

INTERPRETACIÓN CONVENCIONAL Y POPULISMO UNA APROXIMACIÓN DESDE EL CASO “BEATRIZ”

POR JUAN CIANCIARDO¹

1. Introducción

Pocos temas dividen tanto a la sociedad occidental contemporánea como el del aborto. El punto clave, el que divide las aguas, es reconocer o no que existe persona desde la concepción. Para quienes así lo hacen, la consecuencia obvia es el correlativo reconocimiento del derecho a la vida. Quienes lo niegan dan lugar, a partir de allí, a un abanico amplio de posiciones, que van desde la afirmación de que existe un derecho a abortar, cuya satisfacción debe ser asegurada por el Estado, un derecho prestacional, hasta la posición de quienes ven en el embrión un “bien jurídico especialmente tutelado”² –no una persona– que no debe ser manipulado, capaz de justificar la sanción penal del aborto en al menos algunos casos, y que en ningún caso da lugar a un derecho a abortar.

Dentro de este último abanico, los problemas, lejos de simplificarse, tienden a multiplicarse. Incluso en los países en los que no pocos alegan la existencia de un derecho a abortar se generan polémicas que exponen la difícil compatibilidad práctica entre esa pretensión y la teoría general de los derechos humanos. En España, por dar un ejemplo, se ha desarrollado una discusión en torno a lo siguiente: algunos padres que han perdido un embarazo o incluso provocado un aborto reclaman al Estado incluir el nacimiento del hijo

1. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra. Correo electrónico: jcianciaro@unav.es. El autor agradece a Pilar Zambrano, Gabriela García Escobar y Gilberto Solís su *amicus curiae* sobre el caso “Beatriz”, cuyas ideas han inspirado este trabajo.

2. Como se sostuviera en la sentencia (*STC 53/1985*, 1985).

en el Registro Civil y en el Libro de Familia con el nombre que le asignen, enterrarlo, o incluso acceder a la licencia paternal y maternal³. Para acoger parcialmente estos pedidos, una norma reciente pasó de denominar a los fetos nacidos sin vida o abortados de más de seis meses “criaturas abortivas” a “nacidos sin vida”, permitiendo a los padres la asignación de un nombre y su inscripción en el Registro Civil, aunque se aclaró que esa inscripción “no tendrá efectos jurídicos”⁴.

Se oponen a la nueva normativa algunas asociaciones abortistas, que ven en ella “un tema muy peligroso” pues, según dicen:

“no entendemos su utilidad [...]. Ya existía una disposición que permitía que se dejara constancia de que ha habido un aborto. Ahora lo que se pretende es que esos abortos se traten como personas nacidas sin vida, abriendo una puerta para nosotros peligrosa, una ventana de oportunidad para las organizaciones pro-vida que defienden la consideración de persona desde la concepción”⁵.

Dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos existen dos normas cuya lectura más obvia no puede llevar más que a la conclusión de que dentro del Sistema Interamericano existe una protección máxima para el no nacido. Son las siguientes:

“Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente[...].”

“Artículo 3. Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Una lectura rápida de las normas transcritas permite afirmar que dentro del Sistema Interamericano: a) se es persona desde la concepción, b) se la debe proteger “en general” desde ese momento, y c) el reconocimiento de ese ca-

3. La situación dio lugar a una sentencia interesante del Tribunal Constitucional (*STC 11/2016*, 2016).

4. Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA, Instrucción de 31 de julio de 2023, de la, sobre la disposición adicional cuarta de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2023/08/08/pdfs/BOE-A-2023-18146.pdf> (fecha de consulta: 1/9/2023).

5. Cfr. ORTIZ, ANA MARÍA, “De ‘criaturas abortivas’ a ‘nacidos sin vida’...y sin libro de familia: la reforma sobre las muertes prenatales no satisface del todo a los padres”, *Diario El Mundo*, 10 de agosto de 2023, disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2023/08/10/64d5400021efa0002e8b45ab.html> (fecha de consulta 1/9/2023).

rácter de persona conlleva el del derecho a la personalidad jurídica. La claridad o nitidez de las conclusiones a las que conduce esta primera lectura se opaca, como ocurre tantas veces, cuando el artículo es sometido a la tensión que genera su aplicación a situaciones concretas o incluso al mero paso del tiempo cuando el contexto cultural (la moral social, más específicamente) les es adversa. Una consideración detenida de ese contexto explica, hasta cierto punto (sólo hasta cierto punto), que los órganos encargados de proteger el Sistema hayan debilitado progresivamente la fuerza de esas conclusiones. Lo han hecho a través de decisiones producidas en tres casos. La primera se plasmó en un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Baby Boy”⁶; la segunda es una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso “Artavia Murillo”⁷. La tercera decisión es un informe de la CIDH que da lugar a este trabajo⁸. Concretamente, mediante este Informe la CIDH ha recomendado a la Corte IDH que se inste a El Salvador:

“Adoptar las medidas legislativas necesarias para establecer la posibilidad de la interrupción del embarazo en situaciones de inviabilidad o incompatibilidad del feto con la vida extrauterina, así como de riesgo a la vida y riesgo grave a la salud e integridad personal de la madre [...] incluyendo el diseño de políticas públicas, programas de capacitación, protocolos y marcos guía para asegurar que el acceso a la interrupción del embarazo como consecuencia de la anterior adecuación legislativa, sea efectivo en la práctica, y que no se generen obstáculos de hecho o de derecho que afecten su implementación” (recomendaciones 3 y 4 de la CIDH).

Se exige que El Salvador modifique su actual legislación de forma tal que se reconozca y garantice no solamente un derecho de libertad al aborto, sino también un derecho prestacional. Dicha exigencia no solamente impacta de forma directa y principal sobre su actual legislación penal, sino también

6. CIDH, Informe de Fondo, Estados Unidos de América, N° 23/81, Caso 2141, 1981, 1981. Una crítica puede verse en PAÚL DÍAZ, ÁLVARO, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, *Ius et Praxis*, 18(1), 2012, pp. 61-112, DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122012000100004>.

7. CORTE IDH, caso “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”, sentencia del 26 de febrero de 2016, supervisión de cumplimiento de sentencia. Una crítica puede verse en CIANCIARDO, JUAN, “La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. Una aproximación desde el caso ‘Artavia Murillo’”, *Dikaion*, 25(2), 2016, pp. 160-189.

8. Véase, CIDH, Informe de fondo, Beatriz, El Salvador, Informe No. 9/20, Caso 13.378, 3 de marzo de 2020.

sobre el conjunto de normas que integran sus políticas de salud sexual y reproductiva. Tomadas integralmente, ambos tipos de normas protegen la vida por nacer desde la concepción, en sintonía con el texto de la Constitución.

En concreto, la normativa penal salvadoreña regula en su art. 133 el aborto cometido por la misma madre o por un tercero –con el consentimiento de la madre– con una pena de 2 a 8 años de prisión⁹. El art. 134 establece el delito de aborto cometido por un tercero –sin el consentimiento de la madre– con una pena de 4 a 10 años de prisión. Por último, el art. 135 establece el tipo penal del aborto cometido por un médico a una mujer –con o sin el consentimiento de ella– con una pena de 6 a 12 años de prisión e inhabilitación de la profesión por igual tiempo. Ni el aborto culposo ni la tentativa cometidos por la propia madre son punibles; de acuerdo con el art. 137, inc. 2, del Código Penal: “[e]l aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles”.

