

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN A PROPÓSITO DE LA DECISIÓN DEL TSJ EN “PORTAL DE BELÉN” (2018)^{1*}

REMARKS ON THEORIES OF LEGAL INTERPRETATION REGARDING THE “PORTAL DE BELÉN” RULING OF CÓRDOBA’S TSJ (2018)

Samanta Funes² y Cecilia Inés Mateos³

Resumen: Este trabajo tiene por objeto analizar los argumentos que el Tribunal Superior de Justicia dio en el voto mayoritario de la sentencia “Portal de Belén” (2018), para justificar la teoría de la interpretación dinámica a la que adscribe. En particular, se intentará vislumbrar los alcances de la elección que realiza, como un paso necesario en el control de la justificación de las decisiones de nuestras juezas y jueces. Asimismo, analizaremos críticamente la incorporación de la figura de los *amicus curiae* como una herramienta de la justicia dialógica que permite conocer los paradigmas e imaginarios sociales vigentes.

Abstract: This work aims to analyze how Córdoba’s High Court of Justice argued in the majority vote of the judgment “Portal de Belén” (2018) to justify the theory of Dynamic Statutory Interpretation. Particularly, our purpose is to assess the scope of that election, as a necessary step in controlling the justification of judicial decisions. Likewise, we will critically analyze the incorporation of *amicus curiae* figure as an appropriate dialogical justice’s tool to learn the current paradigms and social imaginaries.

Palabras clave: interpretación constitucional - teoría de la interpretación dinámica - *amicus curiae* - paradigmas e imaginarios sociales.

Keys Words: constitutional interpretation - Dynamic Statutory Interpretation - *amicus curiae* - paradigms and social imaginaries

1. Introducción

El 18 de diciembre de 2018 el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ) dictó sentencia en los autos “**Portal de Belén, Asociación Civil c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Amparo - Recursos de Casación e Inconstitucionalidad**”⁴. Allí resolvió rechazar la acción de amparo presentada por la Asociación Civil Portal de Belén en contra de la Provincia de Córdoba, en la cual se cuestionaba la constitucionalidad de la resolución nro. 93/12 del Ministerio de Salud y su anexo I

Artículo recibido el 7/6/2021 – aprobado para su publicación el 22/11/21

¹ Este artículo fue presentado en el seminario sobre Interpretación Jurídica-CIJS-UNC, dirigido por Paula Gaido y Federico Arena. Agradecemos profundamente a todas y todos los participantes por las discusiones enriquecedoras, en especial a Ramiro Álvarez Ugarte por los comentarios brindados. Los defectos que puedan subsistir en el texto, son de nuestra exclusiva responsabilidad.

² Abogada, UNC. Maestranda en “Global Rule of Law and Constitutional Democracy”, Universidad de Génova/Girona. Miembro del Grupo de Investigación Derecho y Control (CIJS-UNC).

³ Magíster en Derecho y Argumentación, UNC. Abogada, UNC. Miembro del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES).

⁴ TSJ, Sala Electoral y de Competencia Originaria, “Portal de Belén”, S. N°. 24, 18/12/2018.

denominado “Guía de procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible”⁵.

Sin lugar a dudas, por la temática tratada en dicha resolución, existe una enorme cantidad de cuestiones susceptibles de ser analizadas. Sin embargo, nos interesa centrarnos en los argumentos ofrecidos por el tribunal en el voto mayoritario, para justificar la teoría de la interpretación a la que adscribe. En particular, se intentará vislumbrar los alcances de la elección por una determinada teoría de la interpretación, como un paso necesario en el control de la justificación de las decisiones de nuestras juezas y jueces. Es decir, este trabajo no tiene por objeto comentar íntegramente el fallo, solo nos concentraremos en algunos pasajes del voto de la mayoría.

El análisis se estructurará del siguiente modo. En primer lugar, se brindarán herramientas conceptuales de las teorías de la interpretación jurídica, y en especial, sobre la interpretación constitucional, para el análisis posterior de los argumentos interpretativos utilizados. Luego, se expondrán esquemáticamente los argumentos del voto mayoritario y los de los dos votos en disidencia. A continuación, se estudiará en profundidad el Considerando II del voto de la mayoría.

En dicho apartado, el TSJ realiza una serie de afirmaciones acerca del modo en que los tribunales deben interpretar la Constitución. En particular, el máximo tribunal local adhiere a la tesis del constitucionalismo viviente. Sin embargo, como veremos a continuación, no ofrece mayores explicaciones de por qué lo hace, a qué variante adhiere e incluso tampoco aclara qué debemos interpretar con esa tesis. Analizaremos los argumentos de autoridad utilizados ya que ellos tampoco fueron justificados o debatidos, sobre todo teniendo en cuenta que los autores elegidos, como se explicará, no son claros exponentes de la teoría defendida por el tribunal. Asimismo, estudiaremos las nociones de modelos, paradigmas e imaginarios sociales, a las que el TSJ recurre para explicar que su actividad interpretativa no opera en el vacío y que esas cuestiones deben ser consideradas al momento de resolver un caso. Finalmente, analizaremos críticamente la incorporación de la figura de los *amicus curiae* como una herramienta de la justicia dialógica que permite conocer los paradigmas e imaginarios sociales vigentes. Concluiremos el trabajo con algunas reflexiones finales.

2. La interpretación jurídica y la interpretación constitucional: Algunas herramientas conceptuales para analizar el fallo

La tarea de interpretar da lugar, sin dudas, a diversas y heterogéneas concepciones. Una de las más conocidas es aquella que asimila «interpretar» con atribuir sentido o significado. No obstante, no es posible reconducir todas las distintas actividades que en el lenguaje común se agrupan con el vocablo interpretación a aquella actividad.

Guastini brinda una serie de distinciones conceptuales en torno a las actividades que implica el vocablo «interpretar». Así, se refiere al objeto de la interpretación como primer condicionante del significado del sustantivo “interpretación” o verbo “interpretar”. Circunscribe su análisis a las ciencias sociales y distingue entre interpretar actos, interpretar eventos e interpretar textos. En este último caso, el vocablo «interpretar»

⁵ En adelante nos referiremos indistintamente como guía, protocolo o resolución ministerial.

significa atribuir significado (sentido y referencia) a algún fragmento del lenguaje, y es aquí donde ubica la interpretación jurídica⁶.

La interpretación jurídica, conocida también como interpretación del derecho, interpretación de la ley, interpretación de los actos normativos, interpretación de las normas, entre otras, tiene una variedad de objetos de interpretación. Es decir, existen diferentes textos jurídicos sujetos a interpretación: fuentes del derecho (constitución, leyes, reglamentos), actos de autonomía privada (contratos, testamentos), actos jurisdiccionales (sentencias), actos administrativos, etc.

Ahora bien, en el lenguaje jurídico este vocablo continúa adoleciendo de ambigüedades. Guastini⁷ identifica tres tipos. En la primera ambigüedad, «interpretar» se refiere a la atribución de significado a un texto normativo⁸, y otras veces se refiere a la inclusión de un caso particular en una clase de casos regulados por una norma⁹, que representa el último tramo del proceso de decisión. Es por ello que el autor asume la necesidad de distinguir entre (i) la interpretación dirigida a textos (o “*in abstracto*”), que consiste en identificar el significado (contenido) de un texto normativo, sin hacer referencia a algún caso concreto; y (ii) la interpretación dirigida a hechos (o “*in concreto*”), “que consiste en subsumir un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada “*in abstracto*”¹⁰.

