

CAPÍTULO II

LOS POSIBLES EFECTOS CONTINENTALES DEL CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA A LA LUZ DEL ACTUAL ESTADO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

MAX SILVA ABBOTT

1. INTRODUCCIÓN	82
2. ALGUNOS PARÁMETROS ACTUALES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO	85
2.1 Planteamiento	85
2.2 Reglas de interpretación que la Corte Interamericana ha ido dándose a sí misma	86
2.3 Documentos internacionales que pueden ser invocados	93
2.4 El control de convencionalidad	95
3. LA POLÉMICA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE EN EL CASO ARTAVIA MURILLO	102
3.1 Planteamiento	102
3.2 Nuestra propuesta de interpretación	103
3.3 Lo que la Corte ha dicho a la luz de los parámetros señalados	107
4. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL FALLO A LA LUZ DE LOS PARADIGMAS ANTERIORES	111
5. ALGUNAS CONCLUSIONES	112

RESUMEN:

El presente trabajo tiene por objeto abordar, a propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, de 2012, algunos problemas que hoy está presentando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tanto a nivel nacional como internacional, fruto de la evolución que ha sufrido a manos de la misma Corte. Esta situación está cambiando profundamente la forma de ser y de actuar del Derecho como realidad normativa, respecto de su *modus operandi* de hace pocos años, puesto que las consecuencias de los fallos de la Corte Interamericana pretenden tener efectos continentales.

PALABRAS CLAVE:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Corte, Control de Convencionalidad, Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica.

1. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales de las personas a nivel internacional, en caso que ellos sean violados, en particular por alguna actuación del Estado,¹ o cuando éste no ha impedido conductas ilícitas de particulares, pudiendo hacerlo.² Todo ello previo agotamiento de las vías internas –teniendo, por tanto, un carácter subsidiario–,³ entendiéndose por tal ya sea que los mecanismos de reparación nacionales no se hayan ejercido, que su funcionamiento no dé garantías de imparcialidad, o que en caso de haber sido empleados, los requirentes estimen

¹ Cfr. CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, *Editorial Jurídica de Chile, Santiago*, 2006: pp. 276, 282 y 391; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 2013: p. 693; GARCÍA Ramírez, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA Ramírez, Sergio; CASTAÑEDA Hernández, Mireya (Coords.), “Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana”, México, UNAM, 2009: p. 27; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012: pp. 1172 y 1195-1196 GONZÁLEZ Morales, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 5, 2009, p. 45 y 47; NÚÑEZ Poblete, Manuel, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, en *Ius et Praxis*, año 14 (2), 2008: pp. 351-353.

² Cfr. FERRER Mac-Gregor, Eduardo PELAYO Möller, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 (2), 2012: pp. 158-161.

³ Cfr. CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 282 y 301-303; GARCÍA Sayán, Diego, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA Ramírez, SERGIO; CASTAÑEDA Hernández, Mireya (coords.), “Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana”, cit., México, 2009: pp. 101-102; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, 2013: p. 155.

que su veredicto no se ajusta a la normativa internacional que protege sus derechos. En todas estas situaciones, los afectados pueden acudir primero a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de lograr, de ser admitida su alegación, un acuerdo con el Estado implicado,⁴ y de lo contrario, iniciar un juicio ante la Corte Interamericana. Este último organismo puede, en virtud de sus facultades, condenar al Estado acusado y su fallo debe ser acatado por él, también de acuerdo a la normativa internacional vigente para estos efectos.⁵

La idea de tener una instancia internacional más allá de los propios países, con la misión de velar por el respeto de los derechos humanos es, en principio, excelente. Ello, porque la historia es generosa en muestras, a veces dramáticas, de los abusos que puede llegar a cometer el Estado por medio de sus agentes, al estar en una clara posición de ventaja respecto de los ciudadanos. Y si bien desde hace más de dos siglos la lucha por la división y control del poder estatal ha dado frutos innegables, un nuevo mecanismo de protección, de carácter internacional, se

⁴ obre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede consultarse GONZÁLEZ Morales, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, cit., 2009, pp. 35-57.

⁵ Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Ius et Praxis*, Año 9 (1), 2013: pp. 205-221; CABALLERO Juárez, José Antonio, “La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en tribunales nacionales. Apuntes para su estudio”, en GARCÍA Ramírez, Sergio; CASTAÑEDA Hernández, Mireya (coords.), “Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana”, cit., 2009: pp. 191-209; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: pp. 641-693; IVANSCHITZ Bourdeguer, Bárbara, “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11, N°1, 2013: pp. 275-332; GARCÍA Sayán, Diego, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., 2009: pp. 91-119; GARCÍA Ramírez, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., 2009: pp. 17-35; Para el caso mexicano: CASTILLA Juárez, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, (2), 2011: pp. 123-164.

presenta muy ventajoso, al advertirle a cada Estado que no es la única instancia que puede tomar cartas en este asunto.⁶

Todo lo anterior indica que es de vital importancia que no existan dudas sobre cuál es la normativa internacional a la cual los Estados deben sujetarse, y por lo mismo, respecto de las facultades que tendrán los órganos supranacionales, llegado el momento de su actuación. Es decir, la existencia de reglas claras resulta fundamental para evitar no sólo malentendidos (por ejemplo, no saber los Estados a qué deben atenerse en un momento o en otro), sino incluso abusos por parte de quien está llamado a administrar justicia. Lo anterior, máxime si se considera que nos encontramos en una etapa bastante nueva en la vida del Derecho, algo así como un cambio de era –al implicar el paso desde la preeminencia de los diferentes órdenes jurídicos nacionales hacia una especie de orden común internacional–, todo lo cual hace absolutamente imperioso actuar con la mayor prudencia, para que esta nueva situación de instancias supranacionales realmente vinculantes no se desprestigie antes de haberse consolidado.

Sin embargo y por desgracia, ciertos rumbos que ha ido tomando esta nueva forma de protección de los derechos humanos en nuestro continente, sobre todo de la mano de la actuación de la Corte Interamericana, están creando diversas dificultades que, de no corregirse, podrían terminar generando problemas incluso más graves de los que pretende solucionar.

Si bien se trata de un fenómeno tremendamente complejo, se harán algunas reflexiones a su respecto a propósito del *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, de 2012 pues, como se ha dicho, se trata de un fenómeno nuevo y en rápido desarrollo. Además, y pese a la creciente importancia que está adquiriendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este fenómeno está pasando de manera más o menos inadvertida en no pocos ambientes de los distintos países afectados por él, razón por la cual, este trabajo pretende dar algo de luz a este respecto.

En consecuencia, primero se analizarán algunos aspectos generales del actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interamericano; luego, se harán comentarios breves al caso aludido; finalmente, y teniendo en cuenta todo lo anterior, se mencionarán di-

⁶ Aborda las ventajas de tener una protección que vaya más allá de los propios Estados, CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 322-337 y 531-534.

versas consecuencias derivadas de este importante fallo, para terminar con algunas conclusiones.

2. ALGUNOS PARÁMETROS ACTUALES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

2.1 Planteamiento

Según se ha dicho, un aspecto que parece esencial para que esta nueva tutela internacional funcione adecuadamente, es que la normativa, o si se prefiere, el conjunto de “reglas del juego” que sus partes se han comprometido a respetar, sean claras desde un principio y permanezcan así, por razones mínimas de certeza jurídica. Es por eso que resulta de la mayor importancia que no surjan dudas sobre cuáles son o qué significan estas normas a las que los Estados han decidido sujetarse, tanto desde el punto de vista sustantivo (los derechos protegidos) como adjetivo (el procedimiento jurídico tendiente a su tutela).

Según se sabe, el principal instrumento rector para estos efectos es la Convención Americana de Derechos Humanos (también llamado Pacto de San José de Costa Rica), de 1969. Como tratado internacional multilateral, establece un conjunto de derechos y garantías que cualquier país que lo acate debe respetar, comprometiéndose así no sólo a acatarlo (art. 1), sino también a armonizar su propia normativa interna al mismo (art. 2). Además, en caso que surja un conflicto respecto de su aplicación en las situaciones mencionadas en el epígrafe anterior, y previo agotamiento de los mecanismos internos, algunos de estos Estados suscriptores han aceptado, además, la competencia de la Corte (arts. 52 a 73), obligándose así al acatamiento de sus sentencias.