Como han señalado Zambrano, García Escobar y Solís¹⁰ “para que el delito de *aborto consentido y propio* se configure es necesario que la conducta se realice con conocimiento y voluntad de cometer este delito, es decir, que se cometa con *dolo*”¹¹. El bien jurídico protegido por esta norma es “‘la vida no independizada en todos sus estados de desarrollo, desde el momento de la concepción’. El sujeto pasivo de este delito es la persona por nacer. Este plexo normativo fue validado por la Sala de lo Constitucional de El Salvador, con base en el reconocimiento constitucional de la persona humana antes de su nacimiento en el artículo 1 inciso 2 de la Constitución, y en los artículos 6.1 y 2.1. de la Convención de los derechos del niño”¹². Esos mismos autores han resaltado que, según la Corte,

“Para determinar lo que significa el reconocimiento de la calidad de persona a todo ser humano desde el instante de la concepción es útil

9. Art. 133 del Código Penal: “[e]l que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años”.

10. ZAMBRANO, PILAR; GARCÍA ESCOBAR, GABRIELA y SOLÍS, GILBERTO, *Amicus Curiae presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Beatriz v. El Salvador»*, 2023, disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1vZwWwxIMsjFxFxOU2NxbCtdGJolkVtHFge/view> (fecha de consulta 4/9/2023).

11. *Ibidem*, con remisión a MORENO CARRASCO, FRANCISCO y RUEDA GARCÍA, LUIS, *Código penal de El Salvador comentado*, El Salvador, 1999, p. 526.

12. ZAMBRANO, PILAR; GARCÍA ESCOBAR, GABRIELA y SOLÍS, GILBERTO, *Amicus Curiae presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos...*, con cita de MORENO CARRASCO, FRANCISCO y RUEDA GARCÍA, LUIS, *Código Penal de El Salvador comentado*, p. 529.

observar que la propia argumentación de la reforma constitucional hizo referencia a instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–, la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN– y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–. El art. 6 del PIDCP dispone que: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana», sin pronunciarse sobre cuándo comienza esta última condición. La CDN en su preámbulo expresa que ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’. Luego, el art. 1 CDN expresa que: ‘se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad’; y en su art. 2 establece que los derechos que ella reconoce deben ser respetados y asegurados «sin distinción alguna, independientemente de [...] nacimiento o cualquier otra condición”’.

A partir de este reconocimiento, para la Corte la sanción penal del aborto es obligatoria:

“[e]n términos claros, la vida prenatal es un bien jurídico con relevancia constitucional indiscutible y merecedor por ello de la protección penal. Por ende, estamos en presencia de un sector de regulación normativa en el cual se plasman conductas nocivas merecedoras de pena y en las que existe una necesidad de criminalización por tratarse de un interés con relevancia constitucional, como acontece de igual forma con la protección que se dispensa a la vida humana independiente”¹³.

Sin embargo, según el mismo tribunal la tutela penal debe respetar determinados parámetros. Entre ellos, cabe destacar el siguiente: “la ponderación o principio de proporcionalidad es el mecanismo adecuado para resolver los casos (excepcionales) en los cuales el ejercicio del derecho a la vida del *nasciturus* es incompatible con el ejercicio del derecho a la vida de su madre: “La ponderación es el método interpretativo que determina el derecho que deberá [...] ceder necesariamente frente al otro si no es posible salvaguardar ambos”¹⁴.

13. Véase la página 5 de la resolución de improcedencia de proceso de inconstitucionalidad con referencia 170-2013 de la Sala de lo Constitucional, del 23 de abril 2014, disponible en: <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2014/04/A6A34.PDF>(fecha de consultado: 23/2/2023), –en lo sucesivo Inc. 170-2013–.

14. Véase la p. 14 del Amp. 310-2013. ZAMBRANO, PILAR; GARCÍA ESCOBAR; GABRIELA y SOLÍS, GILBERTO, *Amicus Curiae presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos*

2. El principio de razonabilidad y la CIDH

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a una decisión razonable. La razonabilidad se presenta, desde esta perspectiva, como la contracara de la arbitrariedad. Cuando no hay razonabilidad, hay arbitrariedad, y la decisión que se cuestiona, con independencia de la materia sobre la que verse, afecta derechos fundamentales, concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este tipo de situaciones, un caso que *prima facie* no debería haber llegado nunca a conocimiento de un tribunal con jurisdicción constitucional o a un tribunal internacional, puede hacerlo. Es lo que ha ocurrido de modo incluso alarmante en la práctica constitucional e internacional de los últimos años¹⁵. La reacción a esos excesos ha sido la adopción de herramientas que permiten a los tribunales afectados el rechazo discrecional de aquellos recursos que carecen de “trascendencia constitucional”¹⁶. Ese requisito nuevo tiene incluso en algunas jurisdicciones una función “positiva”, tendiente a que el tribunal con jurisdicción constitucional que valore que el caso es “trascendente” lo trate incluso si no cumple con algunas de las condiciones procesales que se exigen normalmente para acceder a él¹⁷.

Humanos...

15. DURÁN, MANUEL C., “La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de Derecho Politico*, número 107, 2020, pp. 13-40, DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.107.2020.27182>; MILONE, CIRO, “El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, Colección: Monografías 2015, pp. 675-678.

16. ESQUIVEL ALONSO, YESSICA, “El requisito de la especial trascendencia constitucional: «decidir no decidir»”, *Estudios de Deusto*, 61(2), 2014, pp. 173-200, DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-61\(2\)-2013](https://doi.org/10.18543/ed-61(2)-2013); GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, “La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, mayo-agosto (2016), pp. 333–367, DOI: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.107.10>; LEGARRE, SANTIAGO, *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994; LÓPEZ Navío, ANA, “Comentario de jurisprudencia de los casos de especial trascendencia constitucional” *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 22, 2022, DOI: <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7514>; ORTEGA GUTIÉRREZ, DANIEL, “La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC155/2009, de 25 de junio”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 25, 2010, pp. 497–513. DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.25.2010.6904>.

17. LEGARRE, SANTIAGO, *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

La exigencia de razonabilidad se concreta en lo siguiente: cuando en el curso de un proceso destinado a especificar los derechos de una persona el intérprete encargado del trabajo debe optar entre varias alternativas, la opción por la que se decante tiene que estar respaldada en razones, en primer lugar, y esas razones deben ser más fuertes que otras razones que podrían oponerse a su elección, en segundo lugar. Los momentos en los que el intérprete se ve obligado a elegir entre alternativas diversas son al menos seis, tres referidos a los hechos del caso, y tres referidos a las normas.

Con respecto a la “premisa fáctica”, en primer lugar, el intérprete debe seleccionar los hechos jurídicamente relevantes extrayéndolos de un conjunto de hechos que se presentan frente a sus ojos: no todos los hechos del problema humano que está tratando son importantes para el progreso de la pretensión que defiende, sólo algunos. En segundo lugar, seleccionados los hechos hay que elegir los medios de prueba con los que se procurará demostrar su existencia. Por último, producida la prueba, será necesario elegir la prueba más convincente, y descartar aquellos menos convincentes. Esto último requiere el empleo de lo que la tradición procesalista denomina “sana crítica”¹⁸.

En cuanto a las normas, los momentos de elección son también tres: (i) la selección de normas relevantes; (ii) el método de interpretación; y, (iii) la aplicación lógica de la norma.

El primero de los momentos reseñados deriva de la necesidad de seleccionar las normas relevantes. Esto es mucho menos sencillo y “claro” de lo que se suele presumir. La dificultad se origina en la existencia de un número muy alto de normas potencialmente relacionadas con el caso, número que no hace otra cosa que crecer en el seno del “Estado convencional de Derecho”¹⁹ o era del “espacio jurídico”²⁰.