La segunda ambigüedad se refiere a la interpretación como un acto de puro conocimiento y otras veces a un acto de decisión e incluso de creación normativa. Por lo tanto, distingue entre (i) interpretación cognitiva, (ii) interpretación decisoria e (iii) interpretación creativa.

Finalmente, la tercera ambigüedad se refiere al vocablo «interpretar» como aquella operación de los juristas y de los jueces en su conjunto. En consecuencia, distingue entre la (i) interpretación propiamente dicha -atribución de significado- y la (ii) construcción jurídica. Con esta última actividad, Guastini incluye “numerosas operaciones en las que por lo general consiste el trabajo de los juristas (aunque también de los jueces) (...) Por ejemplo las conjeturas acerca de la denominada *ratio legis*, las hipótesis contrafácticas acerca de la intención del legislador, la creación de jerarquías axiológicas (...)”.¹¹

La interpretación dirigida a textos y la interpretación dirigida a hechos (primer tipo de ambigüedad) responden a dos tipos distintos de indeterminaciones que afectan al derecho. La *indeterminación del sistema jurídico como tal* se refiere a que el derecho “es indeterminado en el sentido de que no está determinado cuáles son las normas expresadas por las fuentes legales, y en ese sentido, que pertenecen al sistema jurídico”¹². La *indeterminación de cada norma en particular*, en cambio, se refiere a la indeterminación acerca de los casos que caen bajo el ámbito de aplicación de cada norma.

⁶ Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pág. 23.

⁷ Guastini, R., “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *Discusiones*, XI, 2011, pág. 27.

⁸ Guastini lo presenta como “El texto T significa S” o “La disposición jurídica D expresa la norma N”.

⁹ Guastini lo presenta como “El hecho F es un caso de robo”.

¹⁰ Guastini, R., “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *op. cit.*, pág. 29.

¹¹ Guastini, R., “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *op. cit.*, pág. 34.

¹² Guastini, R., “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *op. cit.*, pág. 36.

A su vez, Guastini explica que la primera indeterminación -del sistema jurídico- depende de la equivocidad o ambigüedad de los textos normativos, y la segunda indeterminación -de cada norma- depende de la vaguedad o textura abierta del lenguaje natural. Agrega también, que la indeterminación del sistema jurídico impone distinguir entre los enunciados normativos (formulaciones de normas o “disposiciones”, contenidos en las fuentes del derecho) y su significado (normas expresas y/o implicadas)¹³.

Por último, el autor explica que la indeterminación del derecho no depende solamente de ciertos defectos “objetivos” del lenguaje constitucional o legislativo, sino también de (I) la multiplicidad de métodos interpretativos, (II) la dogmática jurídica y (III) del sentimiento de justicia de los intérpretes, es decir, de sus preferencias éticas y políticas.

En este sentido, existe una concepción doctrinaria muy extendida acerca de que la interpretación de la Constitución¹⁴ es algo distinto de la normal interpretación de la ley y de las demás fuentes del derecho. Esta tesis denominada *especificidad de la interpretación constitucional* puede ser entendida, por lo menos, de dos modos distintos: como tesis descriptiva o como tesis prescriptiva.

La tesis descriptiva hace referencia a que la interpretación de los textos constitucionales es, de hecho, algo distinto de la interpretación de la ley: “o porque (a) distintos son los intérpretes de la constitución, o porque (b) las constituciones presentan problemas interpretativos *sui generis*, o porque (c) las constituciones son normalmente interpretadas adoptando métodos hermenéuticos autónomos”¹⁵. La tesis prescriptiva, en cambio, entiende que en la interpretación de los textos constitucionales “se deben usar métodos o técnicas de interpretación distintos de los que se utilizan para la interpretación de la ley”¹⁶. Esta última tesis reúne las disputas en torno a los métodos de la interpretación constitucional que Guastini¹⁷ las resume en dos oposiciones principales: (i) la oposición entre una doctrina literalista y una doctrina intencionalista, y (ii) la oposición entre una doctrina estática y una doctrina dinámica.

Las tesis que reúnen esta última oposición serán analizadas nuevamente y, en profundidad, en un apartado más adelante. El especial análisis responde a que el voto mayoritario del Tribunal, en el punto referido a la interpretación jurídica, se pronunciará a favor de la tesis dinámica, conocida también como la tesis de la Constitución Viviente, con autores como Linares Quintana¹⁸ y Ackerman¹⁹.

¹³ Guastini, R., “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *op. cit.*, pág. 39.

¹⁴ Con el vocablo «Constitución» el autor se refiere a un conjunto de normas que regulan la organización de los poderes públicos, además de algunas relaciones fundamentales entre Estado y ciudadanos. Lo que se llama constitución en sentido material. Las Constituciones escritas, junto a las normas materiales contienen además normas de otro tipo: sobre todo principios dirigidos a determinar el contenido de la legislación futura. Para Guastini, interpretar una Constitución escrita y una constitución consuetudinaria son cosas completamente heterogéneas.

¹⁵ Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, *op. cit.*, pág. 304.

¹⁶ Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, *op. cit.*, pág. 305.

¹⁷ Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, *op. cit.*, pág. 308.

¹⁸ TSJ, Sala Electoral y de Competencia Originaria, “Portal de Belén”, S. N.º. 24, 18/12/2018, p. 25: Linares Quintana, Segundo V.; Reglas para la interpretación constitucional, Plus Ultra, Bs. As., 1987, pág. 95, §184.

¹⁹ TSJ, Sala Electoral y de Competencia Originaria, “Portal de Belén”, S. N.º. 24, 18/12/2018, p. 25: Ackerman, Bruce, *La Constitución viviente*; Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 38.

3. El caso Portal de Belén

El 30 de marzo de 2012 la Provincia de Córdoba a través del Ministerio de Salud dictó la resolución número 93/12 y su anexo I denominado “Guía de procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible”. El origen de dicha resolución se encontraba en la sentencia de 2012 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en los autos “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”. En dicho fallo, el máximo tribunal federal resolvió el recurso extraordinario interpuesto por el Defensor General de la Provincia de Chubut en representación del *nasciturus*, en contra de la resolución del Tribunal Superior de Justicia que había resuelto favorablemente el pedido de acceso a un aborto no punible (ANP) para una niña de 15 años que había sufrido una violación. Allí, se resolvió que las mujeres tienen un derecho al aborto en los casos previstos por el artículo 86 del Código Penal, esto es, en caso de peligro para la vida, peligro para la salud o violación. En la misma sentencia, la CSJN exhortó a las autoridades nacionales y provinciales a que implementen protocolos hospitalarios para la atención de los abortos legales y para la asistencia integral de las personas que sufrieron violencia sexual.

En este contexto, el 13 de abril de 2012 la Asociación Civil Portal de Belén, invocando la representación colectiva de “todos los niños por nacer”, presentó una acción de amparo colectiva en contra de la provincia de Córdoba. En ella solicitó se declare inaplicable por inconstitucional la mencionada resolución ministerial y, también, la inconstitucionalidad del artículo 86 del Código Penal. Asimismo, requirió como medida cautelar la suspensión de la aplicación de la mencionada guía en los hospitales y centros de salud de toda la Provincia. A su vez la Asociación Civil por el Derecho a Decidir solicitó participación como tercera interesada en defensa de los derechos de las mujeres.

En primera instancia, el Juzgado Civil y Comercial de 30° Nominación hizo lugar a la cautelar y ordenó la suspensión del Protocolo en el apartado referido al procedimiento en caso de violación. Sin embargo, en la práctica, esta resolución impidió la aplicación de la guía en todos los casos de abortos no punibles.