Hasta aquí, todo parece marchar sobre ruedas: existe un tratado internacional suscrito por los Estados Parte, que saben, de buena fe, a lo que se están comprometiendo (e incluso pretenden imitar los cánones de este tratado en su normativa interna), en virtud del principio *pacta sunt servanda*, que obliga a cumplir los pactos libremente aceptados, siendo por ello la piedra angular del Derecho Internacional. De ahí que lo esencial, a nuestro entender, sea que las partes tengan claras las “reglas del juego” desde un principio, máxime en el presente caso, en que esta normativa internacional tendrá repercusiones continentales. O lo

que es igual, que se sepa a ciencia cierta cuándo un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional.⁷

Sin embargo, y tal como se ha adelantado, algunos derroteros que ha seguido la Corte han hecho cambiar esta situación primigenia, y no poco, desfigurando notablemente las reglas del juego que se habían entendido en un principio, según se verá. Lo anterior está modificando profundamente la normativa internacional involucrada (el punto de vista sustantivo), e incluso las facultades atribuidas inicialmente a la misma Corte (el punto de vista adjetivo), y por lo que puede apreciarse, no se ven señales que indiquen que este proceso no continuará en el futuro,⁸ sino todo lo contrario, seguirán aumentando su intensidad.

Varios son los factores que están incidiendo en este notable cambio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del sistema interamericano, respecto de lo que se estimó al momento de darle vida en nuestro continente hace más de cuarenta años. Sin embargo, por razones de espacio, comentaremos brevemente solo tres de ellos: *a*) las reglas de interpretación que ha ido elaborando la Corte; *b*) los textos internacionales en los que inspira sus sentencias; y *c*) el llamado Control de Convencionalidad.

2.2 Reglas de interpretación que la Corte Interamericana ha ido dándose a sí misma

Según se verá, este primer aspecto resulta fundamental para entender prácticamente todos los demás elementos de la evolución que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra región, al ser, por decirlo de algún modo, su llave maestra.

⁷ Una panorámica general además de sus orígenes y evolución puede verse en CRAWFORD James, “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado”, *Dykinson*, Madrid, 2004. Sobre esto volveremos brevemente más adelante.

⁸ Dentro de las pocas críticas que hemos podido encontrar a la actual situación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos destacan las de PAÚL DÍAZ, Álvaro, “La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano, Universidad del Desarrollo*, Año 1 (2), 2013: pp. 303-304, 330-331 y 339-340 y SANTIAGO, Alfonso, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, en *Persona y Derecho*, vol. 60, 2009: pp. 121-127.

La Convención Americana de Derechos Humanos señala que la Corte es su *intérprete última y legítima*,⁹ siendo además, una instancia *definitiva e inapelable*¹⁰ (art. 67). Estas facultades han hecho que la Corte, inspirándose sobre todo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, haya ido elaborando un conjunto de reglas cuya aplicación hace que a la postre, el sentido y alcance que ella acaba atribuyendo a los tratados invocados, sea a veces muy diferente del que tienen a primera vista. Por razones de espacio, se mencionaran solo los aspectos más relevantes de esta delicada cuestión.¹¹

Debe advertirse que estas reglas de interpretación han sido elaboradas tanto por vía jurisprudencial, como a través de varias opiniones con-

⁹ Comentan este carácter, establecido por la Corte en varios fallos, entre muchos otros, NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 N°2, 2012: pp. 58-59, 62-63 y 90-98; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.), “*Derechos humanos; un nuevo modelo constitucional*”, UNAM México, 2011: pp. 424 y 427; AGUILAR Cavallo, Gonzalo, “«Afinando las cuerdas» de la especial articulación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 1, 2013: pp. 642-643; AGUILAR Cavallo, Gonzalo, “El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 N°2, 2012: pp. 727-728 y 740-742; HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7 (2), 2009: pp. 115-122.

¹⁰ Cfr. FIX Zamudio, Héctor, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA. VV, *Protección internacional de los derechos humanos*, disponible en http://app.vlex.com/#vid/452375/graphical_version [fecha de consulta: 02 de abril de 2014], 2007: pp. 69 y 76; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 368 y 400-401; MEIER García, Eduardo, “Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9 (2), 2011: p. 333; RODRÍGUEZ Huerta, Gabriela, “Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos”, en GARCÍA Ramírez, Sergio; CASTAÑEDA Hernández, Mireya (coords.), “Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana”, cit., 2009: p. 218.

¹¹ Una excelente panorámica general de la interpretación de los tratados de derechos humanos puede verse en CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 19-60.

sultivas, documentos en los que la Corte aclara lo que a su juicio debe entenderse respecto de uno o más derechos humanos, aquellos sobre cuyo pronunciamiento ha sido requerida, ya sea por el Estado solicitante o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ante todo, para la Corte los tratados deben interpretarse no tanto según su tenor literal, ni atendiendo a las circunstancias históricas de su surgimiento, ni tampoco a las intenciones de sus redactores, sino desde una perspectiva *evolutiva, dinámica y progresista*, esto es, de acuerdo a lo que este tribunal entiende que son las circunstancias actuales de nuestras sociedades.¹²

Además, los derechos humanos así comprendidos no son autónomos, sino *interdependientes*, razón por la cual deben interpretarse unos a la luz y en coordinación con los restantes, de una forma *sistemática*, a fin de lograr un reforzamiento mutuo.¹³ Por eso, desde otra perspecti-

¹² Cfr. GALDÁMEZ Zelada, Liliana, “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 (3), 2007: pp. 442-486; VÁZQUEZ, Luis Daniel; SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro (coords.), “La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma”, cit., 2011: pp. 159-164; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, PELAYO Möller, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 149-150; PEREYRA Zabala, Gastón, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista de Derecho*, Montevideo, N° 6, 2011: p. 174; AGUILAR Cavallo, Gonzalo, “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7 (1), 2009: pp. 92-93.

¹³ Cfr. VÁZQUEZ, Luis Daniel; SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, cit., 2011: pp. 151-155; CASTILLA Juárez, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, cit., 2011: pp. 154-157; OROZCO Henríquez, José de Jesús, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional”, en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, 2011: pp. 85-98 p. 93; FRÍES Monleón, Lorena, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 2012: pp. 169-171; ALBANESE, Susana, “La fórmula de la cuarta instancia”, en *Lexis Nexis*, N° 0003/001051 [Fecha de consulta: 23 de junio de 2014], p. 7.

va complementaria, son *indivisibles*, en un sentido similar al anterior.¹⁴ Todo ello hace que exista una visión de tipo *holística* a su respecto.¹⁵

Por otro lado, y en virtud del llamado principio *pro homine* o *pro persona*,¹⁶ según el cual se buscará la interpretación más favorable a las

¹⁴ Cfr. CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 65-72 y 93-144; VÁZQUEZ, Luis Daniel; SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, cit., 2011: pp. 148-159; AMAYA Villarreal, Álvaro Francisco, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, en *International Law. Revista colombiana de Derecho Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, N° 5, 2005: p. 345; OROZCO Henríquez, José de Jesús, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional”, cit., 2011: pp. 93-94; ALBANESE, Susana, “La fórmula de la cuarta instancia”, cit., p. 7; FRÍES Monleón, Lorena, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile”, cit., 2012: pp. 169-171.

¹⁵ Cfr. CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 64 y 166-167; VÁZQUEZ, Luis Daniel; Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, cit., 2011: p. 155.

¹⁶ Cfr. AMAYA Villarreal, Álvaro Francisco, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, cit., 2005: pp. 337-380; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 79-91 y 97-103; NOGUEIRA Alcalá, Humberto (2012): “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N°1, pp. 153-154 y 158-161; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: pp. 1168-1170, 1176-1178 y 1187-1189; GÓMEZ Robledo, Juan Manuel, “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, en García Ramírez, Sergio; CASTAÑEDA Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, cit., 2009: pp. 141-142; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 340-358, 361-366 y 387-390; DÍAZ Tolosa, Regina Ingrid, “Aplicación judicial en Chile del *ius cogens* como manifestación de la internacionalización del derecho interno en materia de protección de la dignidad humana”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 N° 2, 2012: pp. 334-335; CABALLERO Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, en CARBONELL Sánchez, Miguel; SALAZAR Ugarte, Pedro (Coords.), “La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma”, cit., 2011: pp. 132-133; CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2014], pp. 84-87.

víctimas, la Corte estima que dicha interpretación debe no sólo ir evolucionando, sino que a fin de proteger de manera más eficaz un derecho determinado –o aminorar en lo posible sus restricciones–,¹⁷ ella puede fundar sus veredictos en otras normas, sean nacionales o internacionales, si es que ellas, de acuerdo a su criterio, protegen mejor el derecho en cuestión. Esto se vincula con el segundo problema mencionado (los textos internacionales en que inspira sus sentencias) y que será tratado en el epígrafe siguiente.¹⁸

Por lo mismo –y muy vinculado a la perspectiva *evolutiva, dinámica y progresista* recién mencionada–, se ha establecido el *principio de progresividad o de no retroceso*, entendiéndose por tal, la prohibición de involucionar en la protección de los derechos humanos respecto de anteriores interpretaciones hechas por la Corte.¹⁹

¹⁷ Cfr. NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”, cit., 2013: pp. 161 y 183; AMAYA Villarreal, Álvaro Francisco, “El principio pro *homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, cit., 2005: pp. 346-374; CASTILLA Juárez, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, cit., 2011: pp. 152-153; OROZCO Henríquez, José de Jesús, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1º constitucional”, cit., 2011: pp. 91-93; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 88-90; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 363-366.

