

Valdivieso L., Erika J.

*Para determinar el contenido de los derechos,
¿tienen límite los jueces? A propósito de un caso
peruano de vientre de alquiler*

IX Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2013
Facultad de Derecho - UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Valdivieso L., E. J. (2013, octubre). Para determinar el contenido de los derechos, ¿tienen límite los jueces? : a propósito de un caso peruano de vientre de alquiler [en línea]. Presentado en *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/limite-jueces-vientre-alquiler.pdf> [Fecha de consulta: ...]

"Para determinar el contenido de los derechos, ¿tienen límite los jueces?"

A propósito de un caso peruano de vientre de alquiler "

Erika J. Valdivieso L¹.

1. Introducción

En las siguientes líneas se analizará una resolución de la Corte Suprema de Justicia de Perú, que, pretendiendo resolver una demanda de adopción por excepción llega a pronunciarse de manera tangencial, pero relevante, sobre la posibilidad de que los sujetos puedan realizar actos jurídicos obligatorios que involucran no solo temas de maternidad subrogada, sino también la disposición de los derechos que como madre le corresponderían a una mujer. Asimismo, en esta sentencia se puede evidenciar el papel que asumen los Jueces en la administración de justicia cuando, al interpretar las normas, asumen posturas subjetivas que llegan a tergiversar la naturaleza de la interpretación normativa.

Si bien se ha superado ya la época en la que el Juez es el aplicador pasivo de la norma, no debemos perder de vista el alcance de las facultades que modernamente viene adquiriendo el Juez, pues, si bien es saludable la apertura y reconocimiento a la discrecionalidad del Juez para interpretar la norma y administrar justicia, esto toma un matiz un tanto dudoso cuando el resultado de la interpretación judicial surte unos efectos contrarios al ordenamiento positivo y a la vez, injustos. ¿Hasta dónde llegan las facultades del Juez para interpretar las normas y mediante esta técnica asignar y reconocer derechos? ¿Pueden los Jueces separarse de lo establecido en las normas procesales con el fin de obtener un resultado que – a su criterio – es el válido? ¿Los Jueces tienen la facultad de darles contenido a los principios de acuerdo al caso que se presenta? Estas serán algunas de las interrogantes que plantharemos a lo largo del presente trabajo. Si bien no pretendemos darles respuesta, intentaremos alguna aproximación al plano del *deber ser* en el papel de los Jueces.

2. El caso

Como se mencionó en la introducción de este documento, el caso es uno que resuelve una demanda de Adopción por Excepción, pero que en el fondo trata un problema de “vientre de alquiler”. Utilizaré las comillas, porque como se verá con el detalle de los hechos, éste no se ajusta a lo que comúnmente se conoce como un caso de esa naturaleza, aunque en la sentencia que se comenta se admita como tal. La relevancia del mismo es que se trata del primer caso por el que expide un pronunciamiento la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia² y

¹ Abogada. Profesora del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Perú).

² Así lo reporta el Diario peruano El Comercio: “El primer caso de vientre de alquiler fue resuelto por el Poder Judicial. La justicia favoreció a los padres adoptivos por sobre los biológicos, en una demanda que involucraba a

con ello – a nuestro entender - se abre el camino que permitirá a otros “padres” apelar a la justicia para solucionar controversias derivadas de esta práctica, aun cuando no se encuentran reguladas – incluso diríamos prohibidas – por nuestro ordenamiento jurídico, como veremos más adelante.

El caso es complicado, no solo por los hechos presentados, sino por las circunstancias a partir de las que se ingresa al proceso, pero intentaremos hacer un resumen del mismo para mejor comprensión del lector.

Los demandantes, Giovanni Sansone y Dina Palomino, quieren tener un hijo. Para ello (y ante la imposibilidad de concebir de Dina), recurren a Isabel Castro y Paul Palomino (que a su vez es sobrino de Dina) a fin que Isabel, asumiendo el papel de **madre biológica y gestante** acepte ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja (Giovanni Sansone), con la condición de que el bebé sea entregado a su nacimiento a su padre biológico y esposa.

Al nacer la menor (Victoria), el 26.12.2006, es registrada en el Registro Civil como hija de Isabel Castro y Paul Palomino (la madre biológica y su esposo), y es entregada a los nueve días de nacida a sus “padres pre adoptantes”. El 22.08.2007 los padres “legales” entregan en adopción formalmente a la menor, suscribiendo un acta ante notario público.

El 19.07.2008, Isabel Castro, presenta un escrito en el que alega lo siguiente:

“(…) todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija (...) me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino Castro a favor de los esposos Giovanni Sansone y Dina Palomino (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija (...) he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción por excepción (...) es una acción fraudulenta, originada desde antes de la misma, en un *contrato* verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni Sansone (...)”.