Seleccionadas las normas, habrá que elegir un método de interpretación o una combinación de ellos. No hay jurista que se haya decidido por un mé-

18. BENFELD ESCOBAR y JOHANN S., “La sana crítica en materia penal, laboral y de derecho de familia. Variaciones normativo-institucionales”, *Revista de derecho (Valparaíso)*, 55, 2020, pp. 65-97, DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-68512020000200065>; BENFELD ESCOBAR, JOHANN, “La sana crítica y el olvido de las reglas de sana crítica”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 31(1), 2018, pp. 303-325, DOI: <https://doi.org/10.4067/s0718-09502018000100303>; GONZÁLEZ CASTILLO, JOEL “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Revista chilena de derecho*, 33(1), 2018, pp. 93 – 107, DOI: <https://doi.org/10.4067/s0718-34372006000100006>.

19. CIANCIARDO, JUAN y ZAMBRANO, PILAR, “Los a priori de la cultura de derechos”, *Cuestiones Constitucionales*, 34, 2016, pp. 103-142, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.rmcd.2016.07.004>.

20. VIOLA, FRANCESCO, “Il futuro del diritto”, *Persona y Derecho*, 79, 2018, pp. 9-36.

todo o combinación de métodos de una vez y para siempre: no encontraremos frente al despacho de ningún juez o abogado un cartel que indique “aquí sólo se interpretan las normas aplicables mediante el método subjetivo-evolutivo”, por ejemplo. Los métodos, en cambio, son seleccionados por el intérprete con atención a los hechos del caso y a los principios que se relacionan con él.

El único método que es en cierto modo inevitable es el teleológico: todos los métodos se ordenan en última instancia a la indagación de la intención o fin que persiguió el autor de la norma. Si esa incógnita no se despejara, la norma sería ininteligible, como ha explicado de modo contundente Pilar Zambrano²¹.

En tercer lugar, la norma ya interpretada, transformada en proposición jurídica, puede ser aplicada al caso por analogía o *a contrario*²². Cada vez que una cosa resulta posible, también es lógicamente posible la otra. El intérprete debe escoger, y no puede hacerlo, por lo dicho, con base únicamente en la lógica formal. Su elección estará basada en una valoración de las semejanzas y las diferencias entre el caso y el supuesto de hecho de la norma: cuando las semejanzas son consideradas sustanciales (y las diferencias accidentales), habrá interpretación analógica, cuando las diferencias sean consideradas sustanciales (y las semejanzas accidentales), habrá interpretación a contrario.

Estos seis momentos de elección se encuentran regidos por el principio de razonabilidad: el intérprete no puede resolverlos acudiendo al capricho o al azar porque incurriría en arbitrariedad, sino que debe *dar razones* de por qué elige como lo hace. Si no diera razones o las razones fuesen *derrotables* por razones opuestas más sólidas o consistentes, la decisión adoptada en el caso violaría la tutela judicial efectiva²³.

El contexto precedente sirve de punto de partida para la justificación de la afirmación siguiente: la CIDH violó el principio de razonabilidad en su Informe sobre el caso “Beatriz”. Lo hizo porque valoró caprichosamente la prueba producida. Segmentó la prueba, dejó de lado prueba producida y pertinente, sin dar ninguna razón que justificase ese proceder. Esto la condujo a

21. ZAMBRANO, PILAR, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 58-74.

22. LOMBARDI VALLAURI, LUIGI, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, CEDAM, 1981; SERNA BERMÚDEZ, PEDRO, “Presupuestos programáticos para la elaboración de un concepto hermenéutico-ontológico de Derecho”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, 70, 2014, pp. 205-230, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/43151541> (fecha de consulta 4/9/2023).

23. ETCHEVERRY, JUAN BAUTISTA, “Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial”, *Dikaion* 29, 2, 2020, 336-351. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.1>.

deformar los hechos que dieron lugar al caso tal como fueron según la prueba obrante en el expediente.

Para la dilucidación de lo que estaba ocurriendo resultaba de máximo interés la prueba médica, que fue manipulada por la mayoría de la CIDH. Ella se desprende de la siguiente secuencia de hechos:

a) Beatriz sufría de lupus, una enfermedad que torna “de riesgo” cualquier embarazo. Su primer embarazo tuvo lugar en 2011, y fue calificado “de alto riesgo”, siendo ingresada en el Hospital Nacional de la Maternidad, centro médico estatal salvadoreño especializado en la materia. Dio a luz mediante cesárea y rechazó esterilizarse por su deseo de tener más niños. Dos años después, en 2013, quedó nuevamente embarazada. Por el lupus y otras complicaciones, su embarazo fue nuevamente calificado como de riesgo, y se la trató nuevamente en el Hospital Nacional de la Maternidad. Poco después se supo que el bebé era anencefálico, con una sobrevida tras el nacimiento que en la generalidad de los casos no pasa de unas pocas horas. Beatriz, fuertemente impactada por la noticia, solicitó a sus médicos que le practicasen un aborto. Los médicos pusieron el pedido en conocimiento del comité médico del hospital. Mientras tanto, la gestante fue dada de alta temporal.

b) El 11 de abril de 2013 Beatriz presentó una acción constitucional de amparo ante la sala constitucional de la Corte Suprema de El Salvador, requiriendo que se ordenara al Hospital Nacional de la Maternidad que se le practicara un aborto. Se invocó como razón que el embarazo colocaba en riesgo de vida a Beatriz, por las patologías que sufría. El comité médico del hospital recomendó intervenir. La sala constitucional resolvió consultar al Instituto de Medicina Legal de El Salvador acerca del real estado de salud y los riesgos del embarazo para Beatriz.

c) El 7 de mayo de 2013 el Instituto de Medicina Legal del Salvador informó a la sala constitucional de la Corte Suprema salvadoreña acerca del estado de salud y los riesgos del embarazo de Beatriz. Dijo concretamente lo siguiente:

“La señora Beatriz está clínicamente estable, lo que significa que por hoy no existe un riesgo inminente de muerte [...]. No hay, por el momento, justificación médica para suspender el embarazo [...] No hay evidencia clínica [...] de ninguna circunstancia inminente, real o actual que coloque en situación de peligro la vida de Beatriz [...] inducir el parto sería una medida desproporcionada”.

De acuerdo con el voto disidente del comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, “el juicio médico realizado por el Instituto de Medicina Legal fue

claro y rotundo: el embarazo de Beatriz –complejo, debido al lupus que sufría–, no la colocaba en un riesgo real, actual e inminente de muerte. Evidentemente, su embarazo tenía el mismo nivel de riesgo que tuvo su embarazo anterior en 2011. Sin embargo, en esa oportunidad, el riesgo en cuestión no le impidió dar a luz”²⁴.

d) El 28 de mayo de 2013 la sala constitucional de la Corte Suprema, luego de examinar el informe del Instituto de Medicina Legal, resolvió rechazar la acción de amparo, y ordenó al Hospital Nacional de la Maternidad adoptar todas las medidas necesarias para proteger de forma eficaz tanto la vida de Beatriz como la de su hija.

e) El 29 de mayo de 2013 interviene en el caso la Corte IDH. Lo hace a través del dictado de una medida cautelar. Requirió al Estado adoptar:

“Todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B”.

La Corte entendió que la prueba aportada por la CIDH y por los representantes de Beatriz no permitía concluir que hubiera en el caso peligro para la vida de Beatriz. Sostuvo el tribunal, concretamente, que “las representantes no presentaron documentación médica alguna que sustentara dicha afirmación”²⁵;

f) Los facultativos tratantes, médicos del Hospital Nacional de la Maternidad, decidieron no provocar un aborto por “la evolución propia de la paciente”, y se limitaron, luego de transcurrir unos días, a practicar una cesárea. Producida la intervención, se atendió a la bebé, quien sobrevivió algunas horas, y a su madre, quien una semana después recibió el alta en un estado de salud estable y sin ninguna complicación médica. Como concluye el comisionado Ralón Orellana en su disidencia, “el nacimiento de su hija, a través de un procedimiento de cesárea, tampoco causó a Beatriz ningún perjuicio a su salud, ni ningún riesgo mayor del que le hubiera enfrentado en un

24. Voto disidente, Comisionado Edgard Stuardo Ralón Orellana, Informe de Fondo N° 9/20, Caso N° 13.378, “Beatriz con El Salvador”, párr. 2, p. 49.