Posteriormente, con fecha 24 de agosto de 2012, dictó la sentencia definitiva número doscientos cincuenta y nueve que acogió parcialmente la demanda. Allí, se declaró inconstitucional y no aplicable únicamente el art. 3.2.a) de la Guía en cuestión, en cuanto prevé como único requisito para acceder al aborto en caso de violación la declaración jurada de la peticionaria de dicha práctica. Asimismo, formuló una exhortación a las autoridades provinciales para que establezcan un nuevo procedimiento tendiente a verificar adecuadamente, con intervención de un equipo interdisciplinario, la existencia de la violación.

Dicha resolución fue apelada por todas las partes intervinientes, por lo que, con fecha 21 de mayo del año dos mil trece, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación, de la ciudad de Córdoba dictó la sentencia número treinta y ocho. En ella se declaró inconstitucional la guía cuestionada y se ordenó a la demandada Provincia de Córdoba que se abstenga de aplicar sus disposiciones.

Finalmente, el dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, reunido en pleno, hizo lugar a los recursos de casación (contra la sentencia de Cámara) y de apelación (contra la sentencia de primera instancia), ambos interpuestos por la parte demandada - Provincia de Córdoba- y la tercera coadyuvante - Asociación Civil por el Derecho a Decidir. En consecuencia, rechazó la acción de amparo promovida por Portal de Belén. Finalmente, en septiembre de 2019 declaró inadmisibles el recurso extraordinario presentado por la actora. En ese momento la resolución quedó

firme ya que no se dedujo el recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁰.

3.1. La sentencia del TSJ: Los votos

El Tribunal Superior de Justicia (TSJ), reunido en pleno²¹, resuelve la causa por mayoría. Este voto estuvo firmado por las Dras. Tarditti (presidenta del TSJ), Blanc de Arabel y Chiapero, y por el Dr. Sesin. Los votos en disidencia fueron, por un lado, el del Dr. Sánchez Torres y por el otro, el del Dr. Rubio y la Dra. Zalazar. A continuación, sintetizamos el problema normativo a resolver y las disposiciones normativas a interpretar conforme se presentaron en cada uno de los votos.

3.2. Voto en mayoría

Con relación al problema normativo al que se le busca dar respuesta, según el voto de la mayoría, debemos hacer algunas precisiones. Al comenzar la lectura del fallo se advierte que, en primer lugar, refiere que el debate en el caso analizado se circunscribe a la interpretación de los alcances de derechos fundamentales. Luego, a medida que se avanza en la lectura, se precisa que el problema se centra en las objeciones constitucionales efectuadas por la parte actora a la Guía como instrumento de rango ministerial. Sin embargo, para abordar esa cuestión se entiende que la primera pregunta a responder es si hay caso colectivo y, luego, de haberlo, si la actora – Asociación Civil Portal de Belén – está legitimada para plantearlo.

Entonces, la disposición normativa objeto de interpretación es, por una parte, el artículo 43 de la Constitución Nacional y por la otra, el art. 53²² de la Constitución Provincial. Particularmente, debe responderse si la defensa de *nasciturus*, encuadra dentro de los derechos de incidencia colectiva en general y si la asociación actora es de aquellas legitimadas para su defensa conforme lo exigen las normas mencionadas.

Para resolver la cuestión entonces resultan fundamentales los conceptos de legitimación y de caso colectivo. Los argumentos del voto de la mayoría se centran en estas dos cuestiones. Concluyen que, en el caso concreto, no hay legitimación ni caso colectivo.

3.3. Votos en minoría

3.3.1 Voto del Dr. Rubio y de la Dra. Zalazar

Este voto se centra en tres cuestiones. La primera de ellas es si la parte actora cuenta con legitimación para instar la acción de amparo colectiva intentada. Al respecto consideran

²⁰ Ver <https://elresaltador.com.ar/aborto-no-punible-portal-de-belen-no-apelara-el-fallo-del-tsj/>

²¹ Al momento de la interposición de los recursos, el TSJ estaba conformado por la Dra. Aída Lucía Teresa Tarditti (presidenta), el Dr. Domingo Juan Sesín, la Dra. M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, el Dr. Luis Enrique Rubio, la Dra. María Marta Cáceres de Bollati, el Dr. Sebastian López Peña y el Dr. Carlos García Alloco. Sin embargo, las/os tres últimas vocales debieron ser reemplazadas/os atento a distintos impedimentos. Así, la Dra. María Silvana Chiapero se subrogó en el voto del Dr. López Peña, el Dr. Julio Ceferino Sánchez Torres lo hizo por la Dra. Cáceres de Bollati y la Dra. Claudia Elizabeth Zalazar lo hizo por el fallecido Dr. García Alloco.

²² Artículo 53. La ley garantiza a toda persona, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, la legitimación para obtener de las autoridades la protección de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole, reconocidos en esta Constitución.

que cuando están en juego bienes o derechos de incidencia colectiva, la evaluación de la legitimidad debe efectuarse de forma amplia para no frustrar el conocimiento de la cuestión constitucional que pudiera estar detrás. El segundo tema es la existencia del caso colectivo. En este punto consideran que en el caso se pueden ver afectados por las previsiones de la Resolución 93/12 los derechos individuales homogéneos de una pluralidad indeterminada de sujetos, las personas por nacer. Además, estiman que -por las características de la práctica cuestionada- la defensa de los derechos de cada *nasciturus* en particular no podría ser ejercida en forma individual. Finalmente, analizan el carácter de la resolución nro. 93/12 a la que declaran inconstitucional por haber sido dictada por un órgano administrativo sin competencia para reglamentar derechos humanos fundamentales.

3.3.2. Voto del Dr. Sánchez Torres

El tercer voto comparte con el anterior las precisiones referidas a la legitimación de la parte actora y la existencia de un caso colectivo. Luego considera que la resolución recurrida es nula. Argumenta que lo es por falta de fundamentación lógica y por propiciar una interpretación que pone en colisión insalvables disposiciones de la Constitución Provincial con la Constitución Nacional, con Tratados Internacionales de Derechos Humanos y con la legislación penal de fondo. Finalmente, considera que el protocolo es inconstitucional por haber sido dictado por un órgano administrativo sin competencia para reglamentar derechos humanos fundamentales de la entidad de los que se encuentran en juego en este caso. Es decir, la guía vulnera el principio constitucional y convencional de que los derechos humanos fundamentales solo pueden ser reglamentados por medio de una ley en sentido material y formal.

4. El apartado sobre interpretación

El punto II del voto de la mayoría requiere un análisis más profundo. Se titula “Paradigmas, modelos e imaginarios sociales: lo que subyace a la interpretación de las normas” (fs. 22). En él, las/os vocales exponen brevemente su postura acerca de la interpretación constitucional, repasando dos de las tesis más habituales en la discusión doctrinaria constitucional: la teoría de la interpretación viviente de la Constitución y la teoría de la interpretación estática.

El análisis se justifica ya que el propio Tribunal entiende que es fundamental efectuar una aclaración con relación al modo en que debe interpretarse el derecho y, especialmente, la Constitución. Esto es poco frecuente, ya que en la práctica judicial los tribunales difícilmente aclaren expresamente a qué teoría de la interpretación adscriben, y de hecho, el propio Tribunal Superior no suele hacerlo.

Ahora bien, siguiendo las herramientas conceptuales desarrolladas en el apartado inicial, es posible advertir que la interpretación a la que se refiere el máximo tribunal es relativa a la atribución de significado a un texto normativo. Particularmente, el texto objeto de interpretación es la Constitución.