¹⁸ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 (2), 2012: pp. 542-543; FERRER Mac-Gregor, Eduardo PELAYO Möller, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 164-165; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: p. 673; PAÚL Díaz, Álvaro, “La Corte Interamericana in vitro: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, cit., 2013: pp. 310-314.

¹⁹ Cfr. CASTILLA Juárez, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, cit., 2011: p. 157; AGUILAR Cavallo, Gonzalo, “El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12”, cit., 2012: p. 729.

Todo esto hace que los derechos humanos tengan un *sentido autónomo*,²⁰ lo que quiere decir que la forma de comprenderlos y de aplicarlos depende en definitiva, únicamente de las instancias internacionales –ya que por muchas interpretaciones internas que haya a su respecto, la Corte tiene siempre la palabra final–,²¹ debiendo los Estados aceptar dicha interpretación como *auténtica*,²² al ser, según se ha dicho, la Corte la intérprete última, legítima e inapelable de la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo anterior hace que para ella este tratado tenga un sentido universal, común para todos los Estados, de manera independiente a sus circunstancias particulares, razón por la cual queda poco espacio para que el Estado afectado pueda alegar razones internas para morigerar su aplicación –el llamado “margen de apreciación”–.²³

²⁰ Cfr. NÚÑEZ Poblete, Manuel, “Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia”, en *Hemicilo, Revista de Estudios Parlamentarios*, Año 2 N° 4, 2011: p. 53; MEIER García, Eduardo, “Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, cit., 2011: p. 334; CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 26-30 y 52.

²¹ Cfr. NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 87-97.

²² Cfr. AMAYA Villarreal, Álvaro Francisco, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, cit., 2005: pp. 344-345; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 65,70, 72, 82 y 96; Id., “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: pp. 1178-1179 y 1219.

²³ Cfr. NÚÑEZ Poblete, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en ACOSTA Alvarado, Paola Andrea; NÚÑEZ Poblete, Manuel (Coords.), “El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales”, UNAM, México, 2012: pp. 3-49; BARBOSA Delgado, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática”, en ACOSTA Alvarado, Paola Andrea; Núñez Poblete, Manuel (Coords.), “El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales”, cit., 2012: pp. 51-82; BENAVIDES Casals, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, Año 15 (1), 2009: pp. 295-310; BERNALES Rojas, Gerardo: “La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos”, en *Ius et Praxis*, Año 13 (1), 2007: pp. 245-265. Una actitud completamente diferente respecto del margen de

Finalmente, todo lo dicho hace que cada vez se vean con más recelo las *reservas* que los Estados puedan formular a los tratados al momento de suscribirlos, pues al excluirse mediante ellas algunos elementos de dicho tratado para ese Estado, se atentaría contra la universalidad, la interdependencia y el sentido autónomo de los derechos interpretados por la propia Corte.²⁴

Como puede verse luego de esta somera revista a los cánones de interpretación que la Corte ha ido dándose a sí misma, sus posibilidades reales de no acatar lo que verdaderamente dicen los tratados, de modificarlos e incluso cambiarlos radicalmente, parecen evidentes. De esta forma, la interpretación de la Corte se coloca al mismo nivel que (o incluso sobre) el texto al que en teoría sirve y del cual depende, no siendo exagerado sostener que con este proceder, se está cambiando su normativa, tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo. En parte se ha llamado a lo anterior *interpretación mutativa por adición*.²⁵

Es por eso que se señalaba que esta es la puerta de entrada para las demás modificaciones que hoy está sufriendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra región, todo lo cual hace que las

apreciación, si bien referida al caso europeo (en este caso, relacionado al aborto), puede consultarse sobre este tema: MENA Parras, Francisco Javier, "La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un «punto de inflexión» en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?", en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 2012: pp. 115-124 y REY Martínez, Fernando, "¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia 'A, B y C vs. Irlanda', del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011: pp. 743-752.

²⁴ Cfr. CANÇADO Trindade, Antonio, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI", cit., 2006: pp. 28-29, 38-39, 179-180, 281-282 y 288-301; MÉNDEZ-Silva, Ricardo "Judicialización y atavismos", en GARCÍA Ramírez, Sergio; CASTAÑEDA Hernández, Mireya (coords.), "Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana", cit., 2009: p. 178; HITTERS, Juan Carlos, "El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana", cit., 2012: p. 542.

²⁵ Cfr. SAGÜÉS, Néstor, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en *Estudios Constitucionales*, año 8 (1), 2010: p. 125; SAGÜÉS, Néstor, "El «Control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf> [fecha de consulta: 26 de mayo de 2014] p. 468; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales", cit., 2012: p. 1179.

reglas del juego iniciales, a las que los Estados se comprometieron, hayan cambiado notable y aceleradamente en los últimos años.

Finalmente, de manera particular, son dichas reglas las que explican la polémica interpretación que la Corte realizó en el *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en 2012, como entre otros documentos, deja de manifiesto la *Declaración de Guanajuato*, de 2013,²⁶ según se verá más adelante.

2.3 Documentos internacionales que pueden ser invocados

Se supone que un tribunal internacional debe atenerse al o a los tratados que le han dado competencia para conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado respecto de las materias que esté llamado a dirimir. Esto es esencial, ya que los Estados se están comprometiendo ante la comunidad internacional y como se ha dicho, las reglas del juego deben estar meridianamente claras en atención a los efectos continentales que tendrá la labor de esta instancia supranacional.

Sin embargo, no ha resultado infrecuente que para fundamentar sus fallos, la Corte invoque no solo a otros tratados, ya sean universales o regionales ajenos al sistema interamericano,²⁷ sino también a documentos no vinculantes²⁸ –el llamado *soft law* internacional–²⁹ e incluso jurisprudencia, ya sea de otros tribunales internacionales³⁰ (sobre todo

²⁶ Declaración de Guanajuato disponible en <http://www.declaraciondeguanajuato.org/> [fecha de consulta: 20 de junio de 2014].

²⁷ Como ocurre por ejemplo en el *Caso Artavia Murillo y otros ("Fertilización in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 224-243 y 247-253.

²⁸ Precisamente refiriéndose a este fallo, cfr. PAÚL Díaz, Álvaro, "La Corte Interamericana in vitro: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia", cit., 2012: pp. 317-320.

²⁹ Cfr. GARCÍA Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad" en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, Año V, N° 28, 2011: p. 135; NÚÑEZ Poblete, Manuel, "Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia", cit., 2011: p. 81; RODRÍGUEZ Huerta, Gabriela, "Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos", cit., 2009: p. 219; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, "El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010", cit., 2012: pp. 156-157.

³⁰ Como en el *Caso Artavia Murillo*, cit., párr. 145, 170, 235, 237-242, 245, 247-252, 275 y 186.

la Corte Europea de Derechos Humanos), así como de tribunales constitucionales y cortes supremas de diversos países, sobre todo de nuestra región.³¹ Y no, como pudiera pensarse, simplemente para dar apoyo o reforzar argumentos tomados de la Convención Americana y otros tratados vinculantes, sino también para ir modificando su sentido, de acuerdo a las reglas de interpretación comentadas en el epígrafe anterior –y donde el principio *pro homine* tiene una importancia fundamental–, como ocurre en el *Caso Artavia*, según se verá.

