la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 3°, 7°, 11 y sgtes.), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3°, 7°, 8°, inc. 1°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 17 y 19).

La accionada se allanó a la demanda.

La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

Contra ese pronunciamiento los actores y la demandada interpusieron sendos recursos extraordinarios federales, que fueron denegados. Esta decisión motivó las quejas con las que llegaron al Máximo Tribunal de la Nación.

Tanto la Defensora General de la Nación como el Procurador Fiscal se expidieron de forma

concordante con los recurrentes y propiciaron que se revocara la sentencia.

Por su parte, la Defensora General planteó, en subsidio, la inconstitucionalidad del mencionado art. 562 del CCC.

En la Corte, la postura mayoritaria estuvo integrada por el voto impersonal, que solo contó con la firma del Dr. Rossatti y los votos individuales de los ministros Rosenkrantz y Lorenzetti.

Por su parte, el Dr. Maqueda votó en disidencia.

Previo a nuestro análisis, transcribiremos algunos párrafos de los distintos votos (9).

III. EL VOTO IMPERSONAL

«8º) la pretensión de los recurrentes contradice el orden jurídico vigente.

En efecto, las cláusulas del CCyC precitadas al imponer un límite máximo de dos vínculos filiatorios, e invalidar la posibilidad de excluir de la filiación del gestado por TRHA a quien lo dio a luz, frustran la petición de los accionantes. Se trata de normas de orden público, que no son disponibles por convenio de partes (art.12 CCyC)».

«la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal.

Así, cuando la prescripción legal es clara, no exige un esfuerzo de integración con otras disposiciones de igual jerarquía, ni plantea conflicto alguno con principios constitucionales, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (arg. Fallos: 218:56; 299:167; 313:1007; 326:4909; 344:3006, entre otros)».

«Si bien es cierto que en nuestro país, en temas trascendentes de familia y más allá de que se coincida o discrepe con lo oportunamente resuelto, primero estuvo el fallo y luego la ley, tal como ocurrió con la causa 'Sejean' (Fallos: 308:2268) y la posterior ley 23.515, y la causa 'F.A.L.' (Fallos: 335:197) y la posterior ley 27.610, este trayecto no puede convertirse en regla, so pena de trastocar el principio de división de poderes previsto por el constituyente argentino al consagrar la forma republicana de gobierno (art. 1º y cc. de nuestra Carta Magna)».

«resulta indiscutible que -desde la perspectiva filiatoria y por tratarse de un nacimiento derivado del uso de una técnica de reproducción humana asistida- el art.562 del CCyC es aplicable al caso, por lo que no puede invocarse a este respecto que exista un vacío normativo habilitante del principio de discreción emergente del art. 19 de la Constitución Nacional.

Se podrá estar de acuerdo o en desacuerdo con la cláusula en cuestión, pero lo cierto es que un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basado en su mero desacuerdo con ella. Sobre el particular, debe recordarse que la declaración de inconstitucionalidad importa el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, por lo que el ejercicio de esa potestad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico (conf. Fallos:330:855; 331:2799; 340:669; 341:1675; 343:345, entre otros). Los tribunales de justicia deben imponerse la mayor medida en dicho ejercicio, mostrándose tan

celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Constitución Nacional asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos: 343:345, voto del juez Rosatti)».

En síntesis:

- 1) La determinación de la filiación -y su consecuente inscripción registral- en los supuestos en que se recurre a la gestación por subrogación está regulada en los arts. 558 y 562 del CCC.
- 2) La pretensión de los recurrentes «contradice el orden jurídico vigente»
- 3) Cuando la prescripción legal es clara, no exige un esfuerzo de integración con otras disposiciones de igual jerarquía, ni plantea conflicto alguno con principios constitucionales, debe ser aplicada directamente.
- 4) La disposición impugnada no resulta discriminatoria.
- 5) Es el Congreso de la Nación -y no los jueces- quien debe decidir la oportunidad y el contenido de una regulación sobre el tema.
- 6) Si bien es cierto que, en nuestro país, en temas trascendentes de familia y más allá de que se coincida o discrepe con lo oportunamente resuelto, primero estuvo el fallo y luego la ley, eso no puede convertirse en regla, so pena de trastocar el principio de división de poderes.
- 7) Resulta «indiscutible» que el art.562 del CCC es aplicable al caso, por lo que no puede invocarse a este respecto que exista un vacío normativo.
- 8) Un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basado en su mero desacuerdo con ella.