Para justificar la elección que realiza por una de las teorías de la interpretación, el Tribunal hace especial hincapié en los conceptos de «paradigma, modelos e imaginarios sociales». Comenzaremos entonces analizando esta cuestión.

El considerando II inicia con la siguiente afirmación: “en materia jurídica, ningún ejercicio interpretativo (...) opera en el vacío, sino en función de paradigmas o modelos;

esto es, conjuntos de aparatos conceptuales que responden a una determinada forma de abordar ciertos fenómenos, condicionados por el momento social, cultural, histórico y político en el que resultan vigentes o aplicables”²³.

A partir de las nociones de paradigmas y modelos, el tribunal reconoce la dependencia de la interpretación jurídica del trasfondo conceptual de la sociedad en un momento dado. Es decir, las interpretaciones no operan solitaria o aisladamente, sino que se realizan en el marco de un conjunto de aparatos conceptuales que se presentan en la sociedad al momento de realizar la actividad interpretativa.

El voto mayoritario del TSJ explica que en los paradigmas de interpretación influyen, por un lado, los distintos desarrollos científicos “puesto que importan un cambio parcial, gradual o total de la percepción social del mundo”²⁴; y por el otro, los imaginarios sociales, los cuales ponderan y promueven valores, siendo el resultado de complejas redes relacionales entre prácticas discursivas y sociales.

Resulta interesante que el máximo tribunal al resolver un caso particular recurra a un concepto propio de las teorías críticas del derecho como lo es el de imaginario social. Este concepto fue desarrollado en el ámbito de las ciencias sociales por Castoriadis. Para este autor un imaginario social es una construcción socio-histórica formada por el conjunto de instituciones, normas y símbolos que comparte un determinado grupo social y, pese a su carácter imaginado, opera en la realidad ofreciendo tanto oportunidades como restricciones para el accionar de los sujetos²⁵. De este modo, Castoriadis afirma que “las significaciones imaginarias sociales crean un mundo propio para la sociedad considerada, son en realidad ese mundo: conforman la psique de los individuos”²⁶. El imaginario social entonces es planteado como una alternativa a la idea de ideología tan desarrollada por los críticos en general. En realidad, los imaginarios sociales contribuyen a sustentar una determinada ideología. Es interesante cómo al incorporar este concepto el TSJ admite que hay un conjunto de ideologías presentes en la sociedad y que ellas deben ser consideradas al momento de resolver.

El TSJ advierte que los paradigmas, modelos e imaginarios sociales “suelen ser expresados y canalizados primeramente por movimientos sociales, y luego (...) por los componentes de los poderes legislativos (...)”²⁷. En este punto, cabe aclarar que la interpretación de un texto normativo puede ser llevado a cabo por sujetos distintos al órgano judicial y los efectos y alcances de esas interpretaciones serán diferentes a los que se producen como consecuencia de la interpretación judicial. Por ejemplo, las interpretaciones constitucionales que realizan los movimientos sociales conforman ese trasfondo jurídico conceptual al que el máximo tribunal refiere. A su vez, son esos movimientos sociales quienes pugnan -a través de distintas estrategias, como por ejemplo el litigio- para que sus interpretaciones sean las imperantes en una sociedad en un momento dado. En este caso no hay dudas que las interpretaciones acerca del significado de la Constitución efectuadas por las Asociación Portal de Belén y por la Asociación Civil

²³ TSJ, Sala Electoral y de Competencia Originaria, “Portal de Belén”, S. N°. 24, 18/12/2018, p. 23.

²⁴ TSJ, Sala Electoral y de Competencia Originaria, “Portal de Belén”, S. N°. 24, 18/12/2018, *idem*.

²⁵ Miranda Ospino, E. A., *El imaginario social bajo la perspectiva de Cornelius Castoriadis y su proyección en las representaciones culturales de Cartagena de Indias*, 2014. Recuperado de <http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/1966/1/EL%20IMAGINARIO%20SOCIAL%20BAJO%20LA%20PERSPECTIVA%20DE%20CORNELIUS.pdf>

²⁶ Castoriadis, C., *El Imaginario Social Instituyente*, Zona Erógena, 1997. (35). Pág. 9.

²⁷ TSJ, Sala Electoral y de Competencia Originaria, “Portal de Belén”, S. N°. 24, 18/12/2018, p. 23.

por el Derecho a Decidir son distintas, representan a movimientos sociales antagónicos y forman parte del trasfondo social que según el TSJ debe considerarse al momento de interpretar.

Luego de efectuar esas aclaraciones, el TSJ se centra en la interpretación judicial, particularmente en la interpretación constitucional. Así, la mayoría del máximo Tribunal local pone de relieve que el debate radica en “la interpretación de los alcances de derechos fundamentales de rango constitucional o reconocidos por normas de fondo”²⁸, e inmediatamente reconoce o asume que tiene la competencia constitucional para efectuar dicha (y última) interpretación de las normas. El Tribunal dice:

Esta operación interpretativa, ahora en cabeza de quien tiene competencia constitucional para ello (art. 116, CN; y arts. 160 y 165, CP, entre otros), resulta clave para precisar los márgenes de la adecuada regulación de tales derechos, en función de los paradigmas actuales, que condicionan el ejercicio hermenéutico desplegado por los jueces. Entonces, este delicado pasaje luce fundacional y previo a cualquier exigencia atinente a la administración y resguardo de tales derechos, así como a las obligaciones y responsabilidades que derivan de ellos²⁹.

Como se expondrá a continuación, la discusión sobre el órgano encargado de la (última) interpretación constitucional y el alcance de la misma, son algunos de los puntos discutidos por las doctrinas de la interpretación constitucional.

En particular, las tesis retomadas por el Tribunal son aquellas identificadas con las “visiones orientadas a actualizar el significado de la Constitución”, y aquellas visiones “originalistas”, destinadas a fijar el significado de dicho texto en el tiempo (pasado)³⁰. Estas últimas tesis son las sostenidas de modo más habitual por las juezas y los jueces que, no obstante, no agotan ni resuelven la discusión del tema.

En este contexto, el Tribunal se pronuncia a favor de la tesis de la constitución viviente³¹ (fs. 24 y 25) citando a la CSJN: “La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados antes”³², y agrega que “una exégesis estática de la Constitución de la Nación y de las leyes reglamentarias, aferrada a las circunstancias de su sanción, no resulta adecuada”, sino que ello “importaría la paralización de la acción gubernativa y del progreso de la

²⁸ TSJ, Sala Electoral y de Competencia Originaria, “Portal de Belén”, S. N.º. 24, 18/12/2018, p. 24. El TSJ dice expresamente que la decisión radica en un delicadísimo conflicto de derechos de jerarquía constitucional, como es la colisión de derechos entre el derecho a la vida de la persona por nacer y el derecho a decidir de la mujer que ha quedado embarazada como producto de un abuso sexual con acceso carnal; pero que la decisión no versa sobre un caso particular sino sobre las objeciones constitucionales generales planteadas por la parte actora respecto de un instrumento de rango ministerial. Ver pág. 26.

²⁹ Idem. Los artículos citados versan sobre la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, correspondientemente, para el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos rigidos por la Constitución.

³⁰ Gargarella, R., “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, *Control constitucional y activismo judicial*, Ara Editores, 2014, pág. 214.

³¹ La discusión sobre si interpretación dinámica o estática permite discutir también sobre la postura formalista, escéptica o incluso intermedia que tienen los tribunales al momento de adscribir u otorgar significado. Esto es, hablar de una interpretación dinámica admite, por lo menos, reconocer que la norma tiene un significado previo a la interpretación judicial (que puede ser insuficiente o escaso a la luz de la situación actual), y que ésta vendrá a complementar, sustituir o validar.