El 28.09.2009, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra Isabel y su esposo, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor³, proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, “los denunciados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Palomino y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes

dos hermanos” Ed. Digital del 17.11.2012. <http://elcomercio.pe/actualidad/1497716/noticia-primer-caso-vientre-alquiler-fue-resuelto-poder-judicial>. Acceso 05.09.2013

³ El delito de Alteración del Estado Civil se encuentra tipificado en el Artículo 143 del Código Penal Peruano con el siguiente texto: “El que, con perjuicio ajeno, altera o suprime el estado civil de otra persona será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas.

con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la demandada Isabel Castro no aborte el producto”.

Sin perjuicio de lo anterior, los pre adoptantes, Dina y Giovanni inician el proceso de “adopción por excepción”⁴ contemplado en el Código de los Niños y Adolescentes peruano. A través de este proceso el niño, pese a tener parientes (situación que no se presenta en una adopción regular) por circunstancias excepcionales, puede ser adoptado por algún familiar (con autorización del Juez), con el fin de garantizar el interés superior del niño y su derecho a vivir en una familia.

En este caso, los demandantes alegan que tienen en su poder a la niña desde el 02.01.2007, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. Los demandados primero se allanan a la demanda y el Juez dicta sentencia declarando fundada la demanda y reconociendo como padres a los demandantes. En los actos postulatorios, ninguna de las partes hace referencia a los vínculos consanguíneos que el pre adoptante tiene con la menor (porque se trata del padre biológico), ni los “acuerdos” previos que dieron lugar a este nacimiento. Esto se evidencia dentro del proceso.

En este sentido, la sentencia señala

“que si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN (...) se desprende que el demandado Paul Palomino no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad (...)”.

Con ello, el Juez asume la formalidad que otorga el registro y no considera la evidencia de la paternidad biológica. Fuerza entonces la aplicación de la figura de la adopción por excepción (que no es necesaria, ni procedente si quien solicita la adopción es el padre biológico de la menor).

Por otro lado, como requisito para este tipo de adopción, se requiere el asentimiento de la madre biológica. En el proceso se hace referencia que la madre biológica se desistió del proceso de adopción, pero realizó una “subsanción defectuosa” del acto procesal, con lo cual para el Juez se genera la duda en la manifestación de voluntad de la madre biológica e inmediatamente alega una “oposición entre el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia”.

Para resolver este aparente conflicto, el Juez alega el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por lo que considera que la menor tiene el derecho de continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, asimismo, que “debía preferirse el derecho de la menor a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral estaba acreditada (...)”.

Los demandados apelan la sentencia y la Sala confirma la resolución apelada. Y aun manteniéndose bajo el esquema de una adopción por excepción, señala que

⁴ Inciso b) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes

“(…) los demandados (…) figuran formal y legalmente como progenitores de la niña (…) y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija (…)”.

Asimismo, reconociendo la condición de padre biológico del adoptante señala que “si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante, confluendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre-adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno (…)”.

Ante este segundo fallo en contra, la madre biológica presenta recurso de casación alegando entre otras cosas: a) que no procede la adopción por excepción entre padres biológicos; b) que la demandante, si bien es pariente del “padre legal” de la niña, al no ser éste el “padre biológico” no existe la relación de parentesco que puede dar lugar a la figura de la adopción por excepción, por tanto, es improcedente, c) que para la procedencia de la adopción se requiere que los adoptantes gocen de solvencia moral, situación que no se presenta porque los pre adoptantes participaron en el acuerdo y le “mienten” al juzgado al intentar la figura de la adopción por excepción.

3. El fallo de la Sala

Como puede esperarse después de lo señalado, la sala desestima la casación presentada por la madre biológica y falla a favor de los pre adoptantes, declarando a la menor, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Palomino.

Los argumentos de la Sala para fallar a favor de los demandantes pueden resumirse en los siguientes:

- a) Que “encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño” y éste se entiende como “la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado⁵”. Y “éste debe ser preferido ante cualquier otro interés, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional”. En consecuencia, “en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de

⁵ Artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños

quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos”.

- b) Que “los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables”, así por ejemplo se señala en las conclusiones que “la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción” o “se aprecia que el señor se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía”.
- c) Que “si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde” y “si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor”, lo que se debe tener en cuenta para resolver es “la prueba legal de paternidad que constituye el acta de nacimiento”.
- d) Que, si bien es requisito que los padres del adoptado asientan, de lo contrario la adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna, se debe resaltar que la sentencia de vista ha resuelto bajo estricta observancia del Interés Superior del Niño, dado que nos encontramos ante un “conflicto de derechos” de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral” lo que entra en conflicto con “padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios”.
- e) La Sala cataloga como “deplorable” la conducta de la madre biológica y el padre legal, por haberse desistido del proceso de adopción, pese a que existía un acuerdo previo. A la vez señala no puede alegarse insolvencia moral de los demandantes, que ésta se justifica por “los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor”. Y sin embargo, “los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores”.
- f) Que “la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma”.

