

EL CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA:
ANÁLISIS CRÍTICO
Y POSIBLES EFECTOS REGIONALES

ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA CASE:
CRITICAL ANALYSIS
AND REGIONAL POSSIBLE EFFECTS

*Max Silva Abbott**

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto abordar, a propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, de 2012, ciertos problemas que hoy está presentando del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tanto a nivel nacional como internacional, fruto de la evolución que ha sufrido a manos de la misma Corte, así como algunas de las posibles consecuencias que dicho fallo podría tener para nuestra región.

Palabras Clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Corte, Control de Convencionalidad, Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, Concepción, No nacido.

Abstract

This paper approaches, regarding the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the *Artavia Murillo et al vs Costa Rica* case, 2012, certain subjects that the International Law of Human Rights is presenting, at the national and international level, due to the evolution it has experienced, from within the Court itself, as well as some of the possible consequences that the region could face in connection with the ruling.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad San Sebastián, sede Concepción, Chile. Artículo recibido el 14 de noviembre de 2014 y aceptado para su publicación el 28 de enero de 2015. Correo electrónico: max.silva@uss.cl.

Este trabajo ha sido financiado por la Dirección General de Investigación de la Universidad San Sebastián, Proyecto DIUSS N° 2013-0024-I.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, Interpretation of the court, Control of Conventionality, Artavia Murillo vs. Costa Rica, conception, unborn.

1. Introducción

Como se sabe, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por objeto tutelar los derechos fundamentales de las personas a nivel internacional, en caso que ellos sean violados, en particular por alguna actuación del Estado¹, o cuando este no ha impedido conductas ilícitas de particulares, pudiendo hacerlo². Todo ello previo agotamiento de las vías internas –razón por la cual tiene un carácter subsidiario–, entendiéndose por tal ya sea que los mecanismos de reparación nacionales no se hayan ejercido, que su funcionamiento no dé garantías de imparcialidad, o que en caso de haber sido empleados, los requirentes estimen que su veredicto no se ajusta a la normativa internacional que protege sus derechos³. En todas estas situaciones, los afectados pueden acudir primero a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de lograr, de ser admi-

¹ Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, pp. 276, 282 y 391; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)”, p. 693; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 27; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, pp. 1172 y 1195-1196; Felipe GONZÁLEZ MORALES, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, pp. 45 y 47; Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, pp. 351-353.

² Eduardo FERRER MAC-GREGOR; Carlos María PELAYO MÖLLER, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, pp. 158-161; Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, pp. 145-146; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno de convencionalidad”, p. 143; Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 241-244, 248 y 264-266.

³ Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 282 y 301-303; Diego GARCÍA SAYÁN, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 101-102; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2011”, p. 155.

tida su alegación, un acuerdo con el Estado implicado⁴, y en caso de no conseguirlo, y de la mano de la Comisión, iniciar un juicio ante la Corte Interamericana. Este último organismo puede, en virtud de sus facultades, condenar al Estado acusado y su fallo debe ser acatado por él, también de acuerdo a la normativa internacional vigente para estos efectos⁵.

La idea de tener una instancia internacional más allá de los propios países, con la misión de velar por el respeto de los derechos humanos es, en principio, excelente. Ello, porque la historia es generosa en muestras, a veces dramáticas, de los abusos que puede llegar a cometer el Estado por medio de sus agentes, al estar en una clara posición de ventaja respecto de los ciudadanos. Y si bien desde hace más de dos siglos la lucha por la regulación, la división y el control del poder estatal ha dado frutos innegables, contar con un nuevo mecanismo de protección, de carácter internacional, se presenta muy ventajoso, al advertirle a cada Estado que no es la única instancia que puede tomar cartas en este asunto⁶.

Todo lo anterior indica que es de vital importancia que no existan dudas sobre cuál es la normativa internacional a la cual los Estados deben sujetarse, y por lo mismo, respecto de las facultades que tendrán los órganos supranacionales llegado el momento de su actuación. Es decir, la existencia de reglas claras resulta fundamental para evitar no sólo malentendidos (por ejemplo, no saber los Estados a qué deben atenerse en un momento o en otro), sino incluso abusos por parte de quien está llamado a administrar justicia. Lo anterior, máxime si se considera que nos encontramos en una etapa bastante nueva de esta forma de concebir y de aplicar el Derecho. En realidad, se puede decir sin exagerar que estamos asistiendo a un cambio de era, al implicar el paso desde la preeminencia

⁴ Sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede consultarse Felipe GONZÁLEZ MORALES, "La Comisión Interamericana...", *op. cit.*, pp. 35-57.

⁵ Néstor Pedro SAGÜÉS, "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica", pp. 205-221; José Antonio CABALLERO JUÁREZ, "La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en tribunales nacionales. Apuntes para su estudio", pp. 191-209; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, "Eficacia de la sentencia interamericana...", *op. cit.*, pp. 641-693; Bárbara IVANSCHITZ BOURDEGUER, "Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile", pp. 275-332; Diego GARCÍA SAYÁN, "La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", pp. 91-119; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, "Admisión de la competencia contenciosa...", *op. cit.*, pp. 17-35- Para el caso mexicano, Karlos CASTILLA JUÁREZ, "Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México", pp. 123-164.

⁶ Aborda las ventajas de tener una protección que vaya más allá de los propios Estados, Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 322-337 y 531-534.

de los diferentes órdenes jurídicos nacionales, hacia una especie de orden común internacional. Sin embargo, esto hace absolutamente imperioso actuar con la mayor prudencia, para que esta nueva situación de instancias supranacionales realmente vinculantes no se desprestige antes de haberse consolidado.

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

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

Dado lo anterior, primero se analizarán algunos aspectos generales del actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interamericano. Luego, y teniendo en cuenta lo antes dicho para contextualizarlo de mejor manera, se abordará el caso recién señalado. Finalmente, se mencionarán diversas consecuencias que podrían derivarse de este importante fallo, para terminar con algunas conclusiones.

2. Algunos parámetros actuales del Derecho Internacional en el sistema interamericano

1.1 PLANTEAMIENTO

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

Como se sabe, el principal instrumento rector para estos efectos es la Convención Americana de Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica), de 1969, si bien no es el único documento que está llamado a aplicar la Corte⁷. Como tratado internacional multilateral –y que comenzó a regir en 1978–, establece un conjunto de derechos y garantías que cualquier país que lo acepte debe respetar, comprometiéndose así no sólo a acatarlo (art. 1), sino también a armonizar su propia normativa interna al mismo (art. 2). Además, en caso que surja un conflicto respecto de su aplicación en las situaciones mencionadas en el epígrafe anterior, y previo agotamiento de los mecanismos internos, algunos de estos Estados suscriptores han aceptado, además, la competencia de la Corte (arts. 52 a 73), obligándose así al acatamiento de sus sentencias.

Hasta aquí, todo parece marchar sobre ruedas: existe un tratado internacional suscrito por los Estados parte, que saben, de buena fe, a lo que se están comprometiendo (e incluso pretenden imitar los cánones de este tratado en su normativa interna), en virtud del principio *pacta sunt servanda*, que obliga a cumplir los pactos libremente aceptados, siendo por ello la piedra angular del Derecho Internacional. De ahí que lo esencial a nuestro entender –conviene repetirlo–, sea que las partes tengan claras las “reglas del juego” desde un principio, máxime en el presente caso, en que esta normativa internacional tendrá repercusiones continentales. O lo que es igual, que se sepa a ciencia cierta cuándo un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional⁸.