Una conducta semejante posee varios reparos. Sólo por mencionar algunos (que no pueden ser desarrollados aquí), se enumeran los siguientes: *a*) que la Corte acude a tratados de diferente ámbito (regionales y universales); *b*) a tratados que los Estados que están bajo su tutela no han suscrito; *c*) a documentos internacionales no vinculantes, que pasan a tener fuerza normativa a través de sus sentencias; *d*) pese a lo iluminador que puede resultar un “diálogo interjurisdiccional”,³² se acude a jurisprudencia internacional de tribunales ajenos a nuestro sistema y a los cuales los países no han dado competencia; y *e*) finalmente, también se invoca jurisprudencia de tribunales nacionales extraños para los Estados involucrados, que por razones obvias, tampoco debieran afectar a otros países.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la posible descontextualización de los instrumentos utilizados, así como su aplicación a situaciones diferentes a las contempladas por ellos, o que no toman en cuenta diversas circunstancias locales de los países involucrados, (el ya mencionado margen de apreciación de los Estados).

Por otra parte, este inquietante fenómeno de selección normativa, tanto nacional como internacional, tampoco posee reglas claras de funcionamiento ni justificación (como se ha dicho, uno de los argumentos más frecuentes la invocación del principio *pro homine*), quedando así al arbitrio de la misma Corte cuándo y cuáles aspectos específicos son escogidos de esta verdadera maraña de normas,³³ que además resultan

³¹ Cfr. *Ibid.*, párr. 254-256 y 260-262, entre otros lugares.

³² Cfr. NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 57-140.

³³ Refiriéndose al *Caso Artavia Murillo*, cfr. PAÚL Díaz, Álvaro, “La Corte Interamericana in vitro: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, cit., 2013: pp. 319-320.

excesivamente dúctiles de acuerdo a los criterios de interpretación antes esbozados.

Como puede fácilmente comprenderse, semejante actitud hace completamente imposible saber a cuáles normas acudirá la Corte para fundamentar sus sentencias, ni cómo las interpretará, afectando así gravemente la certeza jurídica. A nuestro juicio, este es un aspecto esencial, porque hace que las reglas del juego que han sido la base para la aceptación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte de los Estados y por tanto de su legitimidad, sean puestas seriamente en duda. A fin de cuentas, es como si un juez nacional no sólo dejara de estar sujeto a las normas que le han dado competencia, sino que además, pudiera escoger libre e incluso arbitrariamente las disposiciones a las que echará mano en sus sentencias –incluso de otros países–, sin perjuicio de poder interpretarlas como estime conveniente según lo antes señalado sobre este otro delicado tema. Por tanto, aquí no es el juez el que sirve y protege al Pacto de San José, como está estipulado, y en parte se ve limitado por una normativa previa, sino todo lo contrario: el juzgador es quien, de manera soberana (y nadie sabe con qué autorización) escoge y moldea la normativa según su criterio. En vez de ser el juez quien debe adaptarse a la normativa que lo legitima, la elige y manipula a voluntad.

Más aún: a nuestro juicio, ni siquiera el principio *pro homine* otorga legitimidad para acudir a instrumentos que no han sido ratificados por el Estado sometido a un tribunal internacional, por razones mínimas de seriedad y utilidad de los pactos. En efecto, en caso contrario, bastaría suscribir un solo tratado de derechos humanos para quedar, de acuerdo a este criterio, sujeto a toda la normativa sobre esta materia –al ser estos derechos humanos indivisibles y sistemáticos–, sea dicha normativa nacional o internacional, según se mencionó más arriba.

Nos parece que pocas cosas pueden hacerle tanto daño al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello, porque a fin de cuentas, los Estados no saben a qué atenerse, puesto que las reglas del juego están cambiando constantemente, con lo cual cualquier Estado parte podría ser condenado casi por lo que sea en un momento dado.

2.4 El control de convencionalidad

De manera muy simple, el control de convencionalidad apunta no solo a que la Corte puede desconocer una norma del orden interno de un Estado por ser contraria a lo dispuesto por la Convención Americana-

na (o más precisamente, a la *interpretación* que de la misma haga la Corte, sin perjuicio de acudir en esta labor a otros documentos internacionales, con todos los inconvenientes señalados en el epígrafe anterior), sino además, a que también los jueces nacionales puedan dejar de aplicar una norma interna por el mismo motivo,³⁴ incluso *de oficio*.³⁵

³⁴ Dentro de las muchísimas obras que se han escrito sobre este tema, pueden verse: SAGÜÉS, Néstor P. “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf> [fecha de consulta: 27 de noviembre de 2013], pp. 381-417; Id., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, cit., 2010, pp.117-136; IBÁÑEZ Rivas, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 2012: pp. 103-113; BAZÁN, Víctor, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVI, Montevideo, 2010: pp. 151-177; CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, cit., pp. 67-95; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 339-429; GARCÍA Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, cit., 2011: pp. 123-159; HITTERS, Juan Carlos, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 535-574; Id. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, cit., 2009: pp. 109-128; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: pp. 1167-1220; PEREYRA Zabala, Gastón, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, cit., 2011: pp. 155-176; AGUILAR Cavallo, Gonzalo, “El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12”, cit., 2012: pp. 717-750; PACHECO Pulido, Guillermo, “Control de convencionalidad. Tratados internacionales de los derechos humanos”, México, Porrúa, 2012: pp. 1-131.

³⁵ Cfr. BAZÁN, Víctor, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas”, cit., 2010: p. 176; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 343-344 y 390-391; Id. “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: pp. 685-686; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 127-128; Id. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: pp. 1175-1176; CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, cit., pp. 71-74; SAGÜÉS, Néstor P. “El «Control de convencionalidad» como

De alguna manera –y nuevamente por vía jurisprudencial–,³⁶ la Corte ha estimado que estos jueces locales vendrían a ser algo así como sus delegados –se los considera incluso como *jueces interamericanos*–,³⁷ razón por la cual estarían llamados a aplicar directamente la normativa internacional ya interpretada por la Corte en sus fallos, así como según ciertos autores, también de acuerdo a la interpretación contenida en sus opiniones consultivas.³⁸

Para la Corte, la normativa internacional, al ser superior a la de los propios Estados, tendría preminencia incluso sobre las mismas constituciones nacionales, razón por la cual el control de convencionalidad,

instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, cit., pp. 451 y 455; GARCÍA Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad” cit., 2011: pp. 141-142; IBÁÑEZ Rivas, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., 2012: pp. 105-106; HITTERS, Juan Carlos, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 121-125.

³⁶ Entre los muchos casos que en los últimos años han aludido al control de convencionalidad –y cada vez con mayor fuerza– destacan a nuestro juicio, sobre todo los siguientes: *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128; *Caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr. 173 y *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 193 y 239.

³⁷ Cfr. FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: p. 396; CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, cit., p. 80; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 60-87.

³⁸ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, cit., 2009: pp. 122-123; VÁZQUEZ, Luis Daniel; SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, cit., 2011: p. 136; GARCÍA Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, cit., 2011: pp. 131-139; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: p. 1219; CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, cit., p. 83; SAGÜÉS, Néstor P. “El «Control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, cit., pp. 458-461.

sea el aplicado por ella misma, sea el ejercido por los jueces locales, podría muy bien desconocerlas. La única excepción admitida para que prime la normativa interna es que ella sea más favorable a los afectados, en virtud del principio *pro homine*.³⁹ Con todo, como los requirentes tienen la posibilidad de acudir a la Corte en caso de estimar no satisfechas sus pretensiones luego de haber agotado las instancias locales, en último término, siempre será la Corte la que decidirá si prima o no esa normativa nacional. Es por eso que el principio *pro homine* viene a ser algo así como una válvula de escape, que permite alterar profundamente la relación entre las fuentes jurídicas, primando para algunos incluso sobre la jerarquía que exista entre ellas.⁴⁰

No contenta con lo anterior, la Corte ha señalado que puesto que la Convención Americana tiene vigencia continental, los argumentos esgrimidos por ella en una sentencia para un caso determinado (la llamada “*res interpretata*” o también “*ratio decidendi*”), no solo afectarían a las partes del mismo, sino que debieran tener efectos *erga omnes* dentro del sistema interamericano.⁴¹ Lo anterior se aplica, según se ha dicho, a

³⁹ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto «*erga omnes*» de las sentencias de la Corte Interamericana)”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 2013: pp. 708-709; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: p. 676; GARCÍA Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, cit., 2011: pp. 133-139; CANÇADO Trindade, Antonio, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, cit., 2006: pp. 310-314.

⁴⁰ Cfr. CASTILLA Juárez, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, cit., 2011: pp. 149-153; CABALLERO Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, cit., 2011: pp. 109-112 y 128; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, cit., 2012: pp. 160-161 y 185; Id., “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: pp. 1202-1203 y 1218.