³² El TSJ cita el fallo “Merk Química Argentina S.A. c/ Nación”. CSJN, Fallos, 211:162.

República”³³. Una interpretación viviente, entonces, permite o implica que la Constitución sea interpretada “teniendo en cuenta, no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación, a la luz de los grandes fines que informan la Ley Suprema del país”³⁴. Sin embargo, como veremos, entre quienes defienden esta posición podemos identificar distintas variables dentro de la teoría, según el procedimiento, el sujeto o tribunal a cargo, los límites a la discrecionalidad e incluso qué se debe tomar en cuenta en la actualización: si la letra de la norma y/o las condiciones externas (sociales, políticas, etc.).

Para fundamentar su elección, el TSJ recurre a dos argumentos de autoridad: Linares Quintana y Ackerman. El problema que presenta esta referencia del TSJ es que solo se transcribe una cita literal de cada uno. No se pone en discusión ni la selección de los autores ni sus ideas, tampoco se mencionan los autores que discuten con ellos y con qué argumentos. Al respecto, es interesante considerar que, si bien Linares Quintana fue un autor que le dio un lugar primordial a la cuestión interpretativa dentro de la doctrina constitucional nacional e incluso elaboró una serie de reglas para la actividad interpretativa, lo cierto es que no es posible afirmar con seguridad que haya sido un exponente claro de esta corriente.

A la par, el desarrollo efectuado por Ackerman en materia de interpretación constitucional nos permite inferir que su postura no se encuentra reflejada con claridad en ninguna de las dos teorías consideradas por el TSJ. Ello en tanto el autor ha sido crítico tanto de las posturas originalistas como de las dinámicas. Con respecto a estas últimas se pronuncia favorablemente sobre su desarrollo, e incluso, su teoría comparte con aquéllas el objetivo principal: la actualización permanente o, como veremos en el párrafo siguiente, la definición del canon constitucional oficial (actual). Sin embargo, el desarrollo de su tesis es producto de una serie de consideraciones que desalientan reconocerlo sin más como representante de esa postura.

Al respecto el autor tiene dicho “El propósito de la interpretación es entender los compromisos constitucionales que se han hecho por el pueblo norteamericano a lo largo de la historia, no los compromisos que uno u otro pensador establecen que deberían hacerse”³⁵. Para comprender su postura, proclama la tesis según la cual el canon constitucional no se encuentra únicamente en el texto formal. Para ello distingue dos asuntos: la definición del canon (identificar los textos clave de la tradición de su país) y la interpretación del canon (averiguar qué quieren decir)³⁶. Y agrega

“Algunos consideran que las grandes abstracciones de la Constitución Formal deberían limitarse a la comprensión particular de la generación que las instituyó; otros consideran que corresponde a los vivos hacer la mejor interpretación de la Primera Enmienda (...) Pero ambas partes se centran en el mismo canon constitucional: el texto formal que va desde el artículo I, escrito en 1787, hasta la última reforma del Siglo XX (...) Es hora de cuestionar la premisa en torno a la que se organizan estos familiares debates. En lugar de centrarse miopemente en los grandes textos de los siglos XVIII y XIX tenemos que redefinir el canon para así

³³ TSJ, Sala Electoral y de Competencia Originaria, “Portal de Belén”, S. N°. 24, 18/12/2018, p. 25.

³⁴ TSJ, Sala Electoral y de Competencia Originaria, “Portal de Belén”, S. N°. 24, 18/12/2018, p. 25. Cita a Linares Quintana.

³⁵ Ackerman, B., *La constitución viviente*, (Trad. Enrigue, C. M.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, pág. 38.

³⁶ Ídem.

permitir una mejor comprensión de lo que los norteamericanos han logrado y han dejado lograr a lo largo de toda nuestra historia, incluyendo la parte que nos es más cercana”³⁷.

En esta línea, explica Gargarella, la idea de tener una Constitución Viva resulta atractiva porque “viene a descalificar una alternativa que parece claramente desagradable, cuál es la de estar sujetos por la mano muerta del pasado”³⁸. Esta actualización (no reforma) constante de la Constitución prometería una vida jurídica moderna acorde con las ideas más evolucionadas de nuestro tiempo.

Gargarella reúne algunas réplicas y críticas que se le hacen a esta teoría. En primer lugar, se les replica que los cambios o actualizaciones de la constitución deben canalizarse políticamente, puesto que la Constitución no impide su modificación e incluso regula el mecanismo que debe seguirse para la reforma del texto. Además, un tema central en esta teoría, es quién es el sujeto y/o el órgano encargado de la interpretación viva de la constitución y, si en todo caso, esta tarea debe delegarse exclusivamente a los jueces³⁹.

En segundo lugar, las críticas versan sobre la contradicción que dicha teoría presenta con los objetivos centrales del constitucionalismo, a saber, dejar o aislar ciertas decisiones a la puja política diaria. Además, el autor advierte, por un lado, que dicha teoría apela a la voluntad mayoritaria para controlar el sentido de la Constitución, y por otro lado, “deja el reconocimiento de la misma en el órgano institucional menos preparado para reconocerla”⁴⁰, el poder judicial. Dice Gargarella “si lo que nos interesara realmente fuera mantener ‘viva’ la Constitución conforme a los ‘avances’ que vamos afirmando como sociedad, luego, no se ve por qué es que debemos dejar que los jueces sean los que determinen cuáles son estos ‘avances’, y cuál es su alcance”⁴¹. Citando a Eskridge, sostiene “Quieren que la Constitución sea un instrumento para la libertad y no un freno a ella”.

Resulta interesante adentrarnos en las ideas de Eskridge ya que defiende esta postura utilizando herramientas provenientes de la teoría de la elección pública. La idea sería, en este caso, que los jueces –paradójicamente, por el mismo hecho de no ser electos- pueden llegar a ser mejores representantes que los propios políticos, dado que los últimos se encuentran sujetos a la presión de grupos de intereses que, por ejemplo, pueden bregar para que algunas normas no sean actualizadas cuando es necesario⁴².

Por otro lado, Eskridge⁴³ considera que tanto la constitución como las leyes deben ser objeto de una interpretación dinámica, esto es, deben ser interpretadas a la luz del contexto social, político y jurídico actual. Según este autor, al interpretar la Constitución, los/as jueces no consideran solo el texto constitucional, sus antecedentes históricos, sino también su historia interpretativa posterior, desarrollos constitucionales relacionados y los hechos sociales actuales. Así considera que los/as jueces actúan como diplomáticos cuya autoridad para ordenar es limitada, puesto que deben actuar según las indicaciones

³⁷ Ackerman, B., *op. cit.*, págs. 37 y 38.

³⁸ Gargarella, R., *op. cit.*, p. 215.

³⁹ Gargarella, R., *op. cit.*, págs. 215 y 216.

⁴⁰ Gargarella, R., *op. cit.*, pág. 217.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Cita nro. 2 de Gargarella, R., *op. cit.*, pág. 215.

