

**LA INTERPRETACIÓN CONVENCIONAL CONFORME EN LOS LITIGIOS  
DE SALUD POR PRESTACIONES RELATIVAS A TÉCNICAS DE  
REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA:**

**¿UN INSTRUMENTO DE TUTELA SANITARIA DE LOS VULNERABLES?  
UNA PERSPECTIVA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LOCAL**

**CONSISTENT INTERPRETATION ON HEALTH LAWSUITS RELATED TO  
ASSISTED HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES: ¿A SANITARY  
PROTECTION INSTRUMENT FOR VULNERABLE PERSONS? A LOCAL  
PROCEDURE CONSTITUTIONAL LAW PERSPECTIVE**

*Victorino Solá<sup>1</sup> y Roxana del Valle Foglia<sup>2</sup>*

*“(…) en el problema de la interpretación, la última instancia metafísica del significado coincide con la última instancia política de la soberanía”,*

*Monateri, P.G. (2017) Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado, Olejnik, Santiago de Chile, p. 17.*

**Resumen:** El presente texto explora la relevancia de la adjudicación constitucional -por los tribunales de justicia- del derecho a la salud reproductiva a través del análisis del discurso judicial del máximo órgano del sistema judicial de Córdoba, con énfasis en el impacto del método de interpretación conforme sobre el campo de la teoría general de la interpretación como así también en la trascendencia de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro de un sistema de protección multinivel de derechos humanos.

---

Artículo recibido el 28/5/2021 – aprobado para su publicación el 1/2/2022.

<sup>1</sup> Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Posdoctorado CEA – UNC, Programa Multidisciplinario de Formación Continua para Doctores en Ciencias Sociales, Humanidades y Artes. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales (Università di Pisa). Especialista en Justicia Constitucional e Interpretación y tutela de los Derechos Fundamentales (Universidad de Castilla-La Mancha). Secretario Legal y Técnico, FD–UNC. Director de la Revista *Derecho de las Minorías*. Docente de grado y posgrado en Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Convencional y Derecho Procesal Transnacional. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, del Instituto de Federalismo e Historia del Derecho de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, del Instituto de Derechos Humanos de la FDCS de la UCC y del Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario. Miembro revisor de diversas revistas jurídicas, nacionales e internacionales, e investigador. Autor de libros, artículos y publicaciones científicas.

<sup>2</sup> Abogada. Magister en Derecho Procesal (U. S. XXI). Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales (Università di Pisa). Especialista en Abogacía del Estado (Procuración del Tesoro – Escuela de Abogados del Estado). Diplomada en Derechos Humanos con perspectiva de género. Diplomada en Migrantes y Protección de Refugiados. Diplomada en Resoluciones judiciales y Recursos. Observadora electoral internacional. Docente de Derecho Procesal Constitucional y Adscripta al Régimen Docente en Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal en la FD de la UNC. Miembro revisora de diversas revistas jurídicas, nacionales e internacionales, e investigadora. Autora de libros, artículos y publicaciones científicas.

**Abstract:** Throughout this entry, the issuers look into relevance of constitutional adjudication -by law courts- of reproductive health right(s) across the analysis of judicial discourse by the highest body at Córdoba's justice system, with stress on the impact of consistent interpretation across the field of general theory of interpretation as well as in the transcendence of International Human Rights Law's sources within a multilevel framework of human rights protection.

**Palabras clave:** salud reproductiva – técnicas de reproducción humana asistida – protección multinivel de derechos humanos - interpretación conforme – análisis del discurso judicial.

**Key words:** reproductive health – assisted human reproduction techniques –human rights multilevel protection - consistent interpretation – judicial discourse analysis

SUMARIO: I. Introducción. ¿Tomando en serio el derecho a la salud en cuestiones reproductivas? II. La voluntad procreacional, el derecho a la salud y las técnicas de reproducción humana asistida en el discurso del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Sobre su dimensión socio-cultural en contextos de vulnerabilidad. III. El proceso constitucional de amparo como vía expedita de tutela del derecho a la salud reproductiva. IV. Agenda y hermenéutica judicial. Algunos registros jurisprudenciales del TSJ sobre la interpretación convencional conforme en los litigios de salud por prestaciones relativas a técnicas de reproducción humana asistida. V. Reflexiones de cierre: ¿decir es hacer? A propósito de la interpretación como señoría.-

## **I. Introducción. ¿Tomando en serio el derecho a la salud en cuestiones reproductivas?**

1. El rasgo mayormente difundido en el lenguaje jurídico contemporáneo de los derechos estriba en que gran parte del mismo se emplea para expresar la idea de que los *derechos humanos* son *especiales*, pues -de acuerdo a la mayoría de los comentaristas- se precian entre los más *importantes* y *fundamentales*.<sup>3</sup> Con esto -además- se aspira a significar que es, precisamente, en la *práctica discursiva* (que incluye afirmaciones hechas en Constituciones, tratados y otros documentos internacionales, como así también argumentos expuestos por funcionarios políticos, cuerpos judiciales, académicos, etc.) en la que se toma debida nota de sustanciosos interrogantes: *v.gr.*, ¿cuánto debe gastar un Estado en salud?, ¿cuál es el nivel de atención médica que una sociedad decente debe ofrecer a todos?, ¿de qué modo se decide cuál es el nivel mínimo de atención sanitaria que es justo que todos reciban?, etc.<sup>4</sup>

Parece que un modo de ensayar un conteste a las inquietudes precedentes podría encontrarse en el enunciado de quienes argumentan que *la justicia exige que cada persona disfrute, tanto como sea posible, de iguales oportunidades para desarrollar sus potencialidades*, aunque sin dejar de presentar otro uso argumentativo equivalentemente relevante: las condiciones previas para la instauración de tal igualdad incluyen un *acceso igualitario a la atención sanitaria*, de modo que la justicia requiere no sólo que

---

<sup>3</sup> DWORKIN, R.M. (2011) *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, p. 332.

<sup>4</sup> DWORKIN, R.M., *Justice in the Distribution of Health Care*, McGill L. J., 39 (1993) 883.

las autoridades provean de servicios de salud sino -también- que ninguna persona pueda adquirir una proporción inicua de tales prestaciones.<sup>5</sup>

Estas características se combinan -en la discusión actual de los derechos- con otro rasgo no menos poderoso y sobresaliente, debido a que, de estar al estadio de desarrollo que (desde mediados de la centuria pasada hasta la actualidad) transita el *reconocimiento internacional de los derechos* -con clara reminiscencia al ideario dworkiniano que encabeza el subtítulo-, el lector podrá percatarse como se ha contribuido al mismo a través de la imposición a los Estados de un catálogo de *obligaciones mínimas*, entre las que despuntan la *prohibición de no regresividad* o la veda de tratamientos que se valgan de *distinciones* basadas en *categorías sospechosas o de discriminación prohibida* (enlistándose, *v.gr.*, motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, etc.), al propio tiempo que se ha recurrido a la demanda de *implementación impostergable e ineludible de acciones afirmativas o medidas de acción positiva* con el propósito de eliminar y/o neutralizar barreras de índole diversas -*v.gr.*, sociales, políticas, culturales, económicas, etc.-, habitualmente edificadas en el seno de una comunidad en desmedro de la dignidad de sus integrantes.

A la luz de estas consideraciones no podría, por cierto, descartarse ingenuamente la emergencia de obstáculos, pues de tales argumentaciones se sigue el acuse de las dificultades-frecuentes, por cierto-que se constatan en la pretensión de cobertura integral por los servicios de salud; las descripciones más influyentes sobre el punto no dejan de revelar que significativos sectores de la población resultan relegados de los mismísimos rebordes de una existencia humana con la dignidad que le es inherente, marginados hacia una condición de *materialidad frágil*<sup>6</sup> que actualiza los riesgos que acarrea su latente *situación de vulnerabilidad*, desnaturalizándose, así, los fines que sustentaron el reconocimiento de la *titularidad* de sus derechos de orden constitucional e internacional, o bien, *obstaculizándose* su *ejercicio* efectivo e igualitario.

2. ¿Cuál es la clave que conecta tales aspectos con el derecho a la salud en cuestiones reproductivas? El aspecto (al menos, el más general) de la contestación debería comenzar por recordar, en este exordio, que la salud es concebida como “(...) un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>7</sup>; el aludido estado se integra, por cierto, con el derecho humano a su *acceso* y constituye un núcleo discursivo refractario al empleo de usos argumentales de corte reduccionista, asentados en criterios y parámetros económicos, financieros y/o presupuestarios (a los que suelen recurrir los sujetos, públicos y privados, obligados a su prestación).

Ante la presencia de padecimientos y limitantes que inciden en el bienestar de las personas, la idea de *inclusión* exuda un peso notable, prácticamente medular al presentarse como uno de los *principios rectores* del movimiento en pos de derechos

---

<sup>5</sup> MACINTYRE, A. (2011) *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Bloomsbury, London, p. 8.

<sup>6</sup> FINEMAN, M. A., *Elderly as Vulnerable*, Elder L. J., 2 (2012) 89.

<sup>7</sup> Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York, entre el 19 de junio y el 22 de julio de 1946, y firmada en esta última fecha por los representantes de 61 Estados, sin perjuicio de que entrara en vigor el 7 de abril de 1948.

plenos y ampliados<sup>8</sup>, y -a su vez- erigirse en un *enclave fundamental* para el andamiaje de la eficacia de su tutela y de una justicia de acompañamiento social. Empero, de momento basta poner de relieve que –en opinión de ciertos estudiosos- se corroboran prácticas institucionales y societales, de signo positivo como negativo, que menguan y desactivan la virtualidad de la protección y aseguramiento de los derechos de las personas vulnerables (y hasta las acorralan en las rémoras de un *proyecto vital malogrado* por la *marginación*, la *exclusión*, la *subordinación*, etc., sistemáticas e históricas en algunos supuestos), comprometiendo, de esta manera, las condiciones de una *vida digna de ser vivida*.<sup>9</sup>

Así, es común a una arraigada línea de argumentación sostener que (frente a las mencionadas prácticas) una de las herramientas a la que se le asigna la función de derrumbar los mencionados impedimentos finca en el *acceso a la justicia* -en tanto los justiciables, por su intermedio, se encaminan a obtener la prestación de *tutela jurisdiccional efectiva*-; en particular, los *procesos constitucionales de garantía* (inclusive, a través del formato del *litigio estratégico*) son presentados por sus adherentes como atractivos instrumentos adjetivos orientados a de-construir *patrones de conducta discriminatorios* y, al mismo tiempo, construir, diseñar, diagramar, ejecutar, etc., una matriz de *políticas públicas estatales de impacto* en la re-definición de una sociedad inclusiva, pluralista, participativa y, por consiguiente, más justa.

El planteo desplegado hasta el presente obedece a la necesidad de anticiparse, en cierta medida, a un rumbo pendiente de justificación si del derecho a la salud en cuestiones reproductivas se trata. Acontece que el mundo forense, y la rica prédica jurídica en pos de los derechos, constituyen un ámbito de debate propicio para indagar en *qué medida y bajo qué condiciones el litigio de salud puede prevenir y/o neutralizar las consecuencias dañosas para la salud genésica de los justiciables* (al margen que deba recordarse, también, que nada obsta a que la discusión luzca abordada con perspectivas diversas y enriquecedoras en la búsqueda de vías procesales eficaces para la realización de la persona y su dignidad, sin discriminaciones injustas o arbitrarias).<sup>10</sup>

## **II. La voluntad procreacional, el derecho a la salud y las técnicas de reproducción humana asistida en el discurso del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Sobre su dimensión socio-cultural en contextos de vulnerabilidad**

**3.** Al mismo tiempo, con la meta de ganar una perspectiva más amplia podría volverse la vista a los registros del Derecho procesal constitucional local, en los que el asunto

---

<sup>8</sup> HAHN, H., *The Politics of Physical Differences: Disability and Discrimination*, J. of Social Issues, 44 (1) (1988) 39-47.

<sup>9</sup> KORSGAARD, C. (1996) *Personal Identity and the Unity of Agency: A Kantian Response to Parfit ap. Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge University Press, New York, pp. 363-398. También puede consultarse provechosamente el trabajo de la *Maxine Elliot Professor* de la Universidad de Berkeley, Butler, J. (2009) *Frames of War: When is Life Grievable?*, Verso, New York – London, pp. 1 y ss.

