

# Conflicto entre derechos fundamentales<sup>1</sup>

Edgardo Ignacio Saux

## A) La hipótesis conflictiva

*"Los derechos humanos ('the human rights') configuran la nueva denominación del Derecho Natural" (Fernandez Galiano)*

Es un hecho de la realidad que en los tiempos que corren, la priorización y la tutela constitucional de los derechos humanos (y, dentro de ellos, de los derechos personalísimos), ha generado un nuevo tipo de conflicto hermenéutico especialmente para el juzgador, en particular en aquellos casos en los cuales la controversia traída a decisión enfrenta derechos, principios o valores, normalmente extrasistémicos, vinculados a ellos.

En palabras de Ronald Dworkin, esta proclamación absoluta de los derechos individuales los califica como "triumfos contra el Estado"[1].

Tal priorización, sumada al dato objetivo de la expansión cualitativa y cuantitativa - constitucionalmente cobijada- del amparo como vía de tutela de los mismos, conlleva la frecuencia y la urgencia en la decisión en casos en los cuales la pauta de sustento del derecho invocado va más allá de su mera consagración normativa, y abre el fecundo campo del análisis valorativo entre derechos de rango equivalente, admitidos constitucionalmente como garantías.

La decisión -judicial- en tales hipótesis de conflicto, lleva al intérprete a un ámbito particularmente delicado y feraz en facetas y matices propios.

Como tal, el tema no es ajeno al ámbito de la teoría de la argumentación jurídica, en el sentido de que, como señala Perelman, "...el recurso a los principios generales del derecho y a doctrinas tales como el abuso del derecho o el orden público internacional permiten limitar y relativizar textos a primera vista absolutamente imperativos"[2]; y en alguna medida supone una hipótesis singular de conflicto interpretativo que excede lo puramente normativo[3], llevando a la necesidad de la justificación racional de la decisión por vía de la aplicación de los principios de universalidad, consistencia y coherencia que postula MacCormick.

Además, deliberadamente circunscribimos estas breves disgresiones a la hipótesis de conflicto entre derechos fundamentales individuales, dejando de lado el interesante marco interpretativo que se deriva de la colisión entre ellos y los bienes colectivos fundamentales (como el que se genera, v.g., entre el derecho subjetivo patrimonial de dominio y el derecho social a la protección del patrimonio cultural o del medio ambiente), marco dentro del cual se ha señalado que el fruto de la interpretación valorativa y extrasistémica que la situación conlleva implica "un salto cualitativo respecto del modelo de la función social de la propiedad"[4].

Brevemente enunciaremos -a título sólo ejemplificativo- algunos supuestos de los muchos que la realidad cotidiana propone, para luego intentar esbozar las pautas dogmáticas de operatividad.

## B) Supuestos específicos de doctrina judicial

*B-1) Anencefalia* (Hipótesis conflictual = derecho a la vida del feto frente al derecho a la

---

<sup>1</sup>Artículo publicado en la Revista TRILOGIA. Numero 7, Año II. Agosto 15, 2008 - Noviembre 15, 2008. México - <http://www.revistatrilogia.com/inicio/node/121>

salud de la madre)

+ Fallo CSJN, 11.1.2001, "T.,S., c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo"

- El Tribunal Superior de Justicia de la ciudad autónoma de Bs.As. revocó el fallo de la Cámara de Apelaciones y admitió la acción de amparo promovida por los padres de un niño anencefálico en etapa de gestación, destinada a lograr la autorización para la inducción del parto. Se planteó recurso de inconstitucionalidad ante la CSJN.