⁷ El sistema interamericano de derechos humanos estaría configurado, además de la Convención Americana de Derechos Humanos, por el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998); el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990); la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999); la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000); la Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001); la Convención Interamericana sobre la Corrupción (Caracas, 1996) y eventualmente los demás tratados que puedan dar competencia a la Corte. (Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, pp. 350-351; Miriam Lorena HENRÍQUEZ VIÑAS, “La polisemia del control de convencionalidad interno”, p. 129.)

⁸ Una panorámica general además de sus orígenes y evolución puede verse en James CRAWFORD, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado*. Sobre esto volveremos brevemente más adelante.

Sin embargo, y tal como se ha adelantado, algunos derroteros que ha seguido la Corte han hecho cambiar esta situación primigenia, y no poco, desfigurando notablemente las reglas del juego que se habían entendido en un principio, según intentará demostrarse. Lo anterior está modificando profundamente la normativa internacional involucrada (el punto de vista sustantivo), e incluso las facultades atribuidas inicialmente a la misma Corte (el punto de vista adjetivo), y por lo que puede apreciarse, no se ven señales que indiquen que este proceso no continuará en el futuro⁹, sino todo lo contrario, aumentando su intensidad.

Varios son los factores que están incidiendo en este notable cambio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del sistema interamericano, respecto de lo que se estimó al momento de darle vida en nuestro continente hace más de cuarenta años. Sin embargo, por razones de espacio, comentaremos brevemente solo tres:

- a) las reglas de interpretación que ha ido elaborando la Corte;
- b) los textos internacionales en los que inspira sus sentencias; y
- c) el llamado Control de Convencionalidad.

2.2 LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN QUE LA CORTE INTERAMERICANA HA IDO DÁNDOSE A SÍ MISMA

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

Varios autores señalan que la Corte es la *intérprete última y legítima* de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰, en razón de ser la

⁹ Dentro de las pocas críticas que hemos podido encontrar a la actual situación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos destacan las de Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso *Artavia*”, pp. 303-304, 330-331 y 339-340 y Alfonso SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, pp. 121-127.

¹⁰ Comentan este carácter, establecido por la Corte en varios fallos, entre muchos otros, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, pp. 58-59, 62-63 y 90-98; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 424 y 427; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, “Afinando las cuerdas” de la especial articulación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno”, pp. 642-643; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, “El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12”, pp. 727-728 y 740-742; Juan Carlos HITTERS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, pp. 115-122.

instancia *definitiva e inapelable*¹¹ de la misma (art. 67). Estas facultades han hecho que la Corte, inspirándose sobre todo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, haya ido elaborando un conjunto de reglas cuya aplicación hace que a la postre el sentido y alcance que acaba atribuyendo a los tratados invocados sea a veces muy diferente del que tienen a primera vista. Por razones de espacio, se mencionarán solo los aspectos más relevantes de esta delicada cuestión¹².

Debe advertirse que estas reglas de interpretación han sido elaboradas tanto por vía jurisprudencial, como a través de varias opiniones consultivas, documentos en los que la Corte aclara lo que a su juicio debe entenderse respecto de uno o más derechos humanos, aquellos sobre cuyo pronunciamiento ha sido requerida, ya sea por algún Estado solicitante o por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ante todo, para la Corte los tratados deben interpretarse no tanto según a su tenor literal, ni atendiendo a las circunstancias históricas de su surgimiento, ni tampoco a las intenciones de sus redactores, sino desde una perspectiva *evolutiva, dinámica y progresista*, esto es, de acuerdo a lo que este tribunal entiende que son las circunstancias actuales de nuestras sociedades¹³.

Además, los derechos humanos así comprendidos no son autónomos, sino *interdependientes*, razón por la cual deben interpretarse unos a la luz y en coordinación con los restantes, de una forma *sistemática*, a

¹¹ Héctor FIX ZAMUDIO, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", pp. 69 y 76; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, "Interpretación conforme y control difuso...", *op. cit.*, pp. 368, 400-401 y 424 y 427; Eduardo MEIER GARCÍA, "Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", p. 333; Gabriela RODRIGUEZ HUERTA, "Derecho humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos", p. 218; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, "Diálogo interjurisdiccional...", *op. cit.*, pp. 58-59, 62-63 y 90-98; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, "Afinando las cuerdas...", *op. cit.*, pp. 642-643; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, "El Control de Convencionalidad de los derechos...", *op. cit.*, pp. 727-728 y 740-742; Juan Carlos HITTERS, "Control de constitucionalidad...", *op. cit.*, pp. 115, 118 y 122.

¹² Una excelente panorámica general de la interpretación de los tratados de derechos humanos puede verse en Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 19-60.

¹³ Liliana GALDÁMEZ ZELADA, "Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones", pp. 442-486; Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, "Los principios de universalidad...", *op. cit.*, pp. 159-164; Eduardo FERRER MAC-GREGOR; Carlos María PELAYO MÖLLER, "La obligación de 'respetar' y 'garantizar'...", *op. cit.*, pp. 149-150; Gastón PEREYRA ZABALA, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos", p. 174; AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador", pp. 92-93.

fin de lograr un reforzamiento mutuo¹⁴. Por eso, desde otra perspectiva complementaria, son *indivisibles*, en un sentido similar al anterior¹⁵. Todo ello hace que exista una visión de tipo *holística* a su respecto¹⁶.

Por otro lado, y en virtud del llamado principio *pro homine* o *pro persona*¹⁷, según el cual debe buscarse la interpretación más favorable a las víctimas, la Corte estima que dicha interpretación debe no sólo ir evolucionando, sino que a fin de proteger de manera más eficaz un derecho determinado –o aminorar en lo posible sus restricciones¹⁸–, ella puede fundamentar dicha interpretación en otras normas, sean nacionales o in-

¹⁴ Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad...”, *op. cit.*, pp. 151-155; Karlos CASTILLA JUÁREZ, “Un nuevo panorama constitucional...”, *op. cit.*, pp. 154-157; José de Jesús OROZCO HENRÍQUEZ, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional”, pp. 85-98 y 93; Lorena FRIES MONLEÓN, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile”, pp. 169-171; Susana ALBANESE, “La fórmula de la cuarta instancia”, p. 7.

¹⁵ Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 65-72 y 93-144; Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad...”, *op. cit.*, pp. 148-159; Álvaro Francisco AMAYA VILLARREAL, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, p. 345; José de Jesús OROZCO HENRÍQUEZ, “Los derechos humanos y...”, *op. cit.*, pp. 93-94; Susana ALBANESE, “La fórmula de la cuarta instancia”, *op. cit.*, p. 7; Lorena FRIES MONLEÓN, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos...”, *op. cit.*, pp. 169-171.

¹⁶ Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 64 y 166-167; Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad...”, *op. cit.*, p. 155.