⁴¹ Cfr. HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto «*erga omnes*» de las sentencias de la Corte Interamericana)”, cit., 2013: pp. 695-710; Id., “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 543-544; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”,

lo que podríamos llamar la “parte considerativa” de sus fallos, no a sus condenas (las “*res iudicata*”), que solo tienen aplicación para el Estado involucrado.⁴²

Con todo, debe recordarse que lo que prima aquí no es tanto la Convención Americana, sino la *interpretación* que de ella hace la Corte en diferentes fallos e incluso para algunos, según se ha dicho, en sus opiniones consultivas. La interpretación que haga de la Convención Americana, vendría a incorporarse automáticamente a este documento, fundiéndose con él y por tanto, alterándolo en definitiva.⁴³ Por eso, la Corte estima que los Estados que han acatado el tratado, ello incluye sus modificaciones por vía jurisprudencial o incluso a través de las opiniones consultivas.

cit., 2013: pp. 652-688; SAGÜÉS, Néstor P.: “El «Control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, cit., pp. 462 y 468; BECERRA Ramírez, Manuel, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en GARCÍA Ramírez, Manuel; CASTAÑEDA Hernández, Mireya, “Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana”, cit., 2009: p. 303; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 65 y 83-84. Desde un ángulo complementario, si bien referido al Derecho Internacional Humanitario, DÍAZ Tolosa, Regina Ingrid, “Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 (2), 2012: pp. 281-322.

⁴² El efecto relativo de las sentencias, entendiendo por tal que ella sólo tiene incidencia respecto de las partes involucradas, resulta evidente. Lo resalta, precisamente en relación al efecto *erga omnes* que pretende atribuirse de los razonamientos y las interpretaciones de la Corte, FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res iudicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: pp. 688-693.

⁴³ Cfr. SAGÜÉS, Néstor, P. “El «Control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, cit., pp. 458-461; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res iudicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: pp. 671-672; FERRER Mac-Gregor, Eduardo-PELAYO Möller, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 147-149.

De tal forma, puede verse muy a las claras que con este mecanismo la Corte pretende instaurar no solo lo que podríamos llamar un “efecto expansivo” –cuando no explosivo– de su jurisprudencia, sino algo así como un sistema de precedentes a nivel continental.⁴⁴ Pero además, esta imposición no sólo pretende hacerla la Corte “desde arriba”, mediante sus sentencias, sino que también “desde abajo”, es decir, a través de la actividad de las autoridades locales, con un claro efecto multiplicador. Ello, puesto que como se ha dicho, ella estima que los jueces internos serían algo así como sus delegados. Por eso considera que deben aplicar la “*res interpretata*” de cualquier fallo de la Corte incluso de oficio, con preminencia de su propio ordenamiento jurídico.

Por eso, algunos autores han declarado que se pretende llegar a un “orden público” común interamericano.⁴⁵

Ahora bien, se supone —también de acuerdo a la Corte— que el esfuerzo del juez nacional debiera tender primero a armonizar la normativa interna con la “*res iudicata*” –lo que ha sido llamado *interpretación conforme*–,⁴⁶ y que sólo en caso de no ser posible una conciliación, le se-

⁴⁴ Sin decirlo expresamente, cfr. NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: p. 73; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: pp. 670-671; HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto «erga omnes» de las sentencias de la Corte Interamericana)”, cit., 2013: pp. 705-708; PEREYRA Zabala, Gastón, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, cit., 2011: pp. 169-173; RODRÍGUEZ Morelión, María Engracia del Carmen, “La recepción de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos”, en GARCÍA Ramírez, Manuel; CASTAÑEDA Hernández, Mireya, “Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana”, cit., 2009: p. 360.

⁴⁵ Cfr. MOURE, Ana María, “El Defensor Interamericano y la defensa de los derechos del niño. Caso Furlán”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 3, 2013: p. 991; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, cit., 2013: p. 656; BECERRA Ramírez, Manuel, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, cit., 2009: pp. 301-304.

⁴⁶ Cfr. CABALLERO Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, cit., 2011: pp.

ría permitido apartarse de su normativa local. Mas resulta evidente que el sentido y alcance de dicha normativa local podría verse notablemente deformado fruto de este trabajo de “armonización”. O sea, el derecho interno sólo sería legítimo a la luz del internacional, y en realidad, de lo que la Corte considere que éste señala.

Lo importante es darse cuenta que gracias al control de convencionalidad, desarrollado por vía jurisprudencial, según se ha dicho, un juez nacional podría aplicar la “*res interpretata*” de cualquier fallo de la Corte para dejar sin efecto, cualquier norma interna, si de acuerdo a su criterio, es incompatible con dicha “*res interpretata*”, incluso como se ha dicho (siempre según el criterio de la misma Corte), si se trata de normas de rango constitucional.

Incluso se estima que una actitud contraria de los jueces locales equivaldría a una desobediencia del Estado hacia la Convención Americana –lo que se ha llamado *inconvenionalidad*–,⁴⁷ generando por ello, responsabilidad internacional para él.⁴⁸

103-133; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 339-429.

⁴⁷ Cfr. BAZÁN, Víctor, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconvenionalidades omisivas”, cit., 2010: pp. 151-177; FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 386-390; SAGÜÉS, Néstor P., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, cit., 2010: pp. 127-128 y 130.

⁴⁸ Entre muchos otros, cfr. NÚÑEZ Poblete, Manuel, “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8 (2), 2010: pp. 452-457 y 461-464; HENRÍQUEZ Viñas, Miriam Lorena, “Las fuentes formales del Derecho”, Santiago, Legal Publishing, 2009: pp. 52-55; Id., “La oportunidad del control de constitucionalidad de los tratados: improcedencia del control represivo”, en *Microjuris. com* MJCHMDJ193 Versión PDF [fecha de consulta: 17 de octubre de 2012], pp. 1-10; GARCÍA Sayán, Diego, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., 2009: pp. 100-101; NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, cit., 2012: pp. 1168-1171 y 1185-1194; BERNALES Rojas, Gerardo, “La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos”, cit., 2007: pp. 256-257; TAPIA Valdés, Jorge, “Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario”, en *Estudios Constitucionales*, año 6 (2), 2008: pp. 133-134; BAZÁN, Víctor, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconvenionalidades omisivas”, cit., 2010: pp. 170-173; HITTERS, Juan Carlos, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, cit., 2012: pp. 543-544; DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid,

Se comprende fácilmente que lo anterior viene a ser un auténtico cataclismo para el ordenamiento jurídico interno de los países pertenecientes al sistema interamericano. No sólo –y desde un punto de vista externo– porque el Estado en cuestión se ve afectado por los argumentos esgrimidos por la Corte en un caso del que no ha sido parte y por lo mismo, no ha podido defenderse,⁴⁹ sino además –y desde una perspectiva interna, que de lejos es lo más grave– porque lo anterior equivale literalmente, a *la anulación de su normativa doméstica y a sus posibilidades de autodeterminación*. La única actitud que le resultaría lícita, así las cosas, sería desarrollar y profundizar obedientemente las directrices dadas por la Corte, o también mejorarlas, siguiendo el principio *pro homine*,⁵⁰ para no caer en responsabilidad internacional.

Lo anterior, sin perjuicio que los jueces podrían libremente elegir la normativa que consideren adecuada,⁵¹ desconociendo así sus propias fuentes nacionales, todo lo cual atenta, como es obvio, contra la más elemental certeza jurídica.

Es por ello que puede adelantarse que la gran pregunta que surge, después de este rápido vistazo a nuestra actual situación, es si fue a esto a lo que se obligaron los Estados al firmar la Convención Americana. Sobre ello se volverá en las conclusiones de este trabajo.

3. LA POLÉMICA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE EN EL CASO ARTAVIA MURILLO

3.1 Planteamiento

El objetivo de este apartado es analizar, aunque sea muy someramente, la situación planteada en el *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, apli-

“Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario”, cit., 2012: pp. 295-297.

⁴⁹ Como acertadamente apunta SAGÜÉS, Néstor P., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, cit., 2012: pp. 125-126.

⁵⁰ Cfr. NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, cit., 2012: pp. 79-91 y 100-103.