- La misma confirmó el fallo a quo. Dijo para ello que:

- La urgencia de los tiempos de gestación justifica habilitar la feria judicial

- No hay aborto atento a la inviabilidad del feto, sino adelantamiento del parto

- El nacimiento sólo evidencia la imposibilidad de sobrevivida autónoma

- Ante la irremediabilidad del fatal desenlace, cabe proteger la salud síquica de la madre y de la familia

- En disidencia votaron los Dres. Nazareno, Petracchi y Boggiano

+ Fallo CSJBs.As., 22 de junio de 2001, "B.,A. s/autorización judicial"

a) Declara que corresponde pedir autorización judicial para inducir el parto en caso de anencefalia (mayoría) - Disidencias: No corresponde - No corresponde, pero solicitada debe tratarse

b) Debe tratar de armonizarse los intereses en juego (vida del feto - salud síquica de la madre y del grupo familiar)

- Ante su imposibilidad, debe resguardarse el de mayor jerarquía

- Debe priorizarse la vida del feto por sobre el dolor de los padres

- Corresponde revocar la autorización otorgada por el Tribunal de Familia de La Matanza para inducir el parto

La minoría expresa:

- La vida del feto no depende del adelantamiento del parto

- La nula perspectiva de sobrevivida del feto induce a priorizar la salud

- No hay aborto, sino adelantamiento de parto

- Es vinculante el fallo de la CSJN del 11.1.2001

+ El fallo de la CSJN en recurso de inconstitucionalidad contra ese pronunciamiento, lo revoca (en fecha 22 de junio de 2001), por contradecir la doctrina judicial de ese Tribunal en "T.,S., c/Gobierno de la ciudad de Buenos Aires s/amparo")

+ Fallo CSJBsAs, 25.7.2002, "Hospital Interzonal de Agudos de Gral. San Martín s/autorización"

- Haciendo la salvedad de su criterio disidente, la Corte Provincial rechaza el recurso interpuesto por el Ministerio Público Pupilar contra la sentencia del Tribunal de Familia de San Martín que autorizara a la inducción del parto. Tiene para ello en cuenta la fuerza vinculante de la doctrina judicial de la CSJN al revocar su sentencia anterior in re "B.,A. S/autorización judicial".

+ Juzgado Crim. y Correccional Transición Mar del Plata n° 1, 23.5.2001, "N.,P.K." (JA 2001-IV-421) (Dr. Hoofdt)

- Se acoge la acción de amparo de la madre del bebé anencefálico, señalando el dictamen del Comité de Bioética de la Asociación de Genética Humana de la ciudad de Mar del Plata, estudios médicos sobre la inviabilidad de la vida autónoma del anencefálico y el daño síquico de la reclamante y su pareja

+ Aún como dato de doctrina no judicial, las conclusiones de las "XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil" (Rosario, 25 al 27 de setiembre de 2.003) acordaron por mayoría en su Comisión n° 1 ("Comienzo de la existencia de la persona humana") en que tanto de lege lata como de lege ferenda la inducción del parto en caso de anencefalia es procedente.

#### *B-2) Cambio de sexo*

(Hipótesis conflictual = el derecho individual a la identidad sexual y el orden público)

+ Juzgado Criminal y Correccional Transición n° 1 Mar del Plata, 19.7.2001, "P., J.C. s/amparo", JA IV-436, con nota de Graciela Medina y Héctor Fernandez. Una persona registrada como de sexo masculino, soltera, sin hijos, y que desde su infancia ha desarrollado una vida de relación propia del sexo femenino, solicita por vía de amparo la autorización para la adecuación quirúrgica de sus genitales a los de una mujer. Atendiendo a la conformación física y psicológica del reclamante, a los informes médicos y psiquiátricos y al del Comité de Bioética de la Asociación de Genética Humana, se autoriza la cirugía y se ordena la anotación marginal del cambio de nombre en el Registro Civil y en el documento de identidad.

#### *B-3) Determinación compulsiva de la identidad biológica*

(Hipótesis conflictual = derecho a la identidad y derecho a la intimidad)

+ Cámara Nacional de Casación Penal, 8.9.2003, "Feretton, Carlos Hugo y otros s/recurso de casación" - El recurrente plantea que se anulen las decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones de San Martín que habían dispuesto la extracción compulsiva de sangre del apelante a los fines de determinar su identidad genética en relación con su posible filiación vinculada a la familia Stritzler Castro, habiendo él sido inscripto como hijo y criado por quienes supuestamente lo recibieran como bebé secuestrado por fuerzas militares veinticinco años atrás. El planteo del reclamante se vincula con su derecho a la intimidad y a su integridad física y síquica y su libertad de conciencia. El fallo acoge su pretensión, privilegiando sus derechos por sobre los de los familiares reclamantes del análisis de ADN.