¹⁷ Álvaro Francisco AMAYA VILLARREAL, “El principio *pro homine*...”, *op. cit.*, pp. 337-380; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 79-91 y 97-103; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, pp. 153-154 y 158-161; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, pp. 1168-1170, 1176-1178 y 1187-1189; Juan Manuel GÓMEZ ROBLEDO, “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, pp. 141-142; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 340-358, 361-366 y 387-390; Regina Ingrid DÍAZ TOLOSA, “Aplicación judicial en Chile del ‘*ius cogens*’ como manifestación de la internacionalización del derecho interno en materia de protección de la dignidad humana”, pp. 334-335; José Luis CABALLERO OCHOA, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, pp. 132-133; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, pp. 84-87.

¹⁸ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera...”, *op. cit.*, pp. 161 y 183; Álvaro Francisco AMAYA VILLARREAL, “El principio *pro homine*...”, *op. cit.*, pp. 346-374; Karlos CASTILLA JUÁREZ, “Un nuevo panorama constitucional...”, *op. cit.*, pp. 152-153; José de Jesús OROZCO HENRÍQUEZ, “Los derechos humanos y...”, *op. cit.*, pp. 91-93; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 88-90; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 363-366.

ternacionales, si es que de acuerdo a su criterio protegen mejor el derecho en cuestión. Esto se vincula con el segundo problema mencionado (los textos internacionales en que inspira sus sentencias), que será tratado en el epígrafe siguiente¹⁹.

Por lo mismo, se ha establecido el *principio de progresividad o de no retroceso*, entendiéndose por tal la prohibición de involucionar en la protección de los derechos humanos respecto de anteriores interpretaciones hechas por la Corte²⁰, lo que obviamente se vincula a la interpretación “evolutiva, dinámica y progresista” ya mencionada.

Todo esto hace que los derechos humanos tengan un *sentido autónomo*²¹, lo que quiere decir que la forma de comprenderlos y de aplicarlos depende en definitiva, únicamente de las instancias internacionales (ya que por muchas interpretaciones internas que haya a su respecto, la Corte tiene siempre la palabra final²²), debiendo los Estados aceptar dicha interpretación como *auténtica*²³, al considerarse, según se ha dicho, la Corte la intérprete última, legítima e inapelable de la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo anterior hace que para ella este tratado tenga un sentido universal, común para todos los Estados, de manera independiente a sus circunstancias particulares, razón por la cual queda poco espacio para que el país afectado pueda alegar razones internas para morigerar su aplicación (el llamado “margen de apreciación”²⁴).

¹⁹ Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, *op. cit.*, pp. 542-543; Eduardo FERRER MAC-GREGOR; Carlos María PELAYO MÖLLER, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’...”, *op. cit.*, pp. 164-165; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, p. 673; Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, *op. cit.*, pp. 310-314.

²⁰ Karlos CASTILLA JUÁREZ, “Un nuevo panorama constitucional...”, *op. cit.*, p. 157; Gonzalo AGUILAR CAVALLO, “El Control de Convencionalidad de los derechos...”, *op. cit.*, p. 729.

²¹ Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia”, p. 53; Eduardo MEIER GARCÍA, “Nacionalismo constitucional...”, *op. cit.*, p. 334; Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 26-30 y 52.

²² Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 87-97.

²³ Álvaro Francisco AMAYA VILLARREAL, “El principio *pro homine*...”, *op. cit.*, pp. 344-345; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 65, 70, 72, 82 y 96; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, pp. 1178-1179 y 1219.

²⁴ 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”, pp. 3-49; Francisco R. BARBOSA DELGADO, “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática”, pp. 51-82; María Angélica BENAVIDES CASALS, “El consenso y el margen de apreciación en la protección

Finalmente, todo lo dicho hace que cada vez se vean con más recelo las *reservas* que los Estados puedan formular a los tratados al momento de suscribirlos, pues al excluirse mediante ellas algunos elementos de dichos tratados para ese Estado, se atentaría contra la universalidad, la interdependencia y el sentido autónomo de los derechos interpretados por la propia Corte²⁵.

Como puede verse luego de esta somera revista a los cánones de interpretación que la Corte ha ido dándose a sí misma, sus posibilidades reales de no acatar lo que verdaderamente dicen los tratados, de modificarlos e incluso cambiarlos radicalmente, parecen evidentes. De esta forma, la interpretación de la Corte se coloca al mismo nivel que (o incluso sobre) el texto al que en teoría sirve y del cual depende, no siendo exagerado sostener que con este proceder, se está cambiando su normativa, tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo. En parte se ha llamado a lo anterior “interpretación mutativa por adición”²⁶.

Es por eso que se señalaba que esta es la puerta de entrada para las demás modificaciones que hoy está sufriendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra región, todo lo cual hace que las reglas del juego iniciales, a las que los Estados se comprometieron, hayan cambiado notable y aceleradamente en los últimos años.

Finalmente, de manera particular, son dichas reglas las que explican la polémica interpretación que la Corte realizó en el *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en 2012, según se verá más adelante, como entre otros documentos, deja de manifiesto la *Declaración de Guanajuato*, de 2013²⁷.

de los derechos humanos”, pp. 295-310; Gerardo BERNALES ROJAS, “La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos”, pp. 245-265. Una actitud completamente diferente respecto del margen de apreciación, si bien referida al caso europeo (en este caso, relacionado al aborto), puede consultarse sobre este tema: Francisco Javier MENA PARRAS, “La sentencia *A, B y C contra Irlanda* y la cuestión del aborto: ¿Un “punto de inflexión” en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?”, pp. 115-124 y Fernando REY MARTÍNEZ, “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia ‘*A, B y C v. Irlanda*’, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, pp. 743-752.

²⁵ Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 28-29, 38-39, 179-180, 281-282 y 288-301; Ricardo MÉNDEZ-SILVA, “Judicialización y atavismos”, p. 178; Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, *op. cit.*, p. 542.

²⁶ Néstor Pedro SAGÜES, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, p. 125; Néstor Pedro SAGÜES, “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, p. 468; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, p. 1179.

²⁷ *Declaración de Guanajuato*. Aunque es anterior al fallo, existen varios argumentos aplicables en los *Artículos de San José*.

2.3 LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES QUE PUEDEN SER INVOCADOS

En principio, se supone que un tribunal internacional debe atenerse al o a los tratados que le han dado competencia para conocer, juzgar y eventualmente hacer cumplir lo juzgado respecto de las materias que esté llamado a dirimir. Esto es esencial, ya que los Estados se están comprometiendo ante la comunidad internacional y, como se ha dicho, las reglas del juego deben estar meridianamente claras en atención a los efectos continentales que tendrá la labor de esta instancia supranacional. Dicho de otra manera: obligarse un Estado a una situación indeterminada o impredecible sería a lo menos irresponsable de su parte.

Sin embargo, no ha resultado infrecuente que para fundamentar sus fallos –y muchas veces en virtud del principio *pro homine*–, la Corte invoque diferentes fuentes, sean nacionales o internacionales²⁸. Lo anterior incluye no solo a otros tratados, ya sean universales o regionales ajenos al sistema interamericano²⁹, sino también a documentos no vinculantes³⁰ (el llamado *soft law* internacional³¹) e incluso jurisprudencia, ya sea de otros tribunales internacionales³² (sobre todo la Corte Europea de Derechos Humanos), así como de tribunales constitucionales y cortes supremas de diversos países, sobre todo de nuestra región³³. Y no, como pudiera pensarse, simplemente para dar apoyo o reforzar argumentos tomados de la Convención Americana y otros tratados realmente vinculantes, sino también para ir modificando su sentido, de acuerdo a las reglas de

²⁸ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 340 y 393; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, p. 673; Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, *op. cit.*, pp. 542-543; Eduardo FERRER MAC-GREGOR; Carlos María PELAYO MÖLLER, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’...”, *op. cit.*, pp. 164-165; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, pp. 137-138; Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, *op. cit.*, pp. 310-314.

