

LA CORTE INTERAMERICANA IN VITRO: COMENTARIOS SOBRE SU PROCESO DE TOMA DE DECISIONES A PROPÓSITO DEL CASO ARTAVIA

Álvaro Paúl Díaz*

Introducción

Cuando se presentan situaciones más o menos extremas, las personas tienen la tendencia a actuar en forma impulsiva, bajando las barreras de las buenas costumbres y acentuando las características de su personalidad. Tal efecto puede también observarse en organismos con un proceso de toma de decisiones poco institucionalizado o que depende de la decisión de un puñado de personas. Son pocos los escenarios en que esta forma de “situaciones extremas” afectan a organismos internacionales, por lo que, cuando ocurren, deben aprovecharse para analizar las características de la “personalidad” de tales instituciones. La presentación del caso *Artavia-Murillo (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica*¹ constituyó uno de tales momentos para la CorteIDH. Ello, porque dicho caso lidió con un tema muy controversial, en el que los jueces de la Corte tienen opiniones personales previas, algunas de las cuales ya habían sido manifestadas con claridad².

Curiosamente, el tema de la FIV pasa a un segundo plano en una sentencia como la del *caso Artavia*. En efecto, atendido que la CADH fue elaborada antes del desarrollo de esta técnica de reproducción, la Corte podría haber fallado a favor o en contra de la prohibición de practicar la FIV, en ambos casos con puntos débiles y fuertes. En cambio, un aspecto que pasó a un primer plano fue la claridad con la que, producto de esta

* Candidato a doctor (PhD) en *Trinity College Dublin*. Máster en derecho (MJur) por la Universidad de Oxford. Correo electrónico: a.pauldiaz@stcatz.oxon.org. El autor agradece los comentarios de Oswaldo Ruiz Chiriboga.

¹ CorteIDH, *Artavia Murillo y Otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica* (2012) [en adelante *caso Artavia*].

² Tanto el Presidente de la Corte, Diego García Sayán, como la entonces jueza Margarette May Macaulay, habían manifestado fuertemente sus opiniones pro aborto. Ligia M. DE JESÚS, “Post Baby Boy v. United States Developments in the Inter-American System of Human Rights: Inconsistent Application of the American Convention’s Protection of the Right to Life from Conception”, pp. 467 y 469. Algunas de estas posturas fueron también hechas patente en la audiencia del caso.

“situación más o menos extrema”, se manifestaron ciertas características del proceso de toma de decisiones de la Corte. Otro punto de gran interés es la interpretación que hizo la Corte del artículo 4.1 de la CADH y su relación con el aborto. La opinión del autor en materia del correcto entendimiento del artículo 4.1 de la CADH ya fue descrita en otro artículo³, por lo que no será desarrollada nuevamente. Este trabajo buscará sólo comentar ciertos aspectos del proceso de toma de decisiones de la Corte, sin referirse mayormente al fondo del fallo de *Artavia*. La sentencia de este caso sólo se utilizará para analizar “*in vitro*” el proceso de toma de decisiones de la Corte Interamericana. Al hacerlo, este estudio puede apelar a quienes están y a quienes no están de acuerdo con el resultado de *Artavia*.

Como es de imaginar, un breve comentario como el que se presenta no podría revisar en detalle las características del proceso de toma de decisiones de la Corte –cada una de ellas daría pie para un estudio independiente–, sino que sólo alcanzará a enunciar, *grosso modo*, ciertas tendencias de este tribunal. Debe también tenerse presente que, no obstante las críticas que se harán al proceso de toma de decisiones de la Corte Interamericana, el autor es un fiel convencido del potencial formidable que tiene una instancia regional para la aplicación de estándares de respeto de los derechos humanos. Sin perjuicio de esto, el autor también piensa que los halagos vanos no fortalecen las instituciones: sólo la crítica bien fundamentada puede dar lugar a un sistema interamericano estable y respetado por los distintos actores regionales⁴.

³ Álvaro PAÚL DÍAZ, “Estatus del No Nacido en la Convención Americana: Un Ejercicio de Interpretación”, pp. 61-112.

⁴ En la actualidad el sistema interamericano es apoyado casi exclusivamente por Estados latinoamericanos. Las demás naciones del Continente se han mantenido al margen del sistema (los últimos nuevos integrantes se incorporaron en 1998, mismo año en que uno de los dos únicos países angloparlantes sometidos a la jurisdicción de la Corte denunció la CADH). William Schabas afirma que la aceptación de la Convención Americana en el continente es, proporcionalmente, mucho menor a la de las convenciones de Europa y África. William A. SCHABAS, “Canadian Ratification of the American Convention on Human Rights”, pp. 315-342. Es posible imaginar que esta situación no mejorará si la Corte continúa aplicando algunas doctrinas que contravienen tanto normas tradicionales del derecho internacional, como la teoría de los pesos y contrapesos (*v.gr.*, la doctrina del *control de convencionalidad*, que va mucho más allá de un simple exigir que los tribunales internos consideren la CADH al momento de fallar). Estas doctrinas pueden generar desconfianza entre los Estados, especialmente porque las interpretaciones de la Corte han entrado desde hace ya tiempo en el ámbito de lo legítimamente discutible. Lo anterior se agrava porque la Corte no da mayores muestras del llamado *self-restraint* o autocontrol. Por lo anterior, el anhelo de la “universalización” del sistema interamericano (su aplicación a todos los países de América) no será más que una simple quimera, a menos que se reformen

1. Cuestión preliminar: *descripción del caso Artavia*

Antes de comenzar la enunciación de ciertas características del proceso de toma de decisiones de la Corte Interamericana, es necesario hacer una breve descripción del contenido del *caso Artavia*⁵. Este asunto buscaba determinar si una sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica del año 2000, que declaró inconstitucional un decreto ejecutivo que regulaba la técnica de la FIV, era compatible con la CADH⁶. Las razones por las que se declaró inconstitucional la FIV fueron: la infracción del principio de reserva legal (ya que la Constitución prohibiría al Poder Ejecutivo regular los derechos involucrados en la FIV), y el que esta técnica de reproducción asistida atentaría contra la vida y dignidad del ser humano, por cuanto todo humano concebido es ya una persona que debe ser protegida por el poder público y la sociedad civil⁷. Los principales argumentos para considerar que la FIV atentaría contra la persona se basaron en que el embrión no puede ser tratado como un objeto y en que, en el estado actual de la FIV, se causa la muerte de una cantidad desproporcionada de embriones⁸. Por tanto, la Corte Suprema declaró que el referido decreto ejecutivo vulneraría la protección constitucional del derecho a la vida en Costa Rica.

La sentencia de la Corte Interamericana afirmó que Costa Rica sería el único país donde la FIV estaría prohibida en forma expresa⁹. Ella concluyó que la prohibición de la FIV habría vulnerado los siguientes derechos de los peticionarios: integridad personal, libertad personal, vida privada y derecho a la familia¹⁰. A veces es difícil notar cuáles son las afirmaciones que la Corte hace propias y cuáles son simples ejemplos tomados de otras instancias internacionales, pero pareciera que la Corte afirmó su competencia para adjudicar sobre los derechos reproductivos, los que incluirían la posibilidad de decidir el número de hijos, su espaciamiento y a alcanzar el nivel de salud sexual y reproductivo más elevado¹¹.

algunas conductas de la Corte. Por último, debe recordarse que el apoyo que suscita la Corte a nivel interno de los Estados miembros tampoco es transversal.

⁵ Un resumen de dicho caso, incluyendo los votos separados, puede verse en: <http://www.corteidhblog.blogspot.ie/2013/01/corte-dicta-sentencia-en-caso-de.html> (fecha de última consulta 21/01/13).

⁶ CorteIDH (2012), *Caso Artavia*, párr. 2.

⁷ *Ibid.*, párr. 72.

⁸ *Ibid.*, párr. 76.

⁹ *Ibid.*, párr. 254.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 381.

¹¹ *Ibid.*, párrs. 142-150.

En relación con la FIV y el ser humano pre-implantación, la Corte afirmó que “el embrión no puede ser entendido como persona”¹². Al hacerlo, tal tribunal parece buscar no sólo el afirmar que la CADH no considera al embrión como persona, sino también el impedir –y ello se desprende del resto del fallo– que los ordenamientos jurídicos internos den tal carácter al embrión. La Corte afirmó, además, que la prohibición de realizar la FIV en Costa Rica había constituido una discriminación indirecta con relación a los discapacitados (incluyó a las personas infértiles en esta categoría), a las mujeres y a quienes cuentan con menores recursos económicos¹³.

El fallo de *Artavia* no se detuvo en el análisis de la FIV, sino que también interpretó la parte relevante del artículo 4.1. Éste dispone:

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

Para hacer esta interpretación, la Corte dijo hacer uso de diversos mecanismos –aunque ellos fueron utilizados en forma inadecuada–¹⁴. El resultado de tal interpretación fue definir que, cuando la CADH utiliza la palabra “concepción”, se habría referido a la “implantación”, y que cuando usa la expresión “en general”, habría querido decir “gradual e incremental”¹⁵. La Corte, a pesar de considerar que existe un derecho a la vida del no nacido, afirmó que no sería procedente darle una protección absoluta, pues ello sería contrario a la tutela de otros derechos humanos¹⁶. Además, ella habría resuelto que la defensa del no nacido se realiza, fundamentalmente, a través de la protección de la mujer¹⁷. Con lo anterior, la Corte estaría afirmando que el aborto sería un derecho en algunas circunstancias, aunque no explicitó en qué momento ello sería así¹⁸.

¹² *Ibid.*, párr. 256.

¹³ *Ibid.*, párrs. 288-304.

¹⁴ Cfr. PAUL DÍAZ, “Estatus del...” *op. cit.*, pp. 61-112.

¹⁵ *Caso Artavia*, párr. 264.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 258.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 222.

¹⁸ Esto se aprecia no sólo cuando la Corte afirma que la protección del no nacido es gradual y que no puede contrariar otros derechos de la CADH. También se nota cuando la Corte cita como autoritativas las decisiones de organismos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, según las cuales “los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación” (*Ibid.*, párr. 227), y cuando la Corte afirma que “El Comité ha establecido que la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW” (*Ibid.*, párr. 228). La posición de la Corte se aprecia también cuando ella

Es interesante que en el *caso Artavia*, mientras la Corte declara que el derecho a la vida no es absoluto, se parece estar afirmando que otros derechos sí lo son. Esta relativización del derecho a la vida –requisito para el disfrute de todas las demás garantías– en beneficio de otros derechos individuales, olvida que la misma CADH establece que “[t]oda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”, y que

“[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”¹⁹.

La sentencia del *caso Artavia* genera muchas interrogantes, pues carece de una adecuada técnica jurídica y adolece de ciertas incoherencias. Por nombrar sólo una: la sentencia afirma que existe un *derecho a la vida no absoluto* del ser humano implantado²⁰, pero posteriormente recomienda una interpretación según la cual la vida prenatal es considerada como un *mero interés* donde no existe una titularidad al derecho a la vida²¹. Habiendo dicho lo anterior, es importante recalcar que, aunque la Corte suele fundamentar sus fallos en sentencias anteriores, ella no opera con un verdadero sistema de precedentes. En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha sido coherente en algunas materias²², pero errática o cambiante en varias áreas²³. Por lo anterior, la Corte es libre para modificar todas y cada una de sus afirmaciones del *caso Artavia*.

pone como ejemplo a seguir las legislaciones de países como Estados Unidos y Alemania (*Ibid.*, párrs. 260-263).

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Art. 32, referido a los deberes de las personas. Llama la atención que la jurisprudencia de la Corte suele dejar este artículo en el olvido.

²⁰ *Caso Artavia*, párr. 258.

²¹ *Ibid.*, párr. 260.

²² Como en materia de jurisdicción militar o de leyes de amnistía.

²³ Entre otros, un ejemplo de que la Corte no aplica un sistema coherente de precedentes se observa en relación con la imprescriptibilidad de ciertos delitos. Ezequiel MALARINO, “Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 41, nota al pie N° 38. Un ejemplo de que la Corte ha modificado interpretaciones previas de la CADH puede notarse en la alteración de su modo de entender la figura de los jueces ad hoc, como se aprecia en la opinión consultiva *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (2009). En materia del control de convencionalidad, ver Karlos A. CASTILLA JUÁREZ, “¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de Tratados”, pp. 56-68. El juez Vio Grossi sostiene en su voto disidente que el *caso Artavia* no es coherente con la interpretación previa de la Corte en materia del derecho a la vida.

Entre las reparaciones ordenadas por la Corte destacan las siguientes:

- a) que el Estado deje sin efecto la prohibición de practicar la fecundación in vitro²⁴;
- b) que el Estado regule los aspectos necesarios para su implementación, y establezca inspecciones y controles de calidad de quienes practiquen estas técnicas²⁵;
- c) que la Caja Costarricense incluya gradualmente la disponibilidad de la FIV en

“sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación”²⁶,

y

- d) que Costa Rica implemente

“programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial”,

dentro los cuales debería hacerse especial mención a la sentencia del *caso Artavia*²⁷.