+ En similares contornos fácticos, la CSJN en el mes de setiembre de 2.003 resuelve con igual criterio en la causa promovida por la familia Pegoraro-Bauer para conocer la identidad biológica de la joven Evelyn Karina Vazquez Ferrá, quien fuera inscripta como hija y criada como tal por el ex suboficial de la Marina Policarpo Vázquez, sometido a proceso penal por tal hecho. La agrupación Abuelas de Plaza de Mayo anunció que promovería el juicio político a la Corte Suprema por entender "que avala el terrorismo de Estado, la privación ilegítima de la libertad y la desaparición forzada de personas".

#### *B-4) Las prácticas médicas y las objeciones de conciencia*

(Hipótesis conflictual = el derecho a la salud y el derecho a la libertad de culto)

+ Entre varios, el caso paradigmático es el fallo de la CSJN en la causa "Bahamondez", del 6.4.1993 (LL 1993-D-130; así como su comentario por José W. Tobías en la obra "Colección de análisis jurisprudencial - Derecho Civil - Parte General", Ed. La Ley, Bs.As., 2.003, pags. 42 y ss.).

Una persona mayor, internado en un Hospital de Ushuaia con hemorragias digestivas, plantea su oposición a las transfusiones de sangre necesarias para aventar el riesgo de muerte invocando su objeción de conciencia como "Testigo de Jehová". En primera y segunda instancia de rechaza su reclamo, argumentando que implicaría "un suicidio lentificado". La Corte prescinde de resolver la controversia por haber sido Bahamondez dado de alta al tiempo de pronunciarse (y no haber agravio subsistente). Sin embargo, las disidencias de los Dres. Cavagna Martínez, Boggiano, Belluscio y Petracchi se argumenta con

la priorización de la voluntad del reclamante, mayor de edad y plenamente capaz.

*B-5) El derecho a la vida y el control de policía sanitaria*

(Hipótesis conflictual = el derecho a vivir y el control estatal de la salud pública)

+ CSJN, 27 de enero de 1987 - "Baricalla de Cisilotto c/Gobierno Nacional s/amparo", LL 1987-B-306 - La reclamante, teniendo un hijo menor enfermo de cáncer, pide que se le autorice la inoculación de Crotoxina A y B, pese a que el Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación, previos informes pertinentes, declarara que dicha medicación carecía de efectos antineoplásicos. El fallo prioriza la decisión técnica oficial por sobre el invocado derecho de libertad en la elección del tratamiento supuestamente curativo.

*B-6) El delito de aborto y el deber de secreto profesional*

(Hipótesis conflictual = la protección de la vida y el deber de guardar secreto profesional)

+ CSJSFe, 12.8.98, "J.M. s/recurso de inconstitucionalidad - Aborto provocado" (Zeus, tomo 78-J-268, con nota de Hector Hernandez) - Ante la denuncia que una médica de un Hospital Público hiciera de la existencia de un aborto provocado en una paciente, se declara que su conducta no encuadra en el delito de violación de secreto profesional por estar por encima la protección de la vida humana, siendo de tal modo su actividad lícita.

*B-7) Libertad de prensa e intimidad*

(Hipótesis conflictual = la que señala el copete)

+ Juzgado Nacional en lo Civil n° 69 Capital Federal, "V., J. c/Editorial Perfil s/amparo" - En el caso, una figura pública (Juana Viale del Carril, nieta de Mirtha Legrand) peticiona por amparo que ante la inminencia del parto de su hija, se ordene a los medios de prensa que menciona que se abstengan de acosar, fotografiar o filmar lo sucedido antes, durante y después de su internación, reclamando similar medida cautelar, la que se viabilizada por el Juez hasta la decisión final de la causa, priorizando el derecho a la intimidad de la reclamante por sobre la invocación por los medios de la libertad de informar, bajo apercibimiento de astreintes.