A partir del fallo de la Sala y de los argumentos que esgrime, plantearemos el tema del presente trabajo y las premisas son las siguientes:

1. Legalmente no procede la figura de la adopción por excepción, porque uno de los demandantes es el padre biológico de la niña.
2. Que, para que proceda la adopción por excepción, es necesario el consentimiento de los padres y no se tiene.

3. Que, la Sala trata este caso como uno de “vientre de alquiler”, pero solo cuestiona la conducta de la madre biológica y gestante y justifica la de los pre adoptantes, pese a que confluyen en un mismo hecho.
4. Que, el argumento principal para fallar a favor de los pre adoptantes es el principio de interés superior del niño que se ve en conflicto con el interés de la madre de tener y criar a su hija.
5. Que, el contenido de este principio que utiliza la sala es el de “dotar al niño del bienestar material necesario para la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado”.

4. El problema: los contratos con objeto ilícito

Nuestro país, como muchos, no cuenta con regulación positiva para los casos de maternidad subrogada o vientre de alquiler. Tampoco, es verdad, tiene regulación sobre técnicas de reproducción asistida en general, por lo que cabe preguntarnos si, ante la práctica creciente no sería mejor una regulación a que todo se realice sin el más mínimo control, pero esto sería materia de otro trabajo.

La única referencia normativa que se tiene sobre esta materia es la contenida en el Art. 7º de la Ley General de salud (Ley 26842 del 20 de julio de 1997) que señala lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, **siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.**

Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos (...)”. (el subrayado es nuestro)

Como puede apreciarse, esta norma excluye expresamente toda posibilidad de acceder por “contrato” al uso la matriz de otra mujer para la gestación de una persona. Mucho menos, contempla el caso en que la madre gestante y biológica “renuncie” a su hijo y lo entregue en adopción a cambio de una contraprestación.

Sin necesidad de entrar en detalles sobre la teoría de los actos jurídicos, coincidiremos en que estamos ante un acto jurídico inexistente (que en nuestra legislación tiene el tratamiento del acto jurídico nulo) “en tanto le falta un requisito del tal alcance que impide la identificación misma del acto jurídico”⁶, se trata pues de un acto con ausencia total de efectos jurídicos. Como señala Albaladejo, se está ante una situación en la que, aunque exista un hecho exterior o elementos parciales de un acto jurídico, ni aquel ni a éstos, les cuadra la denominación de acto jurídico total⁷. Si partimos de la clasificación de los elementos de todo acto jurídico, tenemos por un lado, los elementos esenciales – aquellas sin las que el acto o contrato no

⁶ DELGADO, Jesús, “Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica”, Dickinson, Madrid, 2005, p. 43. Por otro lado ESPINOZA sostiene que la inexistencia se desenvuelve en el plano del *no ser* mientras que la nulidad lo hace en el plano del *ser* del acto. Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Invalidez e ineficacia del Acto jurídico en la jurisprudencia”, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 19.

⁷ ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil, introducción y parte general”, Edisofer, Madrid, 2009, p. 774.

puede subsistir - y cuya concurrencia determina la existencia del acto jurídico, los elementos naturales – que se corresponden con cada tipo específico de contrato y los elementos accidentales⁸. Así, los elementos esenciales del acto jurídico, siguiendo lo señalado por el Art. 140° del Código Civil son: la manifestación de la voluntad, el objeto (lícito y jurídicamente posible), la causa y a formalidad obligatoria y en el mismo sentido, un Acto Jurídico es nulo: (i) cuando falta la manifestación de voluntad del agente, (ii) cuando sea practicado con persona absolutamente incapaz, (iii) cuando su objeto es física o jurídicamente imposible (iv) cuando su fin es ilícito, (v) cuando adolece de simulación absoluta (vi) cuando no reviste la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad (vii) cuando contraviene al orden público y las buenas costumbres, salvo que la ley establezca sanción diversa (Art. 219° Código Civil).

En el presente caso, tenemos la manifestación de la voluntad de las partes, es verdad. Pero ¿qué sucede cuando se analiza el objeto del contrato y finalmente su causa?

Respecto al objeto, Vidal Ramirez señala que “la imposibilidad física supone, pues, la imposibilidad material de la existencia de la relación jurídica, su no factibilidad de realización, mientras que la imposibilidad jurídica supone que la relación jurídica esté fuera del marco legal y jurídico”⁹. Y es en este último plano en el que puede ubicarse el objeto del contrato celebrado por las partes que se resume en la disposición de la matriz de la madre con el fin de gestar un niño del cual, una vez nacido, se pensaba disponer en favor de terceros y a cambio de una contraprestación.

