

Cuando la vida, el derecho y la justicia van en el mismo sentido

El caso “L., A. Y. y D. J. O., P. B.”: análisis iusfilosófico de la respuesta jurisdiccional frente a un supuesto de filiación por TRHA “caseras”



Julián Díaz Bardelli

Introducción

El día 30 de agosto de 2019, en los autos caratulados “L., A. Y. y D. J. O., P. B. s/ reconocimiento de hijo” (Expte. N° 14849), que tramitaron ante el Juzgado de Familia N° 1 con sede en San Miguel, del Departamento Judicial de General San Martín, Provincia de Buenos Aires, la magistrada de grado dictó sentencia haciendo lugar a la medida autosatisfactiva peticionada por las actoras. En consecuencia, ordenó

la inscripción del niño T. nacido en 16 de agosto del 2018, consignando como sus madres a L. A. Y. y a D. J. O. P. B., debiendo el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires expedir el certificado de nacimiento correspondiente conforme lo dispone el art. 559 del CCC.

Asimismo, ordenó al Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires “la protocolización de los datos identificatorios y médicos del donante de material genético en el libro de actas de nacimiento del niño referido supra, ello en el marco de lo establecido en el art. 563 y 564 del CCyC”.

El fallo se encuentra firme y sienta un importante precedente en materia de filiación comaternal por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) “caseras”, es decir, sin intervención

médica.¹ Las TRHA “caseras” representan una realidad que no fue contemplada en la legislación argentina. El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) se refiere solamente a la filiación por TRHA con intervención de un centro de salud (cfr. art. 560).

El propósito de este trabajo es analizar el fallo que antecede desde el plano de la filosofía del derecho. En esa línea, intentaré demostrar que en él se observa la influencia de la corriente iusfilosófica denominada “(neo)constitucionalismo”.

El caso

Las actoras, que conformaban una pareja del mismo sexo, habían contraído matrimonio el día 15 de marzo de 2012.

Anhelaban formar una familia y, siguiendo ese deseo, se sometieron a un tratamiento de fertilización asistida en un centro de fertilidad ubicado en la Ciudad de Buenos Aires, sin resultado positivo.

Como les resultó imposible encarar un nuevo tratamiento debido a su alto costo económico, decidieron realizar la inseminación por fuera del sistema de salud. Así, acordaron con un joven conocido de ambas que este aportara –como donante– el material genético.

Producto de esa inseminación “casera”, la actora A. L. quedó embarazada, y el 16 de agosto de 2018, en una clínica de la localidad de San Miguel, nació T.

A los pocos días (22 de agosto) concurrieron a la Delegación San Miguel del Registro Provincial de las Personas para inscribir a T. como hijo de ambas, pero tal inscripción fue rechazada con el argumento de que no cumplía con los requisitos legales para ese fin. A cambio, el organismo registral les propuso inscribir al niño solamente como hijo de la madre gestante, a lo que ellas se negaron.

Frente a ello presentaron un reclamo administrativo ante el organismo registral, pero también fue rechazado.

En la presentación judicial, las actoras identificaron al donante del material genético y acompañaron una manifestación de este indicando que efectivamente había intervenido como donante, sin voluntad de ser padre.

Previo a resolver, la magistrada citó a una audiencia al donante, quien ratificó lo dicho.

Para decidir del modo en que lo hizo, en cuanto al fondo del asunto, la jueza sostuvo:

¹ Las actoras contaron con el patrocinio letrado del Consultorio Jurídico Gratuito de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ). La asistencia jurídica fue proporcionada por los estudiantes del curso de Práctica Profesional de la citada carrera, con la supervisión del cuerpo docente, al que pertenece el suscripto. La sentencia se hizo eco de la mayoría de las razones invocadas en la demanda.

Producido el nacimiento del niño T., es preciso destacar que las coactoras no han logrado obtener la inscripción registral del nacimiento del hijo nacido dentro del matrimonio; por lo que se puede inferir en este contexto que para la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre gestante se le ha negado a través de la autoridad registral la inscripción del hijo de ambas por su condición sexual, sin tomar en cuenta el juego de las presunciones legales de la normativa vigente, el que se da en forma automática [...] Anticipo que se ha forjado una clara discriminación hacia las peticionantes en cuanto a su condición sexual se refiere.