*B-8) El derecho a la vida y el sometimiento a prácticas médicas curativas*

(Hipótesis conflictual = el derecho a la vida y el derecho a la intimidad y la integridad corporal)

+ Si bien la causa iniciada (amparo promovido por la madre de una menor ante un Juez Civil de la ciudad de Rosario en fecha 25 de setiembre de 2.003) no llegó a fallarse por cuanto después de promovida la acción esta última accedió a la prestación médica reclamada por la amparista, el planteo generó gran repercusión periodística nacional. La menor sufría cáncer linfático, y pese a que se hacía necesario someterla a un autotransplante de médula ósea, la misma manifestó su negativa a someterse a ella alegando su derecho a la autodeterminación luego de haber fracasado un tratamiento previo de quimioterapia.

*B-9) El derecho a la salud y el derecho de propiedad de los prestadores*

(Hipótesis conflictual = la salud y el derecho de propiedad)

+ La jurisprudencia es mucha y variada. Quizás un caso paradigmático pueda ser el fallo de la CSJN en la causa "Asociación Benghalensis s/amparo", del 1.6.01 (LL 2001-B-123, con nota de M. Toricelli), en la cual una asociación de lucha contra el SIDA accionó por vía de amparo contra el Estado Nacional reclamando la provisión de medicamentos, y la Corte hizo lugar al planteo por vía del recurso extraordinario, señalando que mas allá de las eventuales responsabilidades de jurisdicciones provinciales o instituciones privadas, es el Estado el responsable de la provisión y distribución de las drogas, conforme a la ley 23.798.

+ En un precedente similar ("Campodónico de Beviacqua c/Estado Nacional s/amparo", del 24.10.2000, JA 2001-I-464, con nota a fallo de E. Tinant), la misma CSJN acogió el reclamo

de la provisión de un medicamento para deficiencias inmunológicas por problemas en la médula ("Neutromax 300"), que una Obra Social no brindaba a su afiliado, ordenando que lo hiciera el Estado "por ser el derecho a la vida el primer derecho humano reconocido por la Constitución Nacional".

#### *B-10) Impugnación de la paternidad matrimonial*

Hipótesis conflictual = derecho a la identidad y orden público familiar

+ Dentro del marco hermenéutico del texto del artículo 259 del C.Civil (que sólo autoriza a impugnar la paternidad matrimonial del hijo a éste mismo y al marido, negado legitimación de manera implícita al presunto padre extramatrimonial y a la madre), no son pocas las voces que, invocando la normativa suprallegal que se vincula con la tutela del derecho a la identidad biológica del menor, argumentan en favor de una tésis aperturista de tal restricción legitimante.

+ La CSJBA ("A., L.O. cF., J. L. y otra s reconocimiento de filiación, impugnación de paternidad y cambio de apellido", ED 157-13, con nota laudatoria de Jorge Mazzinghi titulada "Legitimación activa para impugnar la filiación legítima") ha denegado -por mayoría de votos- la legitimación para impugnar la paternidad promovida por el supuesto padre biológico; en tanto que la CSJN (27.3.01, ""D.,P., c/O.,C.") ha hecho lo propio cuando quien accionaba era la madre.

### **C) El conflicto desde la dogmática**

Axiológicamente, la cuestión plantea una controversia jusfilosófica, según la cual el posicionamiento que se tenga en relación con la entidad de los derechos en juego -reiteramos, siempre con resguardo constitucional y por ende de difícil jerarquización-, y con ello de los valores jurídicos comprometidos en el conflicto, determinará la respuesta que se brinde en cada caso.

Un primer interrogante es si cabe aceptar que dentro del elenco pensable de derechos y garantías con tutela constitucional, es procedente formular nóminas de precedencia.

En la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente se ha consignado que cuando la cuestión a resolver enfrenta derechos o garantías de rango constitucional, debe propenderse a su conciliación[5]. Doctrinariamente se ha sostenido al respecto por Barcesat que la mención a "todos" y "para todos" que la Constitución Nacional propone en los artículos 14, 18 y 116 expresa una doble igualdad: la de los sujetos y la de los derechos enunciados por ella[6].