Esta sentencia cuenta con un voto concurrente y uno disidente. El voto concurrente fue pronunciado por el juez García Sayán, al que adhirió la jueza Abreu Blondet. Esta opinión reitera lo dicho en el fallo principal, aunque desarrolla un poco más el tema de la gradualidad que debe tener la reparación que exige proveer esta técnica en el sistema público de salud para quienes así lo requieran.

El voto disidente fue redactado por el juez chileno Vio Grossi, en el cual criticó fuertemente la decisión de la mayoría. Este voto, después de unas palabras iniciales que sólo se entienden a la luz de la queja presentada anteriormente por su autor²⁸, pasa a comentar diversos aspectos

²⁴ *Caso Artavia*, párr. 336.

²⁵ *Ibid.*, párr. 337.

²⁶ *Ibid.*, párr. 338.

²⁷ *Ibid.*, párr. 341.

²⁸ Eduardo VIO GROSSI, Constancia de Queja, con relación a parte del Voto Concurrente Conjunto emitido con ocasión de las Resoluciones “Medidas Provisionales respecto de la República de Colombia, Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia”, “Medidas Provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos, Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México”, y “Medidas Provisionales respecto de la República de Honduras, Caso Kawas Fernández vs. Honduras”. En dicho documento de queja –que sólo es referido en una nota

del voto de mayoría. Entre otras afirmaciones, el voto disidente critica la perspectiva desde la cual se enfoca el asunto, pues ella relega al artículo 4.1 a una posición secundaria en relación con otros derechos. El voto se refirió también al hecho de que la expresión “en general” se refiere a lo común, no a la excepción, como termina definiendo la Corte. También criticó los errores del voto de mayoría en la interpretación de la CADH según las normas de la CVDT. En particular, es relevante la crítica en materia del uso de instrumentos internacionales y nacionales de Estados no partes de la Convención, los que no revisten las características necesarias como para ser considerados como contexto de la CADH. Vio Grossi también se refirió al paso atrás que habría dado la jurisprudencia de la Corte en materia del derecho a la vida. Ésta solía afirmar que el derecho a la vida es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos, por lo que no cabrían enfoques restrictivos del mismo. Ahora, en cambio, junto con reconocer que el ser humano implantado tiene derecho a la vida, sostiene que dicho derecho puede ser objeto de un estudio de proporcionalidad donde se le pondere junto a otros derechos. También criticó la afirmación que hizo la Corte de que la protección del no nacido se realiza fundamentalmente a través de la protección de la mujer, pues tal interpretación desprotegería al no nacido, dejándolo a merced de la voluntad de la madre, y alejándose mucho del espíritu de la CADH (la que buscó referirse específicamente al tema del aborto)²⁹. También se refirió a cómo la Corte no habría usado la interpretación evolutiva de buena fe, sino que habría tratado de despojar de efecto útil a una disposición expresa de la CADH. Por último, este voto disidente afirmó que la Corte habría incursionado en una función normativa, privativa de los Estados, lo que desnaturalizaría su función jurisdiccional. Por ello, finalizó haciendo un llamado a que los Estados ejercieran “la función normativa que les corresponde en este caso”.

al pie del voto disidente— el juez Vio Grossi objeta que en casos previos se haya tratado de usar los votos concurrentes como un modo de censura y un intento de acallar la opinión de las minorías en la Corte.

²⁹ Además de lo señalado en este voto, debe tenerse en consideración que, durante la discusión de la Convención Americana, se contemplaba una norma aparte que buscaba proteger a la mujer en estado de gravidez dentro de los derechos sociales. GENERAL SECRETARIAT OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, *Inter-American Yearbook on Human Rights* 1968, pp. 236 y 246. Tal norma, al igual que las demás que declaraban derechos sociales, no fue incluida en la CADH definitiva.

2. Jurisdicción extra-Convención

El primer punto al que debe referirse un comentario sobre el proceso de toma de decisiones de la Corte Interamericana, es determinar sobre qué tratados ejerce ella su jurisdicción. Hay muchas ocasiones en que la Corte afirma tener jurisdicción para declarar la violación de tratados diversos de la CADH, tratados que habrían ingresado a formar parte del *corpus juris* de los derechos humanos³⁰. Algunas de estas afirmaciones son adecuadas, pues ciertos tratados interamericanos, como el Protocolo de San Salvador, otorgan explícitamente jurisdicción a la Corte respecto de ciertos derechos³¹. Sin embargo, esta jurisdicción extra-Convención va más allá. Ello fue reconocido explícitamente en el voto razonado del entonces juez ad hoc, y actual titular, Ferrer Mac-Gregor. Éste afirmó, en relación con el control de convencionalidad, que la jurisprudencia de la Corte es

“toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho *corpus juris* interamericano, materia de competencia del Tribunal Interamericano”³².

Este apartado se referirá someramente a la amplitud y efectos del uso de *instrumentos internacionales incorporados al corpus juris interamericano*.

Existen diversos modos de afirmar la competencia para aplicar tratados internacionales ajenos a la CADH. El primero es declarar el incumplimiento de artículos específicos de esos otros tratados, como ha hecho la Corte respecto de, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas³³. El segundo modo es indirecto, incorporando a la CADH las definiciones de otros tratados. Lo que se señala a continuación es sin perjuicio de que, en ciertos casos específicos, lo dispuesto en otras convenciones puede ser importante para interpre-

³⁰ Neuman afirma que en esta noción de un *corpus juris* en constante expansión de normas vinculantes y no vinculantes subyace gran parte de la práctica interpretativa de la Corte. Gerald L. NEUMAN, “Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, p. 114. Tal autor también observa con preocupación la utilización de instrumentos no vinculantes por parte de la Corte. NEUMAN, “Import, Export...”, *op. cit.*, pp. 114-116.

³¹ La Corte ha explicado en detalle cuál es su competencia sobre los distintos tratados del sistema interamericano. *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (2009) párrs. 45-48.

³² Voto razonado del juez adhoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010) párr. 48 (el destacado es nuestro).

³³ V.gr. CorteIDH, *Gómez Palomino vs. Perú* (2005) párr. 162.5.

tar ciertas obligaciones internacionales. El problema se produce cuando se utilizan otros tratados sin mayor cuestionamiento, como si fueran de poca relevancia las diferencias de texto, la existencia de organismos especializados para controlar tales otras convenciones, o la falta *ex profeso* de los mismos.

La Corte ha citado tratados que se encuentran en diversos niveles en materia de ratificación. Por ejemplo, ella se ha referido en varias ocasiones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ratificada en forma generalizada por las naciones del continente³⁴. En el caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, la Corte usó tratados sobre la violencia y discriminación contra la mujer para fijar el alcance del artículo 5 de la CADH, afirmando que ellos formarían parte del *corpus juris* en materia de protección internacional de las mujeres³⁵. Es cierto que, en el caso recién citado, Perú había ratificado tales convenciones. Sin embargo, la Corte incorpora estas interpretaciones a su jurisprudencia, y las aplicará posteriormente a otros países que no han ratificado los tratados relevantes. Algo así sucedió en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, donde la Corte usó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales para fijar el alcance del artículo 21 de la CADH (sobre el derecho de propiedad). Ello, porque Paraguay había ratificado tal tratado, y porque la Corte alegó que la Convención no puede usarse para restringir los derechos humanos ya existentes³⁶. Sin embargo, con posterioridad la Corte aplicó la misma interpretación a Surinam, que no es parte del Convenio 169, extendiendo en forma bastante imaginativa las obligaciones emanadas de otros instrumentos internacionales³⁷. Es interesante notar que, originalmente, la Corte había señalado sólo que ella podía interpretar en forma consultiva las disposiciones de tratados ajenos a la CADH, pero actualmente la Corte afirma poder aplicarlos en casos contenciosos³⁸.

El caso *Artavia* manifiesta esta *jurisdicción extra-Convención*, entre otros momentos, al desarrollar los derechos de los discapacitados. En efecto, la CADH no hace ninguna mención a los derechos de personas con discapacidad. La única base sobre la cual la Corte podría quizá haber estado legitimada para decidir asuntos relativos a la discapacidad, era la de las normas que prohíben la discriminación³⁹. No obstante lo anterior,

³⁴ CorteIDH, *Vélez Loor vs. Panamá* (2010) párr. 158.

³⁵ CorteIDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006) párr. 276.

³⁶ CorteIDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) párrs. 127-130. Ver lo que se dice más abajo sobre el artículo 29 de la CADH en materia de interpretación.

³⁷ CorteIDH, *Pueblo Indígena Saramaka vs. Surinam* (2007) párrs. 92 y 93.

³⁸ CorteIDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012) párr. 161.

³⁹ Cuestión que tampoco es simple. En efecto, atendidos los términos usados en los artículos 1 y 24 de la CADH, este asunto requeriría un estudio más detallado.

la Corte usó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; un artículo del Protocolo de San Salvador que no está sujeto a la jurisdicción de la Corte⁴⁰, y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que no hace ninguna mención al sistema de peticiones individuales de la Corte⁴¹. A partir de ellos, el tribunal de San José afirmó que

“es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad”,

y que

“las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva”⁴².

Como puede observarse, tales afirmaciones van bastante más allá de la simple prohibición de la discriminación. Algo similar puede decirse respecto del establecimiento de los derechos reproductivos.

En parte, la Corte basa su aplicación de otros tratados en el artículo 29 de la CADH, pero tal aplicación es discutible, por motivos que no es posible desarrollar en este comentario⁴³. Sin embargo, basta con afirmar

⁴⁰ Cfr. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, (1988), Art. 19.6.

⁴¹ Cfr. CorteIDH, *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (2009) párr. 46.

⁴² *Caso Artavia*, párrs. 288-293.

⁴³ El principal asunto a determinar es si las *normas de interpretación y aplicación* (que en algunas de las versiones previas de los proyectos de la CADH se encontraban en un capítulo individual), buscaban ser aplicadas por los Estados en procedimientos internos o también por la Corte en procedimientos contenciosos. En este sentido, es interesante considerar: 1. Que el Estado es el primer llamado a interpretar la CADH, pues la Corte la interpreta sólo en los casos que se le presentan (mientras que los Estados deben interpretarla en forma constante en aquellas materias que no han sido tratadas por la Corte); 2. Que la letra a) de este artículo alude a una suerte de proscripción del abuso del derecho (similar a la del artículo 17 del Convenio Europeo de DD.HH.) estableciendo prohibiciones a cualquier “grupo o persona”, frente a quienes sólo el Estado tiene jurisdicción; 3. Que la letra b) prohíbe usar la CADH para limitar el goce y ejercicio de “cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes”, lo que –de entenderse que debiera ser aplicado por la Corte– terminaría dándole

que tal norma no otorga competencia a la Corte para aplicar tratados más favorables. Ello estaría en contradicción con el espíritu de la CADH. Si el artículo 29 se interpretara en el sentido de otorgar mayores competencias, podría también decirse que la Corte podría juzgar sobre

“otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de Gobierno” (también referidos en el mismo artículo 29)⁴⁴,

lo que daría a la Corte un poder legislativo absoluto en materia de derechos humanos, tornando inútiles las largas discusiones que se dieron al fijar el texto específico de los derechos consagrados en la CADH. Además, ello estaría en directa contradicción con lo establecido en el artículo 31, que establece que otros derechos y libertades pueden ser incluidos en el régimen de protección de la CADH de acuerdo con los procedimientos de reforma de dicho tratado.

Las afirmaciones que se harán en este párrafo se entienden mejor a la luz de las muchas críticas que suscitó el *caso Artavia* en el país, las que fueron más graves que las formuladas en relación a casos seguidos contra Chile⁴⁵. El arrogarse competencias que no han sido previstas expresamente en tratados internacionales es un modo de desconocer que la legitimación y el poder de los jueces de la Corte no emana de su conocimiento, experticia u originalidad –la que podría ser superada por un consejo de profesores universitarios expertos–, sino que del mandato entregado por los Estados para la interpretación de instrumentos específicos. Si los jueces

jurisdicción para juzgar en materia de leyes internas (y proyectos anteriores de la CADH incluían no sólo “legislación” interna, sino que “costumbres”); 4. Que la referencia a la prohibición de excluir “otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano” otorgaría a la Corte un poder ilimitado y sin restricciones contenidas explícitamente en el derecho; 5. Que el artículo 29 se encuentra en la “Parte I – Deberes de los Estados y Derechos Políticos”, y no en la “Parte II – Medios de la Protección” (donde se regula a la Corte), y 6. Aunque quizá menos convincente que la versión inglesa de la Convención llama a este título “*Restrictions Regarding Interpretation*”, y si el artículo 29 se leyera como dando competencia extra-Convención a la Corte, no sería una restricción, sino que una ampliación de los poderes interpretativos.

⁴⁴ Cfr. Convención Americana... *op. cit.*, Art. 29.c.