25. CORTE IDH, Asunto B. respecto de El Salvador, Medidas provisionales, 29 de mayo de 2013.

aborto provocado, procedimiento quirúrgico que, al momento avanzado de la gestación en el que se encontraba, hubiera causado serias amenazas a su salud reproductiva y a su salud mental, tal como indicaron los médicos a cargo de Beatriz”.

Con base en la secuencia anterior, el mencionado comisionado afirmó:

“el voto de la mayoría cometió serios errores al momento de apreciar los hechos y las evidencias en torno al presente caso. Efectivamente, el razonamiento del voto de la mayoría asumió, sin cuestionamientos, que Beatriz se encontraba, en los hechos, en una situación de riesgo vital cierto debido a su embarazo. Sin embargo, los hechos y la evidencia que el mismo voto de mayoría refieren permiten concluir, precisamente, lo contrario: el embarazo de Beatriz, si bien era correctamente considerado de alto riesgo, nunca representó una amenaza real a su vida”.

Se trata de una afirmación de una dureza inusual en escritos de estas características, pero muy justificada si se analiza el punto de partida adoptado por la mayoría de la CIDH desde la perspectiva que proporciona el principio de razonabilidad. En efecto, en el dictamen se reconstruyeron los hechos del caso descartando sin dar ninguna razón dictámenes médicos que no fueron cuestionados en ningún momento. La mayoría llevó a cabo una operación de auténtica creación de lo que había ocurrido en el caso sin más respaldo que su imaginación. Todo esto constituye una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. La Corte IDH ha señalado, en una argumentación que puede sostenerse extensible a los informes de la CIDH, lo siguiente:

“una exposición clara de una decisión constituye parte esencial de una correcta motivación de una resolución judicial, entendida como ‘la justificación razonada que permite llegar a una conclusión’. En este sentido, el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por ello, el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar los derechos a un

debido proceso, de acceso a la justicia y a conocer la verdad, en relación con el artículo 25 de la Convención”²⁶.

Consideraciones similares se encuentran también en otros casos resueltos por el tribunal (por ejemplo, en la sentencia de la Corte IDH, del 25 de noviembre de 2019, en el caso “López y otros vs. Argentina”)²⁷.

3. El principio de proporcionalidad y la legislación penal de El Salvador en materia de aborto

En este epígrafe se evaluará la proporcionalidad de las normas salvadoreñas. Como es sabido, el principio de proporcionalidad es una herramienta destinada a determinar la constitucionalidad de las reglamentaciones, limitaciones de los derechos, y consta de tres subprincipios: (i) adecuación o idoneidad, (ii) necesidad o indispensabilidad y (iii) proporcionalidad en sentido estricto²⁸.

Con el primero, se evalúa si la norma cuestionada tiene un fin, si ese fin es constitucional, si tiene relevancia social, y si los medios que se establecen para alcanzarlo son adecuados o idóneos.

A través del subprincipio de necesidad se busca establecer si el fin que se busca con la medida podría haberse alcanzado a través de un medio igualmente eficaz pero menos restrictivo de los derechos constitucionales en juego.

Por último, con la proporcionalidad en sentido estricto, se procura determinar si el autor de la norma ha hecho un buen balance entre los costos y los beneficios que genera la norma. Según se ha sostenido²⁹, la ponderación debe complementarse con un juicio acerca de si los derechos regulados por la norma cuestionada son o no afectados en su “contenido esencial”³⁰ o “in-

26. CORTE IDH, caso “San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela”, sentencia del 8 de febrero de 2018, fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 3485, 2018.

27. CORTE IDH, caso “López y otros Vs. Argentina”, sentencia del 25 de noviembre de 2019, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 396, 2019.

28. BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, *passim*.

29. CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (segunda ed.), Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009.

30. Cfr. el art. 19 de la Ley Fundamental de Bonn, art. 53 de la Constitución española, entre otros textos constitucionales.

alterable”³¹. Si esto fuese así, resultaría necesario un análisis de los fines de los derechos en juego³², y el establecimiento de su realizabilidad luego de la restricción que se pretende con la norma. Si no se aceptase que esto sea así, la ponderación de derechos podría en algunos casos violar su carácter absoluto –uno de sus rasgos más característicos y atractivos–; dicho con otras palabras, el control de constitucionalidad de las regulaciones, reglamentaciones o limitaciones de los derechos se reduciría a un juicio entre costos y beneficios, sin que pudiera evitarse que, al menos en algunos casos, un beneficio especialmente importante justifique una afectación tan intensa de un derecho que equivalga a su anulación práctica.

3.1. *La normativa penal salvadoreña bajo el estándar de adecuación*

Comencemos con el primer subprincipio. Las normas salvadoreñas cuestionadas se proponen proteger la vida del *nasciturus*. Se trata de un fin amparado por las normas constitucionales y convencionales que rigen en el Estado. Tal como hemos visto precedentemente, el texto de la Constitución de El Salvador se refiere expresamente a esto, y también lo hace la CADH en el art. 4.1. El fin que se procura es constitucional y, estando el derecho a la vida en juego, socialmente relevante.

El paso siguiente es evaluar si el medio que se introduce (la penalización del aborto) es adecuado o idóneo para el logro de ese fin. La CIDH responde negativamente. Según su opinión, la penalización es inadecuada porque el feto que se pretendió proteger en el caso era un ser humano anencefálico, “de todas formas” moriría. El argumento es sorprendente: la CIDH cuestiona la eficacia de la protección del derecho a la vida que se lleva a cabo a través de la norma penal a la luz de un pronóstico de muerte próxima. Siguiendo esta línea de razonamiento, debería concluirse que la tutela penal del homicidio perdería eficacia progresiva a medida que se aproxima el momento de la muerte del ser humano, y se podría por este camino llegar al absurdo de que quien matase a alguien que tiene la salud muy debilitada podría pretender no ser castigado penalmente, con base en que la norma penal no sería adecuada en esas circunstancias.

31. Cfr. el art. 28 de la Constitución argentina.

32. MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO-LUIS, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

En un caso de la jurisprudencia constitucional de la Argentina se había resuelto una cuestión análoga de un modo diferente, que no implica la desprotección del *nasciturus* basado en la seguridad de que su vida, por razones de salud, es frágil o corta. Se había presentado ante la Corte Suprema de ese país un recurso extraordinario contra una sentencia que había autorizado a un hospital a “inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea” a la demandante, quien se hallaba “en avanzado estado de gravidez de un feto anencefálico, enfermedad clínica extrema que excluye –según informes médicos evaluados por la Corte local– su viabilidad extrauterina”³³.

La Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario, pero lo hizo no porque autorice la práctica de un aborto, sino porque la inducción que se hubiera practicado no sería la causa de la muerte del feto. Dice textualmente:

“la petición de amparo no implica la autorización para efectuar un aborto y [...] la sentencia en recurso no contempla siquiera tal posibilidad.