Desde otra óptica, es conocido al respecto el respetable punto de vista sustentado por Miguel Ekmedjian[7], para quien cualquier derecho puesto en situación de conflicto con el derecho a la dignidad debía ceder ante él. Similar preocupación ha sido compartida desde la perspectiva también constitucionalista por Bidart Campos[8], quien estima que la igual jerarquía de normas constitucionales no importa igual valía de los derechos en ella consagrados, ya que indudablemente los derechos a la vida o a la libertad "valen más" que el derecho de propiedad o el de huelga. Miguel Padilla considera en el punto que en realidad existen dos categorías de derechos: los de nivel superior, vinculados a los atributos esenciales de la personalidad humana (como el derecho a la vida, la integridad física, la libertad ambulatoria, la igualdad y la dignidad), y los de nivel inferior, donde se ubican todos los demás[9].

Otro destacado constitucionalista -Rosatti-[10], en un muy interesante trabajo vinculado al tema, propone alguna suerte de test a los fines de enunciar pautas que permitan una eventual categorización de los derechos fundamentales según características propias de los mismos, bien que asumiendo la relatividad de su aplicación estricta. Al respecto, itera entre ella su reglamentariedad (en el sentido de que los derechos que no requieren reglamentación parecen de una estructura ontológica mas "fuerte" que los que sí la reclaman, como v.g. el derecho a réplica del art. 14 del Pacto de S. José de Costa Rica); la perspectiva de ser suspendidos o no (v.g. la declaración del Estado de sitio puede suspender el derecho de reunión, pero no el derecho a ser juzgado por un Juez imparcial); la renunciabilidad (en principio son renunciables los derechos patrimoniales y no lo son los extrapatrimoniales, pero

en ambos casos hay excepciones relevantes, como la irrenunciabilidad de ciertos derechos previsionales o alimentarios, y la renunciabilidad del derecho a la intimidad o al honor); su explicitud o implicitud (en principio, los derechos explícitamente tutelados en la carta fundamental parecieran mas consistentes que los implícitos, mas sin embargo algunos han postulado que precisamente los derechos implícitos son prevalentes por ser mas obvios); y su carácter fundante o derivado (v.g. el derecho a la vida es fundante, ya que sin él no podrían ejercerse otros derechos derivados, como el derecho a la libertad de expresión o a la libertad ambulatoria).

Ricardo Lorenzetti[11] señala sobre la cuestión que así como el conflicto entre "reglas" en un sistema codificado se resuelve en el plano de la validez, cuando la colisión es entre principios intrasistémicos[12], se requiere un análisis de capacidad argumentativa llamado "juicio de ponderación", según los postulados de Robert Alexy[13].

Según Lorenzetti, en ese juicio pueden darse tres hipótesis:

- \* Colisión entre bienes patrimoniales y extrapatrimoniales: deben prevalecer los últimos.
- \* Colisión entre bienes patrimoniales: la solución es cuantitativa (eficiencia-optimización de recursos)
- \* Colisión entre bienes extrapatrimoniales: cabe el juicio de ponderación.

En orden a ello, un precedente de interesantes perfiles se dió en el seno de las " Jornadas de Responsabilidad civil por daños en homenaje al Prof. J. Bustamante Alsina (Bs.As., Universidad del Museo Social, junio de 1990), las que puestas a analizar los conflictos derivados de la controversia entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad o el honor de los particulares, postulan que no es adecuado establecer precedencias entre derechos y garantías, debiendo propenderse a su conciliación (Despacho mayoritario de la Comisión nº 4 que sesionara sobre el tema "Responsabilidad civil de los medios de comunicación por informaciones inexactas o agraviantes"). Suscriben el despacho entre otros A.Alterini, Lopez Cabana, Rivera, Lorenzetti, K. de Carlucci, Cifuentes, Parellada y Vazquez Ferreyra. En minoría (por la prioridad -en el caso singular- del derecho a la dignidad) se expiden Pizarro, Vallespinos, Weingarten, Bísvaro, Banchio, y Mosset Iturraspe. Si bien el debate singularmente estuvo vinculado al conflicto entre el mencionado derecho a la dignidad y la libertad de prensa, sus conclusiones son proyectables a similar situación cuando la controversia compromete otros derechos fundamentales.