⁴⁵ Algunas de las críticas hechas en la prensa nacional fueron: Juan Ignacio BRITO, “Los Nuevos Jacobinos”, *La Tercera*, 03/01/13, p. 46; Hernán CORRAL TALCIANI, “Corte Interamericana y derecho a la vida del concebido”, *El Mercurio*, 29/12/12, p. A2; Max SILVA ABBOTT, “Jurisdicción de Corte Interamericana”, *El Mercurio*, 04/01/13, p. A2. Con posterioridad a estas críticas, el juez Vio Grossi concedió una entrevista al cuerpo de Reportajes de *El Mercurio*. Eduardo VIO GROSSI, “La Corte interpreta y avanza más allá de lo que los Estados quieren”.

comienzan a aplicar otros tratados, se estarán alejando de la fuente del poder que les fue entregado, disminuyendo así su legitimidad. Cuando es sólo un juez quien se aleja de la aplicación de la CADH, los Estados tienen la salida fácil de no reelegirlo para un próximo período. Sin embargo, cuando el alejamiento de la fuente de legitimidad corresponde a un actuar del conjunto de la Corte, no son muchas las alternativas que se les dejan a los Estados: aceptar estos nuevos poderes arrogados por la Corte; modificar la normativa procesal y de interpretación aplicable o, sencillamente, denunciar la CADH, con el consiguiente debilitamiento que ello significaría para el sistema. Dicho de otro modo, si los jueces se arrojan competencias sobre tratados ajenos a la CADH –sea que estén o no ratificados por el Estado contra quien se aplican–, ellos estarán tomando un camino que puede tener consecuencias gravísimas.

3. *Actitud maximalista*

Existen diversos modos de enfrentarse a las demandas internacionales de derechos humanos. Una actitud minimalista haría que el tribunal se refiera sólo al asunto principal del juicio, absteniéndose de cualquier comentario adicional, aunque fuera relevante para el contenido de un caso o de futuras presentaciones. En un extremo opuesto está una actitud maximalista, tanto en los hechos como en el derecho. Un tribunal con esta posición buscará referirse a todas y a cada una de las solicitudes hechas por el peticionario, pretendiendo establecer cuál fue la verdad en cada uno de los aspectos oscuros de un caso. Además, buscará establecer muchas reglas abstractas generales. Es claro que no existen tribunales que sean siempre y en todo caso minimalistas o maximalistas. Sin embargo, existen algunos que muestran tendencias en un sentido o en otro. Entre las actitudes minimalista y maximalista se encontraría una posición ponderada, donde el tribunal internacional sabe de sus limitaciones, por lo que busca referirse al tema principal del juicio y a los asuntos conexos relevantes, estableciendo reglas aplicables al caso concreto y a casos posteriores que fueran idénticos. Un tribunal internacional que adopte esta posición ponderada estará reconociendo la dificultad de establecer la verdad de lo sucedido en un caso determinado, tanto por su lejanía temporal y espacial con los hechos, como por su escasez de recursos.

La Corte Interamericana se encuentra dentro de los tribunales con una tendencia maximalista, pues ella busca dilucidar los más mínimos detalles de los hechos, y utiliza las demandas que se le presentan para tratar de extender al máximo su jurisprudencia. Su maximalismo tiene

muchas manifestaciones diversas. Un ejemplo es su actitud frente a las aceptaciones de responsabilidad estatales. Mientras que en tal situación el TEDH suele dar por terminado el caso sin más, la Corte Interamericana trata de llegar, de todos modos, a la verdad material y detallada de lo sucedido en un caso. Existen varios motivos que pueden justificar tal actitud; por ejemplo, el efecto reparador que tales declaraciones pueden tener para la víctima⁴⁶. Sin embargo, es muy difícil llegar a la verdad material y detallada de los hechos cuando el Estado ha reconocido las violaciones, pues éste no buscará oponerse a la versión de los hechos que hagan los peticionarios. En otras palabras, no habrá un verdadero procedimiento contradictorio. Esta dificultad para llegar a la verdad material se ve agravada por ciertas prácticas de la Corte, como el utilizar un bajo estándar probatorio para determinar los hechos ya reconocidos⁴⁷, o el considerar inadmisibles ciertas pruebas dirigidas a desvirtuar los hechos reconocidos por el Estado⁴⁸. Esta falta de un proceso verdaderamente contradictorio hace que no sorprenda que, con posterioridad a la dictación de una sentencia de la Corte, aparezca que algunas de sus afirmaciones sobre los hechos han sido erradas. Esto sucedió en el *caso de la Masacre de Mapiripán*, donde la Corte declaró que algunas personas habían sido asesinadas en dicha masacre, pero después salió a la luz pública que ellas estaban vivas o que habían muerto en circunstancias diversas⁴⁹.

El maximalismo es patente en el *caso Artavia*. En primer lugar, porque los peticionarios buscaban referirse sólo a la FIV, pero la Corte entró en el tema de la vida prenatal y del aborto. También se observa al analizar los hechos del caso, donde se refirió a las situaciones personales de cada una de las presuntas víctimas. Por último, esta posición se manifiesta en las muchas distinciones, conceptos abstractos⁵⁰ y principios generales que este fallo establece⁵¹. Probablemente, el alcance de estos conceptos y principios será calificado en el futuro, como ha sucedido ya con otras materias, como

⁴⁶ Algunos pros y contras de los reconocimientos de responsabilidad estatales pueden verse en James L. CAVALLARO y Stephanie Erin BREWER, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", pp. 808-816.

⁴⁷ Alvaro PAÚL, "In Search of the Standards of Proof Applied by the Inter-American Court of Human Rights", pp. 94 y 95.

⁴⁸ CorteIDH, *Bulacio vs. Argentina* (2003) párr. 59.

⁴⁹ Ver CorteIDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (2012).

⁵⁰ Como cuando dice compartir una perspectiva biomédica del perito Zegers-Hochschild. *Caso Artavia*, párr. 311.

⁵¹ V.gr.: "principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal" (*Ibid.*, párr. 256), o el "principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación" (*Ibid.*, párr. 286).

la imprescriptibilidad de las violaciones graves de derechos humanos⁵². En efecto, es muy difícil para un tribunal hacer enunciados generales amplios, sin que más adelante deba establecer excepciones a los mismos.

Uno de los problemas que se derivan de sentencias maximalistas como la de *Artavia*, donde abundan las declaraciones, ejemplos, referencias a organismos internacionales, etc., es que se hace muy difícil saber cuál es la *ratio decidendi* y cuál es el *obiter dicta* del caso. Esta distinción es fundamental para un tribunal que aspira a que sus precedentes sean aplicados por los organismos internos de los Estados parte (aunque esta pretensión es jurídicamente discutible y difícil de llevar a cabo)⁵³.

Un tribunal maximalista que intente analizar en detalle todos y cada uno de los hechos o argumentos jurídicos alegados por las partes terminará siendo poco realista, pues probablemente no será capaz de referirse a todos ellos. En el caso de la Corte, el resultado de un intento como éste será el dejar pasar alegatos importantes por tratar de responder todas las minucias, creando suspicacias entre aquellos cuyos alegatos no son tratados. En el caso *Artavia*, por ejemplo, uno de los peticionarios solicitó declarar la violación del artículo 4.1 de la CADH en contra de las supuestas víctimas⁵⁴, pero la Corte no declaró si el Estado había o no violado tal norma, a pesar de su importancia. Otro ejemplo es que la Corte determinó expresamente no pronunciarse sobre ciertos alegatos del Estado en materia de los efectos negativos de la FIV⁵⁵, limitando su argumentación a las controversias que hubieran sido tenidas en cuenta por la Sala Constitucional⁵⁶. Esto último, a pesar de la directa relación que tenían tales alegatos con la técnica prohibida por el Estado. Algo similar ocurre con la decisión de la Corte de no referirse a la petición del Estado de que

⁵² MALARINO, “Activismo Judicial...” *op. cit.*, pág. 41, nota al pie 38.

⁵³ Con esto, el autor se refiere a la doctrina poco convencional del *control de convencionalidad*, creada por la Corte. En sentido favorable a esta doctrina ver OSWALDO RUIZ-CHIRIBOGA, “The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America”, pp. 200-219. En un sentido crítico a esta doctrina ver CASTILLA, “¿Control Interno...” *op. cit.*, pp. 51-97, y EZEQUIEL MALARINO, “Acerca de la Pretendida Obligatoriedad de la Jurisprudencia de los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales”, pp. 25-61.

⁵⁴ *Caso Artavia*, párr. 7.

⁵⁵ En la salud de la mujer, de sus hijos, en asuntos legales y motivados por la criopreservación de embriones.

⁵⁶ *Caso Artavia*, párrs. 134 y 135. La Corte basó tal decisión en una supuesta exigencia del principio de subsidiariedad, pero el sentido de tal declaración es oscuro, pues la Corte suele imponer limitaciones sólo en cuanto a los hechos que se alegan ante ella, no en cuanto a los argumentos presentados por las partes. Además, debe tenerse en consideración que, a nivel interno, las personas opuestas a la FIV hicieron alegatos muy similares a los señalados por el Estado. *Ibid.*, párr. 71.

se utilizara un margen de apreciación⁵⁷. En estos dos últimos casos, estas distinciones no sólo dejaron fuera ciertos argumentos –lo que contrasta con la posición maximalista de la Corte–, sino que también limitaron las posibilidades de defensa del Estado. Esto tampoco es coherente con la posición de la Corte frente a los alegatos de los peticionarios y la Comisión, a quienes no se impone más límite que el referirse a hechos relatados en el informe de fondo de la Comisión⁵⁸.

La adopción de una actitud maximalista es contraria a la subsidiariedad –y, en definitiva, a la humildad– que debe tener un organismo que, por su lejanía y falta de recursos, no puede pretender conocer y adjudicar todos los detalles de un asunto. Además, tal actitud facilita que se dé una cierta incoherencia en el actuar de la Corte, la que analiza escrupulosamente ciertos hechos y argumentos en algunos casos, pero no en otros. Este modo de proceder contrasta con la posición más moderada del TEDH, el que suele referirse sólo a aquellos asuntos necesarios para la solución de un caso, estableciendo principios bastante acotados, con lo que proyecta una actitud más predecible e imparcial.

4. *Uso de soft law, sentencias y otros instrumentos no vinculantes*

La Corte Interamericana suele fallar apelando a tratados no vinculantes, al *soft law* y a decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales. Esta técnica puede ser necesaria en caso de cumplirse ciertas condiciones específicas. Sin embargo, tiene inconvenientes que recomiendan que su uso sea muy excepcional, y que se deje en claro cuál es el valor que se le está dando a estos instrumentos⁵⁹. Uno de los problemas que presenta esta técnica es que pone al mismo nivel instrumentos vinculantes y no vinculantes, como si tal diferencia –fundamental en derecho internacional– fuera poco importante. Además, el tratar al *soft law* como derecho aplicable puede generar en los Estados una mayor desconfianza al momento de aprobar documentos no vinculantes y tratados internacionales programáticos.

Por otra parte, el uso irrestricto de instrumentos internacionales también favorece su consideración fuera de contexto, pues el lector no

⁵⁷ Esto se describe más abajo.

⁵⁸ Cfr. *Caso Artavia*, párr. 132.

⁵⁹ En materia del uso de derecho comparado, es interesante leer Paolo G. CAROZZA, “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, pp. 1217-1237.

estará al tanto de las circunstancias que rodean cada uno de los instrumentos y sentencias citados. Esto es aun más complejo cuando la Corte cita sólo partes de los mismos. Por último, el uso de jurisprudencia de distintos tribunales lleva irremediablemente a obviar las diferencias entre los diversos textos legales aplicados por tales tribunales. Así, por ejemplo, en el *caso Artavia* la Corte hizo un uso desproporcionado de decisiones europeas, en particular del TEDH, al momento de definir el estatus legal del embrión⁶⁰. Ello, como si fuera irrelevante la diferencia de texto fundamental que existe entre la CADH y la Convención Europea de Derechos Humanos⁶¹. Curiosamente, la Corte tenía clara conciencia de esta diferencia de texto, pues citó una sentencia del TEDH que dice:

“A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido ‘en general, desde el momento de la concepción’, el artículo 2 de la Convención es silencioso en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en particular, no define ‘todos’ [...] los cuales su ‘vida’ es protegida por la Convención”⁶².

El uso de instrumentos no vinculantes es también complejo porque la Corte suele utilizar instrumentos *locales, universales* o de *regiones diversas* para interpretar un instrumento *regional propio*, al que sus autores quisieron imprimir un sello particular, de acuerdo con peculiaridades regionales. Así, por ejemplo, en relación al importante uso que se da a la jurisprudencia europea para interpretar las decisiones de la Corte, un autor afirma que los Estados podrían reclamar –y al parecer lo habrían hecho en la OEA– que ellos acordaron someterse a la jurisdicción de la Corte, no a las varias décadas de jurisprudencia de la Corte Europea⁶³. Además, algunos instrumentos universales citados no tienen una amplia aceptación o, si la tienen, es porque no establecieron un sistema jurisdiccional de control de su cumplimiento.

