

## ¡EL NUEVO CÓDIGO HA CONSTITUCIONALIZADO FORMALMENTE EL DERECHO PRIVADO!

### DESAFÍOS PARA EL INTÉRPRETE:

### SUBSUNCIÓN VS. PONDERACIÓN. PARTE 2

Por Juan G. Corvalán

El nuevo código y sus redactores, han vislumbrado que la tarea del operador jurídico no puede limitarse a la subsunción automática de los textos legales. Por eso es que se reconoce especialmente el rol de la ponderación para conciliar o pesar valores, derechos, y garantías que puedan entrar en conflicto<sup>1</sup>. Pero para saber cómo juega el rol de la ponderación a la hora de resolver situaciones, es necesario precisar algunas cuestiones referidas a derechos fundamentales, principios y reglas.

#### 1. Derechos fundamentales, principios y reglas.

Los derechos humanos y los llamados derechos fundamentales son normas. Su carácter normativo determina que ellos compartan todos los problemas del concepto de norma<sup>2</sup>. Así, siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho: normas de derecho fundamental y derecho fundamental, son dos caras de la misma moneda.

Ahora bien, estas normas en cuanto a su estructura pueden responder a la clasificación de principios y reglas. La diferencia entre reglas y principios<sup>3</sup> es que los principios son normas que ordenan que algo sea “realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes<sup>4</sup>”. De allí que sean susceptibles de cumplimiento gradual y progresivo; por ello pueden entenderse – utilizando las palabras de ALEXY – como “mandatos de optimización”. Por el contrario, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces ha de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos<sup>5</sup>. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo *fáctico* y *jurídicamente* posible. En síntesis, los principios tienen un mayor grado de indeterminación que las reglas.

#### 2. La ponderación como eje central para resolver los problemas de interpretación.

Las normas constitucionales pueden ser entendidas como reglas y principios, dependiendo de su forma o estructura. En general, cuando estamos frente a principios, el operador cuenta con un amplio margen semántico en relación con su contenido. En otros términos, si entendemos que un principio es un mandato de optimización, esto, significa que éste puede aplicarse en “más o menos”<sup>6</sup>. Sobre esta base, los principios se refieren a ciertos estados de cosas ideales que *deben* alcanzarse y al *modo* de alcanzarlos. Pero además, la aplicación de un principio –su uso– debe orientarse a la optimización de su contenido mediante el *proceso de ponderación*. En estos “procesos”, entran en consideración tanto posibilidades fácticas como jurídicas de aplicación<sup>7</sup>. Y en este análisis entrará en consideración el *principio de proporcionalidad* –que, en nuestro ámbito, es un principio derivado del principio de igualdad– y sus *sub principios de idoneidad y necesidad*. A lo anterior, debe agregarse que en muchísimos supuestos las normas

<sup>1</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCHI, Aída, *Pautas para Interpretar el Código*, p. 8, Código Civil y Comercial, Astrea, Buenos Aires, 2015.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2º Ed., p. 48, traducción de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

<sup>3</sup> La naturaleza vinculante de los principios, comparada con la de las reglas, es cualitativamente distinta. Haciendo uso de la reciente contribución de Francisco Laporta, las características de los principios pueden ser descritas como sigue: 1. Los principios no proporcionan razones concluyentes o definitivas para una solución, como las reglas, sino sólo razones *prima facie*; 2. Los principios tienen una dimensión de peso o importancia que las reglas no tienen; 3. *Los principios son mandatos de optimización, es decir, ordenan que algo se realice en la mayor medida posible*; y 4. Los principios guardan una profunda afinidad con los valores, y también con objetivos políticos y morales. Los principios pueden ser seguidos sólo “más o menos”, y ii) *Los principios son mandatos de optimización, que requieren ponderación y balance.* Ver, AARNIO, Aulis, *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, ps. 593-602, publicado en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N° 4, ISSN 1138-039X, 2000.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert, *ob. Cit.*, p. 86.

<sup>5</sup> Las reglas pueden compararse a las vías de ferrocarril: o las sigues o no. No existe una tercera alternativa. Un ejemplo de regla a nivel constitucional sería la descrita en el artículo 18 CN en tanto prohíbe la obtención de una declaración coactiva del imputado contra sí (“Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”). De obtenerse, debe descalificarse la declaración del imputado, no admitiendo otra resolución posible que la nulidad absoluta (lo mismo que toda prueba obtenida a partir de ella).