Por su parte, Aída Kemelmajer de Carlucci[14] ante el conflicto entre el derecho a la libertad de comercio de un prestador de salud y el derecho a la salud de quien recibe esa prestación, señala que si bien la libertad de contratar es uno de los aspectos de la libertad de comercio y que además el derecho de propiedad también aparece tutelado constitucionalmente, siendo que el SIDA y la drogadicción generan incapacidad, y que la reforma constitucional de 1994 incorporó en el artículo 75 inciso 23 nada menos que doce documentos internacionales relacionados con los derechos humanos, la salud tiene "un posicionamiento mas elevado que la propiedad privada", y la atención sanitaria "se encuentra mas próxima a los derechos centrales", mientras que la autonomía de la voluntad "no es la prerrogativa mas saliente".

Pareciera coincidir con tales pareceres el Dr. Pedro Hooft en el fallo "B., M. S/amparo" (JA 1999-IV-417), cuando expresa que frente a conflictos de valores y de derechos resulta a veces inevitable jerarquizar algunos en desmedro de otros conforme al "método de las compensaciones" aludido por Néstor Sagués[15], quien concluye señalando que en ese intento de armonizar derechos de rango equivalente puede tomarse como pauta práctica la de la evitación del mal mayor o de la respuesta menos dañosa en términos reales; y según lo cual el principio protectorio del derecho a la salud asume un rol preeminente, pero debiendo tenerse en cuenta el principio de justicia que atiende a los derechos de terceros y de la sociedad en su conjunto.

En ese interesante trabajo afín al tema[16], Sagués expone distintas alternativas para que el intérprete encamine su labor cuando se controvierte la eficacia de derechos humanos enfrentados (mas allá del ya mencionado de las "compensaciones", ontológicamente muy próximo a la propuesta de Alexy del "juicio de ponderación").

- Uno de ellos es el del "fraccionamiento", según el cual cuando la norma en que se sustenta uno de ellos no se adecua al sentido de justicia de la comunidad, cabe fraccionar su interpretación[17], lo que ejemplifica con un conocido fallo de la CSJN en el cual se autorizó el trasplante de riñón de una menor de edad a su hermano en diálisis pese a que la ley vigente en el tema exigía para ser donante la plena capacidad de hecho.

- Otro es el de las "comparaciones", que postula confrontar la solución otorgada a conflictos similares en Derecho Comparado (cita como ejemplo el fallo de la Corte Federal de EEUU en "Miami Heradl vs. Pat Tornillo"[18], que declarara que el derecho a réplica implicaba una forma indirecta de censura a la prensa, criterio que no es el seguido por nuestra Corte Federal en el "leading case" "Ekmedjian c/Sofovich"[19]).

- Otro es el de las "variaciones", que propone variar imaginariamente la identidad de personas, lugares o jueces involucrados, para buscar la solución axiológicamente mas justa (lo ejemplifica con una norma de la constitución italiana que prohíbe el ingreso a ese País de los ex reyes de la Casa de Saboya, jugando con su transpolación a Rusia con los Romanoff, o Argentina con los Borbones).

- Concluimos (con él) en que quizás la combinación del método de las "compensaciones" (en el cual se busca alguna vía de armonización, normalmente por la reducción del ámbito de vigencia de cada derecho dentro de pautas de razonabilidad y de menor dañosidad, citando como un supuesto el derecho a la igualdad y la existencia de exámenes universitarios de ingreso) con el de las "previsiones" (que impone al juzgador evaluar los alcances reales y futuros de su decisión en relación con sus consecuencias mediatas, como sucede con la tutela del derecho a la salud frente a la incidencia de su costo en previsiones presupuestarias para vivienda o educación) sea el que arroje mejores resultados.

Al respecto podemos aceptar que esta necesidad de contrapesar valores en juego y asumir prioridades ha sido designada por Roland Arazi[20], como un verdadero "clearing de valores", tarea exclusivamente inherente al intérprete jurisprudencial.

Este concepto de "juicio de ponderación" (o "clearing de valores", en su expresión vernácula) ha sido magistralmente expuesto y sostenido por Alexy[21], quien principia por señalar las dificultades que propone admitir un orden jerárquico de valores.