Un antiguo abogado *senior* de la Corte, Ruiz Chiriboga, señala que la importación de conceptos y definiciones de otros sistemas de derechos

⁶⁰ *Caso Artavia*, párrs. 247-253.

⁶¹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950).

⁶² TEDH, *Vo vs. France* (2004) párr. 75, traducido según *caso Artavia* párr. 237. Las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden encontrarse en: <http://hudoc.echr.coe.int> [visitado el 18/02/13].

⁶³ Nicolas BOEGLIN NAUMOVIC, *Analyse des Systèmes Européen et Interaméricain de Protection des Droits de l'Homme: Etude de l'Impact de l'Expérience Européene sur le Système Interaméricain*, p. 45.

humanos implica olvidar que la Corte debe su vida y jurisdicción al sistema interamericano⁶⁴. También desconoce que las sentencias de otras regiones son fruto de un estudio realizado a partir de un consenso alcanzado por Estados de esos sistemas regionales diversos. Por ello, la importación de tales decisiones sin más, como hace la Corte para justificar sus decisiones, es una imposición en América del consenso arribado en otro continente. Esto sería especialmente cierto respecto a la jurisprudencia del TEDH, “la cual es citada con cierta vehemencia por la Corte Interamericana”⁶⁵. Por último, el tomar como base instrumentos ajenos puede “traer consigo que se ignoren consensos regionales a los que nuestros países sí han llegado”⁶⁶. Alguien podría afirmar que la utilización de consensos foráneos puede no ser adecuada formalmente, pero que resulta más protectora de los derechos humanos, pero ello no es necesariamente así. En efecto, el desconocimiento de consensos americanos puede tener efectos que resulten en una menor concesión de los derechos⁶⁷.

Sin embargo, la crítica más relevante a esta técnica es la falta de un criterio claro para seleccionar los documentos y decisiones judiciales citados por la Corte. En el *caso Artavia*, por ejemplo, el lector se puede preguntar: ¿Por qué en un punto escogió la Corte citar sentencias de Estados Unidos y Colombia⁶⁸, en vez de sentencias de Perú y Chile, que han tenido resultados totalmente opuestos? ¿Por qué se citó el derecho irlandés al referirse al estatus del embrión antes de la implantación⁶⁹, pero no después de la misma, momento en el que la vida de éste y de su madre tienen igual protección constitucional? ¿Por qué no se hizo hincapié, al citar al TEDH, en que éste concede un gran margen de apreciación a los Estados para decidir sobre el comienzo y la protección de la vida? En otras palabras, el uso de instrumentos de otras jurisdicciones, a menos que cubran la totalidad de una determinada región, o describan un ordenamiento en forma integral, permiten cuestionar la imparcialidad del tribunal que elige arbitrariamente qué instrumentos citar. Si un tribunal utiliza esta técnica, no debe extrañarse de que algunos se pregunten si

⁶⁴ Oswaldo RUIZ CHIRIBOGA, “Cláusulas Autónomas, Subordinadas e Incorporadas de Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano”, pp. 178 y 179.

⁶⁵ Oswaldo RUIZ CHIRIBOGA, “Cláusulas Autónomas...” *op. cit.*, p. 179.

⁶⁶ Oswaldo RUIZ CHIRIBOGA, “Cláusulas Autónomas...” *op. cit.*, pp. 178–180.

⁶⁷ Así, por ejemplo, un autor se pregunta si la opinión consultiva número 4 de la Corte Interamericana habría sido muy restrictiva por haberse basado en una decisión de la Corte Europea, a pesar de que el texto de la Convención Europea sería más “restrictivo” en materia de no discriminación. BOEGLIN, *Analyse des...*, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

⁶⁸ *Caso Artavia*, párr. 185, nota 283.

⁶⁹ *Ibid.*

está fallando conforme a derecho o a preferencias personales de los jueces. En efecto, una crítica en este sentido ya ha sido efectuada por Ruiz Chiriboga, quien afirmó que en un caso de discriminación la Corte se habría referido a legislaciones domésticas de países –dentro o fuera del sistema interamericano– “únicamente cuando le es útil”, evitando mencionar la jurisprudencia interna cuando era contraria a sus propios argumentos⁷⁰.

5. Interpretación

Un tema muy relacionado con los anteriores, y que en sí mismo es de gran complejidad, es el de la interpretación de la CADH. Este comentario no podrá hacer más que enunciar los aspectos principales de la interpretación que hace la Corte, lo que dará a este apartado una apariencia simplista y superficial. Sin embargo, estos comentarios permitirán vislumbrar la *punta del iceberg* en relación con un tema de la mayor relevancia. Es importante notar que los siguientes párrafos no sugieren que la Corte utilice un sistema de interpretación *originalista*, punto al que el autor no se refiere en lo absoluto. Ellos sólo buscan resaltar algunas dificultades que se generan al no seguir criterios más o menos objetivos al momento de interpretar.

5.1. INTERPRETACIÓN SEGÚN LAS REGLAS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

En muchas ocasiones la Corte Interamericana ha señalado que las reglas de interpretación referidas en la CVDT guían su interpretación del Pacto de San José⁷¹. La CVDT no sólo fija los criterios según los cuales las normas deben ser interpretadas, sino que también establece un orden de preferencia entre los mismos. Ella exige que los tratados sean interpretados “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”⁷². Por tanto, lo primero que debe tenerse en cuenta al interpretar un tratado es su texto, el que debe ser interpretado en conformidad al uso corriente de los términos, para lo cual debe tenerse en cuenta el objeto y fin del tratado.

⁷⁰ RUIZ, “Cláusulas Autónomas...” *op. cit.*, p. 188.

⁷¹ Este sistema ha sido utilizado desde los primeros años de la Corte (*v.gr.*: *Restricciones a la Pena de Muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1983) párr. 48), y continúa siéndolo hasta este momento (*v.gr.*: *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (2009) párr. 23). Las normas relevantes de la CVDT son los Arts. 31-33.

⁷² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), Art. 31.1.

Aunque parezca algo muy básico, no está de más dar un ejemplo. Cuando la CADH prohíbe toda forma de “explotación del hombre por el hombre”, la palabra “hombre” debe interpretarse según su sentido corriente. Sin embargo, el sentido corriente de la palabra hombre puede referirse a “varón”, “ser humano”, o “varón adulto”, entre otros. Por ello, el sentido corriente de esta palabra no basta para interpretarla, y debe recurrirse al contexto del artículo (que no es el mismo que cuando la CADH se refiere al “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio”). Por último, debe analizarse el objeto y fin del tratado, que es la protección jurisdiccional de un determinado listado de derechos humanos. Así, se concluirá que la citada palabra “hombre” busca referirse al “ser humano”. Hay ocasiones en que el “contexto” puede encontrarse no sólo en la misma convención, sino que también en otros tratados o acuerdos relacionados, cuya lista taxativa puede observarse en el artículo 31.2 de la CVDT⁷³. Además de lo anterior, la CVDT establece la existencia de ciertos medios de interpretación complementarios, como los trabajos preparatorios de un tratado.

La Corte ha errado más de una vez en su uso de estos criterios interpretativos⁷⁴. En efecto, ocurre con cierta frecuencia que algunas interpretaciones de la Corte prestan poca atención al texto de la CADH, lo que conlleva el peligro de terminar transformando el texto de este tratado “en algo banal y poco relevante”⁷⁵. Ello puede, incluso,

“crear la errónea impresión de que las decisiones acerca del alcance de las normas contenidas en la Convención Americana dependen mayoritariamente del arbitrio de la Corte”⁷⁶.

Esto ha sucedido, por ejemplo, en relación con el derecho a la igualdad⁷⁷, y con la expulsión de extranjeros que se hallan en un país en forma indubitadamente ilegal⁷⁸.

⁷³ La opinión disidente del juez Vio Grossi se refiere a este tema.

⁷⁴ Éste no es un problema exclusivo de la Corte. Por ejemplo, la actual Comisionada Shelton ha señalado que la interpretación del artículo 4.1 que hizo la Comisión Interamericana en el *caso Baby Boy* había sufrido problemas importantes como resultado de ignorar los cánones interpretativos codificados en la CVDT. Dinah SHELTON, “*Abortion and the Right to Life in the Inter-American System: The Case of “Baby Boy”*”, p. 313.

⁷⁵ Ariel E. DULITZKY, “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, p. 17.

⁷⁶ DULITZKY, “El Principio...” *op. cit.* p. 19.

⁷⁷ DULITZKY, “El Principio...” *op. cit.* pp. 17–18.

⁷⁸ En este sentido, el artículo 22.6 de la CADH establece que: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”, pero la Corte ha interpretado la CADH como si no se estableciera la condición de estar

En el caso *Artavia*, este problema se produjo, en primer lugar, al decir que la Corte no tenía la capacidad para determinar cuándo comenzaba la vida humana⁷⁹, pues el texto de la CADH es claro en que al momento de la concepción ya se tiene derecho a la vida. Otro error se produce al interpretar la palabra concepción como implantación, a pesar de que ese no es el sentido corriente ni legal del término. La Corte hizo esta redefinición de la concepción basándose sólo en la declaración del perito Zegers, a pesar de que gran cantidad de instrumentos jurídicos regionales se refieren a este concepto⁸⁰, y que los tribunales competentes para interpretarlo han entendido que es un sinónimo de fertilización⁸¹. Esta falta de atención al texto de la CADH se observa también cuando la Corte señala que la expresión “en general” quiere decir “gradual e incremental según su desarrollo”⁸². Lo mismo puede decirse cuando la Corte afirma que la frase que protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción busca proteger fundamentalmente a la mujer embarazada⁸³.

legalmente en el territorio de un Estado. CortelDH, *Nadege Dorzema y Otros vs. República Dominicana* (2012), párr. 158.

⁷⁹ *Caso Artavia*, párr. 185.

⁸⁰ Muchas Constituciones regionales establecen en forma expresa la protección de la vida desde el momento de la concepción. Ellas son: Constitución de la República del Ecuador (2008) Art. 45; Constitución Política de la República Dominicana (2010) Art. 37 (esta disposición no existía en Constituciones previas de este Estado); Constitución de El Salvador (1992) Art. 1.2; Constitución Política de la República de Guatemala (1985) Art. 3 (todas las referidas Constituciones protegen la vida desde el momento de la concepción, sin excepciones análogas a la frase “en general”); Constitución Nacional de la República del Paraguay (1992) Art. 4 (tiene la misma redacción que la CADH, incluyendo la frase “en general”), y la Constitución Política del Perú (1993) Art. 2 N° 1 (establece: “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”). Además de estas Constituciones de Estados miembros, muchas Constituciones de estados federados también reconocen la existencia de la vida desde el momento de la concepción, haciendo o no mención explícita a ciertas excepciones. Por ejemplo, la mayoría de los estados federados de México han aprobado modificaciones constitucionales que reconocen la vida desde el momento de la concepción, *v.gr.*: Chihuahua, Sonora, Baja California, Morelos, Colima, Puebla, Jalisco, Durango, Nayarit, Guanajuato (la mayoría de estas modificaciones fueron aprobadas durante los años 2008 y 2009, como reacción a la liberalización del aborto en Ciudad de México). Éste es también el caso de varias Constituciones de provincias argentinas, como las de Córdoba, Tucumán, Tierra del Fuego y Salta. Además, existen sistemas jurídicos regionales que no protegen explícitamente la vida desde el momento de la concepción en sus Constituciones, pero que sí lo hacen en otras leyes de menor rango.

⁸¹ Además de la sentencia de Costa Rica, pueden observarse, entre otras, sentencias de los tribunales competentes de Chile, Honduras y Perú. Algunas referencias se observan en: Tribunal Constitucional de Chile (2008): Rol: 740-07, considerando 50° y 67°, y Tribunal Constitucional de Perú (2009): Exp. N°. 02005-2009, párr. 53.

⁸² *Caso Artavia*, párr. 264.

⁸³ *Ibid.*, párr. 222.

En definitiva, la Corte agrega calificaciones que no se encontraban en la CADH, y que terminan haciendo que la protección “general” se transforme en “excepcional”. Este tema es tratado con más detalle en el voto disidente del juez Vio Grossi.

Otros problemas de la Corte en materia de la interpretación según las normas de la CVDT vienen dados por la amplitud de lo que la Corte considera que es el “contexto” de la CADH. En efecto, mientras la CVDT –y, por tanto, la costumbre internacional– define el contexto en forma muy específica⁸⁴, la Corte Interamericana suele extenderlo a todo el *corpus juris* del derecho internacional. Tal criterio, en lugar de constituir una guía para la interpretación del derecho, puede transformarse en un instrumento para la creación del mismo, según se ha señalado al momento de referirse a la utilización de *soft law* y demás instrumentos no vinculantes o ajenos a la CADH.

5.2. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA SIN PARÁMETROS OBJETIVOS

El concepto mismo de interpretación evolutiva se encuentra actualmente en desarrollo, por lo que sus contornos aún no son claros⁸⁵. Sin embargo, existe un cierto consenso en la práctica internacional en que un tratado puede evolucionar si es que utiliza “conceptos evolutivos” –es decir, términos abiertos–⁸⁶ al momento de enunciar un derecho en particular. Tal

⁸⁴ “2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

⁸⁵ Julian, ARATO, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”, p. 444, nota 5, refiriéndose a un argumento de Malgosia Fitzmaurice.