IV. VOTO DEL DR. LORENZETTI

«9º) Que no cabe afirmar que hay un vacío legal porque hay una norma jurídica que describe el supuesto de hecho. Una prueba clara es que el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión redactora incluía una propuesta específica de regulación de la maternidad subrogada; que el Honorable Congreso de la Nación, decidió no regularla, y fijó un criterio claro en la materia, que es el artículo 562 del Código Civil y Comercial vigente».

Para este ministro, que fuera uno de los redactores del Proyecto de CCC, el Congreso de la Nación decidió no mantener la propuesta específica de regulación de la maternidad subrogada contenida en dicho Proyecto y «fijó un criterio claro en la materia, que es el artículo 562 del Código Civil y Comercial vigente» (10).

V. VOTO DEL DR. ROSENKRANTZ

«13) La 'voluntad procreacional' que lleva por título el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación se debe considerar a la luz del texto de la norma pues resulta claro que, para el legislador, el hecho de dar a luz determina el vínculo filiatorio, más allá de la voluntad de la gestante (art. 21 del Código Civil -ley 340- y art. 12 del Código Civil y Comercial de la Nación; doctrina de Fallos:314:180). La única interpretación que respeta el texto de la norma, tal como fue sancionada por el legislador, es que la 'voluntad procreacional' y el 'consentimiento' se

refieren, a los efectos filiatorios, a la utilización de la TRHA, y no es posible darles un sentido incompatible con la determinación legal del vínculo filial basada en el hecho de 'dar a luz'.

Entender, de modo distinto, que el título 'voluntad procreacional' fue elegido por el legislador para excluir de la aplicación de la norma a supuestos en los que la gestante haya declarado su decisión de no querer ser madre, desconocería las pautas interpretativas antes mencionadas, pues importaría presumir la inconsecuencia del legislador».

Lo que nos interesa remarcar del voto de este ministro es que, en su opinión, la única manera posible de interpretar el texto del art. 562 CCC «es que la 'voluntad procreacional' y el 'consentimiento' se refieren, a los efectos filiatorios, a la utilización de la TRHA.

VI. VOTO DEL DR. MAQUEDA

«9º) Que, a pesar de admitir las técnicas de reproducción humana asistida como fuente de filiación, el código no regula cómo se determina ese vínculo jurídico cuando este tiene lugar mediante el procedimiento de gestación por sustitución.

En este punto, resulta determinante que tanto de los términos normativos como de sus antecedentes legislativos surge que el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación cuya interpretación se encuentra cuestionada se refiere a aquellas técnicas de reproducción asistida en las que la gestante 'también' tiene voluntad procreacional. En efecto, bajo el eje 'Voluntad procreacional' prevé que 'los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos'».

«10º en el ordenamiento jurídico argentino la gestación por subrogación es una práctica que la ley no prohíbe pero que, hasta el momento, carece de una reglamentación específica tanto en lo que respecta a su técnica como en lo relativo a la filiación que se deriva de su producción».

«12) Que, bajo estas premisas, cabe concluir que no existe en el ordenamiento legal argentino una norma que de modo expreso, claro y preciso, y en reconocimiento de los mencionados derechos, establezcan el modo en que debe determinarse la filiación de los niños nacidos a partir de la técnica de gestación por sustitución, ni que impida hacerlo en favor de quienes expresaron debidamente su voluntad procreacional.

Estas particulares circunstancias de ausencia de regulación y la realidad de los hechos de la gestación por subrogación en estos autos, demandan una solución de los tribunales para la determinación de la filiación, por lo que corresponde recurrir a los principios generales del derecho y a la analogía con el fin de establecer un criterio, hasta tanto el Congreso Nacional, en uso de sus facultades, legisle en la materia».

El voto en disidencia del Dr. Maqueda se destaca porque:

1) A diferencia de la mayoría, considera que la determinación de la filiación -y su consecuente inscripción registral- en los supuestos en que se recurre a la gestación por subrogación no está regulada en los arts. 558 y 562 del CCC.