Al respecto puntualiza que aun cuando aceptemos -lo que es dubitable- que pudiera hacerse un "orden cerrado" de los mismos, puestos en la labor de enunciarlo vemos que integrando a él la dignidad, la libertad, la igualdad, la protección y el bienestar de la comunidad, cuando se ingresa en niveles mas concretos la cuestión se complejiza. "No se puede ordenar algo que es conocido en forma incompleta".

Además, como lo postula N. Hartmann[22], si se aceptara esa jerarquización se produciría el fenómeno de "tiranía de los valores".

Por otra parte, el componente subjetivo en esa jerarquización atentaría contra su obligatoriedad intersubjetiva (Schlink).

El concepto de "ponderación" surge de la adopción en Alemania por el Tribunal Constitucional Federal de un orden "blando" de prelación frente a aquella postulación "dura".

Este juicio de ponderación, que Alexy admite que se nutre de decisiones judiciales que resuelven casos concretos, pero que no obstante son aptas para formular reglas inductivas, es sintetizado por él en los siguientes términos: "Cuanto mayor es el grado de las no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"[23].

Como colofón, coparticipamos de los criterios que postulan que ante la colisión de derechos fundamentales, la decisión final del intérprete debe propender a no atenerse a soluciones radicales, buscando la conciliación.

La mas eficaz manera de intentarla, es mediante el juicio de ponderación (que admite sacrificios parciales de unos en favor de otros en base a pautas de la obtención de la menor dañosidad en el resultado final), complementado por el de las previsiones, que implica que el

juzgador deba evaluar los alcances reales que mas allá del caso juzgado proyecte su decisión en otros ámbitos, tanto relacionados con procesos futuros como con secuelas económicas o sociales, consideraciones de rango axiológico que tampoco pueden ser dejadas de tener en cuenta, toda vez que ".el juzgador que no mide los efectos de lo decidido en cuanto al caso concreto, las secuencias posteriores o el impacto del fallo en otros pronunciamientos, consuma una interpretación descalificable por imprevisora"[24]; siendo que la consideración de las consecuencias de lo que se resuelve al fallar una causa no puede estar excluida del plexo de motivaciones que el Juez debe tener en cuenta para expedirla[25].

#### **NOTAS:**

[0] A petición de mi amigo José de Jesús Naveja, colaboro gustoso con la Revista trilogía en su edición de aniversario . Enhorabuena.

[1] R. Vigo, "Vientos actuales en la Filosofía del Derecho", en "Filosofía del Derecho", Colección Jurídica y Social", Vol. n° 12, Santa Fe, 1.993, pag. 70; quien traza un paralelo con los criterios ultraindividualistas de R. Nozick y la decidida preocupación por la igualdad que postula J. Rawls.-

[2] Charles Perelman, "La lógica jurídica y la nueva retórica", Ed. Civitas, Madrid, 1988, pag. 180.-

[3] Cuando los conflictos de normas se plantean entre reglas de diferente jerarquía, se debe priorizar la norma superior, en tanto tanto cuando la colisión se produce entre preceptos de similar rango, el criterio cronológico es decisivo (vide Eloy E. Suarez, "Introducción al Derecho", Ed. Centro de Publicaciones de la UNL, Santa Fe, 2.002, pag. 174).

[4] Cósimo G. Sozzo, "El arca cultural: entre lo público y lo privado, un proyecto democratizador de la propiedad privada (el caso del patrimonio cultural en la Provincia de Santa Fe, República Argentina)";, en "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2.003, año 2, pag. 126.-

[5] Fallos 255:293; 258:267; 302:640; etc. Sin embargo, ha habido también supuestos en los cuales el Tribunal Federal se ha expedido priorizando algún derecho fundamental por sobre otro, como aconteciera en el conocido caso "Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida" (ED 112-2421), en el cual se reconociera el derecho a la intimidad familiar de la accionante, viuda del viejo líder radical, por sobre el derecho de información del medio gráfico demandado.-

[6] Eduardo S. Barcesat, "A propósito del orden jerárquico de los derechos", ED 116-802.-