Es clara la contradicción con el ordenamiento jurídico: la persona es sujeto de derecho¹⁰, NO puede ser objeto de derechos. No es “algo” de lo que se pueda disponer (el niño) y tampoco puede – aun cuando medie la manifestación de la voluntad - disponerse de “sus partes” (la matriz)¹¹. En este sentido Hervada señala que “la persona humana, justamente por ser persona posee un ser inferior pero semejante al ser en acto puro: es el ser debido. Todo lo que es intrínseco a su ser – fundamentalmente dos cosas, su ser en acto y su ser en potencia no es acto puro, pero es debido, *exigitivo* (...)”¹². Cualquier acción que desconozca esta característica “o degrada a la persona o la hiera”¹³ porque “hay un deber ser moral, que se plasma en que el hombre debe vivir según su condición de persona y hay un deber ser jurídico de los demás respecto de la persona”¹⁴.

Este deber jurídico se sustenta en que “la persona humana merece un trato adecuado a su estatuto ontológico y hay comportamientos conformes (dignos) y disconformes (indignos)

⁸ Cfr. VIDAL RAMIREZ, Fernando, “El acto jurídico en el Código Civil Peruano”, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1989, p.71; OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, “Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico”. 7ma. Ed., Temis, Bogotá, 2005, p. 426.

⁹ VIDAL RAMIREZ, Fernando, «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». En: Tratado de Derecho Civil. Tomo I: Título Preliminar, Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 785.

¹⁰ Así lo reconoce nuestro código civil en su Art. 1°: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

¹¹ No estamos aquí ante la figura de una donación de órganos, sino al uso de uno de éstos, en favor de un tercero a cambio de una contraprestación.

¹² HERVADA, Javier, “lecciones propedéuticas de filosofía del derecho”, Eunsa, Pamplona, p. 460

¹³ *Idem*

¹⁴ *Idem*

con ese estatuto ontológico y ello no puede significar otra cosa que la naturaleza humana se constituye en regla de comportamiento - propio y ajeno - y en título de lo debido al hombre”¹⁵.

Sobre la causa, podemos decir, siguiendo a Lizardo Taboada¹⁶, que ésta es entendida como la finalidad típica del acto jurídico, ya sea en su función jurídica, económica y social que el Derecho reconoce relevante para sus fines y que únicamente justifica la tutela de la autonomía privada. En este caso, la causa del contrato entre las partes no podría ser admitida y protegida por el ordenamiento jurídico en tanto que el “derecho a tener un hijo” no es – por decir lo menos – un derecho fundamental¹⁷. Por otro lado, para conseguir ese fin, una de las partes debe renunciar a la maternidad – hecho aún más controvertido. La finalidad del contrato suscrito por las partes es entonces “adquirir” un hijo, para ello, “compran” un gameto – el óvulo de la madre – y “alquilan” una matriz. Este fin, indudablemente, es ajeno al ordenamiento jurídico¹⁸.

En el mismo orden, podemos citar a Vidal Ramírez, para quien el fin lícito consiste en la orientación que se le dé a la manifestación de voluntad, esto es, que ésta se dirija, directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, los cuales, obviamente, deben ser amparados por el Derecho objetivo. Pero si la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tal amparo, por cuanto la intención del o de los celebrantes que le da contenido, tiene una finalidad ilícita, es que se produce la nulidad absoluta del acto. Asimismo, para Rómulo Morales, la causa –desde la perspectiva objetiva– debe ser conforme no sólo a los preceptos de la ley, al orden público y a las buenas costumbres, sino también debe estar de acuerdo con la necesidad de que el fin intrínseco del acto jurídico sea socialmente apreciable y digno de protección¹⁹.

Entonces, si ni la causa, ni el objeto del acto jurídico se encuentran amparados por el ordenamiento jurídico ¿es necesario el pronunciamiento del juez para resolver una controversia, que por otro lado, se ha presentado en un contexto simulado por las partes?

5. El fallo de la Sala ¿excede los límites de la interpretación judicial?

Objetivamente nos encontramos ante un caso en el que los jueces desconocen el derecho de la madre genética y a la vez gestante (¿pensamos alguna vez en que llegaría el día en que deberíamos distinguir entre estas categorías?) de criar a su hijo, porque de acuerdo a lo que señalan, se ven obligados a apelar al principio del interés superior del niño dado que encuentran un conflicto de intereses entre los padres legales, los padres genéticos, y los pre adoptantes.

¹⁵ HERVADA, Javier, Op. Cit. 452.

¹⁶ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002, p. 336

¹⁷ Sobre las implicancias de considerar como “nuevo derecho” el derecho al hijo o el derecho al niño en brazos, puede leerse el trabajo de SARTEA, Claudio, “Nuevos derechos y nuevos sujetos en el contexto de los Derechos Humanos”. Revista del Tribunal Constitucional Peruano, Lima, Octubre 2012.

¹⁸ Cfr. VIDAL RAMÍREZ, Fernando, Op. Cit. 785.

¹⁹ Cfr. MORALES HERVIAS, Rómulo, “La causa del contrato en la dogmática jurídica. En: Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Grijley, Lima, 2004, p. 391

La pregunta que surge de inmediato es si acaso los jueces pueden llegar a desconocer la filiación genética y por sobre ella, otorgar la validez a la filiación legal – formal, pese a las pruebas presentadas, alegando una supuesta protección del interés superior del niño. Y más aún si, como se señala en la sentencia, este interés viene delimitado por el bienestar material y las mejores condiciones de vida (materiales) que se le puede ofrecer al menor.