<sup>10</sup> MORELLO, A.M. (1999) *La tutela de los intereses difusos en el Derecho argentino. Legitimaciones, medidas cautelares, trámite y efectos del amparo colectivo*, Platense, La Plata, p. 31.

-que aquí convoca la atención del lector- parece exhibir variaciones sugestivas, en la medida que Sanford V. Levinson ha alertado:

“(…) ahí está un tesoro escondido de material delante de nuestros propios ojos, si sólo pudiéramos ser arrancados de nuestra fijación en la Constitución federal (...) incluso complementada por miradas de otras constituciones nacionales.”<sup>11</sup>

Sentado ello, conviene destacar que los resultados de la interpretación de los textos legales por un tribunal de justicia constituyen un cierto modo de entender, formular y -eventualmente- aplicar las reglas legales.<sup>12</sup>

Se hace reconocible tal propiedad si se repara en la cuidadosa lectura de algunos pronunciamientos recientes del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba-en adelante, TSJ-, en virtud de que en sus anales jurisprudenciales sobre el tópico<sup>13</sup> no ha resultado infrecuente la reseña de los *formantes normativos*<sup>14</sup> del *derecho a la salud*, el cual exhibe (en opinión de los supremos locales) la catadura de un derecho humano consagrado en numerosos instrumentos *internacionales*: v.gr., arts. VII y XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -en adelante, DADDH-; 3, 8 y 25, Declaración Universal de Derechos Humanos -en adelante, DUDH-; 12, incisos 1 y 2, ap. d, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -en adelante, PIDESC-; 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -en adelante, PIDCP-; 4, incisos 1, 5, 19 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH); etc. Tales documentos normativos, por cierto, ostentan jerarquía constitucional conforme lo normado por el inciso 22 del art. 75 del *texto constitucional federal*.

---

<sup>11</sup> LEVINSON, S.V., *America's Other Constitutions: The Importance of State Constitutions for Our Law and Politics*, Tulsa L. Rev., 45 (2013) 813-822, 816. Tal vez la capacidad de los Estados federados no solamente para reformar sus textos constitucionales con cierta frecuencia y facilidad, sino también para superar los ya vigentes, entraña una amplia evidencia de que existe -acaso afortunadamente- una reducida medida (y hasta ninguna) de veneración -*veneration*- hacia el documento fundamental federal, *cfr.* *Ibidem.*, *Constitutional Faith*, Princeton University Press, Princeton, 1988, pp. 9 y ss.

<sup>12</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, C. - DE MORAIS CARVALHO, J. (2018) *Introducción al Derecho comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, p. 116, con la aclaración de que -siempre- que constituyan la *ratio decidendi* de un caso concreto, los aludidos resultados forman un *precedente*; de este modo -añaden los Profesores de la *Universidade Nova de Lisboa*- puede operar, según el sistema jurídico del precedente *vinculante*, una sustracción a los tribunales de justicia de su competencia para la interpretación de los documentos normativos que ya han sido objeto de exégesis anterior por otro o por la misma corte de justicia en el ámbito de la sentencia de la que debe extraerse el precedente. De aquí que la base del Derecho norteamericano, enseña Mario Sarfatti, es el *Common Law* inglés, sucesivamente reelaborado en instituciones -en particular por leyes especiales fundadas en la Constitución-, *cfr.* Sarfatti, M. (2018) *Introducción al estudio del Derecho comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, p. 104.

<sup>13</sup> En este sentido, *vide in profundis* TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Sentencia n.º 1, de fecha 27/2/2018, en el asunto "O., A.F."; *Ibidem.*, Auto n.º 3, de fecha 2/3/2018, en el asunto "V. F., C. V."; *Ibidem.*, Sentencia n.º 24, de fecha 17/10/2019, en el asunto "A., A.D.V."; *Ibidem.*, Auto n.º 86, de fecha 27/12/2019, en el asunto "A., V.L."

<sup>14</sup> La teoría de los formantes legales (normativo, jurisprudencial y doctrinario), patrocinada por Sacco, R., *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, Am. J. Comp. L., 39 (2) (1991) 343, se focaliza en la construcción del Derecho -dice Pier G. Monateri- a través de una *actividad social* que supone un grupo de tipos personales, comunitarios e institucionales en los que resulta inmersa la labor de creación jurídica; es un formante -en el sentido preciso- que *otorga forma, modela, configura*, etc., una porción de lo que se rotula como Derecho, *cfr.* Monateri, P.G. (2012) *Methods of Comparative Law*, Elgar, Cheltenham - Northampton, pp. 7 y ss.

Con idéntica sintonía, se glosa la gravitación de la *carta constitucional local*, puesto que la Constitución de Córdoba -se recuerda-establece que la salud es un *bien natural y social* que genera en los habitantes del territorio provincial el *derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social* (art. 59, CP).

Bajo tales premisas, es usual -igualmente- que el discurso judicial del TSJ evoque, en los precedentes señalados, la noción de *salud genésica*, cuyo alcance ha sido desbrozado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los siguientes términos:

“(…) la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud.”

En consecuencia, más allá de su reconocimiento expreso en los documentos normativos precedentemente enlistados por el TSJ, se enjuicia que el derecho a la salud constituye un *sustratum* indispensable para el ejercicio de *otros derechos*, en tanto es una *pre-condición* para la realización de los valores en la vida y de los proyectos personales, y todo ser humano titulariza *derecho al disfrute del más alto nivel posible que le permita vivir dignamente*.<sup>15</sup>

Por su parte, tanto el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, de la misma manera que los enunciados normativos del Protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales (art. 10, del denominado *Protocolo de San Salvador* y aprobado por la Ley n° 24658), como del PIDESC (art. 12), establecen que toda persona tiene derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

4. De todo ello, el esquema argumentativo que diseña el TSJ desagua hacia la siguiente aseveración: el derecho a la salud (imprescindible para el desarrollo humano) se vincula directamente tanto con la *dignidad de la persona* cuanto con el *derecho a formar una familia*, de estar, entre otros, a los enunciados previstos en los arts. 16.1 y 16.3, DUDH y 23.2, PIDCP.

La afirmación que antecede se sustenta en la apelación al recurso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH). De ahí que se auspicie la proyección de *formantes jurisprudenciales* de tal signo, en especial los provenientes del Tribunal regional de derechos humanos (primordialmente en oportunidad de expedirse, a fines de 2012, en el caso “Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”) y con arreglo a los cuales se patrocina la siguiente proposición: *dentro del derecho humano a formar una familia se encuentra el derecho a la salud reproductiva* (art. 16, ap. e, CEDAW), cuya protección conlleva, entre otras obligaciones, el *mandato de favorecer de la manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar*, pues se trata de un derecho tan básico del *corpus* del DIDH<sup>16</sup>, que su goce útil no puede

---

<sup>15</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.º 14 (2000), *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrafo 14.

<sup>16</sup> Según el Tribunal cimero interamericano: “(…) *el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la*

desconocerse ni siquiera ante las circunstancias más extremas: *v.gr.*, el art. 27, inciso 2 de la CADH incluye a la protección de la familia en la nómina de derechos cuya suspensión no luce autorizada en la coyuntura de un estado de emergencia.

Así -en los pronunciamientos glosados- se previene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha evocado la exégesis auspiciada por el Comité de Derechos Humanos, en tanto este órgano de monitoreo del sistema de protección internacional de derechos humanos precisó que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia<sup>17</sup>, apuntando que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para su pleno ejercicio.

Bajo dicha protección, se destaca que el mentado derecho resulta vulnerado cuando se *obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad*, pues la salvaguardia de su vida privada incluye el respeto de las decisiones de convertirse en madre, a más de incluir la determinación de los integrantes de la pareja de erigirse en progenitores genéticos por medio de las técnicas de fertilización asistida.

5. A la par, en la ya citada saga de fallos del TSJ, se ha puesto de resalto la conexión de la salud genésica con el derecho de *beneficiarse del desarrollo y del progreso científico*:

*“(...) [d]el derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia, se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan a cada persona.”<sup>18</sup>*

Asimismo se ha subrayado lo dispuesto por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuanto declaró: *“(...) los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los logros de la ciencia y la tecnología contribuya a la realización más plena posible de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o creencias religiosas”* (Resolución n° 3384, de fecha 10.11.1975).

En suma, el derecho a beneficiarse de los progresos científicos ha sido destacado en varios precedentes jurisprudenciales en los que se han receptado los pedidos de cobertura médica de los costes que demandan la instrumentación de las *técnicas de reproducción humana asistida* (en adelante, TRHA), sean despachados por tribunales

---

*apetud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”, cfr. Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia Serie C/n° 220, de fecha 26/11/2010, párrafo 48. Del Voto Razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor.*

<sup>17</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General n.° 19, *Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia*, 39° período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), párrafo 5.

<sup>18</sup> Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, Sentencia Serie C/n° 257, de fecha 28/11/2012, párrafo 150.

de justicia en el orden nacional<sup>19</sup>, sean pronunciados por el Máximo Tribunal de orden provincial.<sup>20</sup>

Se sigue de lo expuesto hasta aquí que, en enlace con el derecho a gozar de los avances científico-tecnológicos, las TRHA pueden concebirse como “(...) *un modo o vía cada vez de mayor presencia para que las personas puedan formar familia.*”<sup>21</sup> En ese sentido, como una suerte de premisa insoslayable en la materia, el TSJ ha proyectado, en el ámbito de la justicia constitucional local, los estándares que la Corte IDH ha pergeñado al efecto:

“(…) [L]a decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja.”<sup>22</sup>

En la misma dirección, en los anales jurisprudenciales del TSJ no se ha dejado de tener presente que, al ritmo del *jus commune* interamericano, si se ha fijado (como se anticipara) que el derecho a la vida privada concierne tanto a la autonomía reproductiva cuanto al acceso a servicios de salud reproductiva, se comprende que el acceso a la tecnología médica necesaria para su ejercicio<sup>23</sup> se encuentra en intestino engarce con el derecho al goce de los beneficios del progreso científico, cuestión que, en el ámbito interamericano, se encuentra prevista por la DADDH (art. 13) y por el Protocolo de San Salvador adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PSS, art. 14.1, *b*).

En definitiva, las TRHA implican, en el parecer del TSJ, un fenómeno en el que coexisten la medicina reproductiva, la biotecnología y la ingeniería genética; todas ellas, conectadas desde una perspectiva bioética, y en las que las cuestiones éticas y deontológicas componen un núcleo (de preguntas y discusiones) insoslayable. Esto, en la medida en que ellas suponen una “(...) *disociación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad que viene a plantear una problemática que ha desbordado las estructuras jurídicas existentes.*”<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Enlistándose los siguientes fallos de tribunales inferiores: Cám. Fed. de Apel. de San Martín, Sala I, de fecha 11/11/2014, en el asunto “G. Y. S. c/ OSDE”; Trib. Crim. n.º 4 de La Plata, de fecha 18/6/2014, en el asunto “N., V.A. y otra c/ Instituto Obra Médica Asistencia (IOMA)”; Cám. Fed. de Córdoba, Sala A, de fecha 30/8/2013, en el asunto “B. G. y otro c/ OSPE – OMINT SA”; Cám. Nac. Apel. Civil y Com. Federal, Sala II, de fecha 26/3/2013, en el asunto “B., E. N. c/ OSDE s/amparo”; entre muchos otros.

<sup>20</sup> En este sentido, *vide in extenso* TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Sentencia n.º 1, de fecha 27/2/2018, en el asunto “O., A.F.”; *Ibidem.*, Auto n.º 3, de fecha 2/3/2018, en el asunto “V. F., C. V.”; *Ibidem.*, Sentencia n.º 24, de fecha 17/10/2019, en el asunto “A., A.D.V.”.

<sup>21</sup> Ha sido habitual que el *formante doctrinario* del discurso del TSJ repare en la siguiente cita autoral: “(...) Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora; ‘Técnicas de Reproducción Humana Asistida’, en Bergel, Salvador D.; Flah, Lily R.; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora y Wierzba, Sandra M.; *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 310.”

<sup>22</sup> Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, Sentencia Serie C/nº 257, de fecha 28/11/2012, párrafo 272.

<sup>23</sup> Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, Sentencia Serie C/nº 257, de fecha 28/11/2012, párrafo 146.

<sup>24</sup> Con reenvío a la reseña doctrinaria de HERRERA, M. - LAMM, E., *op. cit.*, p. 297.