En efecto, resulta evidente que no se persigue acción que tenga por objeto la muerte del feto y que el pronunciamiento apelado ordena preservar especialmente su vida, en la medida de lo posible y de las extremas circunstancias en que esta gestación se desarrolla. No deja lugar a dudas la expresa indicación que en tal sentido consta en la sentencia (punto tercero de su parte resolutive), en cuanto exige ajustarse a las reglas del arte de la medicina ‘con el mayor respeto hacia la vida embrionaria’.

No es ajeno a esta conclusión el avanzado estado del embarazo de la amparista, que desde el punto de vista científico autoriza a calificar el eventual nacimiento como ‘prematuro’, pero no ya como ‘inmaduro’ (ver declaración del doctor Illia, especialista en la materia, en fs. 59 vta.) y, menos aún, como un medio con aptitud para causar la muerte de la persona por nacer, por la insuficiencia de su evolución. El mismo profesional médico califica como nula la viabilidad del feto fuera del vientre materno, a cuyos efector declara que no existe diferencia en cuanto a su posibilidad de sobrevivida, entre inducir el parto en ese momento o esperar el íntegro transcurso de los nueve meses de gestación, pues ‘al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen, no podrá sub-

33. CSJN, “T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, 11/1/2001, Fallos 324:5, cons. 3.

sistir con autonomía’, de modo que diagnostica ‘el fallecimiento indefec-
tible’” (considerando 6)³⁴.

3.2. La normativa penal salvadoreña bajo el estándar de necesidad

Pasemos al análisis de la necesidad o indispensabilidad de la norma. Según este criterio, una norma que, al perseguir un fin constitucional de un modo adecuado, restringe (reglamenta, regula o limita) un derecho constitucional será proporcionada si es necesaria, esto es, si no existe una medida alternativa al menos igualmente eficaz –es decir, idónea para alcanzar el fin propuesto– y menos restrictiva de ese derecho. Si esa alternativa existiese, la norma dejaría de ser “necesaria” o “indispensable” para alcanzar el fin que se procura³⁵, y sería por tanto desproporcionada.

En este orden de ideas, el caso debería llevarnos a plantearnos si existe alguna alternativa para tutelar la vida del ser humano no nacido que sea al menos igualmente eficaz a la penalización. Una respuesta negativa se impone con carácter general. Las normas penales se justifican en la inexistencia de alternativas más eficaces para la protección de bienes de especial relevancia, fundantes de la convivencia humana, sin cuya preservación y promoción el Derecho se torna indistinguible de la violencia. Dentro de esos bienes, el de la vida es quizá el más relevante³⁶. Desde una perspectiva paralela, podría decirse que si para algo están las normas penales es precisamente para proteger la vida, sobre la base de que la importancia de esa protección justifica el recurso a la *ultima ratio* de los sistemas jurídicos, sin que existan alternativas del mismo grado de eficacia.

34. Sobre este caso, véase MARRAMA, SILVIA, “¿La Corte permitió el aborto en caso de anencefalia?: Análisis del caso ‘Tanus, Silvia c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo’”, *Duc in altum*, 2002, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/11085/1/corte-permitio-aborto-caso-anencefalia.pdf> (fecha de consulta: 4/2/2023).

35. CIANCIARDO, JUAN, “El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad”, *El Derecho - Diario*, Tomo 185, 898, 23/01/2000, Cita Digital: ED-DC-CLXIV-176.

36. SERNA, PEDRO, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en MASSINI, CARLOS I. y SERNA, PEDRO (eds.), *El Derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 23-79, disponible en: https://drive.google.com/file/d/1oUjyuKX9I-7G1BH-TbQoOdA3yB-DGr0PU/view?usp=share_link (fecha de consulta: 4/9/2023).

3.3. *La normativa penal salvadoreña bajo el estándar del sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto*

El subprincipio de necesidad exige, por su parte, que en los casos trágicos en los cuales la continuidad del embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la madre, se intente siempre salvaguardar ambas vidas. En estos casos se da de manera muy evidente una conexión entre el principio de proporcionalidad y la llamada “doctrina del doble efecto” o “del voluntario indirecto”. Esa conexión es particularmente relevante respecto del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

El contexto en el que esta última doctrina se crea es el siguiente: todos los actos humanos provocan varios efectos, y es inevitable que al menos uno de ellos sea malo. Alimentarse, por ejemplo, implica habitualmente la muerte de, al menos, un ser vivo. No hay actos humanos que no tengan efectos malos. No todos los efectos malos, sin embargo, tornan ilícita la acción moral que los produce. No es ilícito producir efectos malos que consistan en un daño a la propiedad o, como en el ejemplo anterior, a realidades subhumanas. Alcanza, en estos casos, con que el efecto bueno que persigue la acción sea proporcionado (que exista una razón de peso) para que se justifique el efecto malo y la acción sea, por eso, lícita. Hasta aquí las teorías morales principales coinciden. A partir de aquí se abren dos caminos fundamentales: a) para un conjunto de teorías morales la proporcionalidad (en el sentido mencionado, es decir, la existencia de una razón cuyo peso alcance para desplazar el peso contrario del efecto malo) es el único criterio para juzgar la moralidad de un acto, y por tanto no existen efectos malos que nunca puedan moralmente intentarse (es decir, quererse como medios o como fines). A este conjunto de teorías morales se las suele llamar, por su coincidencia en este punto, como “proporcionalistas”; b) para otras teorías morales, nacidas en la tradición del pensamiento clásico³⁷, en cambio, existen efectos malos que nunca pueden lícitamente intentarse, o, dicho con otras palabras, existen efectos malos cuya intención (como medio o como fin) determina la ilicitud de la acción, con independencia de qué tan importantes sean los efectos buenos. Esos efectos malos que nunca deben intentarse son los denominados “absolutos morales”³⁸.

37. BOYLE, JOHN P., “Toward Understanding the Principle of Double Effect”, *Ethics*, 90(4), 1980, pp. 527-538, DOI: <https://doi.org/10.1086/292183>.

38. Según el *Catecismo de la Iglesia Católica*, por ejemplo, “[h]ay actos que, por sí y en sí mismos, independientemente de las circunstancias y de las intenciones, son siempre

Para esta última posición, sin embargo, no se violan esos absolutos morales cuando su afectación no es “intentada” por el agente moral³⁹. Dicho con otras palabras, cuando ese tipo de efecto malo no es querido por el agente, el acto del que se deriva no necesariamente —es decir, si se dan ciertas condiciones— es ilícito. La doctrina del doble efecto busca, dentro de este contexto, establecer cuáles son, de modo preciso, las condiciones para que esto último ocurra.

Estos requisitos son, muy sintéticamente, dos: en primer lugar, el agente moral no debe intentar el efecto malo sino meramente tolerarlo (el efecto malo es un efecto colateral no directamente querido, es “indirectamente” voluntario). En segundo lugar, debe existir proporción entre el efecto bueno intentado y el efecto malo tolerado. Si una y otra condición se cumplen la producción del efecto malo (o efecto colateral) no violaría los absolutos morales y no sería, por tanto, ilícita.

El profesor Alejandro Miranda ha sugerido una posible vinculación entre los principios constitucionales y la doctrina del doble efecto. Según este autor,

“en las modernas constituciones y declaraciones de derechos, lo preceptos que establecen derechos humanos inviolables están formulados de un modo semejante al de las prohibiciones morales absolutas de la tradición clásica. Esto ha favorecido que, en tiempos más recientes, se haya hecho un uso importante del principio del doble efecto en la protección constitucional de los derechos fundamentales. Se trata aquí de una aplicación extensiva, en la que el principio se emplea como criterio para juzgar la conformidad de las leyes u otras disposiciones inferiores con los preceptos constitucionales”⁴⁰.

¿Por qué se produce esta “aplicación extensiva”?