⁸⁶ ARATO, “Subsequent Practice...” *op. cit.* p. 468. Arato también se refiere a un fundamento para la evolución de los tratados que es aun más discutido, el basarse en el objeto y fin de un tratado. Él considera que una evolución basada en esta fundamentación podría ser usada sólo cuando fuera *necesario* para darle efecto al objeto y fin. Arato afirma que la “mera conveniencia” para aplicar una interpretación evolutiva sería una fundamentación insuficiente, ya que ello podría llevar no sólo a una “aplicación superflua de la interpretación evolutiva”, sino que también a “socavar seriamente la certeza en

método de interpretación puede ser usado para extender el contenido de un derecho de un modo en que no fue previsto por quienes redactaron el tratado o para apartarse de precedentes. Sin embargo, una interpretación evolutiva no puede derivar de un tratado internacional un derecho que no se encontraba incluido en éste desde su creación, especialmente cuando el silencio sobre tal derecho fue deliberado⁸⁷. En efecto, lo único que puede ser interpretado en forma evolutiva –siendo expandido a ámbitos de aplicación imprevistos– es una materia que ya ha sido implícita o explícitamente incluida en el texto de un tratado⁸⁸. *A fortiori*, las interpretaciones evolutivas no deben contrariar las disposiciones textuales de una convención. Es por ello que, por ejemplo, en el sistema europeo se optó por poner término a la excepción al derecho a la vida en materia de pena de muerte mediante la ratificación de protocolos adicionales al Convenio, a pesar de que tal pena se hallaba prácticamente extinta en Europa⁸⁹.

A pesar de lo anterior, la Corte Interamericana suele considerarse totalmente libre para decidir cuándo y cómo evoluciona la CADH, llegando a incorporar derechos que fueron explícitamente excluidos de este tratado, y fallando en contra del tenor literal del mismo, como sucedió en el caso *Artavia*⁹⁰. El TEDH, en cambio, utiliza diversos mecanismos para determinar cuándo es posible que un tratado evolucione. No establecerá derechos que los redactores del Convenio Europeo dejaron fuera a propósito⁹¹. El TEDH permitirá la evolución de los derechos a situaciones no previstas por los redactores del Convenio, pero lo hará sólo cuando

el derecho de los tratados, ya que cualquier cosa podría considerarse como evolutiva”. ARATO, *op. cit.*, p. 476 (las frases citadas han sido libremente traducidas por el autor). Sin embargo, incluso la evolución basada en el objeto y fin del tratado no puede contrariar las disposiciones textuales de un tratado.

⁸⁷ *Johnston and Others vs. Ireland* (1986) párr. 53.

⁸⁸ Esto fue afirmado por Paul Mahoney, un actual juez del TEDH. Paul MAHONEY, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, p. 66.

⁸⁹ El TEDH ha señalado en forma hipotética que podrían dejarse sin efecto ciertas disposiciones del Convenio Europeo en materia de excepciones a derechos humanos, cuando todos los Estados del Consejo de Europa hayan abolido tales excepciones. TEDH, *Soering vs. The United Kingdom* (1989) párr. 103, y *Öcalan vs. Turkey* (2005), párrs. 163-165. Sin embargo, incluso una hipótesis tan restringida como ésta podría ser discutida, porque del actuar de los Estados en un momento determinado no se desprende una voluntad de limitar sus posibilidades de volver a adoptar una situación previa.

⁹⁰ Malarino afirma que el sistema interpretativo usado por la Corte es activista. MALARINO, “Activismo Judicial”, *op. cit.* pp. 29-45. En relación a la interpretación evolutiva o progresiva, ver MALARINO, *op. cit.*, pp. 32-35.

⁹¹ *Johnston and Others vs. Ireland* (1986), párr. 53.

este tratado use términos abiertos⁹², y siguiendo criterios más o menos objetivos que le permitan llegar a este tipo de conclusiones. Así, por ejemplo, el TEDH utiliza frecuentemente la noción del consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa. Sin embargo, el consenso no será siempre suficiente, como se pudo observar en el caso *A, B y C vs. Irlanda*. En éste, el TEDH consideró que, a pesar de existir un consenso mayoritario entre las naciones de Europa en el sentido de permitir abortos cuando el embarazo afecta la salud de la madre, ello no era suficiente como para determinar que la prohibición irlandesa de practicar abortos en estos casos fuera desproporcionada⁹³.

5.3. INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE Y EL OBJETO Y FIN DEL TRATADO

El caso *Artavia* también interpreta la CADH aludiendo al principio de interpretación más favorable y según el objeto y fin del tratado⁹⁴. A pesar de que ambos criterios de interpretación son distintos, la Corte los usó en forma conjunta. Ellos son más complejos de lo que pueden parecer a primera vista.

El primer comentario que se hará al criterio de la interpretación más favorable, “*pro homine*” o “*pro persona*”⁹⁵, dice relación con el interés subyacente a la posición del Estado. Ello se refiere a que la postura del Estado (ya sea que éste la defienda o no⁹⁶) suele reflejar posturas que son defendidas a nivel interno como un asunto de derechos humanos⁹⁷. Un

⁹² En otras palabras, no utiliza un mecanismo de interpretación *originalista*.

⁹³ TEDH, *A, B & C vs. Ireland* (2010) párr. 237. Para un análisis donde se observa que el TEDH no reconoce un derecho al aborto, ver PUPPINCK, Grégor, “Abortion and the European Convention on Human Rights”. El resumen de una sección del artículo está disponible en <http://www.ejiltalk.org/abortion-on-demand-and-the-european-convention-on-human-rights/> [visitado el 05/03/13].

⁹⁴ *Caso Artavia*, párrs. 257 ss.

⁹⁵ Para una descripción de esta institución ver Álvaro FRANCISCO AMAYA VILLARREAL, “El Principio *Pro Homine*: Interpretación Extensiva *vs.* el Consentimiento del Estado”.

⁹⁶ El problema presentado por los reconocimientos de responsabilidad del Estado y las posiciones subyacentes es brevemente nombrado en Sergio VERDUGO R. y José Francisco GARCÍA G., “Radiografía al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, pp. 183 y 184.

⁹⁷ Los intereses que subyacen tras la posición del Estado son también bastante patentes en los casos referidos a asuntos que, a nivel doméstico, son de naturaleza criminal. Existen muchos casos en que las sentencias de la Corte dan los nombres de supuestos violadores de derechos humanos, sin que éstos hayan tenido la posibilidad de presentarse ante ella. Esto es muy complejo desde el punto de vista de la presunción de inocencia. Fue por ello que en el caso Escué Zapata el Estado de Colombia hizo presente a la Corte que

caso en que ello quedó patente –con independencia de si se está o no de acuerdo con el fondo– fue el de *La Última Tentación de Cristo*⁹⁸. En este caso, quienes solicitaron la prohibición de esta película a nivel interno lo hicieron alegando, principalmente, una violación de su derecho al honor⁹⁹. De hecho, la prohibición de esta película fue alcanzada a nivel nacional mediante un recurso de protección de garantías fundamentales¹⁰⁰. La posición subyacente a la postura del Estado quedó más clara aún cuando los interesados solicitaron intervenir en el caso ante la Corte Interamericana, aunque ésta negó dicha posibilidad¹⁰¹. Este caso muestra que la “interpretación más favorable” es un concepto relativo, pues si se da la interpretación más amplia posible a la libertad de expresión, se está dando una interpretación más restringida al derecho a la honra. Algo similar sucede con lo que se ha llamado el “punitivismo” de la Corte, que al aplicar interpretaciones favorables para las víctimas de violaciones de derechos humanos, restringe derechos de los procesados, a pesar de que éstos se encuentran expresamente establecidos en la CADH¹⁰². Éste es uno de los motivos por los cuales el argumento *pro homine*, si bien es importante, “no puede convertirse en un comodín con el cual se extiendan los compromisos de los Estados parte en los tratados internacionales”¹⁰³.

La existencia de posiciones subyacentes a la postura del Estado debe desincentivar a que la Corte use en forma liviana la interpretación de lo “más favorable”. Ello es especialmente así en un caso como *Artavia*, donde dar una interpretación “más favorable” para quienes quieran hacer uso de embriones o cometer un aborto, es claramente la opción “menos favorable” para quienes tienen derecho a la vida según la sección relevante del artículo 4.1¹⁰⁴.

no podría cumplir con la medida de publicación de la sentencia ordenada por la Corte, a menos que se le autorizara a borrar los nombres de las personas individualizadas en la sentencia, ya que ellas no habían sido condenadas a nivel interno. La Corte accedió a esta petición del Estado. CorteIDH, *Escué Zapata vs. Colombia* (2010) párrs. 2 y 3. En contraste con la costumbre de la Corte Interamericana, el TEDH suele dar sólo las iniciales de los terceros que no han intervenido en el juicio.

⁹⁸ CorteIDH, “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros vs. Chile*) (2001).

⁹⁹ Este recurso fue presentado por un grupo de personas a nombre propio, y a nombre de Jesucristo y la Iglesia Católica. *Ibid.*, párr. 60.e, en relación con 45.c y 45.d.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 71.

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 21. Algo similar sucedió en el caso *Atala Riffo e Hijas*, también contra Chile, donde la Corte negó la participación al padre de las menores, quien estaba a cargo de su cuidado. CorteIDH, *Atala Riffo e Hijas vs. Chile* (2012) párrs. 8 y 9.

¹⁰² MALARINO, “Activismo Judicial...” *op. cit.*, pp. 45-49. En efecto, tal autor ha dicho que el punitivismo va directamente en contra del principio *pro homine*. MALARINO, *op. cit.* p. 49.

¹⁰³ AMAYA, “El Principio...” *op. cit.* p. 337.

¹⁰⁴ *Cfr.*, *Caso Artavia* párr. 259.

Con relación a la interpretación según el objeto y fin del tratado, debe notarse que la Corte define que el objeto del tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”¹⁰⁵. Por una parte, si bien tal definición es en parte correcta (como lo sería el afirmar que el objeto y fin del tratado es “hacer justicia”), es de una amplitud que permite dar lugar a equívocos interpretativos. En efecto, es más apropiado sostener que el objeto y fin de la CADH es *la creación de estándares regionales vinculantes para la protección de determinados derechos humanos, y el establecimiento de un sistema para supervisar el cumplimiento de los mismos*. Esta distinción es importante, ya que los redactores de la CADH no quisieron proteger todos los derechos humanos, sino que sólo aquellos reconocidos en el convenio. Los motivos que justifican este

“carácter limitado del elenco de derechos reconocidos en los pactos no tienen que ver tanto con el desprestigiado argumento de la soberanía de los Estados (aunque las intenciones no dejan de ser una buena razón para entender los límites de la codificación) como con la necesidad pluralista de reconocer el margen del que disfrutaban los Estados para reconocer o negar otros derechos no enumerados”¹⁰⁶.

No obstante que el objeto y fin de un tratado sirve sólo para interpretar el texto de las normas, la Corte suele utilizarlo para extender el alcance de las mismas. Con ello, si se considera que el objeto del tratado es la protección de los derechos humanos en general, el uso de tal objeto para ampliar el contenido de la CADH puede dar como resultado la creación infinita de derechos. Esto es especialmente delicado si se considera que existen diversas concepciones de los derechos humanos, algunas de las cuales son abiertamente contrarias a los derechos consagrados en la CADH. Por dar sólo un ejemplo, existen autores que consideran que los niños recién nacidos no tienen un derecho inherente a la vida¹⁰⁷, cuestión que es abiertamente contraria a los valores regionales representados en la CADH. Si se considera, en cambio, que el objeto del tratado es la

¹⁰⁵ CorteIDH, *Boyce y Otros vs. Barbados* (2007) párr. 15.

¹⁰⁶ Manuel NÚÑEZ POBLETE, “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”, p. 28.

¹⁰⁷ Entre otros, Helga KUHSE y Peter SINGER, *Should the Baby Live? The Problem of Handicapped Infants* (Aldershot, Gregg Revivals) p. 192. Ellos postulan que los Estados debieran autorizar el homicidio de niños discapacitados no deseados hasta el vigesimotavo día después del parto (KUHSE y SINGER, *op. cit.*, pp. 189-97). Kuhse y Singer citan otros autores que también postularían el establecimiento de un período previo a la plena aceptación del niño (KUHSE y SINGER, *op. cit.*, p. 195).

protección de los derechos humanos consagrados específicamente en la CADH, no puede darse tal desvarío en el modo de entender los derechos.

Para terminar, llama la atención que, en la sección dedicada a la interpretación según el objeto y fin en el *caso Artavia*, la Corte da ejemplos de países que habrían hecho un

“adecuado balance de posibles derechos en conflicto y, por lo tanto, constituyen una relevante referencia para interpretar los alcances de la cláusula ‘en general, desde la concepción’ establecida en el artículo 4.1 de la Convención”¹⁰⁸.