²⁹ Como ocurre por ejemplo en el *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C N° 257, párr. 224-243 y 247-253. Véase n. 28.

³⁰ Precisamente refiriéndose a este fallo, Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, *op. cit.*, pp. 317-320.

³¹ Sobre *soft law* internacional, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, p. 135; Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Principios metodológicos...”, *op. cit.*, p. 81; Gabriela RODRÍGUEZ HUERTA, “Derechos humanos: jurisprudencia...”, *op. cit.*, p. 219; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El uso del derecho convencional internacional...”, *op. cit.*, pp. 156-157.

³² Como en el *Caso Artavia Murillo*, párr. 145, 170, 235, 237-242, 245, 247-252, 275 y 186. Véase nota 28.

³³ *Caso Artavia Murillo*, párr. 254-256 y 260-262, entre otros lugares. Véase n. 28.

interpretación comentadas en el epígrafe anterior, como ocurre en el *Caso Artavia Murillo*, según se verá.

Una conducta semejante posee varios reparos. Sólo por mencionar algunos (que no pueden desarrollarse aquí), se pueden tener en cuenta los siguientes³⁴:

- a) que la Corte acude a tratados de diferente ámbito (regionales y universales);
- b) a tratados que los Estados que están bajo su tutela no han suscrito;
- c) a documentos internacionales no vinculantes, que pasan a tener fuerza normativa a través de sus sentencias;
- d) pese a lo iluminador que puede resultar un “diálogo interjurisdiccional”³⁵, se acude a jurisprudencia internacional de tribunales ajenos a nuestro sistema y a los cuales los países no han dado competencia; y
- e) finalmente, también se utilizan normas locales o jurisprudencia de tribunales nacionales, siempre extraños para los Estados involucrados, que por razones obvias, tampoco debieran afectarlos.

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

Por otra parte, este inquietante fenómeno de selección normativa, tanto nacional como internacional, tampoco posee reglas claras de funcionamiento ni justificación (como se ha dicho, uno de los argumentos más frecuentes es la invocación del principio *pro homine*), quedando así al arbitrio de la misma Corte cuándo y cuáles aspectos específicos son escogidos de esta verdadera maraña de normas³⁶, que además resultan tremendamente dúctiles de acuerdo a los criterios de interpretación antes esbozados.

Como puede fácilmente comprenderse, semejante actitud hace completamente imposible saber a cuáles normas acudirá la Corte para fundamentar sus sentencias, ni cómo las interpretará, afectando así gravemente la certeza jurídica. A nuestro juicio, este es un aspecto esencial, porque hace que las reglas del juego que han sido la base para la acep-

³⁴ Varias de estas críticas se encuentran también en Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, *op. cit.*, pp. 310-314 y 317-320.

³⁵ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 57-140.

³⁶ Refiriéndose al *Caso Artavia Murillo*, Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, *op. cit.*, pp. 319-320.

tación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte de los Estados en nuestra región –y por tanto de su legitimidad–, sean puestas seriamente en duda. A fin de cuentas, es como si un juez nacional no sólo dejara de estar sujeto a las normas que le han dado competencia –y que por tanto debe obedecer–, sino que además pudiera escoger libre y hasta arbitrariamente las disposiciones a la que echar mano en sus sentencias –incluso de otros países–, sin perjuicio de poder interpretarlas como estime conveniente, según lo antes señalado sobre este también delicado tema. Por tanto, aquí no es el juez el que sirve y en parte se ve limitado por una normativa previa, sino todo lo contrario: el juzgador es quien, de manera soberana (y nadie sabe con qué autorización) escoge y moldea la normativa según su criterio; en vez de adaptarse a las reglas que lo legitiman, las elige y manipula a voluntad.

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

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

2.4 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

De manera muy simple, el control de convencionalidad apunta no solo a que la Corte puede desconocer una norma del orden interno de un Estado por ser “inconvencional”, esto es, contraria a lo dispuesto por la Convención Americana (o más precisamente, a la *interpretación* que de la misma haga la Corte, sin perjuicio de acudir en esta labor a otros documentos internacionales), sino además a que también los jueces nacionales puedan dejar de aplicar una norma interna por el mismo motivo³⁷, incluso

³⁷ Dentro de las muchísimas obras que se han escrito sobre este tema, pueden verse: Néstor Pedro SAGÜES, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, pp. 381-417; Néstor Pedro SAGÜES, “Obligaciones internacionales y...”, *op. cit.*, pp. 117-136; Juana María IBÁÑEZ RIVAS, “Control de convencionalidad: precisiones

*de oficio*³⁸. De alguna manera –y nuevamente por vía jurisprudencial³⁹, ya que el control de convencionalidad no está contemplado en la Convención Americana–, la Corte ha estimado que estos jueces locales vendrían a ser algo así como sus delegados (se los considera incluso como “jueces interamericanos”⁴⁰), razón por la cual estarían llamados a aplicar directamente la normativa internacional ya interpretada por la Corte en sus fallos, así como según ciertos autores, también la interpretación contenida en sus opiniones consultivas⁴¹.

para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 103-113; Víctor BAZÁN, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas”, pp. 151-177; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, *op. cit.*, pp. 67-95; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 339-429; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, pp. 123-159; Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, *op. cit.*, pp. 535-574; Juan Carlos HITTERS, “Control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, pp. 109-128; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, pp. 1167-1220; Gastón PEREYRA ZABALA, “El control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 155-176; Gonzalo AGUILAR CAVALLA, “El Control de Convencionalidad de los derechos...”, *op. cit.*, pp. 717-750; Guillermo PACHECO PULIDO, *Control de convencionalidad. Tratados internacionales de los derechos humanos*, pp. 1-131.

³⁸ Víctor BAZÁN, “En torno al control...”, *op. cit.*, p. 176; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 343-344 y 390-391; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, pp. 685-686; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 127-128; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, pp. 1175-1176; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, *op. cit.*, pp. 71-74; Néstor Pedro SAGÜÉS, “El “Control de convencionalidad” como instrumento...”, *op. cit.*, pp. 451 y 455; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, pp. 141-142; Juana María IBÁÑEZ RIVAS, “Control de convencionalidad: precisiones...”, *op. cit.*, pp. 105-106; Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, *op. cit.*, pp. 121-125.

³⁹ Entre los muchos casos que en los últimos años han aludido al control de convencionalidad –y cada vez con mayor fuerza– destacan a nuestro juicio, sobre todo los siguientes: *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158, párr. 128; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162, párr. 173; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C N° 221, párr. 193 y 239; y *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párr. 37, 57-58, 65-90 y 102.

⁴⁰ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, p. 396; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, *op. cit.*, p. 80; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 60-87.