Resulta entonces evidente que esta sentencia es producto del activismo judicial al que se ha hecho referencia a los largo de estas jornadas y cuya necesidad (o su aceptación como “mal necesario”) se discute.

En la labor interpretativa, el juez puede seguir dos esquemas, en el primero, puede pretender únicamente “descubrir la voluntad del legislador”²⁰, o convertirse en aquel juez “boca de la ley”, mientras que en el segundo, el juez puede pretender “cooperar en la construcción del significado de la norma” o ser el juez racional que mediante métodos objetivos busca la intención de la propia norma jurídica, pues entiende que “su función esencialmente consiste en poner en vigencia dicha norma atendiendo especialmente a las circunstancias sociales del momento en el que vive”²¹. La primera, si bien es la opción más cómoda, no deja de ser criticada. La segunda, si bien es la opción ideal, no deja de ser peligrosa.

En todo caso, se coincide en que la interpretación supone un acto de creatividad del juez para encontrar el sentido de la norma jurídica a partir de la consideración de los hechos que se presentan en un caso concreto, a fin de lograr un pronunciamiento que en última instancia determine aquello que le corresponde a cada uno²². En esto coincide D’Agostino, quien sostiene que “frente a la interpretación de las normas, el juez asume una tarea creativa. Así se entiende que el juez llega a ser creador de normas válidas porque pueden resolver controversias”²³

Ahora bien, estamos lejos ya de considerar como límite a la interpretación del juez su sujeción a ultranza a las leyes, o su sometimiento a los interminables métodos lógicos de interpretación creadas por el positivismo con el fin de otorgar “seguridad jurídica” a las decisiones judiciales. Estamos más bien en una época en la que el juez asume otros parámetros, expresados en más reglas que principios, más ponderación que subsunción, en omnipresencia

²⁰ Cfr. LORCA MARTIN DE VILLODRES, María Isabel, “Interpretación jurídica e interpretación constitucional: La interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (el Derecho como instrumento del cambio social) En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM”, p. 243

²¹ Idem

²² “Para Dworkin²² interpretar significa mostrar al elemento interpretado como lo mejor que puede ser, de esta manera, interpretar una novela es mostrarla como la mejor novela que podría llegar a ser (sin dejar de ser la misma novela). Para lograr esto la interpretación debe adecuarse al elemento interpretado y al mismo tiempo debe justificarlo, esto es debe mostrarlo en su mejor perspectiva. Los jueces, en consecuencia, deben mostrar que la interpretación que proponen se ajusta mejor a los hechos relevantes de la práctica jurídica y que, al mismo tiempo, constituye la mejor justificación de esos hechos. Cfr. Dworkin, Ronald, “El imperio de la justicia” citado por Bonorino, Pablo Raúl y Peña Ayazo , Jairo Iván, “Filosofía del Derecho”, Consejo superior de la judicatura Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, p. 56.

²³ Cfr. D’AGOSTINO, Franceso, Filosofía del Derecho, Temis – Universidad de la Sabana, Bogotá, 2007, p. 150-151

de la Constitución en todas las áreas jurídicas en lugar de espacios exentos, en una prevalencia u omnipotencia del juez constitucional frente a la actividad de legislador y en la existencia de una constelación plural de valores en lugar de una homogeneidad ideológica. La forma de resolver los conflictos acude a herramientas interpretativas como la ponderación de intereses, la aplicación del principio de proporcionalidad y el aporte de los principios de interpretación constitucional, entre otros.

En este sentido, Vernengo²⁴ señala que el Juez aparece como el órgano procesador – transformador de ciertos hechos fácticos y de un conjunto normativo aplicable. A partir de allí realiza un procesamiento de la información ingresada produciendo un resultado de salida, que no es otra que la sentencia. El proceso decisorio de salida puede consistir en la obtención mecánica de ciertas conclusiones deductivas, con lo cual llevaría a cabo un proceso lógico y puramente intelectual, o consistir en un acto terminal interpretativo irracional en el que juega un papel predominante el arbitrio del órgano junto a su instinto axiológico y su olfato jurídico. Sea cual fuere el resultado, es verdad que los jueces deben dictar sentencias que guarden relación con los hechos conocidos y con las normas precedentes. Esto por lo menos aseguraría un mínimo de previsibilidad, porque, si bien todo acto de interpretación involucra aspectos subjetivos e ideológicos del intérprete, también es cierto que este acto debe guardar unos límites racionales para que las sentencias no se conviertan en dictámenes producto del mero arbitrio del juzgador.