También sostuvo:

la normativa vigente no otorga efectos jurídicos a las técnicas de inseminación denominadas “caseras” como la utilizada por las coactoras en el caso del *sublite* [...] no estamos frente a un caso de THRA sino de técnicas que no se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento legal pero con el componente de la voluntad procreacional de las coactoras; por lo que corresponde en tanto aplicar el principio de legalidad estatuido en el art. 19 de la Constitución Nacional. Así se ha entendido también respecto a la gestación por sustitución tampoco regulada en la legislación argentina. En las jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca (2015) en la Comisión 6 de Familia sobre identidad y filiación, cuando se trató la cuestión de la gestación por sustitución, se concluyó por unanimidad que aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida.

Además, afirmó:

El criterio que aplica la normativa vigente es respetar la voluntad procreacional que tiene como objetivo un proyecto parental para la constitución de familias y sobre la base de la igualdad sin tomar en cuenta condición sexual y estado civil, lo que viene a considerar a todos los modelos de familias que se forman y existen, conforme así lo ha establecido el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce la familia como elemento fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección del estado y la sociedad [...] En este entendimiento de respeto a los derechos igualitarios para la formación de los distintos tipos de familias que utilizan métodos de fertilización asistida, viene a interpelar el interrogante con relación a que si solamente la voluntad procreacional expresada mediante el consentimiento libre, informado y previo que debe constar certificado y protocolizado es el único válido para crear un vínculo filial. Entiendo que el concepto de voluntad procreacional lo es en un sentido más amplio que define el deseo de tener hijos proyectando el cuidado y protección de los mismos con el objetivo de la constitución de la familia, respetando la diversidad inherente a la condición humana.

En base a estas razones, concluyó que, en el caso:

se ha negado la identidad al hijo nacido durante el matrimonio conforme la presunción legal vigente, tampoco se ha tomado en cuenta la voluntad procreacional manifestada por las cónyuges; vulnerándose de este modo los derechos a la igualdad y a la identidad.

Agregó que:

Cuando un niño nacido no es inscripto, se lo excluye, se lo invisibiliza, se le niegan los derechos a la identidad, a ser reconocido por su nombre, y a su nacionalidad. Este derecho a la identidad es un verdadero derecho humano que se compone de la anotación del nacimiento, de obtener una documentación identificatoria como ciudadano, y de lo fundamental que identifica a una persona, el derecho al nombre (art. 7, 8, 9 cctes. de CDN y Observación N° 17 Comité Derechos Humanos). La ley 26061 establece en su art. 12 que los Estados deben garantizar la identificación del niño mediante procedimientos sencillos y ágiles en forma gratuita y obligatoria inmediatamente después de su nacimiento.

Surge en forma palmaria la clara violación al resguardo del principio rector del interés superior del niño consagrado internacionalmente por los arts. 3 y 4 de la CDN.

Analizando el fallo desde la filosofía del derecho se puede observar, a mi juicio, la influencia del (neo) constitucionalismo. Intentaré demostrar esta aseveración con los argumentos expuestos a continuación.

El enfoque (neo)constitucionalista

Llamo enfoque “constitucionalista” o “neoconstitucionalista” a la concepción iusfilosófica surgida en la segunda mitad del siglo pasado, con autores tales como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Neil MacCormick, Alfonso García Figuerola, Manuel Atienza o Luigi Ferrajoli, que hace hincapié en la transformación provocada en los ordenamientos jurídicos por la incorporación, en su cúspide, de constituciones rígidas y de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Dicho fenómeno, que suele ser descripto como el paso del “Estado *Legislativo* de Derecho” al “Estado *Constitucional* de Derecho”, en los países de Europa continental es relativamente reciente: tuvo lugar a partir de la segunda mitad del siglo que pasó. Pues bien, para esta perspectiva, el fenómeno mencionado representa un cambio de tal magnitud que exige abandonar, por inapropiado, el enfoque “legalista” al que se opone.

Para contextualizar un poco más este enfoque, siguiendo a Riccardo Guastini,² puede hablarse de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, entendida como un proceso al cabo del cual el ordenamiento resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Ese proceso está caracterizado, además de por la ya mencionada incorporación de constituciones rígidas y de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes ordinarias, por la *fuerza vinculante de la Constitución* (tanto de sus normas preceptivas como de las programáticas), la *aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces* (tanto de la justicia constitucional como de la ordinaria), la *sobreinterpretación* (o interpretación extensiva) *de la Constitución* , la *interpretación conforme* (con la Constitución) *de las leyes* , y la *influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas* . También podría agregarse como característica la *rematerialización constitucional* , señalada por Luis Prieto Sanchís.³