⁴¹ Juan Carlos HITTERS, “Control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, pp. 122-123; Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad...”, *op. cit.*, p. 136; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, pp. 131-139; Humberto

Al considerar la Corte a la normativa internacional superior a la de los propios Estados, ella tendría preeminencia incluso sobre las mismas Constituciones nacionales, razón por la cual el control de convencionalidad, sea el aplicado por ella misma, sea el ejercido por los jueces locales, podría muy bien desconocerlas. La única excepción admitida por esta doctrina para que prime la normativa interna, es que ella sea más favorable a los afectados, en virtud del principio *pro homine*⁴². Con todo, como los requirentes tienen la posibilidad de acudir a la Corte en caso de estimar no satisfechas sus pretensiones luego de haber agotado las instancias internas, en último término, siempre será la Corte la que decidirá si prima o no esa normativa nacional. Es por eso que el principio *pro homine* viene a ser algo así como una válvula de escape, que permite alterar profundamente la relación entre las fuentes jurídicas, primando para algunos incluso sobre la jerarquía que exista entre ellas⁴³.

No contenta con lo anterior, la Corte ha señalado que puesto que la Convención Americana tiene vigencia continental –al haber sido aprobada por la mayoría de los países de la región–, los argumentos esgrimidos por ella en una sentencia para un caso determinado (la llamada “*res interpretata*” o también “*ratio decidendi*”), no solo se aplicarían a las partes de dicho litigio, sino que debieran tener efectos *erga omnes* dentro del sistema interamericano⁴⁴. Lo anterior se aplica, según se ha dicho, a lo que podríamos

NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, p. 1219; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, *op. cit.*, p. 83; Néstor Pedro SAGÜES, “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento...”, *op. cit.*, pp. 458-461.

⁴² Juan Carlos HITTERS, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto ‘*erga omnes*’ de las sentencias de la Corte Interamericana)”, pp. 708-709; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, p. 676; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, pp. 133-139; Antonio CANÇADO TRINDADE, *El Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 310-314.

⁴³ Karlos CASTILLA JUÁREZ, “Un nuevo panorama constitucional...”, *op. cit.*, pp. 149-153; José Luis CABALLERO OCHOA, “La cláusula de interpretación conforme...”, *op. cit.*, pp. 109-112 y 128; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El uso del derecho convencional internacional...”, *op. cit.*, pp. 160-161 y 185; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, pp. 1202-1203 y 1218.

⁴⁴ Juan Carlos HITTERS, “Un avance en el control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 695-710; Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, *op. cit.*, pp. 543-544; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, pp. 652-688; Néstor Pedro SAGÜES, “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento...”, *op. cit.*, pp. 462 y 468; Manuel BECERRA RAMÍREZ, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, p. 303; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 65 y 83-84. Desde un ángulo complementario, si bien referido al Derecho Internacional Humanitario, Regina Ingrid DÍAZ TOLOSA, “Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario”, pp. 281-322.

llamar la “parte considerativa” de sus fallos, no a sus condenas (las “*res iudicata*”), que solo tienen consecuencias para el Estado involucrado⁴⁵.

Semejante afirmación se justifica para sus partidarios, porque lo que prima aquí no es tanto la Convención Americana, sino la *interpretación* que de ella hace la Corte en diferentes fallos e incluso para algunos, según se ha dicho, también en sus opiniones consultivas. Así, la interpretación que se haga de la Convención Americana, vendría a incorporarse automáticamente a este documento, fundiéndose con él y por tanto, alterándolo en definitiva⁴⁶. Por eso la Corte estima que para los Estados que han aceptado el tratado, ello incluye sus modificaciones por vía jurisprudencial⁴⁷ o incluso a través de sus opiniones consultivas⁴⁸.

De tal forma, puede verse muy a las claras que con este mecanismo la Corte busca instaurar no solo lo que podríamos llamar un “efecto expansivo” –cuando no explosivo– de su jurisprudencia, sino también algo así como un sistema de precedentes a nivel continental⁴⁹. Pero además esta imposición no sólo pretende hacerla la Corte “desde arriba”, mediante sus sentencias, sino que también “desde abajo”, es decir, a través de la actividad de las autoridades locales, con un claro efecto multiplicador. Ello,

⁴⁵ El efecto relativo de las sentencias, entendiendo por tal que ella sólo tiene incidencia respecto de las partes involucradas, resulta evidente. Lo resalta, precisamente en relación al efecto *erga omnes* que pretende atribuirse de los razonamientos y las interpretaciones de la Corte, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, pp. 688-693.

⁴⁶ Néstor Pedro SAGÜES, “El “Control de convencionalidad” como instrumento...”, *op. cit.*, pp. 458-461; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, pp. 671-672; Eduardo FERRER MAC-GREGOR; Carlos María PELAYO MÖLLER, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’...”, *op. cit.*, pp. 147-149.

⁴⁷ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 343-344, 383-384, 386-387 y 391-394; José Luis CABALLERO OCHOA, “La cláusula de interpretación conforme...”, *op. cit.*, pp. 117-118 y 128-129; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 58-59, 70-72, 81-82 y 98.

⁴⁸ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 340 y 393; Luis Daniel VÁSQUEZ; Sandra SERRANO, “Los principios de universalidad...”, *op. cit.*, p. 136; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, p. 1219; Miguel CARBONELL, “Introducción general al control de convencionalidad”, *op. cit.*, p. 83; Néstor Pedro SAGÜES, “El “Control de convencionalidad” como instrumento...”, *op. cit.*, pp. 458-461; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, *op. cit.*, pp. 131-139; Juan Carlos HITTERS, “Control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, pp. 122-123.

⁴⁹ Sin decirlo expresamente, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, p. 73; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, pp. 670-671; Juan Carlos HITTERS, “Un avance en el control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 705-708; Gastón PEREYRA ZABALA, “El control de convencionalidad...”, *op. cit.*, pp. 169-173; María Engracia del Carmen RODRÍGUEZ MORELÍON, “La recepción de la jurisprudencia interamericana d derechos humanos”, p. 360.

puesto que, como se ha dicho, ella estima que los jueces internos serían algo así como delegados. Por eso considera, según se ha visto, que deben aplicar la “*res interpretata*” de cualquier fallo de la Corte incluso *de oficio*, con preeminencia de su propio ordenamiento jurídico.

Es por eso que algunos autores hayan declarado que se pretende llegar a un “orden público” común interamericano⁵⁰.

Ahora bien, se supone –también de acuerdo a la Corte– que el esfuerzo del juez nacional debiera tender primero a armonizar la normativa interna con la “*res iudicata*” (lo que ha sido llamado “interpretación conforme”⁵¹), y que sólo en el evento de no ser posible una conciliación, le sería permitido apartarse de su normativa local. Mas resulta evidente que el sentido y alcance de dicha normativa doméstica podría verse notablemente deformado fruto de este trabajo de “armonización”. O sea, el derecho interno sólo sería legítimo a la luz del internacional, y en realidad, de lo que la Corte considere que éste señala.

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

Por eso se estima que una actitud contraria de los jueces locales equivaldría a una desobediencia del Estado hacia la Convención Americana (lo que se ha llamado “inconvencionalidad”⁵²), generando por ello, responsabilidad internacional para él⁵³.