Sin pretender enumerarlos ni agotarlos, estos límites racionales pueden ser²⁵:

- La actividad interpretativa siempre debe desarrollarse dentro de las limitaciones jurídico normativas. La atribución de un determinado sentido siempre viene condicionado por un sustrato normativo. El juez no puede emitir un fallo *contra legem* sobre todo si no existe una norma adicional que sustente esta decisión.
- Ha de haber una adecuación entre el texto normativo y el significado que se le atribuye a la norma
- Se debe buscar la solución más razonable que posibilite una solución justa que no es la que el intérprete personalmente califique como tal, sino aquella que más se adecua a los valores y usos de la sociedad regulada
- Reducir el riesgo de ideologización de la actividad interpretativa mediante una fuerte argumentación lógica de la decisión judicial

Aun admitiendo la viabilidad del modelo silogístico de la subsunción –nos dice Pedro Serna²⁶– hay al menos tres operaciones que no pueden llevarse a efecto sin el concurso personal –creativo, valorativo– del intérprete, y que no se obtiene, por tanto, como fruto de

²⁴ VERNENGO, Roberto, “La interpretación jurídica”, citado por LORCA MARTIN DE VILLODRES, María Isabel, Op. Cit. p. 243

²⁵ LORCA MARTIN DE VILLODRES, María Isabel, Op. Cit. p 272.

²⁶ SERNA, Pedro. “Hermenéutica y relativismo una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”. Horizonte de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel, vol. 2, Alcalá, Universidad, 2002.

una tarea subsuntiva o lógico-deductiva, sino mediante una elección que ha de ser objeto de argumentación ad hoc:

- La selección de la norma aplicable, que no está disponible como opción única y exclusiva.
- La equiparación entre supuesto de hecho de la norma, que es siempre general y abstracto, y los hechos del caso; y
- La determinación de la consecuencia jurídica.

Señala Serna que este triple proceso es el que garantiza la exigencia de un trabajo de interpretación que obliga a ver la actividad de aplicación del Derecho como una labor que, es también creativa y valorativa; una labor de enjuiciamiento en la cual el aplicador juzga desde sí mismo²⁷.

Más allá de lo señalado, la razonabilidad de la interpretación del juez tiene su medida en la justicia, entendida como aquella virtud de dar a cada uno lo que le corresponde. Ahora bien, se entiende que para que una decisión sea justa el juez debe interpretar la norma jurídica teniendo en cuenta los intereses y circunstancias sociales del momento en que la norma haya de ser aplicada, con lo cual se revela una función última del derecho: el ser un factor decisivo para contribuir al cambio y la transformación social²⁸. Sin embargo, es inevitable cuestionarnos, frente a la sentencia que comentamos, si esta pretendida función del derecho puede llegar a los extremos que aquí se comentan o generar los cambios sociales que, en mi modesta opinión, aun deberían ser reservados al legislador. Dworkin, por ejemplo, señala que las decisiones de índole ideológica deben estar en manos de los órganos democráticamente electos, es decir, los conflictos entre los intereses de los distintos grupos (que inciden en la fijación de objetivos colectivos pero no en la declaración de derechos) deben dirimirse a través de los canales de expresión y representación política. Esta que, aun cuando no es la solución más saludable (si sabemos de lo que han sido y pueden ser capaces nuestros representantes políticos) es mejor que dejar que un solo juez por la vía de su decisión judicial, abra brechas en la concepción de derechos y legitime los efectos de actos inicialmente inexistentes.

Nuestra sentencia se enmarca en lo que podríamos llamar, la tendencia sociológico-jurídica de interpretación. Esta sugiere, frente al normativismo positivista aferrado a la interpretación de la norma jurídica en su sentido literal y siguiendo los parámetros del silogismo, la búsqueda de lo que se considera “lo justo” a partir de la indagación de los intereses, fines y valores que debería amparar la norma. Sin embargo, este método puede suponer un gran peligro al quebrantar la seguridad jurídica y atacar directamente a la justicia.

En este sentido Perez Luño²⁹ señala que “ello podría conllevar – en la versión más radical del modelo sociológico – a un reduccionismo judicialista antinormativista, posible fuente de subjetiva arbitrariedad y de peligrosa inseguridad jurídica y social al depender el derecho exclusivamente de lo que los jueces hagan o piensen”.

Por otro lado, esta necesidad de satisfacer los intereses de una de las partes desnaturaliza la decisión judicial y, de convertirse en el medio para lograr la justicia, se

²⁷ Idem

²⁸ Cfr. LORCA MARTIN DE VILLODRES, María Isabel. p. 312

²⁹ PEREZ LUÑO, Antonio, “Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica”, Tecnos, Madrid, 1997.

convierte en el medio para satisfacer intereses particulares, en desmedro del otro. Esto no tiene que ver con la realidad de un proceso, en el que siempre uno gana y el otro pierde. En esta situación, el que gana es a quien *in stricto*, le corresponde el derecho, por lo que el que “pierde” no lo hace en el sentido literal de la expresión, simplemente, la decisión judicial no le atribuye algo que inicialmente no le correspondía.