2) Lo anterior es debido a que el art.562 del CCC se refiere a aquellas técnicas de reproducción asistida en las que la gestante «también» tiene voluntad procreacional.

3) Por lo tanto, no existe una norma que establezca el modo en que debe determinarse la filiación de los niños nacidos a partir de la técnica de gestación por sustitución, ni que impida hacerlo en favor de quienes expresaron debidamente su voluntad procreacional.

4) Para llenar este vacío, corresponde recurrir a los principios generales del derecho y a la analogía con el fin de establecer un criterio, hasta tanto el Congreso Nacional, en uso de sus facultades, legisle en la materia.

VII. PRIMERO, LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR

Los ministros que hacen la mayoría adoptan una interpretación que podríamos llamar «legalista», en el sentido de que se atienen estrictamente en lo que consideran el texto de la ley.

En otras palabras:

1) El caso se subsume en los artículos 558 y 562.

2) No es necesario recurrir a ninguna otra norma.

3) No existe una laguna normativa.

4) Puede existir una laguna axiológica (11), en cuanto a que la solución no sea totalmente satisfactoria, pero no le corresponde al Poder Judicial subsanar esa cuestión.

5) Las interpretaciones excepcionales no pueden convertirse en la regla.

VIII. INTERPRETANDO Y SUBSUMIENDO

Como primera observación, puede decirse que en esta ocasión no se buscó un enfoque «principalista» o «constituconvencional».

Es decir, no se planteó una colisión entre principios iusfundamentales, como podría haber sido, un conflicto entre la seguridad jurídica y el interés superior del niño, o entre la seguridad jurídica y la autonomía personal.

En cambio, la postura mayoritaria entendió que el caso estaba regulado por el artículo 562 y la postura minoritaria consideró que el caso no estaba regulado por dicho artículo. Para llegar a esas conclusiones, ambas posturas eligieron dar un distinto significado a los términos que figuran en dicha norma.

Así, la postura mayoritaria consideró que todas las técnicas de reproducción humana asistida estaban incluidas en el citado artículo. Por ello, decidieron que la norma debía aplicarse más allá de que la solución fuera totalmente satisfactoria o no. En todo caso, ese era un tema del que se debe ocupar el legislador, el mismo legislador que en su momento no aceptó la regulación propuesta en el Anteproyecto de Código.

En oposición, el Dr. Maqueda entendió que la gestación por sustitución era una técnica de reproducción humana asistida no incluida en el CCC.

No teniendo regulación expresa en el CCC, entonces sí correspondía acudir a normas superiores para resolver el caso concreto y así se tendría que hacer hasta que el legislador se ocupe del tema.

Es decir, este ministro no argumentó que la regulación del CCC era contraria o debía armonizarse con el bloque constitucional y convencional y a continuación resolvió el tema por estas últimas normas, sino que repetimos, sostuvo que el tema no estaba regulado en dicho Código.

En tal sentido, la disidencia priorizó el interés superior del niño y la autonomía personal de los intervinientes en el procedimiento de gestación por sustitución, aplicando como concepto decisorio el de la voluntad procreacional.

Al respecto, el ministro puntualizó que los actores y no la persona gestante son los que manifestaron dicha voluntad y, a su vez, este hecho repercute favorablemente en el interés superior del niño, dado que resulta razonable que este lleve los datos filiatorios de aquellos que quieren ser sus padres y que en el caso concreto vienen manteniendo el vínculo socioafectivo.

Por nuestra parte, y como hemos expresado con anterioridad (12), adherimos a la postura que entiende que cuando se interpreta una norma, se elige entre varias soluciones posibles (13).

Para la misma, interpretar consiste en dar un sentido a determinado término o expresión. Es decir, al interpretar una norma, se le da un sentido a la misma.

Si esta operación se hace en forma discrecional (14) ese sentido será plausible sin que ello implique la inexistencia de otros sentidos plausibles.

Dicho de otra manera, la tarea de interpretar no consiste en descubrir el «real» significado de una norma sino en darle un significado plausible, es decir, fundado en argumentos.