⁵¹ Cfr. FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, cit., 2011: pp. 377-386.

cando dos de los parámetros del actual funcionamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de nuestra región vistos hasta aquí: las reglas de interpretación y los documentos internacionales invocados por la Corte. Para ello, primero se hará un ensayo personal de interpretación de la Convención Americana desde una perspectiva hermenéutica más “clásica” y por ello, apegada lo más posible al texto de este tratado⁵² –y que fue a lo que realmente se comprometieron los países suscriptores–, para posteriormente señalar, sin profundizar en los mismos, los principales puntos del fallo de la Corte. El propósito del anterior ejercicio es mostrar los efectos que pueden tener en la interpretación de la Convención los parámetros antes mencionados. Quedará para parte del punto 4 analizar las posibles consecuencias de este fallo, incluso a nivel continental, en virtud del control de convencionalidad.

3.2 Nuestra propuesta de interpretación

Como se sabe, este caso surgió con motivo de la prohibición vigente en Costa Rica de realizar fecundaciones *in vitro*, en atención a que como su orden interno protege la vida desde la concepción, se estimó, aplicando precisamente el principio *pro homine* y basándose además en la propia Convención Americana (en particular su art. 4.1), que la masiva muerte de los así llamados “embriones sobrantes” fruto de esta práctica, atenta contra su derecho a la vida. El fallo de la Corte desechó este criterio, según se verá.

A nuestro juicio, el *quid* del problema de los derechos involucrados en este asunto, y que se vinculan, ni más ni menos que al estatuto jurídico del no nacido (sea cigoto, embrión o feto, da igual), radica no tanto en el art. 4.1 de la Convención, permanentemente invocado, pese a su importancia fundamental, sino en el art. 1.2 “*Para efectos de esta convención, persona es todo ser humano*”, el cual debiera relacionarse, en este orden, con el art. 3 (“*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”). Sólo luego de estos artículos, que por su posición inicial guardan un papel orientador para las demás disposiciones de este tratado, y a fin de evitar malos entendidos o incluso tergiversaciones, debiera acudir al art. 4.1 “*Toda persona tiene derecho a que*

⁵² En el fondo, pretendemos aplicar el art. 31.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: Los tratados internacionales deben interpretarse “*de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

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 su vida arbitrariamente". Finalmente, este periplo concluiría, a modo de ratificación obvia de todo lo dicho, con el art. 4.5 "No se impondrá la pena de muerte [...] a las mujeres en estado de gravidez".

De esta manera, nos parece que ya que "persona es todo ser humano" (art. 1.2), no debiera admitirse ninguna exclusión a este respecto, ni siquiera para el no nacido, pues no cabe duda alguna, entre otras cosas, en atención a su información genética, epigenética y biológica, que se trata de un miembro de la especie humana. De hecho, los padres no están preocupados que su hijo en gestación pueda pertenecer a otra especie, sino que llegue a buen término. Por tanto, puesto que es un ser humano, se trata también de una persona.

Como persona que es y no puede dejar de ser, tiene "derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art. 3), esto es, posee un conjunto de derechos humanos (no así todavía deberes, por razones obvias de su desarrollo) que deben ser respetados por todos, aunque esto ocasione eventualmente molestias o inconvenientes a terceros. Sólo así podemos hablar realmente de "derechos", que como resulta evidente, no pueden ser desconocidos por meros intereses o incluso fastidio de quienes están obligados a respetarlos.⁵³ Sólo podrían cuestionarse si se esgrimen otros derechos tanto o más importantes, debiendo intentarse primero llegar a una conciliación entre todos en vez de eliminar al o a los menos importantes. Mas parece difícil que cualquier otro derecho pueda ser superior a la vida de un ser inocente, como en este caso,⁵⁴ ya que para poder ejercerlos primero se requiere estar vivo.

Explicitando más lo antes ordenado por la Convención, y puesto que estamos ante una persona, ella insiste: "Toda persona tiene derecho a que se respete su derecho a la vida" (art. 4.1, primera frase), aspecto fundamental para poder ejercer los restantes derechos, según se ha di-

⁵³ Cfr. MASSINI, Carlos, "El derecho natural y sus dimensiones actuales". Buenos Aires. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.. 1999: pp. 40-43.

⁵⁴ Cfr. MASSINI, Carlos, "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos"; en MASSINI, Carlos; SERNA, Pedro (Eds.), "El derecho a la vida". Pamplona, Eunsa, 1998: pp. 179-222; ANDORNO, Roberto, "Bioética y dignidad de la persona", Madrid, Tecnos, 1998: pp. 53-55; GEORGE ROBERT P, "La ética del embrión", en *Moral Pública. Debates actuales*", Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, traducción de Miriam Rabinovich, 2009: pp. 39-64.

cho. Esta es, pues, la situación general: que a todos los seres humanos (y por tanto, personas) se les debe respetar su derecho a la vida.

Luego, para que no quede ninguna duda, inmediatamente, en el mismo artículo, a continuación de un punto seguido (lo que muestra que va en el mismo orden de ideas), lo anterior vuelve a ser ratificado, pero de forma especial: “*Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”. Esto significa que el tratado expresamente hace alusión al no nacido, en atención a su calidad de persona, señalando directamente al momento de la concepción –y no desde otro instante posterior–⁵⁵ como el comienzo de la protección de su derecho a la vida, lo que debiera ser la situación “general”.⁵⁶ Además, en virtud del “efecto útil” de las disposiciones de un tratado, parece absurdo que no exista un evidente propósito de dejar las cosas claras en este aspecto.⁵⁷

De hecho, a nuestro juicio, lo anterior podría no haberse explicitado, pues en estricto rigor, basta con el art. 1.2 “*persona es todo ser humano*”, reforzado con el art. 3 “*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*” y, finalmente, la primera frase del art. 4.1 “*Toda persona tiene derecho a que se respete su derecho a la vida*”. Pero si el tratado se tomó la molestia de invocar al no nacido, ello muestra muy a las claras el espíritu de la época e incluso el actual, ya que la mayoría de las legislaciones de nuestro continente protegen la vida desde la concepción o permiten el aborto como una situación excepcional. Las únicas situaciones atípicas son las de Estados Unidos, Canadá, Guyana y Cuba.⁵⁸

Finalmente, y como si fuera poco, la última frase del art. 4.1 refuerza la misma idea, de modo general: “*Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente*”. Y una clara muestra de arbitrariedad es cegar la vida de alguien por la condición que ostente (ya que basta con pertenecer a la especie humana), en este caso, su condición de no nacido (lo que a su vez se vincula con el art. 1.1: “*Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta*

⁵⁵ Cfr. PAÚL Díaz, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, en *Ius et Praxis*, Año 18 (1), 2012: p. 68.

⁵⁶ Cfr. *ibid*, pp. 93-103.

⁵⁷ Cfr. *ibid*, p. 97.

⁵⁸ Cfr. *ibid*, pp. 72-75.

a su jurisdicción, sin discriminación alguna por 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”).

Por último, como término de este periplo, se prohíbe la pena de muerte para la mujer embarazada (art. 4.5), obviamente porque ello acarrearía también la muerte del no nacido, lo que violaría su derecho a la vida. Este artículo es más importante de lo que se cree, pues indica sin lugar a dudas que el derecho a la vida del no nacido es autónomo e independiente respecto al derecho a la vida de la madre. En suma, que se trata de *otro sujeto de derechos*, cuya personalidad jurídica debe ser reconocida (art. 3). Al tratarse así de *otra persona*, no tiene por qué sufrir, si bien de forma indirecta, los efectos de una acción contra un tercero, aunque sea su propia madre, no sólo por ello, sino además, por ser inocente.

De manera más indirecta, también pueden invocarse dentro de la Convención Americana, por ejemplo, para condenar la tentativa de aborto o un aborto frustrado, los arts. 5.1 “*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”, y 5.2 “*Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”.

Se ha realizado este sencillo ejercicio de interpretación, reiterativo y hasta redundante, a propósito, con el objeto de mostrar lo que consideramos evidente: que la Convención Americana de Derechos Humanos protege la vida del no nacido al considerarlo una persona desde la concepción, en virtud de reconocerlo como un miembro de la especie humana (que por lo demás, es el único requisito que exige para ser considerado persona). De esta manera, puede apreciarse lo incorrecta de la interpretación realizada por la Corte Interamericana, que más que interpretar, a nuestro juicio está *modificando* el tratado al que en teoría sirve (lo que antes llamábamos “interpretación mutativa por adición”).