Entre ellos, la Corte cita el caso de Estados Unidos, cuya regulación del aborto es, a todas luces, incompatible con la protección que la CADH hace del no nacido¹⁰⁹. Al hacerlo, la Corte parece desconocer que en el caso *Roe vs. Wade* la Corte Suprema de EE.UU. afirmó que: si la decimo-cuarta enmienda hubiera sugerido que el feto tenía personalidad jurídica, colapsaría el caso de quienes buscaban la inclusión del aborto dentro del derecho a la privacidad de los apelantes, ya que el derecho a la vida del no nacido habría estado garantizado específicamente por la Constitución¹¹⁰.

6. Modo de aplicar la sana crítica

A diferencia de lo que sucede con el TEDH, la Corte Interamericana realiza una amplia evaluación de prueba. Ello se produce por motivos que no es del caso analizar aquí (como lo poco confiables que pueden ser algunos tribunales nacionales de la región). La Corte Interamericana evalúa la prueba de acuerdo con las normas de la *sana crítica*, sistema que exige analizar los medios probatorios conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia¹¹¹. Ello permite que los jueces analicen la prueba

¹⁰⁸ *Caso Artavia* párr. 260.

¹⁰⁹ Ello, a pesar de que ciertas interpretaciones aisladas, como la de Cecilia Medina, han puesto tal legislación como el paradigma de la protección de los derechos humanos. Cecilia MEDINA QUIROGA, *La Convención Americana: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, p. 76.

¹¹⁰ Corte Suprema de EE.UU., *Roe vs. Wade* (1973) p. 157.

¹¹¹ La obligación de seguir las reglas de la lógica y de la experiencia son los requisitos básicos de la *sana crítica*. Joel GONZÁLEZ CASTILLO, “La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica”, pp. 95–98. Sin embargo, las regulaciones internas pueden establecer otros requisitos adicionales, v.gr. GONZALEZ CASTILLO, *op. cit.*, p. 100. En el contexto del sistema interamericano, ver Héctor FIX-ZAMUDIO, “Orden y Valoración de las Pruebas en la Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 214.

sin estar regidos por normas específicas (como sucede en el sistema de prueba legal tasada), y que el lector evalúe si el tribunal analizó la prueba adecuadamente. Es por esto que la Corte es bastante detallada al enumerar los medios de prueba a través de los cuales alcanza cada una de sus conclusiones, lo que es muy positivo y digno de ser encomiado.

La Corte Interamericana suele evaluar adecuadamente las pruebas que se le presentan. Sin embargo, existen áreas en las que ella debe ser más cuidadosa. Por ejemplo, las normas de la lógica y la experiencia exigen que un tribunal considere el interés que puedan tener los testigos y expertos en el resultado del juicio al momento de ponderar sus testimonios. Por eso, no es adecuado que la Corte copie algunas interpretaciones previas de la Comisión Interamericana (una parte en el juicio) como si fueran hechos indiscutibles, como sucedió en el *caso Artavia*¹¹². Si la Corte quiere hacer suyas ciertas afirmaciones de la Comisión, debe analizarlas en detalle, del mismo modo como sucedió en el caso *Vera Vera y Otras vs. Ecuador*. En dicho caso la Corte analizó el peso de un informe de la Comisión Interamericana que se basaba en una visita *in loco* a Ecuador, pero que no aportaba mayores datos, estadísticas o pruebas sobre un determinado punto, por lo que la Corte decidió que no servía para dar por probada una determinada situación¹¹³.

Tampoco es conveniente que en el *caso Artavia* la Corte haya basado gran parte de sus afirmaciones biológicas, exclusivamente, en los dichos del perito Fernando Zegers Hochschild, sin tener en cuenta la prueba científica en contrario¹¹⁴. Al hacerlo, la Corte ni siquiera se planteó el hecho de que tal perito tenía un grado de interés en el juicio mucho más fuerte de lo recomendable. En efecto, si bien el perito Zegers tiene gran conocimiento técnico en el tema de la FIV, él se dedica en forma profesional a la misma, y ha sido miembro directivo de organizaciones destinadas a promoverla¹¹⁵. Esto no quiere decir que las afirmaciones de Zegers debieran haber sido descartadas, sino que debieran haber sido ponderadas a la luz de las demás

¹¹² *V.gr.*, párrs. 197 y 199.

¹¹³ CortelDH, *Vera Vera y Otra vs. Ecuador* (2011) párrs. 80 y 81.

¹¹⁴ *V.gr.*, párr. 186 en relación al párr. 180.

¹¹⁵ Entre otras, ha sido o es, según el caso, cofundador y director de la Unidad de Medicina Reproductiva de la Clínica Las Condes (y actualmente ejercería como miembro activo de dicha unidad); cofundador y miembro del consejo directivo del ICMER; fundador y director responsable del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida; fundador, primer presidente y actual consejero honorario de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida; cofundador y vicepresidente del *International Committee for Monitoring ART*; miembro del *Steering Committee* del *Task Force* para la Prevención y Manejo de la Infertilidad de la OMS, entre otros cargos. Esta información puede verse en http://www.icmer.org/acercade_directorio.htm (fecha de última consulta 28/01/13).

pruebas existentes, y con la precaución de quien está frente a un experto con intereses que van más allá del simple saber científico.

En conclusión, si la Corte va a valorar en forma dogmática las expresiones de ciertos organismos o expertos, ella debiera evaluar y explicitar previamente los motivos por los cuales les otorga un valor especialmente alto. Un modo de hacerlo sería, por ejemplo, haciendo referencia expresa al proceso de toma de decisiones de una institución, o al modo como tal organismo arribó a una determinada decisión. Ello no sería algo nuevo para la Corte, pues ella procedió así en el caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, donde antes de usar el informe final de la Comisión Peruana para la Verdad y la Reconciliación, describió ciertas características de esta institución, tales como el modo en que fue creada, cuáles eran sus fines, y cómo habían sido nombrados sus miembros¹¹⁶.

7. Hispanocentrismo

Se ha afirmado que la OEA es, en gran medida, una organización latinoamericana, modelada por los problemas y la idiosincrasia de este particular grupo de Estados¹¹⁷. Esta afirmación puede también hacerse respecto al sistema interamericano de derechos humanos¹¹⁸ y, en particular, a la Corte Interamericana. El hispanocentrismo no es adecuado en un organismo que pertenece a la OEA, una entidad que incluye a países de otras tradiciones y que tiene cuatro idiomas oficiales.

Varias formas de proceder de la Corte denotan su hispanocentrismo, por ejemplo, el utilizar conceptos jurídicos hispanos (como la sana crítica), el omitir el uso de conceptos jurídicos anglosajones (como el estándar de revisión), o el hacer caso omiso a los modos de entender el derecho que tienen muchos de estos países (como la extendida concepción dualista del derecho internacional). Uno de los ejemplos de hispanocentrismo del caso *Artavia* se observó en su interpretación de la palabra “concepción”. Tanto el voto de mayoría como el del juez Vio Grossi se basaron (con resultados opuestos) en un significado de la palabra “concepción” dado por el Diccionario de la Real Academia Española. Al hacerlo, olvidaron que la CADH está escrita también

¹¹⁶ CorteIDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006) párrs. 197.3-5.

¹¹⁷ Verónica GÓMEZ, “The Interaction Between the Political Actors of the OAS, the Commission and the Court”, p. 175.

¹¹⁸ Algunas quejas propias de las naciones caribeñas angloparlantes pueden verse en Auro FRASER, “From Forgotten Through Friction to the Future: The Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights”.

en forma *auténtica* en inglés, francés y portugués. Si estas versiones hubieran sido tenidas en cuenta, la interpretación de este concepto se habría facilitado, ya que los diccionarios de más autoridad en francés e inglés dan un sentido claro a la palabra *conception* (equivalente a fecundación, no a implantación).

El hispanocentrismo de la Corte también se observa con claridad en las traducciones al inglés de sus sentencias, las que todavía tienen mucho espacio para mejorar¹¹⁹. A propósito de esto, es interesante notar que en ocasiones las sentencias en castellano también incorporan traducciones, hechas por la Corte, de ciertos documentos internacionales. Al hacerlo, la Corte debe tener gran cuidado, pues la traducción de ciertos conceptos puede resultar muy compleja en determinados casos. Ello, porque la traducción de conceptos de un modo y no de otro puede implicar una cierta valoración de una situación. Además, el traductor estará imputando tales valoraciones a los organismos que se citan. En el *caso Artavia*, esta complejidad se observa en la traducción de la expresión “*expectant mother*”¹²⁰. Tal término es usado comúnmente en inglés para referirse a la mujer embarazada. Sin embargo, si esta expresión se analiza en forma literal, ella quiere decir algo así como “madre que está a la espera”, lo que implica una connotación sobre la calidad de madre que tiene una mujer embarazada. Por supuesto que no sería adecuado que la Corte hiciera una traducción literal, pues ello resultaría en una mala traducción. Era necesario usar expresiones corrientes, como “mujer embarazada” o “mujer encinta”. La Corte, en cambio, usó la expresión “futura mamá”. Esta traducción fue poco afortunada, no sólo porque la palabra “mamá” es coloquial y porque mujeres que no están embarazadas también pueden ser “futuras mamás”, sino porque la expresión que se usa tiene una connotación opuesta a la noción inglesa (que, como se vio, tiende a dar la calidad de madre a la mujer embarazada). Lo anterior es especialmente delicado en un caso como *Artavia*, donde la Corte había afirmado que no le correspondía tomar partido entre las posiciones existentes sobre el tema del no nacido.

8. Uniformidad de apreciación

El TEDH suele otorgar a los Estados cierta deferencia, el llamado *margen de apreciación*, para interpretar las normas de la Convención Europea

¹¹⁹ Para un estudio sobre las traducciones de la Corte ver Álvaro PAÚL “Translation Challenges of the Inter-American Court of Human Rights and Cost-Effective Proposals for Improvement”.

¹²⁰ *Caso Artavia*, párr. 239.

de Derechos Humanos. Así, cuando es posible la existencia de diversas interpretaciones en materia de garantías fundamentales,

“la doctrina del margen de apreciación aconseja al órgano jurisdiccional internacional o supranacional abstenerse de subrogar a las autoridades nacionales en la valoración de aquellas circunstancias que permitan configurar las versiones locales de los derechos universales”¹²¹.

Esta doctrina valora la diversidad en la interpretación de los derechos humanos. La Corte Interamericana ha hecho referencia en un par de ocasiones al margen de apreciación¹²², pero generalmente reserva para sí misma la apreciación detallada del contenido de los derechos¹²³. Ello, aunque el derecho se encuentre reconocido en una cláusula abierta, se trate de un tema discutible y confronte valores nacionales, como sucede en *Artavia Murillo*. En este caso el Estado le pidió expresamente a la Corte pronunciarse sobre el margen de apreciación. Sin embargo, ésta sostuvo que no era necesario hacerlo, en virtud de las *conclusiones* a las que había llegado en los párrafos anteriores del fallo¹²⁴. Lo interesante es que el alegato del Estado en materia de margen de apreciación buscaba, justamente, tener un efecto antes de que la Corte llegara a esas *conclusiones*.

El argumento que suele usarse para estar en contra de la doctrina del margen de apreciación en el contexto interamericano es que el estado de derecho y la democracia en las naciones latinoamericanas no están igual de desarrollados que en las naciones europeas, por lo que no es posible conceder un margen de apreciación. Este argumento podría ser válido para no utilizar el *consenso regional* –citado frecuentemente por el TEDH al momento de decidir sobre el margen de apreciación– como un instrumento para decidir si una norma abierta de la CADH permite o no diversas aplicaciones legítimas. Ello, porque el acuerdo o la divergencia en el derecho interno de las naciones americanas no es necesariamente un buen instrumento para determinar si un derecho reconocido en CADH permite las aplicaciones que le dan los Estados. Por ejemplo, el que la mayoría de los Estados americanos establecieran un procedimiento penal inquisitivo con una etapa sumaria secreta y aplicable en todo caso, no sería

¹²¹ NÚÑEZ POBLETE, *op. cit.*, (2012) p. 5.

¹²² *V.gr.*, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica* (1984) párr. 58, y CorteIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004) párr. 161.

¹²³ Esto es también criticado por Verdugo y García, quienes consideran que ésta es una de las “falencias democráticas” del sistema interamericano. VERDUGO y GARCÍA, “Radiografía al...” *op. cit.*, pp. 195-196.

¹²⁴ *Caso Artavia*, párr. 316.

un argumento válido para afirmar que dicha interpretación cabe dentro del margen de apreciación permitido por el artículo 8.5 de la CADH (que establece que el proceso penal debe ser público, “salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”).

Sin embargo, hay muchas materias en las que las normas de la CADH son menos claras y permiten diversas interpretaciones legítimas según los distintos valores nacionales. Así, por ejemplo, si existen varias hipótesis científicas sobre un asunto que fuera necesario para resolver un caso, la Corte no tiene que optar por una solución u otra. Ella puede permitir que sea el Estado quien decida sobre el punto. Tal sería una aplicación del principio de subsidiariedad, que se encuentra implícito en el Preámbulo de la CADH y ha sido reconocido por la Corte en varias ocasiones¹²⁵, aunque no siempre se ha entendido en forma adecuada¹²⁶.