Así, entendemos que es ilusorio hablar de «interpretación verdadera» y nos limitamos a identificar dos tipos de interpretación:

1) Interpretación plausible (o racionalmente fundada)

2) Interpretación arbitraria. En este caso, el supuesto más común es el de aquella interpretación que se presenta con una fundamentación aparente, que encubre la falta de fundamentación. Por ejemplo, cuando el juez entiende que los términos «sana convicción» lo eximen de explicar por qué encuentra creíble a un testigo y no a otro.

En el caso a estudio, la posición mayoritaria dio un sentido al art. 562 CCC y la minoritaria otro.

Recién luego de la interpretación es posible la subsunción. Subsumir consiste, dicho en forma muy poco académica, en «encajar» determinados hechos en alguna de las normas de determinado ordenamiento jurídico (15).

Subsumir nos enfrenta, simultáneamente, a probables problemas lógicos y empíricos, que deben resolverse mediante interpretación.

Es un problema lógico (de lógica deóntica) cuando se analiza una estructura o sistema de normas en busca de lagunas normativas o incoherencias (soluciones incompatibles) Se refiere a casos generales o abstractos.

Coincidimos con Guastini en que la existencia de lagunas normativas o axiologicas es, en última instancia, una cuestión de interpretación (16).

Es un problema empírico cuando se pretende aplicar las normas a un caso concreto y nos encontramos con dificultades semánticas o de desconocimiento de los hechos del caso (17).

Como expresa García Amado, en el proceso de subsunción existen dos etapas: En la primera etapa, la o las normas en juego deben ser interpretadas «para resolver lo que de su indeterminación significativa (vaguedad, ambigüedad.) pueda afectar a la solución del caso (18)».

En la segunda, que podría denominarse «subsunción propiamente dicha», «tendremos un enunciado suficientemente preciso como para que bajo su supuesto puedan subsumirse los hechos del asunto que se juzga. Por tanto, hay una primera fase de interpretación y una última de subsunción (19)».

Por ello, el método podría denominarse, con mayor justeza, «interpretativo - subsuntivo» (20).

Ahora bien, en lugar del método interpretativo - subsuntivo, ¿se podía haber utilizado otro camino ya transitado en anteriores ocasiones por nuestros jueces?

Veamos.

IX. INTERPRETANDO Y PONDERANDO (21)

Podemos preguntarnos, ¿por qué en este caso no hubo aplicación de los artículos 1 y 2 del CCC? ¿Por qué no hubo «diálogo de fuentes»?

Una interpretación «legalista» puede tener el mérito de la predecibilidad. Siempre y cuando se mantenga en el tiempo.

Si, en cambio, el tribunal oscila entre «legalismo» y «constitucionalismo» según le convenga para justificar la solución del caso, poco es lo que puede predecirse.

Ahora bien, una sociedad puede valorar en más las soluciones predecibles por sobre las impredecibles, con independencia de la justicia de dichas soluciones frente a un caso concreto. Valora una «justicia predecible» (22).

O puede darse el caso contrario, donde una sociedad valore más resolver equitativamente el caso concreto que mantener un estándar de predecibilidad.

Hablando de equidad, sabemos que, en materia de arbitraje, puede optarse por un régimen que resuelva conforme a derecho o por uno que lo haga según equidad.

Al respecto, el diccionario de la Real Academia Española nos brinda un par de definiciones de «equidad» que nos parecen muy ilustrativas:

«2. f. Bondadosa templanza habitual, propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley.

Sin.:

rectitud.

3. f. Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva» (23).

En esos términos, resolver por equidad implica resolver conforme a conciencia, conforme a lo que nos parece justo, sin necesidad de confrontar ese parecer con las disposiciones de un determinado ordenamiento jurídico.

Como regla, los tribunales, como por ejemplo nuestra Corte Suprema, no pueden hacer eso. Tienen que resolver conforme a derecho. Pero claro, después de todo, ¿Quién, en última instancia, sino los tribunales, dice que es «resolver conforme a derecho»?

Veamos un ejemplo:

Cuando se decide que debe prevalecer el principio A por sobre el principio B, porque para proteger intensamente el principio A, solo afectamos levemente el principio B y, en cambio, si buscamos proteger intensamente el principio B, afectaríamos gravemente el principio A, ¿estamos resolviendo el caso conforme a derecho, o conforme a lo que nos parece más justo en el caso concreto?