Desde esa óptica, las TRHA hacen parte de un universo en constante movimiento y abierto al progreso científico. Por eso, precisamente, *v.gr.*, la Ley n.º 26862 brinda una definición parca, sin perjuicio que su redacción final propicie su optimización futura: “A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación” (art. 1).

6. Interpelar e interpelarse sobre el tratamiento que se dispensa al *alter* es un punto neurálgico (y hasta contundente) para la potencia modeladora de prácticas y conductas a la que aspira el buen suceso del discurso sobre los derechos; especialmente ante la afirmación de la constitucionalización de un cúmulo de instrumentos internacionales que encauzan el diseño y la ejecución de políticas públicas orientadas a conferir cumplimiento, con efecto útil y de buena fe, a los compromisos internacionales asumidos con sujeción a los procedimientos y recaudos constitucionales domésticos.

En este orden de ideas, Peter Häberle<sup>25</sup> advierte que los cultores de la teoría constitucional se entregan primordialmente a la reflexión sobre la tipología de las *constituciones democráticas*, entre cuyos componentes descuellan la *dignidad humana* (en tanto premisa antropológica cultural) y los *derechos fundamentales*; ambos componentes se incorporan en una democracia ciudadana constituida por el principio del *pluralismo*. De tal suerte que aquélla entraña la imagen, a tenor de los postulados popperianos, de una *sociedad abierta*.<sup>26</sup>

Precisamente ha sido una parte clave (a la luz de una conceptualización amplia de la noción de Constitución) en la argumentación de tales estudiosos, el mayor interés que debería prestarse, en la reflexión de los juristas, a las estructuras fundamentales de una comunidad, en la que se enfatiza la relación de los diferentes grupos entre sí y de éstos con sus integrantes, al punto que -en tales vinculaciones- un aspecto central es el logro en alcanzar un máximo de tolerancia a efectos de favorecer su existencia y desarrollos dignos.

El contraste está dado en que, a pesar que normativamente el texto constitucional reconoce la existencia -sin discriminaciones- de un catálogo de derechos a sujetos de preferente atención constitucional (*v.gr.*, mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad, etc.), lo cierto es que no resultan infrecuentes acciones y omisiones, de sujetos públicos y privados, que conllevan la alteración, restricción, lesión o amenaza de derechos de los colectivos vulnerables y sus miembros, postergados, así, a situaciones desventajosas e, incluso, relegados a una *ignominiosa segregación*.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> HÄBERLE, P. (2003) *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 1.

<sup>26</sup> *Vide in profundis* POPPER, K.R. (1992) *La sociedad abierta y sus enemigos*, Planeta-Agostini, Barcelona.

<sup>27</sup> La figura ha sido presentada por KRAUT, A.J. (2006) *Salud mental. Tutela jurídica*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 20.

Desde esta perspectiva -nuevamente el otrora catedrático de la Universidad de Bayreuth- ha apostado por la *fuerza transformadora* de una Constitución democrática, tan dinámica y vigorizante como la sociedad en la que se aplica, en cuya virtud se efectivice el principio de *progresividad* de los derechos al interpretarse que el canon constitucional que ordena reforzar la dignidad humana como componente esencial del Estado democrático y pluralista, resulta fuertemente comprometido con el *bien de los débiles*. En efecto, no es sino la *eficacia irradiadora* del Preámbulo<sup>28</sup> del renovado texto constitucional suizo de 1999: “(...) *la fortaleza de un pueblo de mide por el grado de bienestar de sus miembros más débiles*”, en el que se inscribe una *nueva ética de la responsabilidad en el ropaje del Derecho constitucional positivo*.<sup>29</sup>

### III. El proceso constitucional de amparo como vía expedita de tutela del derecho a la salud reproductiva

7. La exigencia actual de dotar de efectividad al ejercicio de los derechos reconocidos en el orden constitucional y metanacional (desbordándose, así, la dimensión de su vigencia meramente formal), determinó la incorporación en el texto constitucional, tanto provincial como federal, del *proceso constitucional de amparo* en su dimensión individual como colectiva.<sup>30</sup>

No parece, entonces, accidental que el nominalismo de las declaraciones, derechos y garantías haya sido superado por una *visión finalista de tutela efectiva*; sin duda, tal circunstancia -desde 1897- fue resaltada por Joaquín V. González:

“(...) *no son, como puede creerse, las ‘declaraciones, derechos y garantías’, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que los contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación.*”<sup>31</sup>

En realidad, esa fuerza vinculante es redefinida -actualmente- bajo el rótulo de *tutela judicial efectiva*, operativa de los derechos fundamentales amenazados o violentados mediante su resguardo o restablecimiento en sede tribunalicia, al componer justamente la litis conforme a una interpretación dinámica, finalista y funcional de los preceptos constitucionales y convencionales. En efecto, el acceso a la justicia y el derecho a la jurisdicción integran el andarivel procesal de protección eficaz, reforzado -en la estampa de un *Estado sin fronteras*<sup>32</sup>- por la adjudicación de rango constitucional, con sujeción

---

<sup>28</sup> Desde antaño la literatura constitucional alemana se ha aplicado a establecer relaciones entre los elencos normativos textualizados en la misma Constitución, sea a través de la máxima de la *unidad de la Constitución*, sea por intermedio de la *creación activa de contextos y de reservas de normatividad* que se encuentran en sus mandatos y/o pasajes preambulares, *vide in extenso* Hesse, K. (1999) *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, p. 27.

<sup>29</sup> HÄBERLE, P. *La Constitución en su contexto*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 7 (2003) 223-245, 239.

<sup>30</sup> Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 48; Constitución de la Nación Argentina, art. 43.

<sup>31</sup> GONZÁLEZ, J.V. (1952) *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, p. 102.

<sup>32</sup> MORELLO, A.M. (1988) *Dimensión Transnacional ap. Tutela Procesal de las Libertades Fundamentales*, Jus, Buenos Aires, p. 58. Sobre el tópico, Pier G. Monateri evoca que mientras la perspectiva kelseniana relegaba el orden jurídico a un mero *nexus* de normas formalmente válidas cuyo

al art. 75, inciso 22 CN, a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos (v.gr., arts. XVIII, DADDH; 8, DUDH; 25, CADH, etc.).

Parte del impulso que respalda este marco tuitivo parece deberse al protagonismo que ha ganado el principio *pro actione*, el que (capitalmente en el terreno de los procesos constitucionales) resguarda toda posible afectación del derecho de defensa en juicio de los sujetos individuales, sin menoscabo en la salvaguarda de los derechos de incidencia colectiva.

En consecuencia, la legitimación activa y los efectos de la sentencia, en la nueva dimensión del *proceso justo*<sup>33</sup>, ha ensanchado sus márgenes, por la mayor participación de los justiciables, tendiendo redes solidarias, como en el caso de las organizaciones no gubernamentales (ONG), cuando se vulneran, arbitrariamente e ilegalmente, intereses de trascendencia colectiva o transindividual.

**8.** En efecto, cualquier intento de tratar la cuestión desde el punto de vista que se ha adoptado tropieza con un ajuste inaugural. En efecto, sabido es que las garantías instrumentales de amparo, hábeas data y hábeas corpus ya no resisten el estrecho camino del procedimentalismo ortodoxo o clásico que modelara la legislación procesal de raigón liberal, y se encaminan (a través de un genuino viraje conceptual) hacia un ensanche de la legitimación procesal con miras a dotar de mayor eficacia práctica al sistema jurídico protectorio (en puridad, se trata de una *tutela judicial amplia de derechos ampliamente considerados*). Por descontado, Mauro Cappelletti lo percibe claramente:

“(…) los derechos y los deberes no se presentan más, como en los códigos tradicionales de inspiración individualista-liberal, como derechos y deberes esencialmente individuales, sino meta-individuales y colectivos.”<sup>34</sup>

¿Qué resulta de ello? Indudablemente una *revitalización del proceso amparista*, al envolver, con una protección más extensiva en su dimensión colectiva, a los derechos pasibles de afectación por el actuar u omisión tanto de autoridades públicas como de los particulares.

Desde este enclave, *la expansión de los derechos implicó, necesaria y correlativamente, la ampliación de los sujetos legitimados para su defensa en los estrados judiciales*, de estar a la letra y al espíritu que los constituyentes provinciales de 1987 imprimieron al art. 53 al inscribir positivamente la protección de los intereses difusos, de la misma

---

contenido sustancial era indiferente y presentaba a la norma fundamental [*Grundnorm*] en tanto postulado estrictamente lógico, Carl Schmitt (convertido en su más conspicuo adversario) mantuvo una concepción de la Constitución cual *orden concreto* basado en la aprehensión material y la división de los espacios y recursos; a su turno, añade el Profesor de la Universidad de Torino, mientras Hans Kelsen estimaba irrelevante la actual locación del orden jurídico (y hasta la eventual trascendencia de su *background*), el punto de vista schmittiano subrayaba sus consideraciones espaciales y especialmente su teología política, vide Monateri, P.G. (2018) *Dominus Mundi: Political Sublime and the World Order*, Hart Publishing, Oxford, Ch. II, & 2.

<sup>33</sup> Vide in extenso Morello, A.M. (1994) *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Platense, La Plata, como planteamiento perspicaz que complementa ampliamente la idea de su autoría que se esboza en el texto.

<sup>34</sup> CAPPELLETTI, M. *La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil (metamorfosis del procedimiento civil)*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 31/32 (11) (1978) 1-40.

manera que los reformadores de 1994 hicieron lo propio a través de la redacción que legaron en el segundo párrafo de la cláusula del art. 43 de la Carta Magna federal.

En esta empresa, entonces, difícilmente pueda el lector soslayar el análisis de los fenómenos sociales, políticos y económicos en que nacieron los institutos procesales<sup>35</sup> (al menos, si procura comprender las razones de su creación, modificación y, principalmente, de su funcionamiento).

No necesitaría discutirse la transformación que ha sufrido la legitimación en aras de la demanda reinante de brindar respuesta al *derecho a la jurisdicción*, determinando una nueva visión del Derecho procesal -percibida agudamente por Osvaldo A. Gozaíni- en tanto garantía de los derechos fundamentales y no únicamente un reservorio de instrumentos de connotación procesal.<sup>36</sup>

Sin embargo, otro aspecto sobresaliente (estrechamente asociado al anterior) se impone destacar, en función de que, en la actualidad, los justiciables pueden contribuir, a través del rol protagónico que les depara la legitimación procesal con el alcance mentado, en la elaboración, puesta en marcha y monitoreo de políticas públicas. Y ello así desde que su dignidad personal debe ser respetada en las múltiples facetas del obrar humano. Es, en puridad, la exigencia de una *justicia con un rostro más humano*, encaminada a conjurar todo atisbo de un excesivo ritualismo procedimental:

*“(…) en verdad estamos embretados dentro de una red de tecnicismos y de capas teóricas que obstaculizan, cuando no frustran, los resultados de la justicia. Es inocultable que ello suscita una rebelión contra lo establecido que no sabe dar respuestas sensibles a los requerimientos de hoy y que busca con empeño indeclinable un derecho procesal diferente, con sustanciales enfoques innovadores, profundos, que se haga cargo de las nuevas demandas. Es en este clima, que aflora con tanto ímpetu – incontrolable- el eje de la legitimación”<sup>37</sup>*

En suma, el giro de timón hasta aquí revistado evidencia que el proceso judicial, en lugar de estructurarse como un fin en sí mismo, opera -más bien- como un *medio para hacer valer la garantía de los derechos*.<sup>38</sup>

#### **IV. Agenda y hermenéutica judicial. Algunos registros jurisprudenciales del TSJ sobre la interpretación convencional conforme en los litigios de salud por prestaciones relativas a técnicas de reproducción humana asistida**

**9.** La evolución de las modalidades de actuación de las disposiciones internacionales sobre derechos humanos hace que se modifiquen -también- las tipologías de control

---

<sup>35</sup> Para una reflexión más lograda al respecto, puede consultarse FRIEDMANN, W. (1966) *El Derecho en una sociedad en transformación*, Fondo de Cultura Económica, México.

<sup>36</sup> GOZAÍNI, O.A. (1988) *Introducción al Nuevo Derecho Procesal*, Ediar, Buenos Aires, pp. 165-178; *Ibidem.*, *Teoría procesal de la legitimación*, LL. 1989-B-977.