En contraposición con la concepción legalista, como afirma Susana Pozzolo,⁴ la posición “constitucionalista” o “neoconstitucionalista” puede resumirse en las siguientes fórmulas: 1) *principios versus reglas* , en el sentido de que el ordenamiento jurídico no se compone solo de reglas sino también de principios, y que los jueces deberían servirse en mayor medida de estos últimos en la interpretación y argumentación jurídica; 2) *ponderación versus subsunción* , es decir, a diferencia de las reglas que son interpretables/aplicables mediante el método de subsunción, los principios se interpretan/aplican por medio de la ponderación o balanceo; 3) *omnipresencia de la Constitución versus independencia del legislador* , esto es, la penetración general del texto constitucional dada por la “materialización” o “sustancialización” de la Constitución, según la cual esta no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales;⁵ 4) *jueces versus libertad del legislador* , lo que equivale a sostener

2 Guastini, R. (2001). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En *Estudios de teoría constitucional* (pp. 153 y ss.) (Jordi Ferrer, trad.). México: Fontamara-UNAM. Como dice Guastini, mientras que la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad son condiciones necesarias de la constitucionalización del derecho, las restantes solo son condiciones suficientes de distintos grados de constitucionalización, en la medida en que esta no es una cuestión de todo o nada. Cabe aclarar que Guastini, que pertenece también a la escuela genovesa de filosofía del derecho, es uno de los críticos más acerbados del enfoque bajo análisis. Cfr. Guastini, R. (julio de 2013). A propósito del neoconstitucionalismo (Renzo Cavani, Trad.). *Gaceta constitucional* , 67, 231: “Me da la impresión [...] que el neoconstitucionalismo consiste en un amontonado (de confines indeterminados) de posturas axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales no es fácil identificar alguna tesis propiamente teórica reconocible y susceptible de discusión”.

3 Prieto Sanchís, L. (2010). Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* , 44, Universidad de Granada, Granada, 464. Este autor menciona como rasgos singulares del Estado Constitucional de Derecho los siguientes aspectos: 1) el reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución, 2) la rematerialización constitucional, 3) la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución, y 4) la rigidez constitucional.

4 Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* , II(21), Universidad de Alicante, 339-342.

5 En la concepción legalista de Hans Kelsen, la Constitución funcionaba como un mero marco, esencialmente formal, dentro del cual el legislador ordinario llevaba a cabo sus decisiones políticas. Cfr. Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional) (Rolando Tamayo y Salmorán, trad.). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* , 15, Madrid, 276: “el legislador no está vinculado a la Constitución más que con relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar”. En cambio, para el modelo constitucionalista, los contenidos constitucionales conforman la “esfera de lo indecible”, según la expresión de Luigi Ferrajoli, o el “coto vedado”, para utilizar la frase de Ernesto Garzón Valdés. Cfr. Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales* , 6(1). Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, 337-343; Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del ‘coto vedado’. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho* , 06, 209-213.

una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia, por la que se le encarga al juez una continua adecuación de la legislación a las prescripciones constitucionales, con la consecuente interpretación del derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculizadas por el caso. No obstante, hay que aclarar que no todos los partidarios del constitucionalismo comparten estas fórmulas en su totalidad. Así, por ejemplo, Ferrajoli disiente de las dos primeras.

Ciertamente, debe decirse que las etiquetas “constitucionalismo” y “neo constitucionalismo” utilizadas para nombrar a este enfoque no están exentas de controversia. En el caso de “neoconstitucionalismo”, el nombre es más reciente y fue puesto por los críticos de esta corriente,⁶ mientras que algunos de sus partidarios⁷ lo han rechazado expresamente para calificar a sus propias teorías, aceptando en cambio el nombre de “constitucionalismo”.

También cabe destacar la existencia de importantes diferencias entre los partidarios de este enfoque; sobre todo, entre Ferrajoli, por un lado, y el resto de los autores mencionados más arriba, por el otro. Siguiendo al propio Ferrajoli,⁸ puede hablarse de un “constitucionalismo *garantista*”, como él califica a su propia teoría, y de un “constitucionalismo *principialista*”, que agruparía a las teorías de todos los demás. Pero más allá de los títulos, es preciso señalar que Ferrajoli cuestiona varias tesis nodulares de los así llamados “principialistas”, en especial: a) la conexión conceptual del derecho y la moral, b) la configuración de los derechos constitucionales como principios en lugar de como reglas, c) la ponderación como método de aplicación de los principios.⁹

La filiación iusfilosófica de este enfoque es marcadamente heterogénea.¹⁰

De la variante “garantista” del constitucionalismo podría decirse que posee una doble raigambre. Por un lado, el garantismo tiene su origen en las teorías jurídicas “críticas” o “alternativas”, surgidas en la década de los setenta del siglo pasado;¹¹ más específicamente en la corriente denominada “uso alterna-

6 Me refiero a los iusfilósofos de la llamada “escuela genovesa”; en particular, a Susana Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci. Cfr. Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11(21), Universidad de Alicante, 339: “He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo”; Comanducci, P. (2009). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En P. Comanducci; Ma. A. Ahumada y D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 87, nota al pie 2: “‘Neoconstitucionalismo’ es una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comenzaron a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí”.