⁴³ Eskridge, W. N. Jr., "Dynamic Statutory Interpretation" (1987). Faculty Scholarship Series. 1505. https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1505

de sus autoridades nacionales, pero que a menudo deben actualizar esas indicaciones para cumplir con las cambiantes circunstancias internacionales. De este modo se diferencia de otros enfoques de interpretación dinámica como el que propone Dworkin, para quien el juez enfrenta la tarea hercúlea de otorgar coherencia magistral a la ley⁴⁴. Eskridge entiende que la interpretación no es un descubrimiento arqueológico, sino que es una creación dialéctica. Destaca que no es una mera exégesis para dar con el significado histórico, sino que es una hermenéutica para aplicar ese significado a los problemas y las circunstancias actuales. La dialéctica de la interpretación de las leyes es un proceso para entender un texto creado en el pasado, pero aplicado a un problema presente.

Para llevar adelante la tarea, el intérprete debe considerar tres perspectivas: 1. la textual, esto es el enfoque formal de la interpretación que limita el espectro de opciones interpretativas disponibles. 2. la histórica, referida a las expectativas legislativas originales vigentes al momento de la sanción de la ley, lo que incluye los compromisos asumidos y 3. la evolutiva, que considera el devenir de la ley y su contexto actual, especialmente las formas en las que el ambiente social y legal de la ley han cambiado a lo largo del tiempo.

En el modelo de interpretación dinámica propuesto por Eskridge se combinan estas tres perspectivas. Sin embargo, considera que la perspectiva evolutiva es más importante cuando el texto legal no es claro y las expectativas legislativas originales han sido superadas por los cambios posteriores en la sociedad y el derecho. En estos casos, el texto y la historia no serán suficientes, por lo que el intérprete encontrará que las políticas actuales y las condiciones sociales son lo más importante. Entiende que son casos difíciles aquellos en los que un texto claro o con pruebas históricas sólidas, o ambas cosas, son incompatibles con los valores y políticas actuales.

Otro autor cuyo tema de estudio es el constitucionalismo vivo es Strauss, para quien una constitución viva es una que evoluciona, cambia con el tiempo y se adapta a nuevas circunstancias, sin ser formalmente enmendada⁴⁵. Esta teoría no está exenta de críticas. Una de ellas es la que sostiene que una constitución viva sería manipulable, en particular por los jueces. Ello daría lugar a que la idea misma de Constitución se desvanezca. Al parecer queremos una constitución que sea viva, adaptable, cambiante, pero al mismo tiempo estable e impermeable a la manipulación humana. La pregunta es si es ello posible.

Strauss⁴⁶ entiende que una Constitución del *common law*, como la estadounidense, es una Constitución viva dado que el principal mecanismo de cambio es la evolución de la ley a través del desarrollo del precedente. Entonces, la respuesta a las críticas que sostienen que el constitucionalismo vivo es una excusa para el capricho judicial es que el *common law* ha restringido la actividad judicial por siglos en temas como contratos y derecho de propiedad. De esta manera, para Strauss, los cambios en la interpretación constitucional se producen y justifican de igual manera que se producen las modificaciones de los precedentes en el *common law*. Este sistema jurídico hace énfasis en el precedente y en la tradición, pero deja lugar también a la innovación. En las circunstancias excepcionales en las que el precedente no es claro para resolver el caso (*left open/overrule a precedent*), el *common law* permite el razonamiento del juez.

⁴⁴ Eskridge, W. N. Jr., *op. cit.*, p. 1482.

⁴⁵ Strauss, D.A., *The Living Constitution*. Recuperado de <https://www.law.uchicago.edu/news/living-constitution> 27/09/2010

⁴⁶ Strauss, D. A., "Do We Have a Living Constitution?", *Drake Law Review*, (59) 973, 2011, pp. 973-984.

El autor señala que ese razonamiento se basa en una serie de actitudes como la humildad, la desconfianza en las abstracciones, la inclinación a aceptar acuerdos que parecen haber funcionado bien durante un largo período de tiempo⁴⁷. Pero además de ello, las consideraciones de equidad y buena política son relevantes para tomar una buena decisión jurídica. Agrega que el cambio es producto de una línea de precedentes que imperceptiblemente van modificando el contenido del derecho constitucional. Finalmente, señala que una ventaja de este enfoque es que permite a los jueces incluir consideraciones morales en sus argumentos y no les exige hacer como si buscaran un significado original.

Hasta aquí hemos querido demostrar que la adhesión a una teoría como la del constitucionalismo viviente exige avanzar en mayores especificaciones acerca de las tesis que se comparten. En este orden, resta analizar las tesis del originalismo que el máximo tribunal considera como la contracara de la elección que realiza.

Las tesis del originalismo⁴⁸ fueron concebidas como un límite a las interpretaciones del derecho. En resumen, esta teoría aboga por el anclaje del contenido de la Constitución según el sentido original que le dieron sus creadores y sostiene que la máxima más importante en la interpretación de un texto legal “consiste en descubrir el significado que le dieron aquellos que la redactaron”⁴⁹.

Esto es, no se oponen a la evolución jurídica del texto constitucional, sino a que esa tarea esté a cargo de las juezas y los jueces, antes que a través de la reforma del texto legal. Así, las principales tesis del originalismo pueden identificarse con el argumento democrático y el argumento de la seguridad jurídica.

El argumento democrático defiende la tesis del originalismo como la única alternativa interpretativa respetuosa de la voluntad democrática de la ciudadanía: “La idea es que la ciudadanía ha dado forma a una Constitución, y que se ha comprometido entonces a respetar dicho texto mientras esté vigente. La propia ciudadanía, como dijéramos, conserva en sus manos las llaves del cambio: ella puede modificar la Constitución cuantas veces quiera. Mientras no lo hagan, los intérpretes de la misma –digamos, los jueces– tienen que someterse a dicho texto, y atarse al significado que le atribuyeron sus creadores”⁵⁰.

El argumento de la seguridad jurídica, en cambio, postula que el originalismo “es un método interpretativo necesario si lo que se quiere es evitar la “tiranía del intérprete” (de modo habitual, la “tiranía de los jueces”)”⁵¹ Sobre esto, Gargarella critica reflexivamente diciendo

el originalismo no nos asegura una de las promesas más importantes que orgullosamente nos ofrecía, y que era la de la “certeza interpretativa.” Como dijera Mark Tushnet, el originalismo recurre, por un lado, al método hermenéutico para examinar la historia evitando arbitrariedades, pero, por otro lado, deja de lado tal

⁴⁷ Strauss, D. A., *op. cit.*, pág. 977.

⁴⁸ Para un desarrollo en profundidad de este tema ver: Scalia, A., “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, *The tanner lectures on human values*, Princeton University, 1995; Solum, L. "What is Originalism?: The Evolution of Contemporary Originalist Theory", *Northwestern University Law Review*, 113, 2019, entre otros.

⁴⁹ Cita a Berger, Gargarella, R., *op. cit.*, pág. 219.

⁵⁰ Gargarella, R., *op. cit.*, pág. 220.

⁵¹ Gargarella, R., *op. cit.*, pág. 219.

método a fin de seleccionar las opiniones constitucionales que va a tomar en cuenta. En dicha tarea, no sólo se ve obligado a reconstruir el pasado, sino a hacerlo creativamente. En última instancia, el originalismo exige a los jueces la permanente elección entre múltiples posibilidades (¿qué opiniones tomar en cuenta? ¿qué materiales considera relevantes?), subvirtiendo la pretensión de indiscutible certeza con la que se enfrentaba a las doctrinas a las que se opondría. Finalmente entonces, la discrecionalidad del intérprete, que a toda costa quería evitarse, termina infiltrándose por la puerta trasera⁵².

Esto es, el argumento en favor del originalismo, necesita basarse en algo que vaya más allá de la historia.