<sup>37</sup> MORELLO, A.M. (1999) *La tutela de los intereses difusos en el Derecho argentino. Legitimaciones, medidas cautelares, trámite y efectos del amparo colectivo*, Platense, La Plata, p. 31.

<sup>38</sup> Ni tampoco transformarse en un *juego de sorpresas*, de estar al sugestivo rótulo patrocinado por la CSJN, *Fallos* 329:3493.

sobre su efectividad, las que asumen modalidades nuevas en función de verificar el comportamiento de los sujetos involucrados en el proceso normativo.<sup>39</sup>

Una de las fórmulas más efectivas para lograr la armonización entre el Derecho nacional y el DIDH, es a través de la llamada *cláusula de interpretación conforme*. En términos generales, ha sido conceptualizada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor como sigue:

“(…) [se trata de una] *técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertados constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.*”<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> AJANI, G. – GRAZIADEI, M. (2017) *Derecho comparado y teoría jurídica*, Olejnik, Santiago de Chile, p. 48, con la observación que sigue: si se observa, de cerca, el proceso de oferta y recepción de disposiciones en las cuales toman parte organismos internacionales y los Estados, es evidente que el Derecho internacional mantiene, en el parecer de los Profesores de la Universidad de Torino, la *ficción de la soberanía*.

<sup>40</sup> FERRER MAC-GREGOR, E., *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Estudios Constitucionales, 9 (2) (2011) 549; *Ibidem.*, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional Convencional y Local*, UNAM, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 698 y ss., mientras que Riccardo Guastini explica que, a través de tal actividad, el sujeto interpretativo “(…) *adecua, armoniza la ley con la Constitución (…)* eligiendo *-frente a una doble posibilidad interpretativa— el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución*”, *cfr.* Guastini, R. (2009) *La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano ap.* Carbonell, M. –Ed.-*Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp. 56-57, de manera que su efecto es “(…) *conservar*” la norma, puesto que “(…) *interpretando de este modo se evita declarar la invalidez (…)* de un texto normativo que resultaría *inválido si se interpretase de otra forma*”; el resultado interpretativo así coronado descubre sostén en el principio de *conservación de la ley* (cuyas premisas han sido, a su vez, construidas a partir de una *presunción de constitucionalidad de las leyes*, cuyo fundamento es una “(…) *tácita presunción de que el legislador respeta la Constitución y no intenta violarla*”) y del principio *democrático*, *vide in profundis* Guastini, R. (1999) *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM, México, pp. 47-48. Sin embargo, en la práctica constitucional estadounidense, la actividad interpretativa sujeta al canon de conformidad o armonización parece no solamente obedecer -a juicio de Ernest A. Young- al designio de *derrotar la voluntad del legislador*, a menos que ésta se encuentre claramente expresada en el texto de la ley, sino que resulta, además, susceptible de discurrir desde el supuesto de (i) *conurrencia de dos o más interpretaciones del texto infraconstitucional, donde al menos una de ellas resulta inconstitucional y otra válida -classical avoidance-*; hacia la hipótesis en la que (ii) *la interpretación más correcta, desde el punto de vista de los cánones clásicos, plantea serias dudas sobre su constitucionalidad -modern avoidance-*, de suerte que el operador jurídico interpretará el precepto de forma que se evite la declaración de inconstitucionalidad -pese a que se aparte claramente de esta interpretación-, *cfr.* Young, E.A., *Constitutional Avoidance, Resistance Norm, and the Preservation of Judicial Review*, Texas L. Rev., 78 (2000) 1575-1576. *Vide etiam* Vermeule, A., *Saving Constitutions*, Geo L. J., 85 (1997) 1959-1961. En torno a las censuras que la academia norteamericana endilga al canon de interpretación constitucional conforme, *vide in profundis* Schauer, F., *Ashwander Revisited*, Sup. Ct. Rev., 71 (1995) 92 –en el parecer de que el *avoidance canon* irremediabilmente fracasaría, en el plano empírico, para reflejar las actuales preferencias de los legisladores en los casos en los que una interpretación presenta serias dudas sobre su constitucionalidad-, o bien, Posner, R.A., *Statutory Interpretation –in the Classroom and in the Courtroom*, U. Chi. L. Rev., 50 (1983) 816 (en la consideración que implicaría una decisión interpretativa que, de hecho, expande frecuentemente la extensión de provisiones constitucionales relevantes, entre ellas la cláusula judicialista de la norma fundamental [*Article III, US Constitution*], más allá de una justificación legítima, al punto que habilitaría, así, la elaboración por los jueces de una *penumbra constitucional* que presentaría el mismo efecto que el propio texto de la Constitución). En puridad, lo que está en polémica es la circunstancia de que las

Aunque, bien vale despejarlo, el auténtico propósito de la teoría de la interpretación convencional conforme no reside simplemente en una imposición de la disposición normativa internacional sobre la nacional, sino –en rigor- en activar:

“(…) un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio *pro persona* y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.”<sup>41</sup>

Tampoco en su ligamen con el control difuso de convencionalidad en sede doméstica la descripción de la cláusula en cuestión luce exenta de connotaciones; así, *v.gr.*, la difundida doctrina relativa a que los jueces deben realizar *ex officio*<sup>42</sup> un examen de

---

directrices de interpretación constitucional conforme se sustenten (más que en *estipulaciones normativas*) en *valores materialmente constitucionales*, pues no es reducido el universo de autores que argumentan que los principios interpretativos deben servir capitalmente a *propósitos sustantivos* [*substantive purposes*] al margen del significado literal, de las instrucciones exegéticas o del proceso legislativo que desagua en la sanción de una disposición (aun, cuando se admita que los aludidos principios no son sino *producto de reglas constitucionales* debido a que, en definitiva, es la Constitución la que provee el *telón de fondo* frente al que las leyes son redactadas e interpretadas), *vide* Sunstein, C.R., *Interpreting Statutes in Regulatory State*, Harvard L. Rev., 103 (1989) 459. En puridad, la aseveración de los expertos que describen cánones hermenéuticos *constitucionalmente basados* [Eskridge, W.N. – Frickey, P.P., *Quasi-Constitutional Law: Clear Statement Rules as Constitutional Lawmaking*, Van. L. Rev., 45 (1992) 599] o que *reflejan valores inspirados en la Constitución* [Schacter, J.S., *Metademocracy: The Changing Structure of Legitimacy in Statutory Interpretation*, Harvard L. Rev., 108 (1995) 652], se contraponen a la de los críticos que previenen que los tribunales de justicia (cuando acuden al empleo de parámetros exegéticos como el de la interpretación constitucional conforme) aplican, en realidad, valores constitucionales implícitos, tácitos o sobrentendidos más que valores explícitamente inscriptos -y hasta tenidos en miras por la intención de su autor- en el precepto positivo.

<sup>41</sup> FERRER MAC-GREGOR, E., *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Estudios Constitucionales, 9 (2) (2011) 550, sin perjuicio de que debe recalcar aquí –como lo hiciera notar en su voto razonado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*- que, en principio, todos los jueces domésticos deben partir del *estándar de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma nacional* y, por consiguiente, en un primer momento deben siempre realizar la *interpretación* de la norma nacional conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales, lo que implica “(…) *optar por la interpretación de la norma más favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos y libertades en aplicación del principio pro homine o favor libertatis previsto en el artículo 29 del Pacto de San José, desechando aquellas interpretaciones incompatibles o de menor alcance protector*”; de tal manera que –se añade por argumento a *contrario sensu*- cuando se trate de “(…) *restricción o limitaciones a derechos y libertades, debe realizarse la interpretación más estricta para dicha limitante.*” En suma, sólo cuando no pueda lograrse interpretación constitucional y convencional posible, los jueces deberán *desaplicar* la norma nacional o *declarar su invalidez*, según la competencia que la Constitución y leyes nacionales otorgue a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del control de convencionalidad, *cfr.* Corte IDH, caso “*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, Sentencia Serie C/n° 220, de fecha 26/11/2010, párrafo 69. Del Voto Razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Otras características a la luz del desarrollo de la doctrina jurisprudencial de fiscalización de convencionalidad puede indagarse en Ferrer Mac-Gregor, E. (2013) *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional Convencional y Local*, UNAM, Marcial Pons, Madrid, pp. 707 y ss

<sup>42</sup> Corte IDH, caso “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”, Sentencia Serie C/n.° 158, de fecha 24/11/2006, párrafo 128. En el mismo sentido, *Ibídem.*, caso “*Heliodoro Portugal vs. Panamá*”, Sentencia Serie C/n.° 186, de fecha 12/8/2008, párrafo 180; *Ibídem.*, caso “*Radilla Pacheco vs. México*”, Sentencia Serie C/n.° 209, de fecha 23/11/2009, párrafo 339; *Ibídem.*, caso “*Fernández Ortega y otros vs. México*”, Sentencia Serie C/n.° 215, de fecha 30/8/2010, párrafo 236;

compatibilidad convencionalno implica que necesariamente deban optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino supone además y en primer lugar, “(...) *armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una “interpretación convencional” de la norma nacional.*”<sup>43</sup>

En este orden de ideas, queda en claro que no sólo la supresión o expedición de las normas en el Derecho interno garantizan los derechos contenidos en la CADH, de conformidad a la obligación comprendida en su art. 2; también se requiere el *desarrollo de prácticas estatales* conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una disposición normativa no avala por sí misma que sea adecuada, es necesario que tanto su aplicación como su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público

---

Ibidem., caso “Rosendo Cantú vs. México”, Sentencia Serie C/n.º 216, de fecha 31/8/2010, párrafo 219; Ibidem., caso “Liakat Ali Alibux vs. Surinam”, Sentencia Serie C/n.º 276, de fecha 30/1/2014, párrafo 151; Ibidem., caso “López Lone y otros vs. Honduras”, Sentencia Serie C/n.º 302, de fecha 5/10/2015, párrafo 307; entre muchos otros. No es ocioso recordar que, en oportunidad más próxima, ha explicado que de la obligación de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia (en todos los niveles) de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas (o los actos estatales) y la CADH, a la luz de su interpretación por la Corte IDH y en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, se desgaja la de verificar, por todos los medios a su alcance, si existe una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal que justificarían formalmente su actuación, especialmente en los supuestos en los que se alega una actuación arbitraria o una desviación de poder (resultando insuficiente, entonces, el hecho de que las actuaciones de las autoridades estatales estén cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a Derecho), *cfr.* Corte IDH, caso “San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela”, Sentencia Serie C/n.º 348, de fecha 8/2/2018, párrafo 191.

<sup>43</sup> Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia Serie C/n.º 220, de fecha 26/11/2010, párrafo 35. Del Voto Razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, con las siguientes acotaciones en los dos párrafos subsiguientes: “(...) *en los llamados sistemas “difusos” de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de “control de convencionalidad” resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional. Este supuesto es un grado intermedio de “control”, que operará sólo si no existe una posible “interpretación conforme” de la normatividad nacional con el Pacto de San José (o de algunos otros tratados internacionales como veremos más adelante) y de la jurisprudencia convencional. A través de esta “interpretación conforme” se salva la “convencionalidad” de la norma interna. El grado de intensidad máximo del “control de convencionalidad” se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos erga omnes. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconvencionalidad de la norma nacional (...) en cambio, el grado de intensidad del “control difuso de convencionalidad” disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el “control difuso de constitucionalidad” y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. En estos casos es evidente que los jueces que carecen de tal competencia, ejercerán el “control difuso de convencionalidad” con menor intensidad, sin que ello signifique que no puedan realizarlo “en el marco de sus respectivas competencias”. Lo anterior implica que no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo, en todo caso, realizar una “interpretación convencional” de la misma, es decir, efectuar una “interpretación conforme”, no sólo de la Constitución nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional. Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio pro homine.*”

estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el art. 2 de la Convención. De ahí que, desde el asunto “Radilla Pacheco vs. México”, se ha consolidado el estándar en virtud del cual es menester que las *interpretaciones constitucionales y legislativas* se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia interamericana.<sup>44</sup>

Tal canon interpretativo dista de resultar una tecnología exegética novedosa, del mismo modo que tampoco reconoce un radio de acción ceñido a los confines del tan en boga *ius constitutionale commune latinoamericanum*.