⁵⁰ Ana María MOURE, “El Defensor Interamericano y la defensa de los derechos del niño. Caso Furlán”, p. 991; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, *op. cit.*, p. 656; Manuel BECERRA RAMÍREZ, “La jerarquía de los tratados...”, *op. cit.*, pp. 301-304.

⁵¹ José Luis CABALLERO OCHOA, “La cláusula de interpretación conforme...”, *op. cit.*, pp. 103-133; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 339-429.

⁵² Víctor BAZÁN, “En torno al control...”, *op. cit.*, pp. 151-177; Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 386-390; Néstor Pedro SAGÜÉS, “Obligaciones internacionales y...”, *op. cit.*, pp. 127-128 y 130.

⁵³ Entre muchos otros, Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, pp. 452-457 y 461-464; Miriam Lorena HENRÍQUEZ VIÑAS, *Las fuentes formales del Derecho*, pp. 52-55; Miriam Lorena HENRÍQUEZ VIÑAS, “La oportunidad del control de constitucionalidad de los tratados: improcedencia del control represivo”, pp. 1-10; Diego GARCÍA SAYÁN, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 100-101; Humberto

Se comprende fácilmente que lo anterior viene a ser un auténtico cataclismo para los ordenamientos jurídicos internos de los países pertenecientes al sistema interamericano. No sólo –y desde un punto de vista externo– porque el Estado en cuestión se ve afectado por los argumentos esgrimidos por la Corte mediante su “*res interpretata*”, en un caso del que no ha sido parte y por lo mismo, no ha podido defenderse⁵⁴, sino además –y desde una perspectiva interna, que de lejos es lo más grave– porque lo anterior equivale literalmente, a la *anulación de su normativa doméstica y a sus posibilidades de autodeterminación*. La única actitud que le resultaría lícita, así las cosas, sería desarrollar y profundizar obedientemente las directrices dadas por la Corte, o también mejorarlas, siguiendo el principio *pro homine*⁵⁵ –pero siempre bajo su fiscalización potencial–, para no caer en responsabilidad internacional.

Lo anterior, sin perjuicio que los jueces locales podrían libremente elegir la normativa que consideren adecuada⁵⁶, desconociendo así sus propias fuentes nacionales, todo lo cual atenta, como es obvio, contra la más elemental certeza jurídica.

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

3. La polémica interpretación de la Corte en el Caso *Artavia Murillo*

3.1 PLANTEAMIENTO

El objetivo de este apartado es analizar someramente la situación planteada en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Para ello se aplicarán dos

NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos...”, *op. cit.*, pp. 1168-1171 y 1185-1194; Gerardo BERNALES ROJAS, “La Imprescriptibilidad de la Acción Penal...”, *op. cit.*, pp. 256-257; Jorge TAPIA VALDÉS, “Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario”, pp. 133-134; Víctor BAZÁN, “En torno al control...”, *op. cit.*, pp. 170-173; Juan Carlos HITTERS, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, pp. 543-544; Regina Ingrid DÍAZ TOLOSA, “Aplicabilidad en el ámbito interno...”, *op. cit.*, pp. 295-297.

⁵⁴ Como acertadamente apunta Néstor Pedro SAGÜES, “Obligaciones internacionales y...”, *op. cit.*, pp. 125-126.

⁵⁵ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional...”, *op. cit.*, pp. 79-91 y 100-103.

⁵⁶ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso...”, *op. cit.*, pp. 377-386.

de los parámetros del actual funcionamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de nuestra región vistos hasta aquí: las reglas de interpretación y los documentos internacionales invocados por la Corte. De esta manera, primero se hará un breve ensayo personal de interpretación de la Convención Americana desde una perspectiva hermenéutica más “clásica” y por ello apegada lo más posible al texto de este tratado⁵⁷ –y que a nuestro juicio fue a lo que realmente se comprometieron los países suscriptores–. Luego se hará un apretado análisis de los principales argumentos del fallo de la Corte y de su voto disidente, emanado del juez Eduardo Vio Grossi. El propósito del anterior ejercicio es mostrar algunos de los efectos prácticos que pueden tener en la interpretación de la Convención los parámetros antes mencionados. Quedará para el punto 4 analizar las posibles consecuencias de este fallo, incluso a nivel continental, en virtud del control de convencionalidad.

3.2 UNA BREVE PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN

Como se sabe, este caso surgió con motivo de la prohibición, vigente en Costa Rica desde el año 2000, de realizar fecundaciones *in vitro*, en atención a que como su orden interno protege la vida desde la concepción, se estimó, aplicando precisamente el principio *pro homine* y basándose además en la propia Convención Americana (en particular su art. 4.1), que la masiva muerte de los así llamados “embriones sobrantes” fruto de esta práctica, atenta contra su derecho a la vida. El fallo de la Corte desechó este criterio, según se verá.

A nuestro juicio, el quid del problema de los derechos involucrados en este asunto, y que se vinculan, ni más ni menos que al estatuto jurídico del no nacido (sea cigoto, embrión o feto, da igual), radica no tanto en el art. 4.1 de la Convención, permanentemente invocado, pese a su importancia fundamental, sino en el art. 1.2 (“*Para efectos de esta convención, persona es todo ser humano*”), el que debe vincularse, primero con el art. 1.1, que obliga a los Estados a respetar y garantizar los derechos y libertades establecidos para toda persona

“sin discriminación alguna por motivos [...] de cualquier otra índole [...] o cualquier otra condición social”, y luego con el art. 3 “*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”.

⁵⁷ En el fondo, pretendemos aplicar el art. Art. 31.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: los tratados internacionales deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Creemos que sólo luego de estos artículos, que por su posición inicial guardan un papel orientador para las demás disposiciones de este tratado, y a fin de evitar malos entendidos o incluso tergiversaciones, debiera acudirse al art. 4.1

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

Finalmente, este periplo concluiría, a modo de ratificación obvia de todo lo dicho, con el art. 4.5

“No se impondrá la pena de muerte [...] a las mujeres en estado de gravidez”.

De esta manera, nos parece que ya que “persona es todo ser humano” (art. 1.2), no debiera admitirse ninguna discriminación a este respecto (art. 1.1), ni siquiera para el no nacido, pues no cabe duda alguna, entre otras cosas en atención a su información genética, que se trata de un miembro de la familia humana. De hecho, los padres no están preocupados que su hijo en gestación pueda pertenecer a otra especie, sino que llegue a buen término. Por tanto, puesto que es un ser humano y no debe ser discriminado, se trata también de una persona.

Como persona que es y no puede dejar de ser, y nuevamente a fin de que no se la discrimine, tiene “derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 3), esto es, posee un conjunto de derechos humanos (no así todavía deberes, por razones obvias de su desarrollo) que deben ser respetados por todos, aunque esto ocasione eventualmente molestias o inconvenientes a terceros. Sólo así podemos hablar realmente de “derechos”, que como resulta evidente, no pueden ser desconocidos por meros intereses o incluso fastidio de quienes se vean obligados a respetarlos⁵⁸. Únicamente podrían cuestionarse si se esgrimen otros derechos tanto o más importantes, debiendo intentarse primero llegar a una conciliación entre todos en vez de eliminar al o a los menos importantes. Mas parece difícil que cualquier otro derecho pueda ser superior a la vida de un ser inocente, como en este caso⁵⁹, ya que para poder ejercerlos primero se requiere estar vivo.