Este acotado desarrollo de ambas teorías y algunas de sus críticas nos permite realizar algunas reflexiones sobre el considerando II de la sentencia analizada. Si bien el Tribunal da como ejemplo la discusión estadounidense entre las tesis originalistas y del constitucionalismo viviente para dar cuenta del estado del tema, desde nuestro punto de vista, no se justificó por qué adhiere a la segunda. Tampoco aclara si las mencionadas en la discusión -originalismo y constitucionalismo viviente- representan los únicos extremos posibles de la interpretación constitucional. Es escasa la determinación acerca de cuál es el objeto de interpretación en cuestión, si cualquier norma o únicamente aquellas de raigambre constitucional y cuando estén en juego derechos fundamentales. Consideramos que el TSJ, en su voto mayoritario, no precisa con claridad qué casos deben ser interpretados de esta forma, si todos los casos o solo los casos difíciles o conflictivos. La misma consideración vale para la referencia únicamente a una interpretación en abstracto o también a la interpretación en concreto. Creemos que una aclaración sobre estas cuestiones contribuiría a construir una práctica jurídica robusta.

Hechas las aclaraciones y precisiones precedentes, el razonamiento del máximo tribunal se puede sintetizar de la siguiente manera: dado que ningún ejercicio interpretativo jurídico opera en el vacío sino en función de paradigmas o modelos, que se caracterizan por su temporalidad, subordinación contextual y valor consensual; que los paradigmas reflejan un sistema de valores y supuestos que identifican una determinada tradición cultural; que éstas son expresadas y canalizadas primeramente por movimientos sociales, grupos de opinión y luego -y teoría de la representación política mediante- por los componentes de los poderes legislativos; y que dado que la operación interpretativa es competencia del poder judicial y está condicionada por aquellos paradigmas actuales que convierten en inadecuados los significados producto de una interpretación estática, entonces, corresponde una interpretación dinámica de la Constitución.

A más de ese razonamiento, el máximo tribunal dejó en claro que lo que se discute en este caso es el rango ministerial de la Guía y no las vicisitudes de la situación de la mujer que sería la cuestión de fondo. También se deja ver que los derechos en juego (los de la mujer y los del supuesto *nasciturus*) han sido utilizados para analizar la competencia y su reglamentación. Ahora bien, a pesar de hacer todas estas precisiones, al avanzar en la lectura del fallo se advierte una discontinuidad discursiva. En efecto -tal como se detalló en la explicación de cada uno de los votos- el problema normativo al cual se le busca dar una respuesta, no es el conflicto de derechos entre la mujer y el *nasciturus*, discusión en la que la alternativa entre Constitución viviente y Originalismo parece tener mayor incidencia, si no la legitimación de la parte actora para promover este tipo de casos. En cierto sentido, entonces, el TSJ con la aclaración efectuada en el apartado analizado reconoce lo que los/as jueces deberían hacer en términos argumentativos en un caso

⁵² Gargarella, R., *op. cit.*, pág. 222.

concreto en dónde hay un profundo desacuerdo social, en el que está en juego el tipo de interpretación de fondo. Sin embargo, al momento de resolver, no aplica lo que previamente propone. En este sentido, corresponde recordar que la resolución del máximo tribunal, pese a las aclaraciones efectuadas, se limitó a analizar si el caso era colectivo y si la actora – Asociación Civil Portal de Belén– estaba legitimada para plantearlo.

5. Los *amicus curiae*

Una característica interesante que se dio en el proceso judicial que concluyó con la sentencia aquí analizada es que en él participaron “*Amicus curiae*”. La utilización de esta figura resulta coherente -en principio- con la pretensión del máximo tribunal de efectuar una interpretación dinámica de la constitución. Si al tribunal le interesa conocer los paradigmas e imaginarios sociales vigentes en el momento en que se realiza la interpretación, una forma válida y adecuada para acceder a ellos, es a través de los *amicus curiae*.

Esta figura procesal permite la intervención en el proceso de personas e instituciones ajenas a las partes pero que tiene un especial interés y conocimiento en el tema debatido. Ahora bien, este instituto y la forma en la que fue utilizado -por lo menos- en el caso concreto, presentan algunos inconvenientes, como se verá a continuación, para lograr el objetivo de servir a una interpretación dinámica.

Como lo aclara el TSJ en la resolución, esta figura no está contemplada en la legislación procesal local. Sin embargo, consideró que ello no era un impedimento para que tuvieran participación. Cabe aclarar que en un primer momento -específicamente durante la primera y la segunda instancia- las presentaciones fueron espontáneas, es decir no se articuló una vía procesal formal que permitiera la intervención de todo aquel que tuviera algún aporte para hacer. Sin embargo, una vez que la causa llegó al máximo tribunal los pedidos de intervención en el carácter mencionado se multiplicaron. Es por ello que el TSJ decidió ordenar el procedimiento y convocar mediante edictos a todos aquellos que quisieran aportar su opinión fundada sobre el tema. Para organizar y ordenar dicha medida, el TSJ aclaró que tuvo en cuenta la Acordada n.º7/2013 de la CSJN. Como consecuencia de tal convocatoria, se hicieron cincuenta y nueve presentaciones.

En la resolución se detallaron las asociaciones y personas que emitieron opinión con relación a la temática. En este contexto, resulta interesante la justificación que hace el máximo tribunal en la resolución sobre la importancia de esas intervenciones. Así, en el considerando I titulado “Los *amicus curiae* como una forma de facilitar y promover la participación en un proceso de gran relevancia social y pública” aclaró que la convocatoria se hizo con la finalidad de “escuchar diferentes actores sociales (...) sobre una cuestión urticante, en la que están en juego derechos fundamentales, y sin que la convocatoria significara afectar el derecho de defensa de las partes (...)”⁵³. A ello agregó que las opiniones no eran vinculantes. Además, reflexionó que este instituto permite la discusión de argumentos públicamente ponderados lo que amplifica las voces sociales en procesos de gran trascendencia social.

Linares entiende que, en los casos controvertidos, considerar y oír la pluralidad de opiniones diversas respetables aumenta el valor epistémico del proceso de toma de decisiones. El “derecho de voz” -como lo llama el autor- puede tener diferentes

⁵³ TSJ, Sala Electoral y de Competencia Originaria, “Portal de Belén”, S. N.º. 24, 18/12/2018, p. 22.

manifestaciones⁵⁴. La más amplia es la que se reconoce con la institución del *amicus curiae*. Al permitir que se incorporen en un proceso -en el que se ventila una cuestión controvertida- opiniones diversas se amplía la participación y aumenta su valor democrático y participativo.⁵⁵ Al parecer, esta es una cuestión que el máximo tribunal tuvo en cuenta ya que vinculó la incorporación de esta figura con el objetivo institucional previsto en el preámbulo de la constitución de Córdoba que promueve el establecimiento de una democracia pluralista y participativa.

Resta analizar si el valor epistémico que otorga la incorporación de este instituto al proceso disminuye por el hecho de que las opiniones no son vinculantes. Para esto, es dable recordar que la institución de los *amicus curiae* es un ejemplo de las nuevas formas dialógicas que se incorporaron a los procesos judiciales y que se enmarcan dentro del constitucionalismo dialógico. Ahora bien, la forma en la que se utilizaron pone en crisis su carácter, en tanto, esos “diálogos” se parecen demasiado poco a lo que el ideal en cuestión calificaría como tal⁵⁶. Basta con observar, como se dijo al inicio, el acotamiento de sus efectos.