“Porque puede suceder que una ley, al propender a la consecución de bienes legítimos, afecte, no obstante, el ejercicio de prácticas que prima facie pudieran considerarse amparadas por un derecho protegido, con lo que surge una situación de doble efecto. En este contexto, los jueces han

gravemente ilícitos por razón de su objeto; por ejemplo, la blasfemia y el perjurio, el homicidio y el adulterio. No está permitido hacer el mal para obtener un bien” (nro. 1756).

39. MASEK, LAWRENCE, “Intentions, motives and the doctrine of double effect”, *Philosophical Quarterly*, 60 (240), 2010, pp. 567-585, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9213.2009.633.x>.

40. MIRANDA MONTECINOS, ALEJANDRO, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista chilena de derecho*, 35, 2008, pp. 485-519, DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372008000300005>, 513.

razonado recurriendo a las mismas categorías recogidas en el principio tradicional: es jurídicamente relevante distinguir entre la intención de la ley y los efectos colaterales que ella pueda provocar. En otros términos, el principio ha servido aquí para distinguir entre leyes que directamente atentan contra el derecho protegido por la norma constitucional y leyes que pueden limitar o restringir ese derecho como efecto colateral de la prosecución de otros fines lícitos. Las leyes del primer tipo son siempre inconstitucionales, mientras que las del segundo no lo son cuando el legislador persigue con ellas un bien suficientemente importante”⁴¹.

Retornemos al caso “Beatriz”, en casos en los que la vida de la madre se encontrara en peligro y la intención del agente fuera preservar esa vida y no causar un aborto, es lícita moral (doctrina del doble efecto) y jurídicamente (aplicación del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad) su intervención con vistas a ese fin incluso cuando como efecto secundario no querido por él pudiera derivarse la muerte del feto. No hay allí, estrictamente, aborto, ni desde el punto de vista moral, ni desde el punto de vista jurídico. Esta última afirmación exige una comprensión del principio de proporcionalidad que no lo limite a un mero balance entre costos y beneficios, sino que lo conciba también como un análisis de si se ha preservado o no la esfera de funcionamiento razonable del derecho en juego⁴².

4. Populismo judicial y derechos humanos

Resta, finalmente, una reflexión acerca de las razones últimas que inspiran iniciativas como las que ha adoptado la CIDH en el caso que se analiza. Lo primero a señalar es que no estamos ante un caso aislado: en los últimos años se ha ido desarrollando en algunos tribunales un proceso de auto-ampliación progresiva de sus competencias⁴³. Se ha generado así un desequilibrio

41. MIRANDA MONTECINOS, ALEJANDRO, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista chilena de derecho*, 35, 2008, pp. 485-519, DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372008000300005>, 513.

42. Véase CIANCIARDO, JUAN, *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2020, cap. 7.

43. Véase RIVAS-ROBLEDO, PABLO, “¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial”, *Dikaion*, 31(1), 2022, pp. 70-92, DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.4>; RIVAS-ROBLEDO, PABLO, “¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones”, *Dikaion*, 31(2), pp. 1-28, DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6>.

entre los tres componentes del Estado convencional, puesto que en nombre de los derechos humanos se han ido dejado de lado algunas de las exigencias del Estado de Derecho y de la democracia, o se ha ido atenuando su respeto⁴⁴. Un ejemplo particularmente claro de esto es el caso 0084/2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Antes de adentrarnos en él, conviene hacer una referencia al menos breve a la alternativa en buena medida opuesta del positivismo, exponiendo algunas de sus insuficiencias. Lo haremos de la mano de un caso resuelto en Argentina. Como se verá, “la esclavitud de los jueces a la ley” es sólo la mascarada de una interpretación que esconde o no explicita suficientemente los valores que la inspiran, que permanecen así sólo implícitos en el razonamiento, sin que sea posible debatirlos, ni controlarlos democráticamente.

La Corte Suprema de la Argentina se enfrentó en 1980 a un caso difícil, conocido con el nombre de “Saguir y Dib”⁴⁵. Los hechos se dieron del siguiente modo: un joven de veinte años necesitaba un trasplante de riñón. La única persona histoidéntica –es decir, compatible– identificada era su hermana menor, de diecisiete años y diez meses de edad. La norma que regulaba por entonces este tipo de trasplantes establecía:

“[t]oda persona capaz, mayor de dieciocho años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo [...]”.

44. En trabajos relativamente recientes se da cuenta de este problema, aunque no exactamente desde la perspectiva que se propondrá aquí. Por ejemplo, puede verse: BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, “Interpretación constitucional y populismo”, *Revista de derecho constitucional europeo*, número 33, 5, 2020, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/citar?info=link&codigo=7590877&orden=0> (fecha de consulta 5/9/2023); DESIREE SALGADO, ENEIDA, “Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos [Article]”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, pp. 193-217, 2018, DOI: <https://doi.org/10.9732/P.0034-7191.2018V117P193> (fecha de consulta 5/9/2023); SEIJAS VILLADANGOS, ESTHER, “El papel de la Constitución en la defensa de la democracia frente al populismo = The role of the Constitution in the defense of democracy against populism”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 8, 2021, DOI: <https://doi.org/10.18002/rjule.v0i8.7092>. Son también de gran interés trabajos recientes de Rivas Palá que adoptan una perspectiva política y, en menor medida, sociológica RIVAS PALÁ, PEDRO, “Populismo y sentido contemporáneo de lo político”, *UNED, Revista de Derecho Político*, 103, 2018, pp. 229-256 y RIVAS PALÁ, PEDRO, *En los márgenes del Derecho y el Poder. Crisis de la Representación, Clientelismo, Populismo*, Valencia, Tirant Humanidades, 2019.

45. CSJN, “Saguir y Dib”, 1980, *Fallos* 302:1284.

Como salta a la vista, a la dadora le faltaban dos meses para cumplir la edad referida en la ley. La joven y sus padres pidieron autorización judicial para suplir ese requisito y realizar la intervención. En el caso debía examinarse, por tanto, la interpretación correcta de la regla transcripta. Junto con la regla que directamente regía el caso, fueron alegadas por los demandantes y por el Ministerio Público, como herramientas a tener en cuenta para la decisión judicial, otras normas: las que reconocen el derecho a la salud (del joven), a la integridad física (de su hermana), y a la vida (de ambos).

Según el Procurador General, el caso sólo podía ser resuelto interpretando literalmente la norma transcripta:

“los argumentos del apelante aparecen, más como la desesperación –comprensible– ante lo que creen una irrazonable negativa de los jueces, que una crítica concreta y razonada al basamento del fallo, el cual, estructurado en el irrenunciable principio de la esclavitud de los jueces a la ley, no observo que se haya visto conmovido por los agravios contenidos en el remedio federal intentado[...]. No dejo de advertir, empero, que el argumento de los recurrentes, respecto a que dentro de apenas 2 meses y 10 días la menor podrá decidir por sí misma y efectuar la donación –pudiendo la demora resultar fatal– conmueve al ánimo de quien no tenga plena conciencia de los principios básicos sobre los que se asienta el orden jurídico vigente en nuestra sociedad, pero carece de fuerza de convicción si se tiene presente que no es tarea de los jueces juzgar la bondad de las leyes ni atribuirse el rol del legislador y crear excepciones no admitidas por aquél. Hoy son 17 años y 8 meses, ¿cuál será mañana la edad exceptuada? Que el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy y aquí de una manera, mañana y allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de la justicia”⁴⁶.