El matiz utilitarista que adquiere la sentencia se puede ver cuando el colegiado no reprocha la conducta de los pre adoptantes, en todo caso, la justifica “por el inmenso deseo de ser padres que tienen”. Pero, como señala Rawls, la tendencia utilitarista – en su sentido de satisfacer un deseo – se contrapone a la idea de justicia porque, “cuando se satisface el principio de utilidad, no existe una garantía de que todos se beneficiarán”³⁰. Rawls, como señala D’Agostino, es un adversario del utilitarismo, para él, la justicia no nace de un cálculo o de un estricto equilibrio de intereses, sino de una opción *a priori* que puede incluso tener una vaga apariencia utilitaria, puesto que tiene evidentemente en cuenta el riesgo que corre cada sujeto de ser asignado a los papeles sociales menos prestigiosos, pero que en realidad no encuentra tanto en el deseo de afrontar este riesgo su razón última de ser cuanto en el ponerse como generalmente válida y universalmente argumentable³¹.

Se hace evidente que para lograr un fin específico – en este caso, la entrega de la niña a los pre adoptantes – el colegiado se aparta del ámbito de aplicación de la norma, aunque no acepte claramente este hecho, y en su lugar, utiliza referencias a principios y criterios de interpretación del Tribunal Constitucional que de alguna manera podrían justificar esta conducta, porque normalmente “los tribunales no se encuentran dispuestos a admitir de forma abierta que están restringiendo la esfera de actuación de la ley”³². Así, Ross señala que “el juez no admite que su interpretación tiene este carácter constructivo, sino que, mediante una técnica de argumentación, intenta hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y que ésta se halla comprendida en el significado de la ley o por la intención del legislador”³³.

6. Las alternativas en el pronunciamiento judicial ante el vacío legal

La pregunta que nos trae este tópico es si debemos admitir que los jueces, a través de sus sentencias, produzcan cambios sociales radicales. En este caso, como se comentó al principio, se ha pretendido dar solución a un tema de “vientre de alquiler” (aunque no se trate en estricto de esta situación), bajo el marco de un proceso de adopción.

Los efectos inmediatos de esta sentencia pueden ser:

1. Que se entienda que los jueces pueden admitir pretensiones en las que se discutan los derechos de las madres gestantes frente a las madres biológicas.

³⁰ RAWLS, Jhon, “Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia”, citado por GONZALES GÓMEZ, Gabriela y otros. “El Juez en el pensamiento de Rawls y Alf Ross”. En: A Parte Rei, Revista de Filosofía, p. 5

³¹ Cfr. D’AGOSTINO, Franceso, Filosofía del Derecho, Temis – Universidad de la Sabana, Bogotá, 2007, p. 127.

³² Cfr. GONZALES GÓMEZ, Gabriela y otros. p.15

³³ ROSS, Alf, “Sobre el derecho y la justicia”, citado por GONZALES GÓMEZ, Gabriela y otros p. 15

2. Que se entienda que es lícito realizara acuerdos de esta naturaleza, dado que los jueces valorarán las circunstancias de cada caso. En este sentido, tanto la matriz, como el embrión fecundado se convierten en objetos de tráfico jurídico.
3. Que se entienda que, en una situación similar, el criterio para asignar al hijo sea la solvencia material de los sujetos que lo pretenden y que en función de esto se determine el derecho a la identidad del niño.
4. Que se entienda que la madre gestante (o biológica, de ser el caso) no tiene “asegurado” su derecho en tanto que se entiende que quien se presta para este tipo de acuerdos ha perdido la capacidad de ser madre o de actuar como tal.

Entonces, ¿estamos dispuestos a asumir todos los efectos que pueden generar las sentencias de este tipo?

Personalmente me parece que la respuesta debe ser negativa. Porque si bien “los cambios producidos en la sociedad se reflejan más tarde o más temprano sobre el ordenamiento jurídico y éste a su vez, suele servir de promotor de nuevas pautas sociales”³⁴, éstos deben realizarse a partir de la “creación de normas jurídicas por órganos legislativos”. No estoy convencida del papel del juez legislador, primero porque no se trata de un juez constitucional segundo, porque aún no se evidencia un adecuado manejo del margen de discrecionalidad del juez, tercero, porque aún no tenemos una forma de garantizar que los jueces adopten el mismo criterio para la determinación de lo justo o como sugiere Dworkin, la principal restricción en el ejercicio de la discreción judicial es aquella que distingue entre principios que establecen derechos y políticas que fijan objetivos sociales. En este caso, los jueces deben atenerse a juzgar de acuerdo con principios, dejando las consideraciones referidas a políticas a otros poderes del Estado.

Y es este caso ¿Cuál sería una solución justa? ¿Qué es aquello que les corresponde a los pre adoptantes y se contrapone a lo querido por la madre? La respuesta nos puede sorprender por su obviedad y crudeza: la niña. Pero, ¿la niña puede ser objeto de derechos? No es que las preguntas se encuentren mal planteadas. Lo que sucede es que se pretende resolver a través de las normas jurídicas situaciones de hecho que se encuentran reñidas con el propio ordenamiento jurídico. El derecho NO alcanza para juzgar o solucionar una situación como ésta.