⁵⁸ Carlos Ignacio MASSINI-CORREAS, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, pp. 40-43.

⁵⁹ Carlos Ignacio MASSINI-CORREAS, “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, pp. 179-222; Roberto ANDORNO, *Bioética y dignidad de la persona*, pp. 53-55; Robert P. GEORGE, “La ética del embrión”, pp. 39-64.

Explicitando más lo antes ordenado por la Convención, y puesto que estamos ante una persona, ella insiste: “Toda persona tiene derecho a que se respete su derecho a la vida” (art. 4.1, primera frase), aspecto fundamental para poder ejercer los restantes derechos, según se ha dicho. Esta es, pues, la situación general: que a todos los seres humanos (y por tanto, personas), sin discriminación alguna, se les debe respetar su derecho a la vida.

Luego, para que no quede ninguna duda, inmediatamente, en el mismo artículo, a continuación de un punto seguido (lo que muestra que va en el mismo orden de ideas), lo anterior vuelve a ser ratificado, pero de forma especial:

“Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

Esto significa que el tratado expresamente hace alusión al no nacido –y se supone que no existen cláusulas inútiles o innecesarias en un tratado⁶⁰–, en atención a su calidad de persona, señalando expresamente al momento de la concepción (y no desde otro instante posterior⁶¹) como el comienzo de la protección de su derecho a la vida, lo que debiera ser además, la situación común o “general”⁶². Se insiste que en virtud del “efecto útil” de las disposiciones de un tratado, parece absurdo que no exista un evidente propósito de dejar las cosas claras a este respecto⁶³.

De hecho, a nuestro juicio lo anterior podría no haberse explicitado, pues en estricto rigor, basta con el art. 1.2: “persona es todo ser humano”, en relación con el art. 1.1 (que prohíbe la discriminación arbitraria) reforzado con el art. 3: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” y, finalmente, la primera frase del art. 4.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su derecho a la vida”. Pero si el tratado se tomó la molestia de invocar al no nacido mediante una cláusula especial, ello muestra muy a las claras el espíritu de la época e incluso el actual, ya que la mayoría de las legislaciones de nuestro continente protegen la vida desde la concepción o permiten el aborto como una situación excepcional. Las únicas situaciones atípicas son las de Estados Unidos, Canadá, Guyana y Cuba⁶⁴.

Finalmente, y como si fuera poco, la última frase del art. 4.1 refuerza la misma idea, de modo general: “Nadie puede ser privado de su vida ar-

⁶⁰ En particular en el presente caso, que como se mencionará más adelante, fue objeto de un especial debate en relación al no nacido (ver n. 73).

⁶¹ Álvaro PAÚL DÍAZ, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, p. 68.

⁶² *Op. cit.*, pp. 93-103.

⁶³ *Op. cit.*, p. 97.

⁶⁴ *Op. cit.*, pp. 72-75.

bitrariamente”, lo cual también es una especificación de lo establecido en el art. 1.1. Y una clara muestra de arbitrariedad es cegar la vida de alguien por la condición que ostente (ya que para tener este derecho solo basta con pertenecer a la especie humana), en este caso, su condición de no nacido.

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

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

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

Lo anterior, además, se ve ratificado si se aplica el principio *pro homine* o *pro persona*⁶⁵. En efecto, puesto que el no nacido es una persona,

⁶⁵ La sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 2000 buscaba proteger a los recién concebidos por considerarlos los individuos más indefensos de la especie humana. En atención a su inherente dignidad, se estimó que su derecho a la vida era vulnerado por las técnicas de fecundación in vitro, puesto que ella genera un riesgo desproporcionado de muerte, mediante el desecho de los llamados “embriones sobrantes”. La sentencia se basó en el art. 4 de la Convención Americana, precisamente para darle cumplimiento a la normativa internacional. Debe tenerse en cuenta, además, que el Presidente de la Corte Suprema de ese entonces era el juez Rodolfo Piza Escalante, ex presidente de la Corte Interamericana (Álvaro PAÚL DÍAZ, “Estatus del no nacido...”,

su máxima protección debe ser un *leit motiv* esencial en la interpretación de los derechos que lo afectan, partiendo por su derecho a la vida, expandiendo este último en lo que haga falta (con lo que se lo puede hacer primar sobre otros derechos de terceros) y al contrario, limitando lo más posible sus eventuales restricciones.

De hecho, a nuestro juicio, esta auténtica válvula interpretativa podría incluso fundamentar la prohibición de cualquier tipo de aborto directo, en atención a implicar la condena a muerte de una persona inocente, lo que se torna más urgente aún, aunque sea de Perogrullo, al ser sus efectos irremediables. Si de verdad todos somos persona y por tanto, esencialmente iguales⁶⁶, el principio *pro homine* debiera llevar a esta conclusión, puesto que “Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente” (art. 4.1 frase final). Y no parece existir una situación más arbitraria que privar a alguien de su vida por hechos que no le empecen (en el fondo, por su condición de no nacido), o si se prefiere, matar a una persona que es completamente inocente, ya que no puede ser considerada culpable de nada.

3.3 LO QUE LA CORTE HA DICHO A LA LUZ DE LOS PARÁMETROS SEÑALADOS

Un primer aspecto que debe advertirse respecto de esta sentencia, es que si bien el problema originalmente planteado se refería a la fecundación *in vitro*, el fallo terminó yendo bastante más allá de este asunto, al establecer diversos criterios respecto del estatuto jurídico del no nacido⁶⁷, todo lo cual podría tener a nuestro juicio, notables repercusiones en el futuro.

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

“La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana” (párr. 264)⁶⁸.

op. cit., p. 91). Como puede apreciarse, parece difícil argumentar un desconocimiento por parte de los juzgadores de Costa Rica de lo establecido por la Convención Americana, sin perjuicio de estar aquí ante una clara aplicación del principio *pro homine*.

⁶⁶ Lo ha afirmado reiteradamente, Robert SPAEMANN, “¿Es todo ser humano una persona?”, p. 14; Robert SPAEMANN, “La naturaleza como instancia de apelación moral”, pp. 362-363; Robert SPAEMANN, “Sobre el concepto de dignidad humana”, p. 98.

⁶⁷ Álvaro PAUL DIAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, *op. cit.*, pp. 303-304.

⁶⁸ En otro lugar agrega: “Por tanto, la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que

La anterior conclusión no deja de ser sorprendente, si se toma en cuenta el papel esencial que la Corte ha asignado tradicionalmente al derecho a la vida⁶⁹.

Para fundamentar esta sorprendente conclusión, señala que pese a que hasta el momento no estaría claro cuándo comienza la vida, razón por la cual no pretende optar por alguna de las corrientes en disputa a este respecto (párr. 185)⁷⁰, considera que cuando la Convención Americana alude a “concepción”⁷¹, se está refiriendo en realidad, en virtud de una

no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión” (párr. 223). Argumentos parecidos en párr. 315.