7 Así lo han hecho, por ejemplo, Ferrajoli y Atienza. Cfr. Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, Universidad de Alicante, 18-19; Ferrajoli, L. (2011). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, Universidad de Alicante, Alicante, p. 315 y ss.; Atienza, M. (s/f). Dos versiones del constitucionalismo. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, Universidad de Alicante, Alicante, pp. 74-75; Atienza, M. (s/f). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. Recuperado de <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>, p. 1.

8 Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, Universidad de Alicante 15-53.

9 *Ibid.*

10 Cfr. Comanducci, P. (abril de 2012). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico (Miguel Carbonell, trad.). *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 16, ITAM, México, 98 y ss.

11 Sobre las teorías jurídicas críticas o alternativas, cfr., entre otros, Cárcova, C. M. (1996). Teorías Jurídicas Alternativas. En C. M. Cárcova, *Derecho, política y magistratura* (pp. 18-34). Buenos Aires: Biblos; Cárcova,

tivo del derecho”, a la que originariamente pertenecieron tanto Ferrajoli como Senese. Nacida en Italia e integrada tanto por juristas académicos como por jueces y abogados (asociados a la agrupación Magistratura Democrática), esta corriente postuló la necesidad de llevar a cabo una práctica jurídica que, partiendo de una interpretación alternativa del derecho positivo, aprovechando sus indeterminaciones tanto lingüísticas como lógicas (lagunas y antinomias), haga prevalecer los intereses de los grupos socialmente dominados o desaventajados. Más tarde, el “uso alternativo del derecho” evolucionó hacia el “garantismo”, nombre con que el propio Ferrajoli califica a su actual teoría del derecho. Las razones de esa evolución no son fáciles de identificar, dada la diferente matriz ideológica de ambas corrientes: el marxismo (o neomarxismo) en el caso del alternativismo, y el liberalismo en el caso del garantismo. De allí que se ha hablado de una evolución “paradójica” de una corriente a la otra.¹²

Por otro lado, según el propio Ferrajoli, el garantismo es expresión del positivismo jurídico, porque sostiene tanto la tesis de las fuentes sociales del derecho como la de la separación conceptual del derecho y la moral. Ciertamente, no representa la versión más tradicional u ortodoxa de esta doctrina, a la que el iusfilósofo italiano denomina “positivismo dogmático” o “paleopositivismo” —representada paradigmáticamente por Kelsen—, sino una variante marcadamente alternativa o heterodoxa, llamada por él mismo “positivismo crítico”.¹³ Ferrajoli también ha sostenido que su garantismo representa un perfeccionamiento del positivismo jurídico.

En el caso del constitucionalismo principialista, sus autores se reivindican como *no positivistas*¹⁴ o *post-positivistas*¹⁵ y defienden la tesis *iusnaturalista de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, aunque en una versión ciertamente más moderada que la del iusnaturalismo tradicional. Fundan esa conexión en la unidad del razonamiento práctico (jurídico y moral) y en que los derechos constitucionales, caracterizados como principios, remiten a valores morales objetivos. Así, por ejemplo, Dworkin ha sostenido que una teoría general del derecho —como la defendida por él— debe ser “a la vez conceptual y normativa”, y que la parte normativa remite a una “filosofía moral y política más general, que a su vez puede depender de teorías filosóficas que hagan referencia a la naturaleza humana o a la objetividad de la moralidad”;*¹⁶ señalando

C. M. (2001). Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. En C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho* (pp. 19-38). Buenos Aires: Eudeba; Duquelsky Gómez, D. J. (2019). *Entre la ley y el derecho. Una aproximación a las prácticas jurídicas alternativas* (pp. 65 y ss.). Buenos Aires: Estudio; Pérez Liedó, J. A. (2000[1996]). Teorías Críticas del Derecho. En E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia* (pp. 87-102). Madrid: Trotta - Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

12 Cfr. Sousa, M. de L. (1998). Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica. *Anuario de Filosofía del derecho, Año 1998*, Ministerio de Justicia y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 233-256.