En orden al primer aspecto, la literatura especializada es conteste en insinuar el anticipo del principio de interpretación conforme respecto del mismísimo estándar de revisión constitucional de las leyes patrocinado –hacia 1803- en *Marbury, W. vs. Madison, J.*<sup>45</sup>, pues el primero se remontaría (en ocasión de sentenciarse, en 1796, el caso *Hylton vs. United States*) a la opinión del Justice Samuel Chase: “(...) *si la Corte tiene tal poder de declarar la inconstitucionalidad, soy libre de declarar que nunca lo ejerceré si no se trata de un caso muy claro.*”<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Corte IDH, caso “Radilla Pacheco vs. México”, Sentencia Serie C/n.º 209, de fecha 23/11/2009, párrafos 338 y 340. En sentido semejante se ha expedido en la siguiente saga de pronunciamientos, a saber: *Ibidem.*, caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, Sentencia Serie C/n.º 215, de fecha 30/8/2010, párrafo 235; *Ibidem.*, caso “Rosendo Cantú vs. México”, Sentencia Serie C/n.º 216, de fecha 31/8/2010, párrafo 218; *Ibidem.*, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, Sentencia Serie C/n.º 239, de fecha 24/2/2012, párrafo 284; *Ibidem.*, caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, Sentencia Serie C/n.º 246, de fecha 31/8/2012, párrafo 305. A su turno, el Tribunal regional de derechos humanos también ha advertido a las autoridades judiciales y demás órganos vinculados a la administración de justicia sobre la exigencia de “(...) *debida interpretación de la legislación y aplicación del control de convencionalidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y estándares internacionales aplicables*”, *cfr.* Corte IDH, caso “Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile”, Sentencia Serie C/n.º 279, de fecha 29/5/2014, párrafos 436, 461 y 464; *Ibidem.*, caso “Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras”, Sentencia Serie C/n.º 304, de fecha 8/10/2015, párrafo 211; *Ibidem.*, caso “Tenorio Roca y otras vs. Perú”, Sentencia Serie C/n.º 314, de fecha 22/6/2016, párrafo 230; entre muchos otros; o bien, en lo atinente a que más allá de que todas las autoridades de un Estado Parte en el Pacto tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre los actos u omisiones y las normas internas y la CADH, aquella ha de efectivizarse “(...) *de forma tal que la interpretación y aplicación del Derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Este control de convencionalidad debe realizarse en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, teniendo en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”, *cfr.* Corte IDH, caso “Colindres Schonenberg vs. El Salvador”, Sentencia Serie C/n.º 373, de fecha 4/2/2019, párrafo 129.

<sup>45</sup> 5 US (1 Cranch) 137 (1803). En este sentido, *vide* Vermeule, A., *Saving Constitutions*, Geo L. J., 85 (1997) 1945, 1948. *Vide etiam* Carpio Marcos, E. (2008) *Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)* ap. Ferrer Mac-Gregor, E. - Zaldívar Lelo de Larrea, A. –Coords.-*La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, T. VI, p. 157.

<sup>46</sup> 3 US (3 Dall.) 171 (1796). Con posterioridad, al expedirse en el caso *Dartmouth College vs. Woodward*, 17 US (4 Wheat.) 518 (1819), se precisará –a través del parecer del Chief Justice John MARSHALL-: “(...) *esta Corte no puede ser insensible a la magnitud o a la delicadeza de esta cuestión. Debe examinarse la validez de un acto legislativo; y la opinión del más alto tribunal de derecho de un Estado debe revisarse —una opinión que trae consigo evidencia intrínseca de la diligencia, habilidad e integridad con la que se formó—. En más de una ocasión, esta Corte ha expresado la cautelosa circunspección con la cual se aboca a considerar tales cuestiones, y declarado que en ningún caso dudoso pronunciaría que un acto legislativo es contrario a la Constitución.*”.



Tal línea argumentativa estará presente, luego, en los pronunciamientos del *Chief Justice* John Marshall, quien habrá de sentar –hacia 1804- la *Charming Betsy doctrine*<sup>47</sup>, inaugurando un principio de interpretación (*rule of construction*) en virtud del cual el alcance de los actos del Congreso no debe establecerse en contravención del Derecho internacional cuando existen otras posibles alternativas –“(…) *an act of Congress ought never to be construed to violate the Law of Nations if any other possible construction remains*”-<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> En rigor, el *Charming Betsy canon* había sido anticipado tres años antes (en 1801) por el propio *Chief Justice* John Marshall al expedirse en el caso *Talbot vs. Seeman*, ocasión en la que se adujo que *las leyes de los Estados Unidos no deben interpretarse, si puede evitarse, de modo que infrinjan los principios y usos comunes de las naciones* –“(…) *the laws of the United States ought not to be construed, if it can be avoided, so as to infract the common principles and usages of nations*”, *cfr. Talbot vs. Seeman*, 5 US (1 Cranch) 1 (1801). Sin embargo, la academia norteamericana se remonta hacia una decisión preconstitucional pronunciada por la *New York City Mayor's Court* en 1784 y argumentada por Alexander Hamilton: en *Rutgers vs. Waddington*, el *Chief Justice* James Duane –al debatirse la inobservancia del *Treaty of Paris* de 1783 por normas estatales [*New York Trespass Act* de 1783] que concedían una acción de indemnización por daños y perjuicios en bienes ocupados, dañados o destruidos durante la *Revolutionary War*- expresó que, tratándose de un asunto del más alto interés nacional –*highest national concern*-, el rechazo al *Derecho de gentes*, o cualquier interferencia con él, no pudo estar en consideración cuando la Legislatura aprobó la legislación –“(…) *the repeal of the Law of Nations, or any interference with it, could not have been in contemplation, in our opinion, when the Legislature passed this statute*”-, en el temperamento de que ningún Estado de la Unión [*Articles of Confederation and Perpetual Union*, 1777-1781] podía *alterar o disminuir, en punto alguno, artículos federales o un tratado* –*can alter or abridge, in a single point, the federal articles or the treaty*-. Se impone hacer notar que en el fallo se dejaba en claro que el *Jus gentium* consultaba una importante y noble institución en razón de que los derechos de los soberanos –*rights of sovereigns*- y la felicidad de la raza humana –*happiness of the human race*- resultan promovidos por sus máximas y objeto de su reivindicación [Incluso, se consigna que los libros que tratan del *Law of Nations* han sido recibidos con avidez y aplauso –*received with avidity and applausse*-, relevándose –con sus citas- las principales autoridades aducidas en el causa: *Grotius, Puffendorff, Wolfius, Burlamaqui y Vattel*], *vide in profundis Arguments and Judgment of the Mayor's Court of the City of New York in a Cause Between Elizabeth Rutgers and Joshua Waddington, Samuel Loudon, New York, 1784*, pp. 21-22, 38 y 44 [*vide etiam* la versión insertada en *The case of Elizabeth Rutgers vs. Joshua Waddington. With an Historical Introduction by Henry W. Dawson, Morrisania, New York, 1866*]. *Vide in extenso* Hooper, P.C. (2016) *Alexander Hamilton, the End of the War for Independence, and the Origins of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, pp. 43-72. Es parecer de ciertos expertos que el canon, incluso, derivaría de precedentes ingleses, en virtud de los *cuales la legislación debía ser interpretada, de ser posible, de tal manera que no anule el Common Law* –en función de que el *Law of Nations* se reputaba parte integrante de éste [adoptada en toda su extensión por el *Common Law*, se reseña en 4 William Blackstone, *Commentaries* 67 (1796)]-, *cfr. Lauterpacht, H. Is International Law a Part of the Law of England*, *Grotius Soc.*, 25 (1939) 51, 57-58; Henkin, L. (1996) *Foreign Affairs and the United States Constitution*, Clarendon Press – Oxford University Press, London – New York, & 17.

<sup>48</sup> *Murray vs. The Schooner Charming Betsy*, 6 US (2 Cranch) 64 (1804). De allí que Armin von Bogdandy presente el estándar hermenéutico de marras en los siguientes términos: *la ley doméstica no debe ser interpretada de manera que colisione con el Derecho internacional cuando es posible evitar el conflicto normativo*, *cfr. von Bogdandy, A., Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law*, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, VI (2008) 397-413, 398 nota (2). De hecho, según el & 114 del *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* de 1987, se establece que *-en la medida de lo posible- una ley estadounidense debe interpretarse en el sentido de que “(…) no entra en conflicto con el Derecho internacional ni con un acuerdo internacional con los Estados Unidos.”* Si bien en el contexto histórico de su adopción se invocó con motivo de casos atinentes a la costumbre internacional –*international custom, i.e.*, una práctica general y consistente de los Estados seguida con

En lo atinente a la segunda faceta, el constitucionalismo latinoamericano, a más de otros registros de Derecho comparado<sup>49</sup>, atesora un atractivo inventario de estipulaciones

convicción jurídica de obligatoriedad, según el & 102 (2) del *Restatement*-, en asuntos subsecuentes se blandió en la justicia americana en oportunidad de la aplicación de tratados internacionales –*treaties, i.e.*, un acuerdo deliberado entre los Estados, de estar al pt. 1, ch. 1, introductory note 18 del *Restatement*— sobre una gama de distintas materias: *v.gr.*, inmigración –*Mojica vs. Reno*, 970 F. Supp. 130, 147-52, EDNY (1997)-, relaciones diplomáticas –*United States vs. Palestine Liberation Org.*, 695 F. Supp. 1456, 1464-65, SDNY (1988)-, discriminación laboral –*Spiess vs. C. Itoh & Co.*, 643 F.2d, 353, 356, 5th Circuit (1981)-, etc. En lo que a la jurisprudencia de la Corte Federal incumbe se ha establecido que existe un *firme y obviamente sano canon de interpretación contra la búsqueda de un rechazo implícito de un tratado en los supuestos de una ambigua acción congresional*, *cfr. Chew Heong vs. United States*, 112 US 536, 540 (1884); *Cook vs. United States*, 288 US 102 (1933); *Weinberger vs. Rossi*, 456 US 25 (1982); *Trans World Airlines Inc. vs. Thurston*, 469 US 111 (1985); *et al.* Lo interesante es que el *Charming Betsy canon* desagua, en la actualidad, en dos diseños (con variantes doctrinales y jurisprudenciales): (i) *modelo de intención legislativa –legislative intent conception-*, concordante con la suposición de que el proceder legisferante estatal –en particular, del Congreso Federal- no pretende generalmente desconocer normas trasnacionales –en aras de prevenir dificultades en las relaciones con la comunidad internacional-, por lo que consecuentemente ante la *ausencia de claridad* del texto legislativo nacional, el principio en cuestión incrementaría la probabilidad de una *correcta interpretación* y asistiría, así, a los tribunales de justicia como fieles *agentes de la voluntad congresional*, *cfr. Fitzpatrick, J. The Relevance of Customary International Norms to the Death Penalty in the United States*, Ga. J. Int'l & Comp. L., 25 (1995-96) 165, 179; (ii) *modelo internacionalista –internationalist conception-*, consistente con la proposición de la directiva exegética como un *suplemento* del Derecho interno y de los jueces como *agentes del orden internacional*, con la función de conformar aquél a los contornos de la normativa supraestatal, evitando su vulneración por la acción parlamentaria doméstica y facilitando la implementación del Derecho internacional a través de una operatoria interpretativa *conforme*, *cfr. Falk, R., The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Indiana L. J., 39-3 (1964) 429-445. *Vide in extenso Bradley, C.A., The Charming Betsy Canon and Separation of Powers: Rethinking the Interpretive Role of International Law*, Geo. L. J., 86-3 (1998) 479-537.