El caso puede ser analizado desde múltiples perspectivas iusfilosóficas. Una de ellas es la que concierne a la relación entre el Derecho y la moral. Otra, íntimamente conectada con esta, es la que apunta al rol que juega el jurista en la interpretación. Quienes critican la tesis de la conexión entre Derecho y moral lo hacen desde dos ejes: a) afirmando que los sistemas jurídicos contienen sólo reglas jurídicas y no principios; b) afirmando que los sistemas jurídicos contienen reglas y principios. Tanto para unos como para otros no

46. RADBRUCH, GUSTAV, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, Santiago, Ediciones Olejnik, 2019, p. 36.

hay conexión porque la existencia y el contenido de las reglas (primera perspectiva), o de las reglas y principios (segunda perspectiva), dependen exclusivamente del legislador. El caso “Saguir y Dib” es un ejemplo de que la tesis de la separación entre Derecho y moral es falsa en el nivel de las reglas y en el de los principios. Veamos:

Podría pensarse, a primera vista, que el operador jurídico –en particular el legislador– es omnímodo en lo que se refiere a las reglas, en el sentido de que no tiene ningún límite a la hora de crearlas ni de fijar su contenido. Lo cierto es que, consideradas todas las circunstancias, se advierte que cuando el legislador crea una regla lo hace decidiendo dentro de unos márgenes con los que él se encuentra, y frente a los que sólo le corresponde su reconocimiento y respeto. Tomando la regla transcrita (según la que para ser donante de un órgano hay que ser capaz y mayor de dieciocho años) como ejemplo, resulta posible afirmar que el legislador podría seguramente haber establecido como “piso” una edad diferente (veintiún años, por caso, o dieciséis), pero no podría haber dispuesto la inexistencia de una edad mínima, o la obligatoriedad de los trasplantes, o la incapacidad como exigencia para su procedencia, alternativas todas ellas irrazonables porque supondrían traspasar el límite que los principios que gobiernan la relación jurídica subyacente imponen a la actuación legislativa.

Las reglas son, pues, el resultado de una decisión del legislador o del operador jurídico entre varias alternativas razonables. Dicho con otras palabras, la razonabilidad, que proviene de la finalidad dentro de la que las reglas se inscriben (por ejemplo, en el caso de las reglas de tránsito, asegurar que el tránsito sea seguro y veloz, razón por la que sería irrazonable que una regla estableciese que todas las calles de una ciudad tienen una misma dirección), impone un límite a la voluntad del operador jurídico; se trata del núcleo de derecho natural.

La sentencia de la Corte Suprema en “Saguir y Dib” (1980) pone de manifiesto que los principios que utilizan los jueces a la hora de resolver los casos no siempre provienen del derecho positivo (entendido como las normas, en este caso constitucionales). Los jueces ponderaron los *principios* que reconocen el derecho a la salud, el derecho a la integridad física y –nada más y nada menos– el derecho a la vida; sin embargo, y esto es lo que cabe resaltar, ninguno de ellos tenía reconocimiento constitucional expreso en la Constitución argentina tal como regía cuando este caso fue resuelto. Los jueces, en definitiva, asignaron carácter constitucional a tres principios que no lo tenían. ¿Significa esto que los principios no necesitan ningún tipo de positivación para existir? En caso de que la respuesta correcta fuese afirmativa, habría que afirmar la existencia de un doble ordenamiento: el positivo, constituido por

reglas, y el natural, integrado por principios. Lo resuelto en esta sentencia pone de manifiesto, sin embargo, lo contrario: sin positivación no hay norma jurídica –ni reglas ni principios–. Lo que ocurre es que la puerta de entrada con que cuentan los principios es muy amplia: pueden ingresar al sistema jurídico a través del legislador, del juez, e incluso de un abogado (como ocurrió en el ejemplo). Los principios son, entonces, el resultado del reconocimiento por parte del legislador o de un operador jurídico (un abogado, un juez...), de la razonabilidad intrínseca de un determinado bien humano (la salud, la integridad física, la vida). Nuevamente, como con las reglas, nos enfrentamos a una mixtura entre positividad (aportada por el legislador) y razonabilidad (aportada por el bien humano básico cuyo reconocimiento es el objeto del principio).

Retomemos lo dicho párrafos más arriba, en el caso se plantea también hasta qué punto el intérprete de una norma interviene o incide en el acto de interpretar. La posición del Procurador es la de la asepsia o intervención nula. Como intérprete se debe limitar a reproducir lo que la norma dice. El texto es claro, nítido, no ofrece lugar a dudas, y su función es la de reproducirlo y aplicarlo al caso. Sólo puede hacerse una interpretación literal o gramatical. La posición de la Corte Suprema es distinta: tres jueces deciden hacer una interpretación sistemática total (la norma a la luz de la Constitución y de todo el sistema jurídico), dos una interpretación sistemática parcial (la norma a la luz del resto del Código Civil), y coinciden en su conclusión: hay razones sólidas para rechazar que en el caso se haga una interpretación literal o gramatical. Para el Procurador, interpretar es aplicar, y la función judicial se resume en ello. Para los jueces, interpretar es algo distinto: determinar, especificar, y la función judicial consiste en “hacer justicia”.

Pasemos a continuación a un segundo caso, más reciente, también latinoamericano y complejo. En 2017 el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia debía decidir lo siguiente⁴⁷: un grupo de miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional había iniciado una acción abstracta de inconstitucionalidad pidiendo la “inaplicabilidad” de normas constitucionales que limitaban la posibilidad de algunos cargos públicos de ser reelegidos y la inconstitucionalidad de normas legales que regulaban esas normas constitucionales. Se pidió, en definitiva, el reconocimiento de supuesto derecho humano a ser reelegido indefinidamente.

47. *STCP 0084/2017*.

Respecto de lo primero, los demandantes planteaban la existencia de una “contradicción intra-constitucional” entre los siguientes artículos de la Constitución:

“Artículo 26.I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres. II. El derecho a la participación comprende: 1. La organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y a la ley. 2. El sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente. El sufragio se ejercerá a partir de los dieciocho años cumplidos. 3. Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio. 4. La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios. 5. La fiscalización de los actos de la función pública”.

“Artículo 168. El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”.

El Tribunal Constitucional hizo lugar a la demanda sobre la base de dos tipos de consideraciones. En primer lugar, interpretó que la prohibición de reelección indefinida contenida en el artículo 168 de la Constitución es una regla constitucional contraria al principio constitucional consagrado en el artículo 26, y que colisiones de ese tipo, es decir, entre una regla y un principio, deben resolverse a favor del principio. En segundo lugar, sostuvo que dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se habría reconocido un derecho humano a la reelección indefinida contradictorio con lo establecido en el artículo 168 de la Constitución, y que esa contradicción debía ser resuelta aplicando la norma internacional, de jerarquía superior a la interna.

Volvamos un paso atrás: como hemos visto, para el Procurador General que dictaminó en “Saguir”, la norma relacionada con el caso era perfectamente interpretable, podía separarse de modo nítido de su visión acerca de los

hechos, y de lo que él mismo consideraba la solución justa del problema. Su misión como intérprete consistía en “aplicar”, es decir, en subsumir el caso en el supuesto de hecho de la norma, aplicando la consecuencia jurídica prevista, fuera o no justa o razonable. En cambio, los jueces bolivianos que dictaron sentencia en el caso referido más arriba no asignaron a la interpretación literal valor alguno. Reconstruyeron el texto constitucional sobre la base de lo que entendían era la solución más justa o razonable, prescindiendo o pasando por encima de la interpretación literal de la previsión más directamente relacionada con el problema jurídico que había que resolver.

¿Cuál de los dos modelos es el que refleja mejor al fenómeno jurídico?, ¿cómo se resuelven los casos?, ¿a través de la aplicación a-valorativa de la norma (el Procurador en “Saguir y Dib”) o mediante su creación *ex nihilo* por el intérprete (el Tribunal Constitucional Plurinacional en STCP 0084/2017)? Quizá lo más ajustado sea decir que ninguno de los dos modelos es satisfactorio. En el primer caso, porque no refleja lo que ocurre en la realidad. En el segundo, porque si ocurre el resultado conduce a consecuencias no deseadas.