13 Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (pp. 871-872) (P. A. Ibáñez y A. Greppi, trads.). Madrid: Trotta; Ferrajoli, L. (2002), *Juspositivismo crítico y democracia constitucional* (L. Córdova y P. Salazar, trads.). *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, ITAM, México, 16, 10-12; Ferrajoli, L. (2011). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, Universidad de Alicante, 314-315.

14 Alexy defiende un “no positivismo incluyente”, distinto tanto de los positivismos incluyente y excluyente como de los no positivismos excluyente y superincluyente. Cfr., Alexy, R. (2013). El no positivismo incluyente. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36, Universidad de Alicante, 15-23.

15 Esta es la expresión utilizada, por ejemplo, por Atienza. Cfr. Atienza, M. (s/f). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista, <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>.

16 Dworkin, R. (2002[1984]). *Los derechos en serio* (original: “Taking rights seriously”, 1977) (M. Guastavino, trad.) (pp. 32-33). Barcelona: Ariel. A su vez, Dworkin toma distancia de la “teoría del derecho natural ortodoxo”. Cfr. el apéndice “Replica a los críticos”, *ibíd.*, p. 464.

también que el positivismo jurídico “falla porque rechaza la idea de que los individuos pueden tener derechos contra el Estado que sean previos a los derechos creados por la legislación positiva”.¹⁷ Alexy afirma que el derecho es un sistema de normas que formula una *pretensión de corrección* y que las normas *extremadamente injustas* no forman parte de dicho sistema,¹⁸ retomando así la conocida fórmula de Radbruch que dice que “la injusticia extrema no es derecho”.¹⁹ Atienza considera que la relación entre el derecho y la moral “es una cuestión compleja, también desde la perspectiva conceptual”, puesto que, aunque desde ciertas perspectivas o contextos (el de un historiador, sociólogo u observador externo) es posible separar el derecho y la moral, desde otros (v. gr., el de un juez) “no puede hacerse”;²⁰ y que lo dicho presupone “el objetivismo moral, aunque sea un objetivismo mínimo”.²¹

La influencia (neo)constitucionalista en el fallo

Varios son los aspectos del fallo analizado en los que se puede observar la influencia del (neo)constitucionalismo, considerando las fórmulas en que puede resumirse esta corriente iusfilosófica, según Susana Pozzolo. Veámoslo en detalle.

Principios vs. reglas

En primer lugar, la juzgadora resolvió el caso aplicando no solamente reglas sino también, y sobre todo, principios. En efecto, se valió del *principio de igualdad* cuando afirmó que, dado que las actoras estaban casadas y que el niño había nacido después de la celebración del matrimonio, la denegación de la inscripción de aquel como hijo de ambas sin tener en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 566 del CCyCN constituía “una clara discriminación hacia las peticionantes en cuanto a su condición sexual se refiere”.

17 *Ibíd.*, p. 36.

18 Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho* (J. M. Seña, trad.) (p. 123). Barcelona: Gedisa.

19 Radbruch, G. (1962). *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* (original: “Gesetzliches umrecht und übergesetzliches recht”, 1946) (M. I. Azareto de Vásquez, trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 37: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia. Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de leyes válidas aún a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica”. Como es sabido, Radbruch se refería al régimen “nacionalsocialista” que imperó en Alemania de 1933 a 1945. La asunción de la fórmula de Radbruch por parte de Alexy es explícita. Cfr. Alexy, R. (1994), *op. cit.*, pp. 45 y 67.

20 Atienza, M. (s/f). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. Recuperado de <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?no-Cache=1415618881091>, p. 16.

21 *Ibíd.*, p. 17.

También aplicó el *principio de legalidad* (art. 19 de la Constitución Nacional, en adelante CN), al señalar que, al igual que la gestación por sustitución, las TRHA “caseras” no estaban previstas en la ley, por lo que, “aún sin ley, al no estar prohibida[s] [se las debe reputar] permitida[s]”.

Asimismo, consideró aplicable el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que integra el bloque de constitucionalidad, en cuanto reconoce el *derecho a fundar una familia*, interpretándolo como que abarca a “todos los modelos de familias que se forman y existen”.

Además, consideró que se había violado el *derecho la identidad* del niño T., contemplado en los artículos 7, 8, 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que también forma parte del bloque constitucional.

Finalmente, señaló que la conducta del organismo registral era contraria al “principio rector” del *interés superior del niño*, consagrado en los artículos 3 y 4 de la CDN.