<sup>49</sup> El despliegue de la interpretación constitucional conforme ha impulsado la atención –en los sistemas concentrados de inspección constitucional- de los Tribunales Constitucionales: *v.gr.*, en el sistema jurídico alemán, el *Bundesverfassungsgericht* ha enjuiciado sobre el punto: “(...) *una ley no debe ser declarada nula si fuera posible interpretarla de forma compatible con la Constitución, pues se debe presuponer no solamente que una ley sea compatible con la Constitución, sino también que esa presunción expresa el principio según el cual, en caso de duda, debe hacerse una interpretación conforme con la Constitución*”, *cfr. BVerGE*, 266 (282), mientras que el Tribunal Supremo Federal de la Confederación Suiza –*Bundesgericht*-ha puntualizado: “(...) *en el control abstracto de constitucionalidad, solamente debe declarar la nulidad de una disposición del Derecho cantonal, si no se presta a ninguna interpretación constitucional conforme*”, *cfr. BGer*, 109, 207. *Vide etiam Da Silva, V.A., La interpretación conforme con la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 12 (2005) 5. Lo expuesto, sin perjuicio de que –en otros ordenamientos constitucionales- la factura de la cláusula ha estado a la vista del propio constituyente: *v.gr.*, el art. 10.2 del texto constitucional español de 1978 ha sido de referencia habitual entre los estudiosos, en cuanto dispone: “(...) *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, de la misma forma que –con antelación- los artífices de la Constitución de Portugal de 1976 consignaron –en su art. 16.2-: “(...) *los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía a la Declaración Universal de Derechos Humanos.*” En todos estos respectos, las consecuencias de la mentada técnica interpretativa no son de entidad menor, en la medida que las diferencias de comprensión que se avizoren en enunciados constitucionales deben resolverse a favor de la interpretación que suministren los tratados, convenios y pactos internacionales, conllevando la posibilidad de invocarla ante la jurisdicción interna, sin perjuicio de que las leyes que vulneren exégesis de derechos humanos podrán ser tachadas inconstitucionales, *cfr. García de Enterría, E. (1989) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, pp. 180-181.

normativas que cobijan la técnica hermenéutica de marras; tal lo acontecido en oportunidad del diseño constitucional colombiano de 1991<sup>50</sup>, peruano de 1993<sup>51</sup>, boliviano de 2009<sup>52</sup>, mexicano de 2011<sup>53</sup>, etc.

**10.** El proceso de expansión de los derechos (al menos, en la tesitura de aquellos expertos que adscriben la causa de tal florecimiento al ritmo de una generosa dosis de activismo y creatividad judicial), es definido por la confluencia de ciertos componentes: i) el diseño de una *agenda judicial* proclive a la defensa de los derechos humanos en sentido fuerte; ii) la disponibilidad de instrumentos de tutela judicial para su goce efectivo; iii) la aplicación práctica y estratégica de los resultados sentenciales que conllevan la composición de la litis en el contexto de un proceso constitucional de garantía.

Con la expresión *agenda judicial*, entonces, los especialistas aluden al dato de la inclusión de los nuevos derechos en el temario sobre el cual las máximas cortes de justicia aspiran a fijar posición como una rama del gobierno constitucional en la que -también-ponen en marcha el ejercicio de poder político.

Tal atención, sobre determinados derechos, puede ser *medida*, v.gr., a través del *quantum* de *casos resueltos anualmente* alrededor de las diferentes problemáticas prestacionales que los comprometen habitualmente, o bien, en orden al *mantenimiento* de un *cuerpo de doctrina jurídica* en casos sucesivos.

En lo que aquí atañe, el lector puede advertir (a través de la consulta de los repertorios jurisprudenciales del TSJ) cuan frecuente es la emergencia de pleitos sobre el acceso a ciertas prestaciones en las que los agentes o efectores de salud introducen *criterios de distinción arbitrarios* (v.gr., basados en razones de sexo, de edad, de posición social, etc.) o cuando median *contradicciones insalvables con el resto de las fuentes del sistema normativo* con relevancia para la decisión del asunto litigioso, de tal suerte que una línea sustancial de argumentación advierte que las resoluciones de los prestadores sanitarios deben *armonizarse interpretativamente* con la meta de resultar conformes o compatibles con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal (en suma, en vista de evitar su declaración de incompatibilidad constitucional y/o

---

<sup>50</sup> Al consignarse que “(...) *los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”- art. 93-.

<sup>51</sup> En la medida que -en razón de la IV Disposición Final y Transitoria- se puntualiza: “(...) *las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.*”

<sup>52</sup> Según el art.13.IV de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia: “(...) *los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.*”

<sup>53</sup> Tras la reforma constitucional de 2011, el art. 1, & 2 del documento constitucional mexicano de 1917 estatuye: “(...) *las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*”

convencional). Así lo ha recordado, en oportunidad próxima, el Tribunal cimero de orden provincial al zanjar el asunto “A., V.L.”.<sup>54</sup>

La tutela de los derechos de las personas que pretenden la cobertura de tratamientos de fertilización asistida integra un decisivo capítulo en el *corpus* de decisiones del Máximo Tribunal de cuño local, principalmente en lo atinente a la revisión de constitucionalidad de medidas y políticas públicas trazadas e implementadas a su respecto, cuanto en relación al contralor de las providencias judiciales proferidas en ocasión de activar la protección -en el foro judicial- de los derechos reproductivos.

A su turno, la implementación de los pronunciamientos judiciales constituye un asunto hartamente complejo, por lo que debe indagarse la viabilidad, en la práctica, de la orientación que asumen los tribunales de justicia sobre una determinada cuestión.<sup>55</sup>

**11.** Bajo tales premisas, algunos expertos sugieren la necesidad de estudiar y analizar la continuidad del *holding* forjado en un muestrario de casos emblemáticos. En esta empresa, el ya mencionado precedente “A., V.L.” opera cual *banco de pruebas* para cualquier teoría de la justicia.<sup>56</sup>

En dicha ocasión, el Alto Tribunal estadual recordó que el marco interpretativo fijado, durante el año 2018, en los casos “O., A.F.” y “V.F., C.V.”, es el que opera como parámetro hermenéutico en la decisión de “(...) *cuestiones de fertilidad asistida conforme al ordenamiento constitucional y convencional que nos rige.*”

---

<sup>54</sup> TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Auto n.º 86, de fecha 27.12.2019. Interesa hacer notar que las *interpretaciones* a la normatividad convencional no sólo comprenden –de estar a la jurisprudencia interamericana– las realizadas en las sentencias pronunciadas en los *casos contenciosos* sino también las interpretaciones efectuadas en las *demás resoluciones* que emita (así, *v.gr.*, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre *medidas provisionales*; sobre *supervisión de cumplimiento de sentencias* o, incluso, sobre la instancia de solicitud de *interpretación de la sentencia* en términos del art. 67 del Pacto de San José). Asimismo, debe comprender las interpretaciones derivadas de las *opiniones consultivas* a que se refiere el art. 64 del citado Pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad “(...) *la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.*” Se forma de esta manera un auténtico *bloque de convencionalidad* como parámetro para ejercer el *control difuso de convencionalidad*, de modo que los jueces nacionales deben atender a este bloque, lo que implica, por parte de ellos, una *permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH* y una *viva interacción entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana*, con la finalidad última de establecer estándares -en nuestra región- para la protección efectiva de los derechos humanos, *cfr.* Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia Serie C/n.º 220, de fecha 26/11/2010, párrafos 49-50. Del Voto Razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

<sup>55</sup> Puede ilustrarse, *v.gr.*, con el esquema argumentativo ilustrado, durante la primera mitad del año 2012, en la causa *F.A.L.*, en donde la CSJN realiza una interpretación del art. 86, inciso 2 del Código Penal argentino, afirmando, en el *holding* del caso, que no resultan punibles los abortos practicados con motivo de “(...) *embarazos que son consecuencia de una violación*”; sin embargo, reparando en el sistema federal argentino, en cuanto el fallo de marras se orientó principalmente exhortar a los Estados provinciales a evitar la judicialización de tales causas y prever en los sistemas de salud, correspondientes a las respectivas jurisdicciones, el acceso a la práctica de interrupción de la gestación, no han sido infrecuentes omisiones, defectos y dilaciones en la implementación y adecuación de los protocolos sanitarios que hacen a su implementación. *Vide in extenso* CSJN, Fallos 335:197.

<sup>56</sup> ATIENZA, M. (2008) *Introducción al Derecho*, Fontamara, México, p. 149.

Asimismo, con el propósito de cimentar la previsibilidad de los estándares sentados en las mencionadas decisiones, los jueces del máximo órgano judicial local explicaron lo siguiente:

*“(…) a ello hay que sumar otros precedentes (Cfr., por ejemplo, TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Sentencia n.º 24 (17 de octubre de 2019), ‘A., A. D. V.’, entre otros), que, en sus partes estrictamente pertinentes, siguen los lineamientos de los dos primeros. Esto revela que, a diferencia de lo que afirma la obra social, no se trata de la disyuntiva entre lo sostenido en [‘A., A.C.’] (año 2016) y lo fijado, en soledad, en [‘O., A.F.’] (año 2018). Lo que está en juego, más bien, es la doctrina que el TSJ ha ido montando sistemáticamente a partir de [‘O., A.F.’], cuando ya había transcurrido el tiempo prudencial para asimilar los cambios sociales que ha significado la propagación progresiva del nuevo paradigma establecido por el CCC, en conexión con otras leyes, como las n.º 26618 y la n.º 26862, que operan como complementarias (y de fondo, por ende) o como puntos de referencias inexorables en materia de TRHA.”<sup>57</sup>*

Sobre el punto, conviene glosar que las regulaciones de conducta -explica Aulis Aarnio- no solamente tienen que respetar la *estabilidad*, además han de procurar la *flexibilidad* requerida por las circunstancias; se trata, entonces, de un *equilibrio* entre dos direcciones opuestas: con la primera, se permite anticipar las relaciones sociales, mientras que con la segunda, a su vez, se posibilita ajustar el Derecho a las nuevas realidades.<sup>58</sup>

La construcción hermenéutica a la que se alude en los repertorios del TSJ, ha despejado cualquier vestigio de una perspectiva reductora, aislante y centrada excluyentemente en las fuentes locales (en los litigios en cuestión, resoluciones de la APROSS), en el siguiente entendimiento:

*“(…) en tanto la Ley n.º 9695 se limita a ‘promover el desarrollo familiar’ por medio de las THRA, finalidad que no puede ser restringida cuando el derecho a gozar de los avances de la ciencia se lo pone, precisamente, al servicio de la posibilidad de procrear y de fundar una familia con las diversas y plurales modalidades que esta puede adoptar. Por eso, en [‘O., A.F.’], se partió de que, teniendo en miras que el CCC prevé que una de las fuentes posibles de la filiación son las TRHA, ‘en la Argentina fue sancionada la Ley n.º 26862, de Reproducción Médicamente Asistida, con carácter de orden público’, que complementa las disposiciones del CCC en la materia. Por esa razón, con ‘independencia de las integraciones normativas o de la pluralidad de fuentes que conviven en un sistema federal de distribución de competencias como el argentino’, la Ley n.º 26862, con su mandato a favor de un acceso amplio a las TRHA, ‘tiene relevancia como punto de referencia’ en el momento de delinear la regla que debe sujetar y regir las particularidades del caso concreto.”<sup>59</sup>*

**12.** Por lo restante, si la argumentación judicial -apunta Ronald M. Dworkin- revela que el Derecho es un *concepto esencialmente interpretativo* y entraña, así, la consideración de decisiones anteriores con las que los magistrados judiciales han de operar como

---

<sup>57</sup> TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Auto n.º 86, de fecha 27/12/2019, en el asunto “A., V.L.”.

<sup>58</sup> AARNIO, A. (1991) *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 32.

<sup>59</sup> TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Auto n.º 86, de fecha 27/12/2019, en el asunto “A., V.L.”.