<sup>6</sup> AARNIO, Aulis, *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, p. 598.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

presentan un alto contenido de indeterminación<sup>8</sup>, dejando así un ámbito discrecional muy amplio en donde la conclusión del intérprete u operador es esencialmente **una elección**<sup>9</sup> que no debería ser irracional o arbitraria. Por tanto, la solución será esencialmente argumentativa. Y en el proceso de argumentación, las razones por los cuales se lleva a cabo la ponderación son, sin dudas, determinantes.

En definitiva, que una decisión sea en esencia una elección, no exime al operador de argumentar y brindar “buenas razones” para que la decisión adoptada sea la “*mejor decisión posible*”. Como bien señala ALEXY, las cuestiones valorativas son objeto de argumentación y de decisión, ambas deben ser razonadas. En suma, por un parte, esas cuestiones valorativas son decididas en el marco de sujeciones que son racionales. Por otra parte, estas cuestiones valorativas deben ser decididas sobre la base de la argumentación práctica racional, lo que confiere un carácter racional a la decisión también cuando -de acuerdo a las reglas de la argumentación práctica racional- es posible más de una decisión<sup>10</sup>.

Pero todo esto no es una cuestión meramente teórica. Muy por el contrario, es un desafío concreto que tienen los operadores jurídicos para aplicar el nuevo código de modo más racional. Precisamente, múltiples normas del código civil deberán ser contrastadas con múltiples principios y reglas que provienen de la constitución y de los tratados, lo que a su vez se complejiza si tenemos en consideración las fuentes que provienen de órganos supranacionales –tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- y que resultan vinculantes para el juez doméstico.

### 3. Conclusiones.

**Primero:** siguiendo a HART, podemos afirmar que: “...hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles, el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no se caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta (...) El ámbito discrecional que se le deja al lenguaje puede ser muy amplio, de modo que si bien la conclusión no puede ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección”<sup>11</sup>.

**Segundo:** los jueces en nuestro país tienen la facultad de declinar la aplicación de la ley en un caso particular o bien modificar el efecto de una ley para conformar su aplicación con los derechos fundamentales. Este tipo de revisión judicial es compatible con nuestro esquema constitucional en tanto se dispone que quien tiene la última palabra en materia de todos los puntos regidos por la Constitución es el Poder Judicial (cfr. Artículo 116 CN).

**Tercero:** frente a supuestos en donde no existen reglas claras y adquiere un rol central la ponderación y el balance (a partir del análisis de los principios), se debe recurrir a una suerte de “ingeniería judicial” que requiere básicamente: **1)** frente a un caso concreto analizar si su regulación resulta o no razonable, por implicar un sacrificio desproporcionado del derecho fundamental relevante; **2)** construir el conflicto de derechos fundamentales en juego -los que están detrás de la regulación del caso- distinguiendo entre los que parecen satisfechos por la regulación y los que aparecen afectados por ella; **3)** argumentar a partir de reglas de ponderación y; **4)** finalmente, aplicar el criterio constitucional que imperará en el caso, con la consiguiente inaplicación del otro precepto en puja<sup>12</sup>.

La incorporación de dichos valores no constituye un rechazo a las tesis del positivismo, sino que invita a repensarlo desde la defensa de los derechos fundamentales.

<sup>8</sup> Con esto pretendemos poner de resalto que aun en supuestos que por antonomasia se incluyen dentro de facultades regladas, en algunos casos “de penumbra” las facultades de quien deba aplicar la norma serán discrecionales debido a la textura abierta del lenguaje. Esto, distorsiona la idea bastante extendida de poder fundar un criterio diferenciador sobre esa base, al mismo tiempo que no permite sostener la existencia de una única respuesta correcta. (Cfr. Hart. Ver, Ídem, p. 159 y ss.).

<sup>9</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, p. 159.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 532.

<sup>11</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, p. 159.

<sup>12</sup> Cfr.: PRIETO SANCHIS, Luis, *Principia Iuris: una teoría no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional*, p. 339, en Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 31, 2008.