En otras palabras, ¿estamos resolviendo conforme al ordenamiento jurídico o lo hacemos «conforme a equidad», pero bajo el ropaje de un «método racional de aplicación del Derecho»?

Y lo anterior no se trata de puras divagaciones, porque esto que estamos mencionando es un método de resolver supuestas colisiones de principios fundamentales o, en otros términos, antinomias iusfundamentales en casos concretos.

Le debemos a Robert Alexy (24), con su preocupación relativa a la distinción entre reglas y principios, un método para resolver los conflictos entre estos últimos.

Para él, las normas pueden concebirse:

- 1) Como reglas, es decir, como regulaciones completas de un derecho (por ejemplo, el plazo mínimo de tres años para celebrar contratos de locación de inmuebles, establecido en el art.1198 del CCC o, para utilizar un ejemplo del propio Alexy, la prohibición de la tortura);
- 2) Como principios, es decir, como mandatos de optimización, es decir, como regulaciones abiertas y flexibles, en las que se busca la mayor protección posible de un derecho sin que la misma desproteja otro de igual jerarquía (por ejemplo, la libertad de expresión).

En materia de principios, dado su carácter de mandatos de optimización y posible colisión con otros mandatos de optimización de igual jerarquía normativa, es necesario, según Alexy, realizar un examen de proporcionalidad.

Este examen debe hacerse a través de una ponderación racional entre los principios en conflicto y, para ello, Alexy desarrolla la llamada «fórmula del peso».

Esta fórmula del peso de Robert Alexy se presenta como un gran ejemplo de argumento racional.

Como dijimos, los elementos a «pesar» en la ponderación son los principios y estos, de acuerdo con Alexy, son mandatos de optimización.

En un conflicto entre principios jurídicos, optimizar significa encontrar la mejor solución mediante su ponderación.

Como el derecho contiene tanto reglas como principios, el razonamiento jurídico combina inevitablemente la subsunción (para las reglas) con la ponderación (para los principios).

En los casos concretos, los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez (25).

En otras palabras, ambos principios en conflicto son válidos, pero uno precede al otro en un caso concreto.

Esta terminología ha recibido una importante recepción doctrinaria y jurisprudencial. Valgan como ejemplo estas consideraciones del Dr. Lorenzetti, en dos de sus votos como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

- «En el caso no se trata de una antinomia de reglas, sino de una colisión de principios. La diferencia es relevante a la hora de argumentar y resolver un conflicto, porque el primer supuesto conduce a aplicar una de ellas y excluir a la otra ya que sus efectos son incompatibles, mientras que la aplicación de un principio no desplaza al otro, sino que lo precede conforme al juicio de ponderación en el caso concreto encontrando un punto de equilibrio (arg. de Fallos: 337:205, voto del juez Lorenzetti, considerando 13). Los principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales, de modo que su configuración normativa es, prima facie, inacabada y susceptible, por lo tanto, de ser completada.

Un principio jurídico es un mandato destinado a lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de argumentación. Es lo que ocurre en el caso, en el que se debe ponderar la libertad de comercio, la protección del trabajo, el federalismo, y la descentralización institucional de las decisiones, en distintas fuentes de derecho. En estos supuestos, la tarea judicial consiste en establecer un diálogo entre ellas (arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación), de modo que la interpretación sea coherente y armónica (Fallos: 186:170; 296:432), considerando las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (Fallos: 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).» (Considerando 7° del voto del Dr. Lorenzetti en «Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Shi, Jinchui

c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad», CSJN, 20 de mayo de 2021.

- * «debe realizarse un juicio de ponderación entre la máxima satisfacción posible del derecho a la educación y la protección de la salud en un contexto de emergencia sanitaria y dentro de un sistema reglado por el Estado de Derecho».

* «Ello obliga a definir claramente el juicio de ponderación en los siguientes términos:

El Estado no tiene facultades para limitar el derecho de una persona para ejercer su derecho a la educación, excepto cuando pueda constituirse en una causa de daños a terceros (art. 19 Constitución Nacional), siempre que no signifique una afectación esencial del derecho».