*novelistas en cadena* (cuyo principal *métier* estribar en revisar lo que se ha escrito en otros fallos), se advierte que han de "(...) *interpretar lo que ha sucedido anteriormente, porque tiene[n] la responsabilidad de hacer avanzar la empresa que tiene[n] entre manos.*"<sup>60</sup>

De allí que debe ponderarse que, al expedirse en la causa "O., A.F.", el Tribunal cimero de orden provincial concluyó que la Resolución n.º 87/10 (que el agente de salud provincial evocara como fuente aplicable en materia de TRHA) sin las debidas adaptaciones, no podía ser sostenida -en su pura literalidad- como una disposición constitucional y convencionalmente válida, debido a que establecía un criterio de exclusión arbitrario por razones de sexo, en tanto determinaba que las afiliadas que "(...) *ya hayan tenido hijos biológicos no se encuentran incluidas en los alcances del programa aprobado por la Resolución n.º 0178/09*", variable que -por cierto- no rige para las personas de sexo masculino según dicha reglamentación de la APROSS. En definitiva, el Máximo Tribunal exhortó, en la parte resolutive de la aludida sentencia, a la obra social a que "(...) *progresivamente adecue las regulaciones y prácticas, en relación con las prestaciones en materia de técnicas humanas de reproducción asistida, a las disposiciones de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos, de conformidad con el deber que pesa de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que fueran necesarias para cumplir con los compromisos internacionales asumidos por la Argentina (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*".<sup>61</sup>

Luego, al abordar el asunto "V.F., C.V." se ha asumido que la donación de gametos no puede desconocerse como prestación susceptible de ser exigida con fundamento en la simple y sola negativa que -al respecto- estipula la Resolución n.º 178/09 de la APROSS; de lo contrario, se marginaría (puntualiza el Alto Tribunal provincial) un dato normativo de peso decisivo: "(...) *la sanción de la Ley n.º 26.862 y el nuevo Código Civil de la Nación, en cuanto trata a los TRHA como un tercer tipo filial, regulándolos a la par de las causas-fuentes filiales ya existentes (por naturaleza y la adoptiva), ha superado los posibles cuestionamientos bioéticos y legales que puedan plantearse en torno al material genético que se utiliza para el procedimiento médico, en cuanto la fertilización heteróloga está expresamente permitida en el derecho nacional (arts. 2 y 8, Ley n.º 26862 y arts. 560 a 562, CCC), con sólidos fundamentos constitucionales y convencionales.*"<sup>62</sup>

Igualmente- en dicho precedente- también se consignó la *paradoja* a la que podía condenarse a la actora en tanto, por una parte, es frecuente que las reglamentaciones de los prestadores de salud excluyan la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad que supongan la inseminación de semen donado, aunque, por la otra, se impida a los justiciables el acceso a las TRHA brindadas a través de la *Red de Establecimientos Públicos de Reproducción Médicamente Asistida* (alternativa también prevista por la Ley n.º 26862, tanto para las técnicas de baja como de alta complejidad), en la medida en que dicho servicio solamente está dirigido a la población

---

<sup>60</sup> DWORKIN, R.M. (1986) *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge - London, pp. 87 y 410.

<sup>61</sup> TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Sentencia n.º 1, de fecha 27/2/2018, en el asunto "O., A.F."

<sup>62</sup> TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Auto n.º 3, de fecha 2/3/2018, en el asunto "V.F., C.V."

que no cuenta con cobertura de obra social. Al punto, que el argumentario del TSJ proyectó las implicancias del sinsentido de permitir que “(...) *una afiliada obligatoria, a la que se le descuentan mensualmente los aportes correspondientes a la obra social, se encuentre en condiciones desventajosas respecto de aquellas personas que no aportan a ninguna prestadora de salud.*”

Por lo restante, el Máximo Tribunal local, en el curso judicial trazado en la segunda mitad del año 2019, tampoco ha dejado de considerar las previsiones de la Ley n.º 26862, así como las de su decreto reglamentario (n.º 956/2013), a la vez que los preceptos de la Resolución n.º 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación, todas las cuales se reputaron un material normativamente relevante para el desenlace del pleito.

Ciertamente en el precedente “A., A.D.V.”, en la medida en que las referidas disposiciones posibilitan un rango de edad más amplio que el que permite la reglamentación sanitaria local (en el caso nuevamente se trataba de la Resolución n.º 178/09 de la APROSS) para la práctica de prestaciones correspondientes a técnicas de fertilización asistida, apuntó que “(...) *más allá de la organización de nuestro Estado federal -en donde coexisten las obras sociales nacionales con las provinciales-, la integralidad del ordenamiento jurídico vigente en nuestro estado constitucional de derecho, en cuanto regula las prioridades básicas que deben ser cubiertas por los poderes públicos, trasciende los límites jurisdiccionales dispuestos en nuestra organización federal*”<sup>63</sup>, sin perjuicio de agregar que, cuando está en juego la protección de derechos fundamentales y tal como manda la Corte IDH, en virtud del principio *pro persona*, siempre el exégeta ha de tener en miras la doble preferencia que obliga a optar por la norma más protectora o, en su defecto, priorizar la salida interpretativa más favorable (art. 29, CADH).

**13.** Asimismo, en recientes pronunciamientos y en conexión con otros precedentes del Tribunal regional de derechos humanos<sup>64</sup>, el TSJ destacó que, en el sistema interamericano, la salud -una de cuyas manifestaciones es la dimensión reproductiva- constituye un derecho que puede ser *exigido plena, directa y autónomamente, en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales* reconocidos por la CADH en su art. 26; los Estados parte, de esta manera, están obligados a garantizarlos en forma progresiva y, por ende, pueden ser demandados por su incumplimiento ante los correspondientes tribunales internacionales. Esto, a su vez, redimensiona y fortalece los alcances de la seguridad social, entendida como “(...) *el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables en la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como el derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente.*”<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Sentencia n.º 24, de fecha 17/10/2019, en el asunto “A., A.D.V.”.

<sup>64</sup> Corte IDH, sentencia (fondo, reparaciones y costas), caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, 8 de marzo de 2018, y sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso “Muelle Flores vs. Perú”, 6 de marzo de 2019 (aunque, cabe destacar, que este último pronunciamiento resultó reseñado por el TSJ a partir del asunto “A., A.D.V.”).

<sup>65</sup> Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 6 de marzo de 2019, caso “Muelle Flores vs. Perú”, párrafo 187.

En consonancia con lo último, el TSJ (en función del precedente “A., V.L.”<sup>66</sup>) ha estimado conveniente sentar tres premisas argumentativas sobre el tópico, a saber: la primera es que, en atención a que según la Corte IDH la salud debe ser interpretada como “(...) *parte integrante de los derechos enumerados*” en la CADH (art. 26), esto conlleva para los Estados parte del sistema interamericano “(...) *obligaciones generales de respeto y garantía*”. A ello hay que sumar que, debido a “(...) *la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*”, todos ellos “(...) *deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.*”<sup>67</sup>

En segundo lugar, el Máximo Tribunal en el orden provincial previene que, de acuerdo a la lectura jurisprudencial de la Corte IDH en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESCAs), entre los que se encuentra la salud, se deben adoptar medidas generales de manera *progresiva* y otras, de carácter *inmediato*. Respecto de las primeras, “(...) *significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs*”, sin que ello implique que “(...) *puedan aplazar indefinidamente*” aquello que los posibilite y más importante aún es “(...) *la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados.*”<sup>68</sup> Respecto de las segundas, estas consisten en implementar medidas eficaces, adecuadas, deliberadas y concretas con el fin de “(...) *garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho.*”<sup>69</sup>

Finalmente, a tenor del tercer uso argumentativo, el Derecho judicial del TSJ ha dejado en claro que los Estados parte (entre los cuales se encuentra la República Argentina) están obligados a adoptar las disposiciones de Derecho interno (arts. 1 y 2, CADH) con el fin de cumplir con las cargas que conllevan los DESCAs. En consecuencia, se ha prevenido en torno a la relevancia de la *adecuación normativa* que deben llevar adelante los agentes de salud en materia de TRHA o, en su defecto, las *modulaciones interpretativas* a las que el Estado provincial seguirá forzado en el ejercicio de la función jurisdiccional en aras de cumplir con los compromisos internacionales asumidos. Esto, a su vez, también pone de manifiesto (según se añade en el ya reseñado caso “A., V.L.”) la prohibición que pesa de caer en regresividad o regresión, deriva negativa proscripta expresamente por la CADH (art. 26) en tanto la salud integra el elenco de los DESCAs:

*“(...) en virtud del principio de progresividad, este tribunal está obligado a confirmar -y a reforzar en todo caso- el piso protectorio de la doctrina fijada en [‘O., A.F.’], sostenida consistentemente en [‘V.F., C.V.’], en otros casos, así como en el presente precedente. Según ella, el CCC, en coordinación con las normas que*

---

<sup>66</sup> TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Auto n.º 86, de fecha 27/12/2019.

<sup>67</sup> Corte IDH, sentencia (fondo, reparaciones y costas), caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, 8 de marzo de 2018, párrafo 100.

<sup>68</sup> Corte IDH, sentencia (fondo, reparaciones y costas), caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, 8 de marzo de 2018, párrafo 104.

<sup>69</sup> Corte IDH, sentencia (fondo, reparaciones y costas), caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, 8 de marzo de 2018, párrafo 104.



*resultan sus complementos o puntos de referencia sustantivos inexorables (las leyes n.º 26862 y n.º 26618, con sus respectivas reglamentaciones), y en conexión con la finalidad de ‘promover el desarrollo familiar’ por medio de las THRA perseguida por la Ley provincial n.º 9695, constituye el marco que las reglamentaciones de la APROSS no pueden desconocer para resultar plenamente compatibles o conformes al bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal.’<sup>70</sup>*

**14.** Los registros que anteceden revelan cómo, en el ámbito de los litigios de salud, afloran desafíos relevantes asociados a la justicia distributiva, en tanto las decisiones se centran en el *caso concreto*, *i.e.*, se relacionan a un asunto individual y excepcionalmente alcanzan a un colectivo de personas.

A la par, los resultados sentenciales pueden tropezarse con límites para los cambios sociales que patrocinan y, en puridad, su buen suceso dependerá de múltiples factores, tales como el apoyo de los otros departamentos del poder estatal y/o el empleo de tales resoluciones como herramientas estratégicas de los movimientos sociales organizados y no organizados.

Tampoco podría dejar de anotarse las precauciones a las que adscriben ciertos expertos, en el sentido que ante la insinuación del advenimiento de una genuina *revolución de los derechos*<sup>71</sup>, esta última parece emplazarse en el *corazón del debate que tensiona al Derecho y la Democracia*, aun cuando se asevere que las democracias constitucionales difícilmente puedan desatender las restricciones a sus productos normativos que derivan del reconocimiento pleno de la dignidad humana, pues ni las mayorías ocasionales pueden imponer discriminaciones arbitrarias o ilegales.

Y ello vale, inclusive, para la polémica en las que se enrolan los partidarios más escépticos de los rindes del activismo judicial sobre este terreno. Pese a que Robert H. Bork<sup>72</sup> adjudica una connotación negativa a la actuación judicial que desagua en resultados interpretativos apóstatas de los enunciados normativos de un texto legal (al punto de endilgar la configuración de una herejía que socaba los mismísimos cimientos de la democracia, por cuanto la Constitución, como mecanismo para limitar el poder gubernamental arbitrario, resulta, en contraste, transformada en una fuente de la autoridad judicial arbitraria), lo cierto es que los adeptos de una apuesta activa por la tutela jurisdiccional de los derechos (incluso, ante el silencio de las reglas, pero no de los principios) destacan que el fortalecimiento de aquéllos en determinadas épocas es motorizado por los tribunales de justicia al introducir -enérgicamente en su agenda decisoria- el celo y la preocupación por su protección y amparo, al margen de que tales teóricos consientan que (más que vivenciar una revolución al respecto) *existen avances y retrocesos* en la defensa de los derechos, dependiendo cíclicamente de una variedad de factores: *v.gr.*, la integración de las altas cortes de justicia, la mayor o menor

---

<sup>70</sup> TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Auto n.º 86, de fecha 27/12/2019.

<sup>71</sup> Epp, Ch.R. (1998) *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, pp. 11 y ss., University of Chicago Press, Chicago pp. 26 y ss.

<sup>72</sup> El lector puede abreviar, para ganar un enfoque más amplio de la cuestión, en el ideario expuesto en Bork, R.H. (1990) *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, New York. Asimismo para una re-lectura que someta a revisión el discurso de la revolución de los derechos, *vide in profundis* Dodd, L.G. (2018) *Reassessing the Rights Revolution* ap. Dodd, L.G. -Ed.- *The Rights Revolution Revisited*, Cambridge University Press, New York, pp. 3 y ss.

movilización de actores sociales y protagonistas políticos, el tratamiento y divulgación por los medios de comunicación masiva, el recelo del departamento judicial en incidir -por intermedio de sus decisiones- en cuestiones presupuestarias corrientemente a cargo de las restantes ramas gubernativas, etc.

## V. Reflexiones de cierre: ¿decir es hacer? A propósito de la interpretación como señoría

15. Una primera aproximación a la descripción del discurso del TSJ de Córdoba desde el punto de vista del argumento interpretativo conforme o armonizante<sup>73</sup>, en tanto oficia de respaldo central al acceso de prestaciones de TRHA a través del proceso constitucional de amparo, revela la *dimensión pragmática* que albergan los *enunciados normativos sobre derechos humanos* (al menos, si se aviene en su caracterización de *enunciados realizativos*, i.e., dotados de la *fuerza perlocucionaria* que tanto inquietara a John L. Austin<sup>74</sup>).