Omnipresencia de la Constitución vs. independencia del legislador

En segundo lugar, la reiterada apelación a principios constitucionales que se efectuó en el fallo bajo análisis pone de manifiesto la omnipresencia de la Constitución en el sistema jurídico, sobre todo en una rama del derecho que, como señala Miguel Ángel Ciuro Caldani, ha sido tradicionalmente reacia a la penetración del texto constitucional²².

Ese “efecto de irradiación” –como lo llama la doctrina alemana– de nuestra Carta Magna en las relaciones civiles y comerciales fue puesto de manifiesto tanto en el mensaje del Poder Ejecutivo Nacional que acompañó al proyecto de ley de aprobación del nuevo CCyCN como en los fundamentos del anteproyecto elaborado por la comisión creada a tal fin: en ambos documentos se hizo referencia a la “constitucionalización del derecho privado”,²³ y en el primero de ellos se afirma que la recepción de las reglas y principios constitucionales en la normativa civil y comercial, junto con la adecuación del derecho privado a la realidad social de los tiempos presentes, son “los dos pilares fundamentales que sustentan el proyecto”.²⁴

La impregnación constitucional se observa también en el título preliminar del CCyCN. En tal sentido, se mantiene a las leyes ordinarias como fuente del derecho, pero “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte” (art. 1°). En materia de interpretación, “los principios y los valores jurídicos”, al igual que “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos”, son presentados como un recurso principal, no subsidiario, junto a las palabras de la ley, su finalidad y las leyes análogas (art. 2°).

22 Cfr. Ciuro Caldani, M. Á. disertación del 26-03-2015 en el Curso Nuevo Código Civil y Comercial organizado por el Colegio de Abogados de Rosario. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=3-YV8cKqcrY> (consultado 27-02-2020).

23 Ministerio de Justicia de Derechos Humanos (2012). *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 3 y 523). Buenos Aires: Infojus. Recuperado de http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf (consultado 15-02-2020).

24 *Ibíd.*, p. 7.

Otro tanto puede decirse con respecto a diversas materias específicas. Así, por ejemplo, en materia de capacidad jurídica, el CCyCN receptó lo dispuesto en la CDN y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ambos tratados de jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. art. 75 inc. 22 de la CN y art. 1º de la Ley N° 27044). Con relación al derecho de propiedad, se incorporó la propiedad comunitaria indígena por influencia de lo dispuesto en el artículo 75 inciso 17 de la CN.

En cuanto a la filiación, el CCyCN recibió el impacto de varios principios de rango constitucional, a saber: 1) el principio del interés superior del niño (art. 3, CDN); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales (art. 17.5, CADH); 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8, CDN); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación (art. 15.1.b, PIDESC) y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella (art. 17, CADH).²⁵

Algunos de esos principios, según se desprende del fallo analizado, se tornarían vinculantes para determinar no solamente la filiación por TRHA, sino también, en particular, la que tiene lugar mediante técnicas “caseras”.

Cabe señalar, sin embargo, que el aludido efecto de irradiación podría haber tenido un alcance mayor, de modo tal que en el CCyCN se contemplara la filiación por TRHA “caseras”.²⁶

Jueces vs. libertad del legislador

En tercer lugar, se puede advertir que la juzgadora adoptó una posición activa en el conflicto, realizando una interpretación creativa de las disposiciones del CCyCN a partir de los preceptos constitucionales.

Podría haber rechazado la demanda invocando que la filiación por TRHA “caseras” no estaba prevista en el CCyCN. Sin embargo, optó por cubrir el vacío legal invocando el principio constitucional de legalidad y afirmando que, en tanto las TRHA “caseras” no estaban prohibidas, se las debía considerar permitidas.

Asimismo, interpretó la presunción establecida en el artículo 566 a la luz del principio constitucional de igualdad, aduciendo que dicha presunción bastaba para inscribir al niño como hijo de ambas actoras y que la negativa del organismo registral importaba una conducta discriminatoria por la condición sexual de estas. Ello, a pesar de que en el segundo párrafo de ese artículo se establece que la presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en los artículos 560 y 561 del CCyCN,

²⁵ *Ibíd.*, p. 586.

²⁶ Otra figura no contemplada en el CCyCN es la “triple filiación”, que sin embargo fue determinada en varios pronunciamientos judiciales.

es decir, recabado por el centro de salud (art. 560) e instrumentado –según lo establecido en las disposiciones especiales– para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción (art. 561).

Es que, además, la magistrada superó este obstáculo legal arguyendo que, a la luz del derecho a fundar una familia consagrado en el artículo 17 de la CADH, podía entenderse que el consentimiento previo, libre e informado, tal como se requiere en el CCyCN, no es el único medio válido para generar el vínculo filial en las TRHA, debiendo primar la voluntad procreacional por encima de las formas con las que se expresa el consentimiento.