Lo anterior, además, se ve ratificado si se aplica el principio *pro homine* o *pro persona*.⁵⁹ En efecto, puesto que el no nacido es una persona,

⁵⁹ La sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica de 2000 buscaba proteger a los recién concebidos por considerarlos los individuos más indefensos de la especie humana. En atención a su inherente dignidad, se estimó que su derecho a la vida era vulnerado por las técnicas de fecundación in vitro, puesto que ella genera un riesgo desproporcionado de muerte, mediante el desecho de los llamados “embriones sobrantes”. La sentencia se basó en el Art. 4 de la Convención Americana, precisamen-

su máxima protección debe ser un *letit motiv* esencial en la interpretación de los derechos que lo afectan, expandiéndolos en lo que haga falta (con lo que se los puede hacer primar sobre otros derechos de terceros) y al contrario, limitando lo más posible sus restricciones.

De hecho, a nuestro juicio, esta auténtica válvula interpretativa, podría incluso fundamentar la prohibición de cualquier tipo de aborto directo, en atención a implicar la condena a muerte de una persona inocente, lo que se torna más urgente aún, aunque sea de Perogrullo, al ser sus efectos irremediables. Si de verdad somos todos persona y por tanto, esencialmente iguales,⁶⁰ el principio *pro homine* debiera llevar a esta conclusión, puesto que “*Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente*” (Art. 4.1 frase final). Y no parece haber situación más arbitraria que privar a alguien de su vida por hechos de los cuales no es responsable (en el fondo, por su condición de no nacido), o si se prefiere, matar a una persona que es completamente inocente, ya que no puede ser considerada culpable de nada.

3.3 Lo que la Corte ha dicho a la luz de los parámetros señalados

Un primer aspecto que debe advertirse respecto de esta sentencia, es que si bien el problema originalmente planteado se refería a la fecundación *in vitro*, el fallo terminó yendo bastante más allá de este asunto, al establecer diversos criterios respecto del estatuto jurídico del embrión,⁶¹ todo lo cual tendrá notables repercusiones en el futuro.

te para darle cumplimiento a la normativa internacional. Debe tenerse en cuenta, además, que el Presidente de la Corte Suprema de ese entonces el juez Rodolfo Piza Escalante, ex presidente de la Corte Interamericana (cfr. PAÚL DÍAZ, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, cit., 2012: p. 91). Como puede apreciarse, parece difícil argumentar un desconocimiento por parte de los juzgadores de Costa Rica de lo establecido por la Convención Americana, sin perjuicio de estar aquí ante una clara aplicación del principio *pro homine*.

⁶⁰ Lo ha afirmado reiteradamente, SPAEMANN. Robert, “¿Es todo ser humano una persona?”, en *Persona y Derecho*, vol. 37, traducción de Ezequiel Coquet, 1997, p. 14; Id., “La naturaleza como instancia de apelación moral”, en AA. VV., “El iusnaturalismo actual”, compilado por Carlos I. Massini-Correas, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 362-363; Id., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en MASSINI, Carlos; SERNA, Pedro (Eds.), “El derecho a la vida”, cit., p. 98.

⁶¹ Cfr. PAÚL DÍAZ, Álvaro, “La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, cit., 2013: pp. 303-304.

Usando los criterios interpretativos señalados más arriba, y pese a la meridiana claridad de la Convención Americana, la Corte estimó que el no nacido no es acreedor de una protección similar a la de los ya nacidos, en el fondo, por no considerarlo una persona.

Para ello, primeramente, y pese a señalar que hasta el momento no estaría claro cuándo comienza la vida (párr. 185), y que no pretende optar por alguna de las corrientes en disputa a este respecto (párr. 185), considera que cuando la Convención alude a “concepción”, se está refiriendo, en virtud de una interpretación evolutiva (cfr. párr. 245-256), histórica (párr. 193-221) y sistemática (párr. 191-192. 222-223 y 244), y de acuerdo al principio de la interpretación más favorable al objeto y fin del tratado (cfr. párr. 257-263) no a fertilización o fecundación, sino a “implantación” (párr. 264, si bien ya lo venía advirtiendo, entre otros, en los párr. 180, 186-187 y 189), lo que como se sabe, ocurre varios días luego de lo que suele generalmente entenderse por “concepción”. Con lo cual, además de forzar los términos (sin perjuicio, que parece difícil que los estados firmantes estuvieran pensando en la “implantación” o “anidación” cuando hablaban de “concepción” en 1969),⁶² en el fondo, está optando, contrariamente a lo que dice (párr. 185), por una de las visiones a este respecto. Con todo, es importante destacar que la Corte señala expresamente estar “optando” por alguna de las posturas en pugna, no que su criterio se base en una convicción indubitable suya a este respecto.

En parte, la Corte justifica su argumento señalando que la concepción sólo podría comprobarse gracias a la anidación (párr. 187). Con todo, el argumento parece insostenible, toda vez que en una fecundación *in vitro* se producen precisamente, embriones concebidos pero no anidados; y es completamente obvio que debe tenerse total certeza sobre cuándo se ha producido la concepción –contrariamente a lo esgrimido por la Corte–, ya que en caso opuesto, no podría realizarse el diagnóstico preimplantatorio e introducirse los embriones seleccionados en el cuerpo de la madre gestacional. De ser cierto lo señalado por este tribunal, incluso podrían transferirse al cuerpo de la mujer ovocitos sin fecundar, porque en el fondo, los médicos estarían actuando a ciegas.

Lo anterior no solo significa que existiría una completa indefensión del ser humano desde el momento de la unión de los gametos hasta su

⁶² Como lo señala acertadamente la *Declaración de Guanajuato*, cit., punto III.

efectiva anidación o implantación en las paredes del útero, sino que además –siguiendo con esta interpretación “evolutiva”–, la Corte estima que la protección del no nacido es gradual o incremental (párr. 256, 264 y 315), esto es, que se va fortaleciendo a medida que crece, conclusión que apoya curiosamente en el mismo art. 4.1, cuando señala que el respeto del derecho a la vida del no nacido se debe proteger “en general” (párr. 256 y 264).⁶³

Es en virtud de todo lo dicho que la Corte Interamericana concluye que el derecho a la vida del no nacido no sería absoluto (párr. 258-259), e incluso llega a considerar que su protección se basaría fundamentalmente en un mero interés subjetivo (párr. 260) y por tanto –podemos agregar–, no oponible a otros que piensen distinto.⁶⁴

Es decir, la Corte ha dejado al no nacido en una situación de extrema vulnerabilidad, al otorgarle en el fondo, un *pseudoderecho a la vida*. Es por eso que este *pseudoderecho* a la vida del no nacido debe ceder ante otras situaciones que afectan a los ya nacidos (párr. 259), eventos a los que sí considera auténticos derechos. De ahí que la protección al no nacido debiera ser excepcional: al ser su “derecho” a la vida no absoluto, no podría limitar otros “verdaderos” derechos (párr. 259, lo que desarrolla, entre otras partes, en los párr. 280-282, 288 y 293).

Además, estima que la verdadera protección al no nacido va de la mano y es una consecuencia de la protección de la mujer embarazada (párr. 222). Es decir, la escasa tutela que posee el primero depende de la protección que se otorgue a la segunda, por lo que no sólo se trata de una pseudoprotección, sino además, indirecta, todo lo cual no hace sino reforzar la consideración del no nacido como no-persona por parte de la Corte.

Es por eso que se señalaba que para ella, el no nacido ha dejado de ser una persona y que con su veredicto, se ha establecido, contra la letra expresa de la Convención Americana, un nuevo estatuto para estos seres humanos,⁶⁵

Ante esta vulnerable situación, no es de extrañar que la existencia del *nasciturus* ceda ante otras situaciones estimadas más relevantes por

⁶³ Si bien no referido a este fallo, cfr. PAÚL Díaz, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, cit., 2012: pp. 77-82; sobre la expresión “en general”, *ibid*, pp. 93-103.

⁶⁴ Una crítica similar, si bien no referida al presente caso en *ibid*, p. 70.

⁶⁵ Alude a esto, entre otras cosas, el Voto Disidente del juez Eduardo Vio Grossi, que consta en la parte final del fallo.

este tribunal. Ello, porque parece absurdo que valgan más que el derecho a la vida de una auténtica persona, y además, inocente, pese a la atención que merecen, las situaciones alegadas por los recurrentes: la limitante física de la infertilidad (entendida como parte de la integridad personal), la autonomía reproductiva, la vida privada y la maternidad (como parte del libre desarrollo de la personalidad) y el derecho a fundar una familia y a procrear (todo esto en las largas consideraciones de los párr. 265-317).⁶⁶

Finalmente, hay que señalar que además de los criterios interpretativos utilizados para llegar a estas conclusiones, la Corte alude a otros tratados para fundamentarlas (son muchas, por ejemplo, párr. 224-243 y 253) e incluso al Derecho comparado (por ejemplo, en los párr. 254-256 y 260-262). De esta manera, se añade, además de no atender a si poseen un carácter vinculante, ni a su jerarquía, el problema de una posible descontextualización de los mismos. Todo esto sin perjuicio de no quedar claro el criterio de su selección, salvo la búsqueda de argumentos para su veredicto, en virtud del principio *pro homine* (obviamente, no aplicado al *nasciturus*), con todos los problemas que lo anterior trae consigo.