* «quien pretenda restringir el derecho, tiene la obligación de buscar primero los modos alternativos que puedan existir para evitar esa restricción pues, constituye una regla esencial del sistema, que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ponderar el criterio de la menor restricción posible a través del medio más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida (arg. art. 1713 Código Civil y Comercial de la Nación).» (Considerando 6° del voto del Dr. Lorenzetti en «Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad», CSJN, 4 de mayo de 2021).

El juicio de ponderación analiza la idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Es decir, dado un choque o conflictos de principios, se debe ver:

1) Si haciendo prevalecer un principio sobre otro se logra el objetivo propuesto (juicio de idoneidad)

2) Si ese objetivo no se logra de una manera que lesione menos al otro principio en juego (juicio de necesidad)

3) Si el logro de este objetivo es proporcional, en el sentido de si se derivan de este logro más ventajas o beneficios que perjuicios sobre el otro principio en conflicto (juicio de proporcionalidad, en sentido estricto).

X.PONDERANDO LA PONDERACIÓN

Con anterioridad (26) expresamos que este método argumentativo propuesto por Alexy puede ser un recurso interesante.

La idea de dividir la afectación de los derechos fundamentales en leves, moderados y graves; y la protección de los mismos también en leves, moderados y graves y, con esas categorías discursivas, armar argumentos que justifiquen la preferencia en la protección de un derecho por sobre otro en un caso concreto, no deja de ser una manera de racionalizar o hacer plausible una decisión ante un auditorio determinado.

Pero una cosa muy distinta es pretender convertir esa clasificación en una suerte de método infalible o automático para pesar o valorar derechos, como si fuera inmanente a un derecho el tener determinado peso o valor respecto de otro, o como si se tratara de una especie de tabla periódica, a la manera de la tabla periódica de los elementos.

Esa «pretensión ontológica» nos parece peligrosa porque, en nombre de ese método, los «pesadores» de derechos, (es decir, los jueces) pueden terminar convirtiéndose en los dueños de los derechos humanos.

Nos explicamos:

Si un juez «decide» en favor de una interpretación por sobre otra, implícitamente está reconociendo que son admisibles otras interpretaciones. El juez no pretende erigirse en un oráculo o profeta, que consulta vaya saber a quién, para descubrir «cuál es el verdadero derecho», o «cuál es la solución justa».

En cambio, si un juez «reconoce» que un derecho es más valioso que otro, porque «pesa» más que otro en un caso concreto, implícitamente se está colocando como una especie de observador objetivo que se limita a comunicar un resultado. Nos está diciendo: «esto es así, yo me limito a aplicar el resultado de la ponderación» y, así como en un tiempo se hablaba de «leyes y derechos naturales», preexistentes y superiores al derecho positivo, que debe conformarse a aquellas, hoy hablaremos de «pesos de derechos fundamentales», objetivos e independientes del derecho positivo. Y, así como el listado de «leyes y derechos naturales», preexistentes y superiores al derecho positivo varía de interprete en interprete, los «pesos de derechos fundamentales» también variarían de interprete en interprete.

En el caso en análisis, también se habría podido aplicar este método de argumentación e interpretación.

Ponderando, tanto la postura mayoritaria como la minoritaria podrían haber llegado a las mismas conclusiones a las que arribaron con el método interpretativo subsuntivo.

En efecto, desde la postura mayoritaria y en clave de ponderación, se podría hablar de una antinomia en concreto entre los principios de seguridad jurídica y los de interés superior del niño y voluntad personal y concluir que la maximización del principio de seguridad jurídica provoca una interferencia leve en los principios de interés superior del niño y voluntad personal. En cambio, la maximización de los principios de interés superior del niño y autonomía personal producirían una interferencia grave principio de seguridad jurídica.

Del otro lado, en el voto en minoría también se podría hablar de una antinomia en concreto entre los principios de seguridad jurídica y los de interés superior del niño y voluntad personal y concluir que la maximización del principio de seguridad jurídica provoca una interferencia grave en los principios de interés superior del niño y voluntad personal. En cambio, la maximización de los principios de interés superior del niño y autonomía personal producirían una interferencia leve al principio de seguridad jurídica.

Por nuestra parte, coincidimos con García Amado en que ambos métodos son intercambiables (27), lo que supone que, a priori, ninguno es superior que el otro y, fundamentalmente, ninguno permite arribar a una única solución correcta o justa o adecuada, o como se le quiera decir.