Puede verse en la sentencia una *sobreinterpretación* o *interpretación extensiva* de la Constitución, según los términos que, como hemos visto, utiliza Guastini.²⁷ En efecto, la solución dada por la jueza difícilmente pueda extraerse de una interpretación restrictiva o literal de la ley fundamental y de las normas internacionales de igual rango. Veamos.

Del texto del artículo 17 de la CADH

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención [...] La ley debe reconocer iguales derechos a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

puede inferirse que el deber de protección de la familia y el derecho a fundarla son concebidos en términos amplios, de modo de abarcar diversos tipos de familias, pero ese texto nada dice sobre la filiación por TRHA ni, por ende, sobre qué requisitos son exigibles en tal supuesto.

Una interpretación restrictiva –y *a contrario sensu*– del artículo 19 de la CN (“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley”) establecería que, dado que la ley manda que para determinar la filiación por TRHA debe recabarse el consentimiento previo, informado y libre en un centro de salud, si las actoras pretendían el emplazamiento filial debían cumplir con tal procedimiento.

El artículo 3 de la CDN dice que “en todas las medidas concernientes a los niños [...] una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (inciso 1). En este enunciado –y en los restantes de la citada Convención– no se establece el alcance de la expresión “interés superior del niño” de modo tal que se pueda colegir de su texto que la inscripción del niño T. como hijo de ambas actoras representa una consideración primordial de su “interés superior”.

El artículo 7 de la CDN dispone que “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a

²⁷ Guastini, R. (2001), *op. cit.*, pp. 158-160.

conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (inciso 1). No dice, sin embargo, cómo debe determinarse la filiación ni –por consiguiente– como hijo de quién o quiénes debe inscribirse al niño o niña.

Por su parte, el artículo 8 de la CDN prescribe que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Al igual que el citado artículo 7, esta disposición no menciona cómo debe determinarse el vínculo filial. Más aún, el derecho del niño o niña a preservar las relaciones familiares –como parte de su derecho a la identidad–, y el correlativo deber de respetarlo, deben guardar “conformidad con la ley”. En nuestro país, como ya vimos, la ley no contempla la filiación por TRHA sin intervención médica.

El artículo 9 de la CDH establece que “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos” (inciso 1), asumiendo así que la paternidad o maternidad ya ha sido determinada, sin cuestionar el modo en que se determinó.

El artículo 16 de la CN dice que “Todos los habitantes son iguales ante la ley”, y varias disposiciones de instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional prohíben expresamente la discriminación por motivos de “sexo” o “cualquier otra condición” (art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1.1 de la CADH, art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La amplitud de estos términos permite inferir que la orientación sexual se encuentra incluida entre los motivos prohibidos de discriminación, y así ha sido múltiplemente interpretado. No obstante, el CCyCN establece la exigencia del consentimiento previo, informado y libre, recabado –además– en un centro de salud, sin hacer distinciones por orientación sexual ni por ninguna otra condición. En cuanto a la distinción legal entre quienes se someten a TRHA en un centro de salud y quienes participan de técnicas “caseras”, una interpretación restrictiva de aquellas normas posiblemente diría que esta no es una discriminación prohibida.²⁸

También se puede apreciar que la sentencia bajo análisis es un supuesto de *aplicación directa de la Constitución*²⁹ a las relaciones civiles. Si bien en este caso la controversia fue trabada entre personas particulares (las actoras) y el Estado (Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires), la solución de la misma dependía sustancialmente de la determinación del vínculo filial, lo que exigía, a su vez, definir la

28 En cambio, una interpretación extensiva o amplia, como la que rige en el derecho internacional de los derechos humanos (v. gr. Obs. Gral. N° 20 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la O.N.U.) señalaría que aquellas normas prohíben también la llamada discriminación “indirecta”, que ocurre cuando una distinción legal aparentemente neutral produce un impacto desproporcionado en un grupo de personas históricamente desaventajado. A partir de ello, podría decirse que la distinción entre quienes se someten a TRHA en un centro de salud y quienes participan de técnicas “caseras” es precisamente tal supuesto, ya que afecta en mayor medida a las parejas del mismo sexo en cuanto, por razones biológicas, no pueden acceder a la filiación natural ni –en consecuencia– gozar de la presunción legal de la filiación matrimonial. Un razonamiento así pareciera estar detrás de la afirmación de magistrada de que la negativa a inscribir al niño como hijo de ambas actoras sin tener en cuenta la presunción establecida en el art. 566 del CCyCN es contraria al principio de igualdad. Cabe hacer notar que a la imposibilidad de las parejas del mismo sexo de acceder a la filiación natural se suma otra restricción: en la práctica, pese a que las normas no hagan distingo, estas parejas cuentan con menos posibilidades de acceder a la filiación por adopción.