Sin embargo, aun cuando se convenga que, en sentido austiniano, *decir es hacer*, o bien, que el acto ilocucionario comporta la *unidad mínima de comunicación lingüística*<sup>75</sup>, lo cierto, es que se debe al profesor de las Universidades de Ámsterdam y Pompeu Fabra, Teun A. van Dijk, la prevención en orden a que únicamente los *actos del habla* se instituyen en *actos sociales* si se llevaban a cabo en un *contexto comunicativo*, aunque con la siguiente aclaración: a pesar que tanto los textos como los discursos son modelados en aquél, el *con-texto* no entraña un tipo de realidad social objetiva o una situación social real sino, en puridad, condensa constructos subjetivos, representaciones mentales, etc., de lo que -ahora- es relevante en las situaciones sociales a las que se refieren.<sup>76</sup>

Una muestra significativa puede recogerse del siguiente pasaje jurisprudencial del Tribunal cimero de orden local, en el que se franquea la razón determinante de expedirse en torno:

“(…) a las proyecciones jurídicas que revela la voluntad procreacional, abordando, así, las dilemáticas cuestiones planteadas por el avance de la ciencia y la biotecnología -al menos, en la medida que han desatado una vertiginosa

---

<sup>73</sup> Vide in extenso GASCÓN ABELLÁN, M. (2014) *Los argumentos de la interpretación* ap. Gascón Abellán, M. -Coord.-*Argumentación jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 253 y ss.

<sup>74</sup> AUSTIN, J.L. (1996) *¿Cómo hacer con las palabras?*, Paidós, Madrid, pp. 49, 52 y 66, pues -de estar a la opinión del catedrático oxoniense- una expresión realizativa es una “(…) una expresión lingüística que no consiste, o no consiste meramente, en decir algo, sino en hacer algo”, al punto que “(…) al emitir nuestros realizativos estamos sin duda, y en un sentido correcto, ‘realizando acciones’.” Y ello así desde que “(…) expresar las palabras es, sin duda, por lo común, un episodio principal, sino el episodio principal, en la realización del acto, cuya realización es también la finalidad que persigue la expresión.”

<sup>75</sup> SEARLE, J.R. (1991) *¿Qué es un acto de habla?* ap. Valdés, L. -Ed.- *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid, p. 432.

<sup>76</sup> VAN DIJK, T.A. (2004) *Discurso y dominación*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, p. 13 [en el texto reseñado se colecta la Conferencia Inaugural que, con fecha 17 de febrero de 2004, impartiera, en la universidad referida, el actual Director del *Centre of Discourse Studies* de Barcelona], con la siguiente precisión: “(…)una de las primeras cosas de las que necesitamos ser conscientes en una teoría tan moderna del contexto es que los contextos no están ‘ahí afuera’, como las situaciones sociales, sino ‘aquí adentro’; es decir, en la mente de los usuarios de la lengua.”

*revolución reproductiva- (...) si se repara en la situación sometida a juicio(...) y la negativa de la obra social a hacerse cargo del costo de la prestación de reproducción asistida de alta complejidad (ICSI), queda en claro que en la presente causa se encuentran involucradas, por un lado, la aspiración de los amparistas de procrear y conformar una familia, anhelos que hacen a su derecho a la salud reproductiva, y, por otro costal, la obligación, o no, del agente de salud demandado de otorgar la cobertura integral al tratamiento aquí requerido.”<sup>77</sup>*

Máxime cuando ha reparado que en los litigios de salud reproductiva no ha de perderse de vista:

*“(...) la pretensión que se hacer valer mediante el proceso constitucional de que se trata (artículos 1 y 15, Ley n.º 4915; 48, CP; 43 párrafo 1.º, CN; 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH) cuanto (...) lo atinente a los derechos de orden fundamental en cuya protección se acciona (...) [de modo que]el control del razonabilidad del procedimiento de argumentación de un derecho fundamental-, se emplaza a la luz de la idea -expuesta por Robert Alexy- de que las decisiones de la justicia constitucional pueden y necesitan ser justificadas y criticadas en el marco de un discurso racional de los derechos fundamentales -rotulado, así, discurso iusfundamental-.”<sup>78</sup>*

Queda en claro, entonces, que pese a la advertencia bajtiniana de que el texto es la única realidad inmediata<sup>79</sup>, como al hecho aparente de que los jueces tendrían solamente un nivel de acceso intermedio al discurso debido a su poder relativo, es indudable que las *consecuencias* de su ejercicio (que de otro modo se reputaría moderado) resultan *enormes*, tan pronto como se retenga que pergeñan decisiones significativas sobre la libertad, la igualdad y hasta sobre la vida misma, o bien, que tengan la última palabra sobre cuestiones socio-políticas mayores:

*“(...) más allá del alcance y de la extensión de su acceso al discurso, el poder de los jueces debería medirse además y especialmente en relación con las consecuencias personales, sociales y políticas de tal acceso. Lo cierto es que, en el plano legal, el discurso de los jueces puede ser ley.”<sup>80</sup>*

**16.** Quizá gran parte de los equívocos y paradojas a los que ha dado lugar un examen de la acción interpretativa de las cortes de justicia, obedecen -estima Vittorio Frosini-, de un lado, a la visión que considera que la labor desarrollada por el intérprete judicial consiste en un *acto de mera reflexión teórica sobre las disposiciones normativas*, un repensamiento de lo pensado por el legislador, mientras que, del otro, responden al entendimiento que considera su tarea como una *volición del querer del legislador*; empero, el juez no está llamado, como el filósofo, a interpretar la norma escrita en el sentido de desarrollarla de un modo verbal en otro, pues -más bien- se encuentra convocado no solamente a *descubrir* las *normas latentes* insertas entre los pliegues, y

---

<sup>77</sup> TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Sentencia n.º 24, de fecha 17/10/2019, en el asunto “A., A.D.V.”.

<sup>78</sup> TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Sentencia n.º 24, de fecha 17/10/2019, en el asunto “A., A.D.V.”.

<sup>79</sup> BAJTÍN, M. (2008) *Estética de la creación verbal*, Siglo Veintiuno, p. 291.

<sup>80</sup> VAN DIJK, T.A. (2005) *Discourse, Power and Access ap.* Caldas Coulthard, C.R. – Coulthard, M. -Eds.- *Texts and Practices: Readings in Critical Discourse Analysis*, Routledge, London - New York, p. 90.

las líneas, de la ley, sino también (y sobre todo) a adjudicar sobre el conjunto del ordenamiento jurídico que imprime a cada una de sus disposiciones *su* propio sentido. En suma, el juzgador en el proceso no es reclamado por los justiciables con el propósito de *decir* o repetir la ley, sino primordialmente de *decidir*, *i.e.*, cumplir una acción que tiene la forma de una sentencia con la que él procede a poner (de nuevo) en movimiento la acción, a retornarle la vida, asegurándola en su forma que había amenazada, merced al recurso de las múltiples acciones-formas del proceso.<sup>81</sup>

Considérese tal aseveración como una que puede estar encajada dentro de otra sobre la noción misma de interpretación. Se ha dicho, así, que -en un sentido *amplio*- el término interpretación puede emplearse para indicar la actividad *creadora* de los juzgadores que, en el ejercicio de sus funciones, y en la medida que les está permitido, amplían, restringen o modifican la aplicación de una norma jurídica concretada en forma de ley; por el contrario, una acepción *restringida* parece designar un proceso raigalmente distinto: el de la *explicación* que se circunscribe a dar el juez sobre el significado de las palabras o frases contenidas en los enunciados de una Constitución, tratado, código o ley.<sup>82</sup>

Aquí puede confundir el uso ideológico que se ha hecho de las tradiciones interpretativas: *v.gr.*, típicamente algunos académicos han descrito los postulados del modelo del tenor literal que adscribe -con creces- a la idea de que el sentido de la ley es, sencillamente, el que resulta semánticamente de su texto -ningún otro factor puede tenerse en cuenta-, debiendo el intérprete sacar el máximo partido posible de la literalidad y, eventualmente, derivar un significado implícito que no sea manifiestamente injusto o irrazonable<sup>83</sup>, mientras que otros teóricos han evocado que los cánones que nutren a la tesis de la hermenéutica (desde que cobrara importancia en el siglo XIX) conducen a su conversión en una *praxis constitutiva* del *sentido de los textos*, desbordando su umbral meramente gramatical, por medio de la cual es posible obtener -sobretudo- su *sentido supremo*.<sup>84</sup>

También pueden desorientar (al más precavido de los expertos) las síntesis o generalizaciones que se extraen de los núcleos dogmáticos de cada doctrina, debido a que, *v.gr.*, no siempre la interpretación literal (guiada por el tenor textual de la disposición) desagua en resultados unívocos, al menos desde que todo término lingüístico está provisto de un *área de significado* (también llamado *campo de referencia*), junto al que, en torno a un *núcleo central* más o menos consolidado, se

---

<sup>81</sup> FROSINI, V. (2019) *La estructura del Derecho*, Olejnik, Santiago de Chile, pp. 138-139. Sin embargo, a menudo también se allegan otros candidatos conceptuales: interpretar -opina Giuseppe Lumia- es la actividad dirigida a comprender el significado de algo que funciona como signo de otro objeto, y la interpretación jurídica -precisamente- se distingue de la interpretación general por su objeto -las disposiciones normativas-; la interpretación jurídica, entonces, consiste en el reconocimiento del significado de la norma, de su alcance, al punto que su finalidad es llegar, a través del enunciado normativo, a la voluntad del que la ha dictado o del que proviene, *cfr.* Lumia, G. (2017) *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Olejnik, Santiago de Chile, p. 62.

<sup>82</sup> GUTTERIDGE, H.C. (2018) *El Derecho comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, p. 161.

<sup>83</sup> GUTTERIDGE, H.C. (2018) *El Derecho comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, p. 167.

<sup>84</sup> SOMMA, A. (2017) *Introducción crítica al Derecho Comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, p. 86.

extiende una *zona de indeterminación* (o de *incertidumbre*) también más o menos vasta.<sup>85</sup>

¿Qué mantiene y hace fuertes a estas tradiciones?, ¿qué las debilita o, en cambio, las destruye?, etc., son inquietudes que no han dejado de extenderse a lo largo de la discusión de nuestro tiempo sobre la interpretación constitucional y convencional de los derechos. Ensayar un conteste al respecto excedería -por cierto, largamente- el área de reflexión que se ha propuesto esta entrega, aunque su diagnóstico más llano no deje de ser tortuoso para el propio lector: las tradiciones decaen, inclusive a veces se desintegran, pero también encaran sus posibilidades futuras reapareciendo y hasta reconfigurándose con vitalidad aumentada. En definitiva, las tradiciones jurídicas, del mismo modo que las morales, incorporan -mientras están vivas- *continuidades de conflicto*.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Según lo apunta Lumia, G. (2017) *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Olejnik, Santiago de Chile, p. 64. Inclusive, las simplificaciones que los estudiosos habitualmente exponen en sus obras no ven las diferencias que se gestan hacia el interior de los sistemas jurídicos, puesto que -difícilmente- un jurista aclimatado a los patrones del Derecho continental pueda anoticiarse de que, si bien la visión tradicional inglesa sobre la función de la ley -cual cuerpo relativamente extraño en el ordenamiento jurídico- se manifiesta en el método de interpretación formulado a través de la *jurisprudencia* (se trata de la *literal rule*, en virtud de la cual debe atenderse al sentido ordinario, gramatical o literal de las palabras), la rigidez exegética ha sido atenuada, en realidad, por otras dos reglas -clásicas- de interpretación de la ley: (i) según la *golden rule*, el sentido literal puede ser dejado de lado cuando ello sea necesario con miras a evitar una significación arbitraria o contradictoria; (ii) de estar a la *mischief rule*, está permitido al exégeta tomar en consideración el objetivo de corregir y derogar una directiva de *Case law* si tal propósito ha sido contemplado por la regla legal, *cfr.* Ferreira de Almeida, C. - de Morais Carvalho, J. (2018) *Introducción al Derecho comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, p. 115.

<sup>86</sup> MACINTYRE, A. (2011) *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Bloomsbury, London, pp. 237 y ss.