El modelo de aplicación a-valorativa de la norma al caso es inviable: el intérprete se enfrenta necesariamente a la necesidad de elegir, la elección debe ser razonable, porque de lo contrario se viola la tutela judicial efectiva, y lo será en la medida en que a su favor puedan darse razones, lo que equivale a que sea aceptable sostener que la opción escogida es la que mejor conduce al logro de un determinado valor⁴⁸. ¿Qué significa que el intérprete “se ve obligado a elegir”? Significa que ni la norma ni los hechos del caso comparcen ante su mirada como algo dado, como un objeto cognoscible por él con prescindencia de su propia actuación. Son, en cambio, el resultado de una construcción por etapas. Respecto de la norma, el intérprete debe elegir la norma que interpretará y debe dejar de lado otras normas también vinculadas con el caso. Debe elegir, también, qué método de interpretación empleará, dentro de un abanico amplio de métodos⁴⁹, y debe, finalmente, optar entre una aplicación de la proposición jurídica al caso por analogía o a contrario. Cada vez que es lógicamente posible la aplicación analógica lo es también la

48. CIANCIARDO, JUAN, “Argumentación, principios y razonabilidad. Entre la irracionalidad y la racionalidad”, *Dikaion*, 23 (1), 2014, pp. 11-36, DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2014.23.1.2>. También, puede verse: CIANCIARDO, JUAN, “Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones”, *Estudios de Deusto*, 66, pp. 47-71.

49. LOMBARDI VALLAURI, LUIGI, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, CEDAM, 1981.

aplicación a contrario: habrá que optar. Respecto de los hechos, el intérprete debe seleccionar los hechos relevantes, los medios de prueba pertinentes, y producida la prueba, la prueba más convincente. Todas esas elecciones están sujetas al test de razonabilidad. Una elección irrazonable equivale a la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dicho con otras palabras, hay una conexión inescindible entre interpretación, necesidad de elegir, necesidad de dar razones de por qué se ha elegido, y valoración. En el caso “Saguir y Dib” es al final el propio Procurador General quien, habiendo partido de la “irrenunciable esclavitud de los jueces a la ley”, se ve obligado al final del dictamen a justificar en un valor, la seguridad jurídica, su elección del método gramatical, cuando tenía otros métodos disponibles. En otras ocasiones en las que se postula una “aplicación a-valorativa” lo que ocurre es peor: se valora, pero se acaba escondiendo el proceder real detrás de un “tecnicismo jurídico esotérico” que frustra todo intento de control democrático de lo decidido (no se aportan razones) y exime al jurista de responsabilidad personal sobre lo resuelto –la culpa del resultado disvalioso es achacada al legislador, que ha hecho la norma de un modo determinado, y no del intérprete–⁵⁰.

El segundo modelo, el modelo que se expresa en la sentencia comentada del Tribunal Constitucional Plurinacional, que no distingue entre interpretación y creación de una norma, compromete seriamente el *rule of law*. Lon Fuller sostuvo en un trabajo ampliamente conocido que uno de los *desiderata* del Estado de Derecho, concretamente el octavo, es que los agentes públicos cumplan ellos mismos con las normas que se dictan dentro de un Estado⁵¹. No hay Estado de Derecho allí donde las autoridades están eximidas del cumplimiento de las leyes⁵². Eso es precisamente lo que ocurre si la interpretación del contenido de las leyes depende completamente de la autoridad. Si es el juez o el Poder Ejecutivo quien establece *ex nihilo* el significado de las leyes, si las leyes no tienen nada que decirles a los intérpretes antes del acto de interpretación, entonces las leyes no pueden ser para ellos límite alguno.

Casos planteados de modo tan diferente obedecen a un modo distinto de entender y resolver los problemas que plantea la, por momentos tensa,

50. *Idem*.

51. FULLER, LON L., *The morality of law. Revisited Edition*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1969.

52. FINNIS, JOHN, *Natural Law and Natural Rights*, 511, 2011, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>.

relación entre intérprete, hechos y normas, ninguno de los dos, por lo ya mencionado, enteramente satisfactorio. Para el Procurador el intérprete es un reproductor, un espejo, de lo que la norma claramente expresa. Para los jueces bolivianos, el intérprete construye la norma. No hay norma hasta que no hay interpretación.

¿Hasta qué punto la interpretación resultante de la toma de contacto entre intérprete, hechos y normas es el fruto de lo que el intérprete aporta a ella? Que algo aporta es indudable: ese *algo* es justamente lo que buscan en él quienes acuden a su consejo como abogado, o a su *auctoritas* y *potestas* como juez. Quien tiene un problema jurídico acude a un abogado y no a un médico o a un verdulero precisamente porque confía en que la comprensión del caso se vea enriquecida por las pre-comprensiones del asesor: por una larga serie de juicios previos, de experiencias, que han hecho de él un experto en Derecho. Es eso lo que busca en él, y es eso lo que explica que las interpretaciones de unos y otros sean distintas: mucho más rica, matizada, profunda y argumentada la del jurista. ¿Qué aporta el intérprete? Este interrogante se inserta dentro de otro más amplio. La pregunta acerca de si el ser humano puede conocer se encuentra en los orígenes mismos de la Filosofía. Es una pregunta hasta cierto punto circular, puesto que su respuesta está de alguna manera ínsita en la pregunta misma. También es circular la pregunta siguiente a una respuesta afirmativa a esa pregunta: qué podemos conocer. Una y otra han sido renovadas en la Filosofía contemporánea por un conjunto de autores que son considerados “hermenéuticos”. La hermenéutica, como filosofía trascendental de la comprensión, generó una renovación de la discusión entre el subjetivismo y el relativismo en el conocimiento humano, con consecuencias muy relevantes para la ciencia jurídica. Dicho con otras palabras, la hermenéutica jurídica es la tradición de la Filosofía del Derecho que se ha planteado de modo más interesante, profundo y fructífero los problemas a los que se ha aludido en los párrafos precedentes.

Retornemos al análisis del caso “Beatriz”. Los comisionados que integraron la mayoría optaron por desconocer el tenor literal y la interpretación más obvia de las normas convencionales movidos por una agenda ideológica (que por lo general no ocultan, aunque suelen explicitarla en contextos ajenos a los casos). ¿Es ello legítimo? Si se aspira a una convivencia armoniosa entre Estado de Derecho, democracia y derechos humanos, una respuesta negativa se impone. Por supuesto que es legítimo procurar que las normas tengan uno u otro contenido, pero lo es apelando a las reglas de cambio que integran el sistema en el que esas normas se insertan.

En línea con este razonamiento, si los comisionados quisieran que las normas del sistema fueran diferentes, deberían proponer y generar como ciu-

dadanos de sus países un cambio en la redacción del art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo que no deben hacer es tener a esa norma vigente como no escrita, y elaborar otra con un contenido afín a la agenda ideológica que los inspira. Incurrir en ese defecto acaba haciendo indistinguible al Derecho e incluso a la política de la violencia, puesto que lo incapacita para ser un límite efectivo a lo que puede hacer quien detenta el poder (en este caso, la CIDH). Entre la interpretación como aplicación y la interpretación como creación se abre como alternativa superadora la de la determinación o especificación. Dentro de ella, aunque haya muchas interpretaciones posibles, es decir, jurídicamente razonables, no toda interpretación es posible. Las hay caprichosas, arbitrarias, jurídicamente inaceptables o violentas.