De esta forma, la Corte alude a la Declaración Universal de Derechos Humanos (párr. 224), al sistema europeo de Derechos Humanos (párr. 234-242), al Sistema Africano (párr. 243), a otros documentos internacionales (párr. 247-253), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (párr. 225-226, pese a que curiosamente, también prohíbe la pena de muerte para las embarazadas en su art. 6.5), a la Convención Contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (párr. 227-228) y la Convención de los Derechos del Niño, específicamente a sus arts. 1 y 6.1 (párr. 229-233), olvidando, sorprendentemente, que este último instrumento señala en el párrafo 9 de su Preámbulo 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*”. Ello, sin perjuicio de hacer caso omiso al principio del *interés superior del niño* –y parece difícil que

⁶⁶ Cfr. GALDÁMEZ Zelada, Liliana, “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, cit., 2007: pp. 446-448 y 453-454; GÓMEZ Robledo, Juan Manuel, “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, cit., 2009: p. 144, nota 29.

exista un interés superior a su derecho a la vida—, sin lugar a dudas, la viga maestra de este tan importante documento internacional.

4. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL FALLO A LA LUZ DE LOS PARADIGMAS ANTERIORES

Dadas las actuales características del Derecho Internacional de los Derechos Humanos mencionadas en el punto 2 de este trabajo, las consecuencias de lo fallado en el *Caso Artavia Murillo* van mucho más allá de lo que a primera vista pudiera pensarse. Por razones de espacio, se comentarán solo tres. Desde luego, con todo lo dicho hasta aquí, el lector podrá fácilmente arribar a varias más.

Un primer aspecto que debe mencionarse, es que fruto de las peculiares reglas de interpretación utilizadas por la Corte, de hecho, ella ha modificado profundamente e incluso contrariado el sentido original de la Convención Americana. Tal vez uno de los elementos más graves de este asunto en particular es la meridiana claridad de los textos del tratado a favor del *nasciturus*, como ha intentado mostrarse, lo que no ha impedido llegar al resultado ya comentado.

Lo anterior hace vaticinar profundas modificaciones al espíritu de la Convención Americana (tanto desde una perspectiva sustantiva como adjetiva), lo que implica un completo cambio de las reglas del juego iniciales a las que se comprometieron los Estados, según se comentaba más arriba.

Un segundo aspecto es que con el nuevo escenario que la Corte ha creado mediante este fallo (que establece lo que a su juicio es el estatuto jurídico del no nacido), se abre un peligroso frente para él. Ello, porque si: *a*) se desconoce su calidad de persona (pese a ser un miembro de la especie humana); *b*) se señala que su pseudoprotección no puede oponerse a otros derechos considerados más fuertes; y *c*) que su eventual tutela se hace a través de los derechos de la madre, parece claro, pese a las meridianas intenciones en sentido contrario de la primigenia Convención, que se han echado las bases no solo para permitir el aborto en ciertos casos, sino para convertirlo en un derecho incluso absoluto de la madre.

Un tercer aspecto de suma importancia que vale la pena mencionar, es que en virtud del control de convencionalidad, la “*res interpretata*” de esta sentencia tendría efectos *erga omnes* dentro del sistema

interamericano, razón por la cual, si llegamos a las últimas consecuencias, cualquier normativa interna en sentido contrario, incluso de rango constitucional, podría ser dejada sin efecto por los jueces locales, hasta de oficio. Por tanto, de llegar a los extremos de esta doctrina, de nada valdrían las normativas domésticas que protegen al *nasciturus*, haciéndose así tabla rasa con ellas. Incluso podría fundamentarse esto acudiendo irónicamente al principio *pro homine* (invocándolo, evidentemente solo para la madre), a fin de dar una mejor protección a los ya nacidos, los únicos realmente considerados personas por este fallo, so pena de responsabilidad internacional del Estado.

Ahora bien, pese a ser una interesante herramienta, estimamos que el principio *pro homine* debe ser empleado con mucha prudencia. Es por eso que no nos parece razonable que este principio se use en el fondo, para excluir a ciertos miembros de la especie humana de su calidad de "homine", en este caso, al quitarle al no nacido su calidad de persona. Esta es una situación vedada al intérprete y que podría traer varias y graves consecuencias en el futuro.

Es por eso que se ha mencionado más de una vez en el presente trabajo, si ha sido a esto a lo que realmente se obligaron los Estados al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Las conclusiones de todo lo señalado hasta aquí son muchas y graves, pero por razones de espacio, sólo se dejará breve constancia de algunas de ellas.

La primera, es que pese a lo necesario que en principio resulta una tutela internacional de los derechos fundamentales, actualmente estamos asistiendo a un escenario con unas reglas del juego completamente distintas a las establecidas en los orígenes de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por eso, si bien resulta evidente que las realidades jurídicas no pueden permanecer estáticas, los cambios a los que se ha hecho referencia, y cuya puerta de entrada han sido las reglas de interpretación que la Corte se ha dado a sí misma, están alterando profundamente la propia Convención, incluso yendo contra su texto expreso, tanto desde una perspectiva sustantiva como adjetiva, de manera rápida, constante y hasta imprevisible.

Ahora bien ¿puede una interpretación evolutiva contrariar el texto del cual depende? De ser así, como de hecho está ocurriendo, dicho tratado se convertiría en un documento sujeto a permanentes y en parte imprevisibles modificaciones por voluntad de la Corte. Esto, sin perjuicio de la utilización de otros instrumentos jurídicos para fundamentar sus fallos, con todos los inconvenientes que trae este modo de proceder.

Lo anterior quiere decir, en segundo lugar, que más allá de ciertas interpretaciones extensivas que pudiera hacer (lo que no parece que ocurra en el presente caso), la Corte Interamericana está en el fondo, *creando y destruyendo derechos*. La pregunta obvia es si tiene la facultad de hacerlo, sin perjuicio del problema de la real conveniencia de este modo de proceder.

Insistimos en que lo antes dicho no significa que los Estados deban quedarse anclados en una normativa que muy bien puede volverse añeja con el correr de las décadas. Mas si se quieren modificar, en lo que corresponda, las reglas del juego (y no parece que quitarle la calidad de persona a un miembro de la especie humana sea legítimo), lo lógico sería cambiar el contenido de los tratados existentes o crear otros nuevos y contar así con la real aceptación de los Estados de esta nueva situación. Lo que no parece lógico es que estén al mismo nivel, e incluso se confundan, el texto normativo y la interpretación del mismo, porque a la postre, hace que termine primando esta última y el texto en cuestión termine siendo casi irrelevante.

Mención aparte merece, en tercer lugar, el polémico tema del control de convencionalidad. No solo porque distorsiona completamente el espíritu inicial de la Convención Americana, sino también porque como se ha dicho, viene a ser un auténtico cataclismo para los ordenamientos jurídicos locales, creando así una grave falta de certeza.

Lo anterior no solo indicaría que para la Corte los ordenamientos locales no tendrían ninguna importancia –se ha hablado a este respecto del “principio de irrelevancia del derecho interno”–,⁶⁷ sino además, que se pretendería instaurar un *monismo jurídico total*, en que los derechos locales vendrían a ser simplemente, aplicadores de las directivas internacionales.

Es por eso que a nuestro juicio, uno de los aspectos fundamentales es si la Corte Interamericana tiene legitimidad para auto atribuirse todas

⁶⁷ Si bien desde una postura crítica a este principio, NÚÑEZ Poblete, Manuel Antonio, “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, cit., p. 456.

estas potestades, tanto sustantivas como adjetivas, porque parece evidente que no fueron estas las reglas del juego ni las condiciones a las que se obligaron realmente los Estados al suscribir la Convención Americana, ni tampoco al aceptar la competencia de la Corte.

Esta situación no hace sino generar una peligrosa desconfianza en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo que de no enmendarse, podría llevar a su fracaso. De ahí que este importante asunto requiera de un muy amplio debate (que además, vaya mucho más allá del ámbito académico), como corresponde a sociedades verdaderamente democráticas.