También compartimos los dichos de Atienza (28), en cuanto a su sugerencia «de no seguir a Alexy en su excesivo afán sistematizador, sino hacer un uso más pragmático y, por así decirlo, oportunista de esas ideas.

Uno de los inconvenientes de no ver así las cosas es el de complicarse la vida inútilmente, hacer de esa fórmula un uso completamente innecesario.

Problemas jurídicos que podrían resolverse con medios argumentativos, digamos, más sobrios llevan ahora a algunos tribunales a extensísimas motivaciones dirigidas probablemente a transmitir a la audiencia la idea del alto nivel de preparación teórica de los jueces (y letrados) autores de las sentencias respectivas».

XI. ALGUNAS CONCLUSIONES

1) En el caso en estudio, la postura mayoritaria y la minoritaria utilizaron una argumentación de tipo interpretativo subsuntivo.

2) En ambas posiciones se priorizó la aplicación de la norma más cercana para la solución del caso. Es decir, ambas posturas descartaron considerar los artículos 558 y 562 como inaplicable por ser contrarios a la Constitución o a las normas que componen el bloque constitucional y convencional, sino que en un caso la cuestión fue subsumida en dichos artículos y en el otro se entendió que los mismos no contemplaban el hecho objeto de litis.

3) Ambas posturas podían haber llegado a la misma solución aplicando el test de proporcionalidad de Robert Alexy

4) La racionalidad del test de proporcionalidad es similar a la racionalidad de solucionar un caso conforme a equidad, en cuanto a que se termina logrando una solución que puede resultar justa, pero que está solo basada en la conciencia de cada magistrado.

5) El peligro del test de proporcionalidad y la ponderación de derechos es que, en nombre de ese método, los jueces pueden terminar convirtiéndose en los dueños de los derechos humanos y en legisladores ad hoc.

6) Una interpretación «legalista» puede tener el mérito de la predecibilidad, siempre y cuando se mantenga en el tiempo. Si, en cambio, el tribunal oscila entre «legalismo» y «constitucionalismo» o «principialismo», según le convenga para justificar la solución del caso, poco es lo que puede predecirse.

(1) «Recursos de hecho deducidos por C.L.A. en la causa 'S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación» (CSJN, 22/10/24)

(2) «RDD 'Cati' c/ S. 'Mauro' y otro s/ Acciones de filiación - ley 10.305», Juzgado N° 2 de Familia de Córdoba, 2 de septiembre de 2024. Cita: MJ-JU-M-153928-AR|MJJ153928|MJJ153928

(3) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. En ese sentido, se señala que «.es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores.» Disponible en <https://www.grupoprofessional.com.ar/blog/wp-content/uploads/2023/05/FUNDAMENTOS->

(4) Fundamentos, pág. 532.

(5) «D., J. E. y otro/a s/ Autorización Judicial», Juzgado de Familia Nº 8 de La Plata, 27 de abril de 2024.

(6) Fundamentos, pág. 532.

(7) Fundamentos, pág. 531.

(8) «F. F. C/ C. J. Y OTRO/A S/ ACCIONES DE IMPUGNACION DE FILIACION», Cámara Segunda de Apelación, Sala Tercera, La Plata, 15 de julio de 2020.

(9) Obviamente, en los distintos votos se desarrollan otros argumentos. En este trabajo nos enfocamos en los que nos parecen centrales y distintivos de las ponencias de cada ministro.

(10) En su voto en la sentencia del 21 de agosto de 2024 en los autos «L., J.L. s/ autorización», el Dr. Lo renzetti adoptó una postura similar, al señalar que el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación incluía una propuesta relativa a la filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana, propuesta no fue incorporada por el legislador. Al respecto, destacó que «(n)o compete al Poder Judicial que sustituya la labor del Honorable Congreso de la Nación, poniendo en vigencia proposiciones que no fueron promulgadas. Semejante pretensión implicaría desconocer la arquitectura del sistema jurídico».