En este sentido, no es posible inferir del desarrollo de la argumentación efectuada por el tribunal que las opiniones puestas en los *amicus curiae* hayan permitido o contribuido a resolver la causa en un determinado sentido, ni que hayan servido para delimitar los paradigmas vigentes en la sociedad (que el fallo menciona como importantes para resolver la cuestión, pero que no aclara cuáles son). Gargarella entiende que es “difícil considerar como diálogo una situación en donde las distintas partes no se encuentran situadas en posición de igualdad, sino que una de ellas aparece, en los hechos, como ubicada en un lugar de dominación”⁵⁷. Esto es, las medidas dialógicas han quedado demasiado apegadas a la decisión discrecional del órgano judicial, en tanto terminan desembocando en instancias típicas de decisionismo judicial, aunque abiertas, previamente, al reconocimiento de voces antes no escuchadas⁵⁸.

La idea fundamental que subyace al constitucionalismo dialógico es que la resolución de los conflictos sociales debe alcanzarse a través de acuerdos conversacionales donde intervengan todos los potencialmente afectados. Esta cuestión está directamente vinculada con el ideal de la democracia deliberativa. Los sistemas de democracia deliberativa “buscan asegurar que el proceso de toma de decisiones se asiente en un diálogo inclusivo”⁵⁹. Sin embargo, nuestra organización institucional se basa en un sistema de frenos y contrapesos, con lo cual la incorporación de figuras dialógicas resulta compleja y genera algunas dificultades.

Muestra de ello, es el funcionamiento de una figura dialógica en un sistema institucional que se resiste a la nueva práctica. Al estar enmarcadas en la tradicional estructura de los

⁵⁴ Otra manifestación del derecho a voz son las audiencias públicas en los tribunales. Para un estudio detallado de este tema ver: Benedetti, M. y Sáenz, J., *Las audiencias públicas de la Corte Suprema*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

⁵⁵ Linares, S., *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008.

⁵⁶ Gargarella R., “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos”. En Gargarella, R. (Comp.) *Por una Justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI editores, CABA, 2014, págs. 119-158.

⁵⁷ Cfr. Gargarella, R., *op. cit.* pág. 148.

⁵⁸ Cfr. Gargarella, R., *op. cit.* pág. 149.

⁵⁹ Cfr. Gargarella, R., *op. cit.* pág. 124.

frenos y contrapesos -estructura que no se convierte en un límite normativo, pero sí en uno de tipo institucional-fáctico- las soluciones dialógicas encuentran dificultades para estabilizarse como prácticas nuevas y sus efectos a veces tienden a verse limitados o socavados⁶⁰. Por ello, más que “Cortes dialógicas” se trata de Cortes que eventualmente utilizan herramientas dialógicas⁶¹.

Volviendo a la situación de la Provincia, el primer problema que se advierte es que la legislación procesal cordobesa no contempla específicamente el instituto, por lo cual su aplicación depende del devenir particular de cada caso concreto. En segundo lugar -y quizás este sea el principal inconveniente- resulta difícil considerar que en los términos en los que se hicieron las presentaciones exista un verdadero diálogo. No debe desconocerse que las presentaciones no fueron vinculantes, y que el poder judicial se encuentra en una posición privilegiada de preeminencia frente a las opiniones vertidas, ya que en definitiva es quien tiene la última palabra en el caso. No obstante, el carácter no vinculante de la figura no implica, o mejor dicho, no exonera al tribunal de exponer los argumentos o considerandos que muestran la valoración o escucha de las opiniones recibidas.

A pesar de ello, consideramos sumamente positiva la incorporación de herramientas dialógicas en el ámbito del poder judicial ya que en algún sentido y a pesar de los inconvenientes mencionados abren el juego hacia la sociedad y permiten que los potencialmente afectados den su opinión. Restará seguir trabajando en ellos para profundizar y mejorar sus efectos.

6. Evaluación final

Con este artículo nos propusimos introducir puntos de discusión en el análisis del fallo Portal de Belén del TSJ. Si bien no fue posible abordar todos los argumentos de los tres votos -el voto en mayoría y las dos disidencias- creímos oportuno iniciar con el apartado sobre interpretación del voto en mayoría. Esta selección se justifica en que el propio tribunal entendió fundamental y oportuno efectuar una aclaración con relación al modo en que debe interpretarse el derecho, y especialmente la Constitución.

Para efectuar este análisis, en primer lugar, hicimos una breve referencia a qué se entiende por interpretar en el ámbito del derecho y en particular, referimos a la interpretación constitucional. Desarrollamos brevemente la teoría de la interpretación dinámica y tomamos en particular el desarrollo realizado por dos de sus exponentes: Eskridge y Strauss. También mencionamos algunas de sus críticas y desarrollamos los conceptos fundamentales de las teorías originalistas. Todo ello sirvió para analizar la elección del TSJ por la Teoría de la Constitución viviente.

Advertimos que, si bien el Tribunal da como ejemplo la discusión estadounidense entre la teoría originalista y la teoría del constitucionalismo viviente, no ofrece mayor explicación acerca de por qué adscribe a esta última, a cuál de sus variadas vertientes se refiere o incluso si las utilizadas en la discusión representan los únicos extremos posibles de la interpretación constitucional. Es más, tampoco aclara qué debemos interpretar haciendo uso de las herramientas que brinda esta teoría, si cualquier disposición normativa o únicamente aquellas de raigambre constitucional, y cuando estén en juego

⁶⁰ Cfr. Gargarella, R., *op. cit.* pág. 122.

⁶¹ Cfr. Gargarella, R., *op. cit.* pág. 149.

derechos fundamentales. Por otro parte, tampoco da precisiones sobre los casos que deben ser interpretados de esta forma: solo los casos difíciles o conflictivos o todos.

Para avanzar en estas precisiones no alcanza, desde nuestro punto de vista, con argumentos de autoridad respecto de los cuales no se justificó la elección ni se debatieron esas ideas. Incluso, tampoco serían claros exponentes de la teoría que el TSJ pretende defender. Todas estas cuestiones debieron ser aclaradas en la resolución si lo que se pretendía con ese considerando era construir una práctica jurídica robusta en materia de interpretación constitucional que permitiera conocer y predecir el modo en el que el máximo Tribunal local interpretará normas constitucionales para resolver este tipo de casos.

La segunda cuestión analizada fue la inclusión en el proceso judicial de la figura de los *amicus curiae*, como una manera de incorporar a la supuesta interpretación viva de la Constitución, los diferentes paradigmas y modelos vigentes que subyacen a dicha interpretación. La importancia de este tema está dada por el hecho de que se permitió su participación a pesar de no ser un instituto contemplado por la ley procesal local. Esta herramienta propia del constitucionalismo dialógico, con los defectos y los problemas que advertimos, abre la posibilidad de que en procesos judiciales en los que se debaten temas fundamentales para la sociedad puedan participar y emitir su opinión personas que no son parte en sentido jurídico procesal. Ello habilita entonces un diálogo del poder judicial con la sociedad.

Para terminar, es importante resaltar que la interpretación constitucional no está exenta de dificultades, sobre todo si se tiene en cuenta que en este caso la cuestión de fondo era el derecho al aborto. Por ello, más allá de los comentarios críticos y constructivos que se efectuaron a la resolución, es destacable que el máximo tribunal provincial coloque sobre la mesa de discusión estas cuestiones. Es una práctica institucional que es necesario promover y difundir. Sobre lo que no caben dudas es que no se puede resolver un desacuerdo social profundo como este, siendo consistentes únicamente en la aplicación de una metodología interpretativa.

Sin lugar a dudas, el análisis efectuado en este texto no agota en absoluto el tema e incluso genera nuevas inquietudes que quedarán pendientes para futuros trabajos.