Pero bien, el Juez no puede dejar de impartir justicia y si hablamos de justicia, debemos entenderla en su verdadera dimensión, aquella de dar a cada uno lo suyo en el caso concreto³⁵, teniendo como marco la consideración de que “la justicia se sitúa por encima de una percepción y valoración subjetiva de las situaciones, los intereses y los bienes”³⁶.

³⁴ NINO, Carlos S., “Introducción al análisis del derecho”, 10ª Ed., Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p. 300

³⁵ O considerando sus elementos estructurales que a decir de Cotta son: (i) la igualdad de los sujetos, (ii) la simetría de las situaciones y los comportamientos, (iii) la reciprocidad de los comportamientos, (iv) la proporcionalidad de los comportamientos y (v) la imparcialidad de juicio. Cfr. COTTA, Sergio; ¿Qué es el derecho?, 3era. Ed. Rialp, Madrid, 2000, pp.139 y ss

³⁶ Idem

Como señala D'Agostino, “en la dinámica que lleva al Juez a dictar sentencia – una dinámica compleja porque junto a la sabiduría jurídica convergen inevitablemente consideraciones morales, culturales e incluso psicológicas – el problema que está verdaderamente el juego no es estrictamente teórico cuanto práctico-hermenéutico”. Haciendo referencia a Mengoni, señala que los jueces no se atormentan por las cuestiones que típicamente se plantean los filósofos (¿qué es la verdad? ¿qué es la justicia?), sino sobre todo por preguntas del tipo “¿cuál, entre las posibles soluciones del caso a decidir, compatible con la letra de la ley y con la lógica global del ordenamiento, se aproxima mayormente a la justicia? Para responder a esta pregunta los jueces debe asumir la objetividad de los valores y su traducibilidad práctica como un verdadero y propio postulado, o al menos como una necesaria hipótesis de trabajo, como un principio regulativo del conocimiento jurídico.³⁷

La actividad práctica del juez, si bien se desarrolla en un marco determinado y “tiene necesidad de comunicarse vitalmente con el ambiente en el cual ha calado y con los valores ético-culturales de los cuales está formado el ambiente³⁸, no debe ser condicionada por éste al punto de obligar al juez a desconocer las normas contenidas en el ordenamiento jurídico solo por la idea de satisfacer una convicción ya sea personal, ya sea colectiva, pero siempre subjetiva. Es decir, la decisión del Juez debe ser objetiva, razonable y arreglada a derecho (entendiendo por esto último la adecuación de su decisión a las normas jurídicas existentes) sin que la ausencia de una norma le impida de emitir esta decisión, “no solo porque así lo establecen los sistemas singulares de derecho positivo, sino porque ésta es la exigencia específica de su función: la razón por la cual existe como juez³⁹”.

El juez no puede dejar de resolver, pero en este caso, hubiese sido mejor que utilizara las normas procesales que determinaban la improcedencia del caso – y que éste se ventile como uno de tenencia o filiación – a pretender abrir la puerta a los efectos que hemos mencionado, violentando las normas legales vigentes.

7. CONCLUSIONES

A partir de un caso concreto – de extralimitación en las funciones de interpretación del juez – se intentan establecer los límites o mejor, los presupuestos de la labor de interpretación, y ésta no es una tarea fácil.

El caso concreto nos dice qué es lo que no debe hacer un juez cuando interpreta, o nos señala qué efectos tiene una sentencia como la emitida que se involucra en temas tan trascendentes como la filiación, la maternidad, los actos jurídicos y todo aquello que puede generar considerar derechos a los deseos (entre otras cosas, la cosificación de la persona).

Queda ahora determinar, qué le exige la sociedad a los jueces para el adecuado cumplimiento de sus funciones: unas sentencias razonables, con un contenido argumentativo producto de esta razonabilidad, una sentencia justa, y sobre todo, una sentencia fiel. Porque,

³⁷ D'AGOSTINO, Franceso, *Filosofía del Derecho, Temis* – Universidad de la Sabana, Bogotá, 2007, p. 110.

³⁸ D'AGOSTINO, Franceso, *Op. Cit.* p. 112

³⁹ *Idem*

como señala D'Agostino, el marco en el que el Juez desarrolla su labor interpretativa es la fidelidad. En la labor hermenéutica se exige al jurista una fidelidad radical y exigente, una fidelidad al ser. Pero no es la fidelidad al legislador (que por otro lado supondría una subordinación política que no puede permitirse), tampoco una fidelidad a la ley (que adquiere concreción por la actividad interpretativa del jurista). Se trata de la fidelidad al derecho. En este sentido, la actividad del jurista intérprete es propiamente hermenéutica en los límites en los cuales él presuponga la anterioridad del derecho a la ley positiva. Se trata de un derecho no formulado positivamente, es el derecho natural. "un derecho que antes de ser observado pide ser expresado; que antes que obediencia exige fidelidad".