(11) En el sentido que le da Guastini: Una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero que -según la opinión del intérprete- está reglado de forma «axiológicamente inadecuada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta». Guastini, Riccardo, «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación», Análisis Filosófico XXVI Nº 2 - ISSN 0326-1301 (noviembre 2006) 277-293. Disponible en: <http://ref.scielo.org/zdbjbd> (consultado: 11/12/2024)

(12) En nuestro artículo «Algunas reflexiones sobre las tareas de interpretar, subsumir y argumentar», publicado en febrero de 2021 en el Volumen 6 de FILOCAM, pág. 9. Disponible en: <https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2021/02/REVISTA-COMPLETA-VI.pdf>

(13) Nos enrolamos en una teoría realista o escéptica de la interpretación, que entiende que la misma, «. -entendida como atribución de significado a los textos normativos- es una actividad no cognitiva, y más bien 'decisoria', un acto de voluntad, no de conocimiento, (Guastini, Riccardo, «Teoría Analítica del Derecho», ZELA Grupo Editorial, Perú, Primera edición: febrero 2017, pág. 50). Más adelante, Guastini añadirá que «. los escépticos no piensan que toda interpretación valga como cualquier otra, ni que toda interpretación sea aceptable: también ellos, cuando se quitan las vestimentas del teórico y se comportan como juristas, tienen sus preferencias interpretativas; simplemente no buscan contrabandearlas como las únicas correctas» (Guastini, ob. cte. pág. 59).

(14) Es decir, una interpretación no arbitraria.

(15) Entre los muchos trabajos del maestro Juan Antonio García Amado referidos a la

temática de la subsunción, podemos recomendar, por ser de fácil consulta en Internet, al artículo «PONDERACIÓN Y SUBSUNCIÓN: MÉTODOS INTERCAMBIABLES. LA ESENCIAL INTERCAMBIABILIDAD DEL MÉTODO PONDERATIVO-SUBSUNTIVO Y EL INTERPRETATIVO-SUBSUNTIVO Y LAS VENTAJAS E INCONVENIENTES DE CADA UNO (Al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2010)». Disponible en: <https://www.garciamado.es/2014/06/ponderacion-y-subsuncion-metodos-intercambiables/> . Consultado: 27/12/20.

(16) Guastini, Riccardo, «Teoría Analítica del Derecho», ZELA Grupo Editorial, Perú, Primera edición: febrero 2017, pág. 115 y sgtes.

(17) Ver Alchourron, Carlos; Bulygin, Eugenio, «Sistemas Normativos - Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales», 2º Edición 1º reimpresión, Editorial Astrea, año 2015. págs. 47 y siguientes y, como ejemplo, a partir de página 52, la controversia Soler - Carrio.

(18) García Amado, ob. cit.

(19) García Amado ob. cit.

(20) García Amado ob. cit.

(21) Tratamos el tema en nuestro libro «Argumentación jurídica aplicada al litigio», de Ediciones D&D, julio de 2022, pág. 67 y sgtes.

(22) «Las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por Derecho.» (Oliver Wendell Holmes, Jr., en su ensayo La Senda del Derecho, publicado en 1897, Marcial Pons, 2012, Traducción y estudio preliminar de José Ignacio Solar Cayón, pág. 60)

(23) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.8 en línea]. [Fecha de la consulta: 10/12/2024].

(24) Quien, entre otras aportaciones, desarrolló una teoría de la argumentación jurídica a través de sus obras Teoría de la argumentación jurídica (1978), Teoría de los derechos fundamentales (1985) y El concepto y la validez del derecho (1992), además de más de cien ensayos.

(25) Seguimos en este y los próximos párrafos a Moreso, José Juan, «Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos», publicado en Revista ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura, CLXXVI 745, septiembre - octubre (2010). Disponible en <https://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/1232/1237>. Consultado: 02/07/23.

(26) En «Argumentación jurídica», op. cit. pág. 71 y sgtes.

(27) García Amado ob. cit.

(28) Atienza, Manuel, «A VUELTAS CON LA PONDERACIÓN», en «Un panorama de filosofía jurídica y política, Anales de la Cátedra Francisco Suárez», volumen 44 (2010), págs. 43-59.

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Abogado, egresado en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor Titular de «Teoría General de las Obligaciones» y «Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios» en la Universidad Abierta Interamericana. Autor. Publicista.