El principio de subsidiariedad tiene una faceta positiva y otra negativa, es decir, impone un deber de actuar y un deber de abstenerse de actuar¹²⁷. Aplicado a la interpretación de la CADH, la faceta positiva implica que la Corte debe ejercer su jurisdicción cuando los organismos estatales no han sido capaces de interpretar la CADH de un modo razonable. La faceta negativa sostendría que la Corte debe abstenerse de actuar cuando los organismos nacionales han interpretado la CADH de un modo razonable y adecuado a la realidad nacional. Esto es una consecuencia, en parte, del hecho de que las autoridades estatales están, en principio, en una mejor posición para interpretar y aplicar las normas a la realidad nacional, por ejemplo, cuando una convención se refiere a que una determinada restricción de derechos debe ser “necesaria”¹²⁸. En este caso sobre la FIV, los organismos nacionales ya habían determinado qué tipo de amenazas a la vida humana eran aceptables. Frente a esto, la Corte Interamericana no

¹²⁵ La Corte lo ha reconocido, por ejemplo, en *CorteIDH, Ríos y Otros vs. Venezuela* (2009) párr. 53, y en *Atala Riffo e Hijas vs. Chile* (2012) párr. 65.

¹²⁶ Por ejemplo, en el caso *Artavia* fue usado para no referirse a ciertos alegatos del Estado en materia de efectos negativos de la FIV (en la salud de la mujer, de sus hijos, en asuntos legales y motivados por la criopreservación de embriones), diciendo que se limitaría a las controversias que hubieran sido tenidas en cuenta por la Sala Constitucional al sustentar la sentencia que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo (párrs. 134 y 135). Ello, a pesar de la directa relación que tales efectos negativos tenían con la FIV. La determinación de los argumentos que son o no relevantes no dice mayor relación con el principio de subsidiariedad, sino que con el proceso de razonamiento interno de la Corte, en el que siempre se debe respetar el derecho a la defensa.

¹²⁷ Paolo G. CAROZZA, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, p. 44.

¹²⁸ Cfr. Philip LEACH, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, pp. 161 y 162.

sólo estableció que debía aceptarse la FIV, sino que dio a entender varias consecuencias de su fallo, entre las que se encuentra la autorización de la FIV heteróloga¹²⁹. Ésta última cuestión no era un tema de este caso, y puede violentar en forma más aguda los valores e instituciones jurídicas nacionales.

Los diferentes resultados que se producen cuando un tribunal usa o no el margen de apreciación son patentes. Por ejemplo, el TEDH –cuyo instrumento fundante no cuenta con una disposición similar a la del Artículo 4.1 de la CADH– ha establecido que la regulación del aborto cae dentro del margen de apreciación que le corresponde a cada país¹³⁰. Ello, a diferencia de lo que hace la Corte Interamericana, la que termina afirmando tácitamente que los Estados no pueden establecer determinado tipo de prohibiciones al aborto¹³¹.

9. Cuestiones formales

Este caso resultó muy atractivo para los jueces. Probablemente fue por eso que, a pesar de su complejidad, *Artavia Murillo* fue el primer caso en ser resuelto de una serie de asuntos presentados durante la misma época. Sólo así podría la Corte dictar su sentencia en la última sesión antes de cambiar su composición¹³². La rapidez en la dictación de este fallo puede explicar por qué la sentencia contó con algunos errores formales, llevando a la Corte a reemplazar en su página web la versión del caso que originalmente había subido¹³³. Esto no es un asunto importante, pero

¹²⁹ *Caso Artavia*, párr. 300.

¹³⁰ CorteIDH, *A, B & C vs. Ireland* (2010). En Europa, Malta prohíbe toda forma de aborto, Irlanda no cuenta con un sistema para procurarse uno, y Polonia tiene una legislación muy restrictiva en la materia. Vale la pena notar que el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa establece: “El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, teniendo debidamente en consideración el igual derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes respetar y, en cuanto sea practicable, defender y asegurar a través de sus leyes ese derecho” (la traducción es del autor). Constitution of Ireland (1937). Recientemente Hungría promulgó una nueva Constitución que protege al no nacido “desde la concepción”. Rusia también ha restringido sus leyes en materia de aborto.

¹³¹ Al establecer que la protección del no nacido debe ser sólo gradual e incremental (e.g., *Caso Artavia*, párr. 315).

¹³² Entre cinco casos presentados por la Comisión Interamericana en una misma época, *Artavia* fue el primero en ser resuelto. El único otro caso fallado por la Corte dentro del mismo periodo de sesiones fue el de la *Masacre de Santo Domingo*, en el que la Corte contó con todas las primeras presentaciones de las partes cerca de dos meses antes que en *Artavia* (cfr. *Caso Artavia* párr. 8 con CorteIDH, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012) párr. 9).

¹³³ Así, la versión que podía encontrarse en la página web el día 21 de diciembre de 2012 (cuya copia consta en poder del autor) es distinta a la que puede verse hoy en día.

refleja que la Corte padece de ciertas debilidades formales en sus sentencias, las que pueden afectar la percepción que se tenga de este tribunal. Afortunadamente estos problemas son de relativamente fácil solución. Por ejemplo, la publicación de sentencias formalmente deficientes puede solucionarse mediante una mejor revisión de las decisiones, y señalando que el documento que se publica en Internet es una versión preliminar del fallo, la que podrá ser sometida a ediciones menores de estilo hasta una fecha determinada, como hace el TEDH. Ello permitiría que, si los lectores de estos fallos encuentran algunos errores, los puedan comunicar a la Corte, la que podría realizar la edición necesaria.

Uno de los problemas formales de las sentencias la Corte es su carencia de estilos uniformes. Esto puede ser inocuo en algunos casos, pero no en otros. Un ejemplo de las faltas de uniformidad sin mayor relevancia es el uso intermitente que la Corte está haciendo de la expresión “y costas” en el título de sus sentencias. Por el contrario, una falta de uniformidad que puede ser relevante en algunas ocasiones es la falta de criterios claros al momento de nombrar un caso¹³⁴. La Corte ha utilizado lo que puede llamarse “nombres de fantasía” en determinados asuntos, como en *Artavia*, donde agregó la frase “Fecundación *in Vitro*” a continuación de los nombres de las víctimas. La inclusión de estos “nombres de fantasía” puede no presentar mayores complejidades cuando ellos siguen ciertas reglas preestablecidas¹³⁵, pero es criticable cuando no existe ningún criterio objetivo para agregarlo. El lector puede preguntarse por qué se usa esta figura en algunos casos y no en otros, aunque todos ellos se refieran a materias bastante importantes. Por ejemplo, por qué no se le dio al caso *Claude Reyes y Otros vs. Chile* el nombre “Acceso a la Información Pública”¹³⁶. También es posible preguntarse por qué se adopta un nombre y no otro, por ejemplo, por qué se decidió llamar al caso Villagrán “Niños de la Calle”, en vez de “Jóvenes de la Calle”.

El establecimiento de lo que aquí se ha llamado “nombres de fantasía” no es algo nuevo en el derecho internacional¹³⁷. El problema que tiene su

La principal diferencia es que la original contaba con las opiniones separadas, las cuales podían verse con muchos errores de formato.

¹³⁴ Por ejemplo, a veces incluirá sólo el nombre de pila de la víctima, y otras veces sólo el o los apellidos. Esto no produce mayor problema (salvo el desconocer, a veces, si lo enunciado en el caso es el nombre o el apellido de la víctima).

¹³⁵ Como cuando se denomina a los casos relacionados con comunidades indígenas con el nombre de éstas y no de sus integrantes.

¹³⁶ CortelIDH, *Claude Reyes y Otros vs. Chile* (2006).

¹³⁷ La CIJ también suele hacer uso de nombres emblemáticos. Ella, además del nombre ordinario (*v.gr.* Camboya vs. Tailandia), utiliza un nombre adicional (*v.gr.* Templo de Preah Vihear). Sin embargo, esta situación no se asemeja mucho a la de la Corte

uso por la Corte Interamericana es que ésta no sigue criterios claros al hacerlo. Ello puede reflejar cierta empatía *a priori* con las supuestas víctimas de un caso, la intención de dar un cierto realce a asuntos específicos, e, incluso, un prejuizgamiento –como cuando el nombre de fantasía se basa en hechos que son discutidos en el caso–. Ninguna de estas tres actitudes es propia de un tribunal imparcial. Algunos de estos nombres han venido dados por la Comisión Interamericana, pero ello no es un motivo para seguir utilizándolos, pues la Corte puede y ha cambiado los nombres con los que los casos comenzaron (a veces, para reemplazarlos por un nombre de fantasía)¹³⁸. Por otra parte, el argumento de que el establecimiento de nombres de fantasía tiene mejores efectos de difusión no es suficiente como para que un tribunal, que debe ser imparcial, aparezca actuando en forma discrecional y sin reglas claras.

Una última cuestión formal que se comentará surge al observar el párrafo 167 del *caso Artavia*. En él, a continuación de una frase entre comillas, es posible encontrar el código “TIII 462”. Tal expresión significa que la frase citada se encontraba en la página 462 del tercer tomo del expediente. La presencia de este código en el fallo se debe al olvido de un editor, pues dichos códigos son utilizados a nivel interno de la Corte, pero son retirados en el proceso de edición del fallo. Esto nos permite hacer una breve reflexión sobre la práctica del “entrecorillado”. Las sentencias de la Corte citan muy frecuentemente la opinión de las partes y de otros intervinientes, aunque no indican el lugar de donde se han sacado estas frases entre comillas. Por una parte, esto hace que la redacción de la sentencia se vea menos limpia. Por otra, el lector ajeno al caso no percibe los beneficios que podrían resultar de este sistema de citas, pues éste desconoce el contexto de la frase citada. Además, en ocasiones la Corte intercala paréntesis cuadrados entre las citas (indicando omisiones en la transcripción), y el lector no sabe qué es lo que la Corte dejó de lado. Esta técnica puede prestarse también para que la Corte dé su apoyo a afirmaciones, pero sin tomar responsabilidad por las mismas. En algunos casos, puede suceder que el lector no sepa si se está haciendo referencia a una frase

Interamericana, ya que la CIJ no discrimina al momento de establecer nombres de fantasía entre unas causas y otras, puesto que todas tienen uno. Además, los nombres utilizados por la CIJ tienden a reflejar el motivo de la disputa, por ejemplo, “Conflicto fronterizo” (ello no siempre sucede con la Corte Interamericana, pues algunos nombres que ella establece pueden no indicar nada a simple vista, *v.gr.*: “Campo Algodonero” o “Panel Blanca”). La lista de los nombres de los casos presentados ante la CIJ puede verse en: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3> (fecha de última consulta: 24/01/13).

¹³⁸ En el caso “Cinco Pensionistas” el Presidente de la Corte decidió dejar de usar el nombre “Torres Benvenuto y Otros”. CorteIDH, “*Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003) párr. 19.

afirmada por una persona ajena al proceso. En otros casos –como cuando se pone entre comillas una sola palabra– el lector no sabrá si se está citando, poniendo en duda o destacando una palabra. Por último, no está de más señalar que la Corte ha citado en forma innecesaria ciertas frases que las partes han expresado con errores de ortografía, lo que denota una cierta falta de delicadeza con los errores comprensibles de las partes del caso.

10. Reparaciones

La CADH establece que, en caso de constatarse la

“violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”¹³⁹.

También establece que la Corte ordenará que

“si ello fuera procedente, [...] se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”¹⁴⁰.

La Corte ha entendido que cuando las violaciones se deben a situaciones estructurales, estas normas le permiten ordenar la modificación de estas estructuras mediante la derogación de leyes, la reforma de Constituciones, la institución de ciertos procedimientos, o la realización de otros actos que sirvan para mitigar esta situación. En efecto, la Corte ha señalado que su sistema de reparaciones debe tener una “vocación transformadora” de contextos de discriminación estructural¹⁴¹. Por eso, la Corte considera que su deber es definir y exigir soluciones específicas para asuntos estructurales que pueden ser difíciles de conceptualizar y de atacar. Es cierto que en algunos casos la simple indemnización no es suficiente como para reparar a las víctimas, y se hace necesario ordenar otras medidas. Sin embargo, ello es muy distinto a pensar que las ideas de los jueces de la Corte podrán

¹³⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Art. 63.1. La frase “protegidos en esta Convención” es de relevancia para ciertos puntos tratados anteriormente en este trabajo.

¹⁴⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Art. 63.1.

¹⁴¹ CorteIDH, *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (2009) párr. 450. En el caso de *Campo Algodonero* la Corte ordenó la instauración de programas y capacitaciones destinados a la superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres. *Ibid.* párr. 541.

solucionar problemas sociales graves que los Estados no logran mejorar, a pesar de su honesta lucha contra los mismos, y no obstante contar con mayores medios y personal especializado que la Corte para enfrentarlos¹⁴².