[7] M. Ekmedjian, "Jerarquía constitucional de los derechos civiles", LL 1.985-A-847; y luego "De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles", ED 114-945 y ED 119-937, quien sostuviera que la prelación en la importancia de esos derecho debía ser encabezada por el derecho a la dignidad, seguido en orden de trascendencia por el derecho a la vida, a la libertad ambulatoria, los derechos personalísimos, el derecho a la información, el derecho de asociación y por último los derechos patrimoniales; criterio compartido en gran medida por Miguel M. Padilla, "Lecciones sobre derechos humanos y garantías", Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1993, T. I, pags. 73 y ss.-

[8] Germán Bidar Campos, "¿Hay un orden jerárquico en los derechos personales?, ED 116-800.-

[9] Miguel M. Padilla, "Lecciones sobre derechos humanos y garantías", op.cit., pag. 73.-

[10] Horacio Rosatti, "La jerarquía de los derechos humanos en la Constitución Nacional", en "Revista del Colegio de Abogados de Santa Fe", n° 6, julio de 2.003, pags. 239 y ss.-

[11] R. Lorenzetti, "Las normas fundamentales de Derecho Privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1.995, pag. 308; y "La empresa médica", igual editorial, 1.998.-

[12] Ya Ronald Dworkin, en su obra "Los Derechos en serio", Editorial Ariel, Barcelona, 1984, traducción de M. Guastavino, pag. 26, señalaba que así como la colisión entre reglas se

define por las pautas de la validez, la generada entre principios se ubica en la dimensión del peso.-

[13] Del tema nos ocupamos infra, al analizar los postulados de Alexy fundamentalmente expuestos en su obra "Teoría de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.997, primera reimpresión, traducción de Ernesto Garzón Valdez; pags. 152 y ss.-

[14] "El SIDA en la jurisprudencia", suplemento especial de La Ley de noviembre de 1999, pag. 37.-

[15] Nestor Sagués, "Metodología para la enseñanza de los derechos humanos", LL 1995-C-921.-

[16] "Metodología...", op. cit., pag. 923 y ss. Similares conceptos vierte el mismo autor en su obra "Elementos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Bs.As., 2001, 3º Edición, tomo I, pags. 85 y ss.-

[17] Cita el caso "Saguir Dib", fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 6 de noviembre de 1.980, publicado en LL 1981-A- 401, con nota de Julio R. Mendez titulada "Reflexiones jusfilosóficas en torno al transplante de órganos".-

[18] Fallo 203.418 (U.S.2411), 1974.-

[19] 8.9.92, vide LL 1992-C-543 y JA 1992-III-199.-

[20] R. Arazi, "Derecho Procesal Civil y Comercial", Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1999, tomo 2, pag. 173.-

[21] "Teoría de los derechos fundamentales", op.cit., pags. 152 y ss.-

[22] N. Hartmann, "Etica", Berlín. 1926.-

[23] Es muy interesante en relación con ello lo resuelto por la CSJN en la causa "Portillo, Alfredo" en el mes de abril de 1984 (Fallos 312- 496). En el caso un ciudadano (Portillo), invocando motivos religiosos, planteó su eximición de la prestación del servicio militar (por entonces, obligatorio para todos los ciudadanos varones mayores de dieciocho años), por contrariar tal deber sus principios morales. El Alto Tribunal, enfrentado en el dilema de no desatender la garantía de la libertad de culto del reclamante -por una parte-, y por la otra de no sentar un precedente que desnaturalizara la exigencia legal de cumplir el servicio militar de manera obligatoria, expidió una decisión salomónica, que en los hechos implicó aplicar -sin aludir a él- el juicio de ponderación de Alexy, estableciendo que si ambas partes reducían sus pretensiones sin abdicar integralmente a ellas, se podía arribar a una composición aceptable. En el particular, se le obligó a Portillo a prestar el servicio militar, pero cumpliendo funciones administrativas en el Ejército, sin portar armas.-

[24] N. Sagués, "Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario", 2º Edición, Astrea, Bs.As., 1989, tomo II, pag. 370.-

[25] CSJN, 1.1998.II, 426; así como R. Lorenzetti, "La emergencia económica y los contratos", Ed. Rubinzal-culzoni, Santa Fe, 2002, pag. 21.-