29 *Ibíd.*, pp. 160-161.

relación entre el niño T, las actoras y el aportante del gameto; vale decir, una relación entre particulares. Aunque esta relación está –en principio– determinada por el CCyCN, la magistrada no se limitó a aplicar el Código, sino que se sirvió de diversas disposiciones de la CN y de tratados internacionales de derechos humanos de igual jerarquía –arts. 16 y 19 de la CN, 17 de la CADH, 3, 7, 8 y 9 de la CDN–, las cuales jugaron un rol preponderante para establecer que T. era hijo de ambas actoras y no del aportante del gameto.

Por último, es posible observar que en el fallo analizado se efectuó una interpretación conforme³⁰ o adecuada del CCyCN. Así, por ejemplo, con el fin de armonizar lo dispuesto en los artículos 560 y 561 del Código con el derecho a fundar una familia previsto en el artículo 17 de la CADH, la magistrada entendió que la exigencia del consentimiento previo, informado y libre, recabado en un centro de salud e instrumentado con las formas allí exigidas, no era el único medio válido para determinar la filiación por TRHA y que lo que debía primar era la voluntad procreacional.

Ponderación vs. subsunción

Cabe reconocer, sin embargo, que no se observa que se hubiera recurrido al mecanismo de ponderación o balanceo entre principios. Tampoco se advierte –y esto explica lo anterior– que la juzgadora hubiera identificado la existencia de principios en conflicto que resulten *prima facie* aplicables al caso, lo que exigiría decidir cuál de ellos prevalecería por su peso relativo. Todos los principios que la magistrada consideró aplicables –legalidad, igualdad, identidad, interés superior del niño, derecho a fundar una familia– respaldaban, a su criterio, la pretensión de las actoras.

Conclusión

Las razones que anteceden son, a mi criterio, prueba suficiente de la influencia del paradigma (neo) constitucionalista en el fallo analizado.

En efecto, en el caso se cumplieron tres de las cuatro fórmulas en las que puede resumirse ese paradigma según Susana Pozzolo: la primacía de los principios frente a las reglas, la omnipresen-

30 *Ibíd.*, pp. 161-162. Cfr. también Ferrajoli, L. (2004). El derecho como sistema de garantías. En L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta. “La sujeción del juez a la ley ya no es como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera fuera su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez, ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de su significado con la constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Esto y no otra cosa –dicho sea incidentalmente– es lo que entendíamos hace veinte años con la expresión ‘jurisprudencia alternativa’, recordada en este seminario por Perfecto Andrés Ibáñez y en torno a la que se han producido tantos equívocos: interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad” (Ferrajoli, 2004: 26).

cia de la Constitución en el sistema jurídico y el activismo judicial en defensa de los derechos/principios constitucionales.

Solamente no se llevó a cabo la ponderación entre principios contrapuestos, omisión que, como dije más arriba, obedeció a que todos los principios identificados por la magistrada daban apoyo a la pretensión de las actoras.

No obstante, no creo que la ausencia de este único elemento alcance para desvirtuar la tesis defendida en este trabajo. Es que, por un lado, cabría preguntarse si en todos los casos pueden hallarse principios constitucionales en conflicto entre sí, como para tornar inevitable la ponderación.³¹ En el caso analizado aquí, al menos a criterio de la magistrada, no se dio esta condición. Por otro lado, sería excesivo pretender que en la práctica se den todos los elementos establecidos en la teoría para que aquella encaje en esta. La pureza –si tal cosa es posible– pertenece a la teoría, no a la práctica.

31 Ferrajoli, por ejemplo, responde el interrogante en forma negativa: “En la mayor parte de los casos generalmente analizados –discriminaciones de las identidades personales con violación del principio de igualdad, medidas de policía introducidas en contraste con el principio de la libertad personal, limitaciones a la libertad de prensa en nombre de un supuesto principio de seguridad, y similares–, los principios se aplican a sus violaciones sin que necesariamente intervengan –más que en otros juicios– ponderaciones y opciones subjetivas de valor. En otros casos, efectivamente, hay conflictos o dilemas”. Cfr. Ferrajoli, L. (2011), *op. cit.*, p. 49.