Algunas de las reparaciones concedidas en el *caso Artavia* fueron ya descritas. Frente a ellas, es necesario comentar que la forma de reparación que exige la realización de programas de concientización es bastante compleja. Ello es así en todo tipo de materias, pues trae a la memoria las “versiones oficiales” de ciertos regímenes de mal recuerdo. Sin embargo, en el *caso Artavia* la complejidad de esta reparación es aun más problemática, ya que el tema de este caso es extremadamente controversial. La Corte misma reconoció que no existe una sola corriente de opinión en este asunto y que ella no debía imponer un tipo de creencias específicas a personas que no las comparten. Por eso, no es adecuado que la Corte haya exigido la realización de programas de concientización que reflejan sólo una de estas dos corrientes de opinión.

También llama la atención que la Corte haya exigido que el servicio de salud público de Costa Rica deba “incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud”¹⁴³. En efecto, la misma Corte reconoció que, entre los países miembros de la región, sólo Argentina, Chile y Uruguay, estaban “tratando” de que los tratamientos de reproducción asistida fueran cubiertos por programas o políticas de salud estatal¹⁴⁴. Esta exigencia es, en la práctica, una forma velada de hacer exigibles ciertos derechos sociales, desdeñando la existencia de un protocolo interamericano específico sobre este tipo de derechos¹⁴⁵. Además, es poco responsable que un juzgador haga exigencias así de específicas, y es difícil de imaginar que algún otro tribunal internacional ordenara una reparación de esta envergadura. En efecto, al exigir esta reparación, la Corte no hizo mayor análisis sobre los recursos materiales disponibles en Costa Rica, sino que le bastó con hacer referencia a las tentativas para implementar este servicio en tres de las naciones más ricas de la región. La Corte tampoco consideró la diferencia teórica y moral existente entre el permitir ciertas acciones y el financiarlas. La extravagancia de esta reparación no se ve disminuida por las declaraciones

¹⁴² Malarino hace un análisis sobre los varios problemas que enfrenta el sistema de reparaciones de la Corte Interamericana. Él llama a estos problemas *nacionalización*. MALARINO, “Activismo Judicial...” *op. cit.*, pp. 49–61.

¹⁴³ *Caso Artavia*, párr. 338.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 255.

¹⁴⁵ En este punto, es interesante considerar: OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”.

del voto de mayoría y del concurrente sobre el que esta medida debería ser implementada en forma gradual. Ello, entre otros motivos, porque será la Corte misma quien decidirá, durante la fase de supervisión de cumplimiento de sentencia, si el avance *gradual* es suficientemente rápido.

Conclusión

Este trabajo no buscó más que utilizar el caso *Artavia* –que generó en el país un interés comparable al de los casos seguidos contra Chile– para hacer referencia a prácticas frecuentes en la toma de decisiones de la Corte Interamericana. Sin desmerecer los importantes aportes de este tribunal al derecho internacional, puede constatarse que su proceso de toma de decisiones suele reflejar métodos poco institucionalizados, por lo que su estudio y propuestas de mejora son indispensables. Entre las prácticas que analizó este comentario se encuentran la aplicación de instrumentos diversos a la CADH, el enfoque maximalista de la Corte al momento de resolver, y algunas deficiencias interpretativas y formales.

Lamentablemente, algunas prácticas de la Corte pueden favorecer una falta de certeza jurídica, un mayor apartamiento del texto de la CADH (con la consecuente deslegitimación de la Corte), y una baja en el prestigio del sistema. Todo esto es de bastante gravedad para una Corte que afirma poseer facultades interpretativas amplísimas, y que pretende que tales interpretaciones sean aplicadas directamente a nivel interno mediante el *control de convencionalidad*. No obstante lo anterior, las deficiencias en el proceso de toma de decisiones de la Corte Interamericana pueden mejorarse. Para hacerlo, uno de los caminos posibles es mirar hacia el tribunal regional de mayor antigüedad, el TEDH, pues algunos de sus procedimientos pueden ser tomados como modelos. Éste ha reconocido sus propias limitaciones desde que comenzó a operar, adoptando una actitud mucho más autocontrolada que la de su par americano.

Nunca es fácil hacer predicciones sobre el futuro. Sin embargo, es posible vislumbrar que, a menos que se produzca un cambio en el modo en que procede la Corte Interamericana, la cantidad de Estados sujetos a su jurisdicción se mantendrá estancada, si es que no disminuye. En efecto, decisiones como la del caso *Artavia* –que interpretan la CADH de un modo poco adecuado– crean motivos de descontento ante el sistema en una parte importante de la población latinoamericana. Hasta ahora los Estados no han manifestado mayores reclamos frente al proceso de toma de decisiones de la Corte –las objeciones al sistema se han debido, principalmente, a una reticencia a cumplir la CADH–. La falta de este

tipo de observaciones puede deberse a un cierto desconocimiento del modo en que opera el sistema, a que la Corte Interamericana no había entrado de lleno en la creación de derechos en temas muy controversiales, o a que algunos Estados no se sienten con la autoridad moral como para plantear objeciones. Sin embargo, la Corte estará tentando a los miembros del sistema si no modifica su modo de proceder. Lamentablemente, las tendencias del proceso de toma de decisiones de la Corte son bastante marcadas, y no parece posible que se dé marcha atrás sin reformas a la normativa aplicable en materia procedimental e interpretativa.

Bibliografía

DOCTRINA

- AMAYA VILLARREAL, Álvaro Francisco, “El Principio *Pro Homine*: Interpretación Extensiva vs. el Consentimiento del Estado”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 5, Bogotá, 2005.
- ARATO, Julian, “Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, Leiden, 2010.
- BOEGLIN NAUMOVIC, Nicolás, *Analyse des Systèmes Européen et Interaméricain de Protection des Droits de l’Homme: Etude de l’Impact de l’Expérience Européene sur le Système Interaméricain* (Tesis, Lauréat d’une Bourse du Conseil de l’Europe), Estrasburgo, 1993.
- CAROZZA, Paolo G., “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, en *The American Journal of International Law*, Washington D.C., vol. 97, 2003.
- CAROZZA, Paolo G., “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, en *Notre Dame Law Review*, vol. 73, Notre Dame, 1998.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos A., “¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de Tratados”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, México D.F., 2013.
- CAVALLARO, James L. y BREWER, Stephanie, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”, en *The American Journal of International Law*, vol. 102, Washington D.C., 2008.
- DE JESUS, Ligia M., “Post Baby Boy vs. United States Developments in the Inter-American System of Human Rights: Inconsistent Application of the American Convention’s Protection of the Right to Life from Conception”, en *Law and Business Review of the Americas*, vol. 17, Dallas, 2011.

- DULITZKY, Ariel E., "El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana", en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 3, Santiago, 2007.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Orden y Valoración de las Pruebas en la Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Corte Interamericana de Derechos Humanos (ed.), *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, vol. I, San José de Costa Rica, 2003.
- FRASER, Auro, "From Forgotten through Friction to the Future: The Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights", en *Caribbean Law Review*, vol. 15, Cave Hill Barbados, 2005.
- GENERAL SECRETARIAT OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968 / Inter-American Yearbook on Human Rights 1968* (Secretariat of the Inter-American Commission on Human Rights), Washington D.C, 1973.
- GÓMEZ, Verónica, "The Interaction Between the Political Actors of the OAS, the Commission and the Court", en David J. HARRIS y Stephen LIVINGSTONE (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, "La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, Santiago, 2006.
- KUHSE, Helga, y SINGER, Peter, *Should the Baby Live? The Problem of Handicapped Infants*, Aldershot, Gregg Revivals, 1985.
- LEACH, Philip, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, 3ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- MAHONEY, Paul, "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, Oxford, 1990.
- MALARINO, Ezequiel, "Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Gisela ELSNER (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Vol. I, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2010.
- MALARINO, Ezequiel, "Acerca de la Pretendida Obligatoriedad de la Jurisprudencia de los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales", en Christian STEINER (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, vol. II, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2011.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Santiago, Universidad de Chile, 2003.
- NEUMAN, Gerald L., "Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", en *The European Journal of International Law*, Vol. 19, Florencia, 2008.

- 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 Manuel NÚÑEZ POBLETE y Paola Andrea ACOSTA ALVARADO (eds.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- PAÚL, Álvaro, “Estatus del No Nacido en la Convención Americana: Un Ejercicio de Interpretación”, en *Ius et Praxis*, vol. 18, Talca, 2012.
- PAÚL, Álvaro, “In Search of the Standards of Proof Applied by the Inter-American Court of Human Rights”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 55, San José de Costa Rica, 2012.
- PAÚL, Álvaro, “Translation Challenges of the Inter-American Court of Human Rights and Cost-Effective Proposals for Improvement”, en *Inter-American and European Human Rights Journal / Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, vol. 6, Gante, 2012.
- PUPPINCK, Grégor, “Abortion and the European Convention on Human Rights”, en *Irish Journal of Legal Studies*, (en imprenta) Cork.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo, “The Conventionality Control: Examples of (Un) Successful Experiences in Latin America”, en *Inter-American and European Human Rights Journal / Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, vol. 3, Gante, 2010.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo, “Cláusulas Autónomas, Subordinadas e Incorporadas de Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano”, en Joaquín A. MEJÍA R. (ed.), *Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*, Tegucigalpa, Editorial Casa San Ignacio - Guaymuras, 2012.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Utrecht, 2011.
- SCHABAS, William A., “Canadian Ratification of the American Convention on Human Rights”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 16, Utrecht, 1998.
- SHELTON, Dinah, “Abortion and the Right to Life in the Inter-American System: The Case of ‘Baby Boy’”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 2, Oxford, 1981.
- VERDUGO R., Sergio, y GARCÍA G., José Francisco, “Radiografía al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista Actualidad Jurídica*, vol. 25, Santiago, 2012.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

- A, B & C vs. Ireland* (2010): Tr. Eur. D.H., App. N° 25579/05.
- Artavia Murillo y Otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica* (2012): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 257.

- Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (2009): Corte IDH, Opinión Consultiva OC-20/09 (ser. A) N° 20.
- Atala Riffo e Hijas vs. Chile* (2012): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 239.
- Boyce y Otros vs. Barbados* (2007): Corte IDH, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 169.
- Bulacio vs. Argentina* (2003): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 100.
- Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010): Corte IDH, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 220.
- “Cinco Pensionistas” vs. Perú* (2003): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 98.
- Claude Reyes y Otros vs. Chile* (2006): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 151.
- Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 125.
- Escué Zapata vs. Colombia* (2010): Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- Gómez Palomino vs. Perú* (2005): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 136.
- González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (2009): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 205.
- Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 107.
- “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile)* (2001): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 73.
- Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (2012): Corte IDH, supervisión de cumplimiento de sentencia.
- Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones (ser. C) N° 259.
- Nadege Dorzema y Otros vs. República Dominicana* (2012): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 251.
- Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006): Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 160.
- Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización* (1984): Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 (ser. A) N° 4.
- Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012): Corte IDH, Fondo y Reparaciones (ser. C) N° 245.
- Pueblo Indígena Saramaka vs. Surinam* (2007): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 172.

- Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* (1983): Corte IDH, Opinión Consultiva OC-3/83 (ser. A) N° 3.
- Ríos y Otros vs. Venezuela* (2009): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 194.
- Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1990): Corte IDH, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas (ser. C) N° 10.
- Vélez Lóor vs. Panamá* (2010): Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 218.
- Vera Vera y Otra vs. Ecuador* (2011): Corte IDH, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (ser. C) N° 224.

JURISPRUDENCIA DEL TEDH

- Johnston and Others vs. Ireland* (1986): Tr. Eur. D.H. (ser. A) N° 112.
- Öcalan vs. Turkey* (2005): Tr. Eur. D.H., 2005-IV.
- Soering vs. The United Kingdom* (1989): Tr. Eur. D.H. (ser. A) N° 161.
- Vo vs. France* (2004): Tr. Eur. D.H., 2004-VIII.

TEXTOS LEGALES Y OTROS DOCUMENTOS

- Constitución de El Salvador (1992).
- Constitución de la República del Ecuador (2008).
- Constitución Nacional de la República del Paraguay (1992).
- Constitución Política de la República de Guatemala (1985).
- Constitución Política de la República Dominicana (2010).
- Constitución Política del Perú (1993).
- Constitution of Ireland* (1937).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- CORTE SUPREMA DE EE.UU.: *Roe vs. Wade* (1973): , 410 U.S. 113.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2008): Rol: 740-07-CDS, 18/04/08.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ (2009): Exp. N°. 02005-2009-PA/TC, 16/10/09.
- VIO GROSSI, Eduardo (2011), Constancia de Queja, con relación a parte del Voto Concurrente Conjunto emitido con ocasión de las Resoluciones CORTE IN-

TERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Medidas Provisionales respecto de la República de Colombia, Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia”, “Medidas Provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos, Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México”, y “Medidas Provisionales respecto de la República de Honduras, Caso Kawas Fernández vs. Honduras” (17 de agosto de 2011).