El voto disidente del juez Eduardo VIO GROSSI critica esta conclusión: “Como conclusión y aunque parezca obvio, se puede afirmar que el artículo 4.1 de la Convención constata o consagra el derecho ‘toda persona’ o ‘ser humano’, sin distinción alguna y que, además, ya existe, a que se le respete ‘su’ vida. Es decir, toda la citada disposición, todas sus frases, así como, por lo demás, toda la Convención, conciernen solamente a la ‘persona’ o ‘ser humano’, esto es, exclusivamente a sus derechos y no a otros intereses o entidades” (pp. 5-6). Por eso “La disposición da por supuesto que, en consecuencia, que el titular del derecho consistente cuya vida debe respetarse, preexiste en tanto tal” (p. 5). “El bien jurídico protegido es, entonces y en última instancia, el derecho a la vida de ‘toda persona’ y es por ello que en la Convención se optó por no dejar margen de duda alguna respecto de que lo que se protege con el citado artículo 4.1 era fundamental ella, cualquiera fuese la etapa en que se encontrare” (p. 8).

⁶⁹ Como expone en este mismo fallo: “la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción. Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna” (párr. 172).

De hecho, en su voto disidente, el juez VIO GROSSI cita 12 fallos de la Corte en que se señala que este derecho es fundamental, siendo su goce un prerrequisito para el disfrute de los demás derechos, que no tendrían sentido sin el primero. Todo esto impide a su juicio, interpretar cualquier límite a este derecho de forma restrictiva (pp. 10-11). De ahí que “con la Sentencia se produce, empero, un notable cambio o quiebre con la recién indicada jurisprudencia” (p. 12).

⁷⁰ “Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida” (párr. 185).

⁷¹ Entendemos por “concepción” en igual sentido que el juez VIO GROSSI: como sinónimo de fecundar (unir el espermatozoide y el óvulo), como por lo demás se entiende

interpretación evolutiva (párr. 245-256)⁷², histórica (al analizar los trabajos preparatorios del sistema interamericano en los párr. 194-221)⁷³, de carácter sistemática (párr. 191-192 y 222-244)⁷⁴, y de acuerdo al principio de la

también hoy en día (pp. 8-9): “De suerte, entonces, que el término ‘concepción’ empleado por el artículo 4.1 de la Convención jurídicamente debería ser interpretado, más allá de cualquier otra consideración, como la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Eso fue y no otra cosa, en lo que se convino en 1969, al suscribirse la Convención y ese es todavía jurídicamente el sentido de tal término” (p. 9).

⁷² Ello, pues la Corte considera que los tratados son “instrumentos vivos” (párr. 245), razón por la cual “la Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida” (párr. 253). Además, si se mira la actuación de los mismos países, “en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV” (párr. 256).

⁷³ El fallo indaga en los trabajos preparatorios tanto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (párr. 194-200), como de la Convención Americana, de 1969 (párr. 201-221). En ellos se constata la intención de algunos países de proteger la vida del no nacido desde el inicio (párr. 213-218) y la introducción de la frase “y, en general” en el art. 4.1 de la Convención (párr. 201-212). Además, “La Corte observa que durante los trabajos preparatorios se utilizaron los términos ‘persona’ y ‘ser humano’ sin la intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones. El artículo 1.2 de la Convención precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos” (párr. 219). También es importante recalcar que en definitiva no prosperó la iniciativa presentada por algunos Estados de eliminar las palabras ‘en general’ ni ‘concepción’ (párr. 221).

VIO GROSSI señala que el hecho que haya quedado la expresión, pese a la oposición de 3 países, demuestra que “es a todas luces evidente que se quiso ampliar o no dejar lugar a duda alguna de que la protección que por ley se debe dar al derecho de toda persona a que se respete su vida, lo debe ser aun cuando se encuentre como concebido o no haya nacido aún” (p. 7).

⁷⁴ Dentro de esta interpretación ‘sistemática’ de la Convención Americana (prologada en los párr. 222-223) se abordan: *a)* el Sistema Universal del Derechos Humanos, que comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos (párr. 224), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (párr. 225-226), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (párr. 227-228) y la Convención de los Derechos del Niño (párr. 229-233); *b)* el Sistema Europeo de Derechos Humanos (párr. 234-242); y *c)* el Sistema Africano de Derechos Humanos (párr. 243).

Con todo, no deja de ser interesante la crítica del juez VIO GROSSI en cuanto a acudir a otros instrumentos para interpretar la Convención Americana: “Empero, tales acuerdos e instrumentos no revisten las características para ser considerados como instrumentos o acuerdos celebrados con ocasión o en relación con la Convención y, por ende, que puedan ser tenidos en cuenta para la interpretación de ésta. Tampoco hacen, en rigor, referencia a la práctica ulteriormente seguida por los Estados Partes de la Convención en la aplicación de ésta por la cual conste el acuerdo de ellos acerca de su interpretación” (pp. 16-17). Además, tampoco son una norma consuetudinaria, sin perjuicio que la Convención

interpretación más favorable al objeto y fin del tratado (párr. 257-263), no a fertilización o fecundación, sino a “implantación” (párr. 179-183):

“Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles⁷⁵, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención” (párr. 264).

Para la Corte, es con motivo de la FIV que se introduce el concepto de “implantación” y

“Por tal razón, la definición de ‘concepción’ que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado” (párr. 179).

De ahí que entienda que concebir sea sinónimo de implantar, siguiendo las declaraciones del perito Zegers: “la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión”, que sólo puede probarse luego de la implantación (párr. 181), aunque reconoce que las partes difieren en cuanto

“al momento en que se considera que el embrión ha alcanzado un grado de madurez tal como para ser considerado ‘ser humano’. Algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso

Americana es una regla especial que debiera primar sobre otros tratados universales (p. 17). Otras consideraciones en pp. 9 y 19.

⁷⁵ Debe advertirse que respecto a las “bases científicas disponibles” a las que se refiere, ellas se basan fundamentalmente en los informes de ciertos peritos: “En cuanto a la prueba rendida en audiencia pública, la Corte escuchó las declaraciones [...] de los peritos Fernando Zegers, Anthony Caruso, Paola Bergallo y Marco Gerardo Monroy Cabra” (párr. 43). Sin embargo, debe dejarse constancia que de lejos, el perito más nombrado es Fernando Zegers, con cerca de 40 menciones, en los siguientes párrafos: 62 (n. 56-58); 63 (n. 59-61); 64 (n. 63 y 65); 65 (n. 66 a 68); 66 (n. 69 a 73); 67 (n. 74); 159 (n. 257); 179 (n. 265); 180 (n. 267); 181 (y también en n. 273); 183 (n.277); 187 (n. 285); 255 (n. 401 y 414); 288; 308 (y también en n. 480 y 481); 309; 310 (n. 484) y 311. Cabe hacer presente además, que de los lugares antes señalados, la opinión de este perito es la única fuente a la que se acude en las n. 57 a 61, 66 a 74, 257, 265, 267, 273, 277, 285, 401, 414, 480, 481 y 484. Por su parte, el perito Anthony Caruso es nombrado 9 veces, en los párr. 64 (n. 63 y 64); 184 (y también en nota 282); 289 (y también en nota 452); 308 y 309 (y en n. 483). La perito Paola Bergallo es mencionada solo en la nota 271 del párr. 181. Por último, el perito Marco Gerardo Monroy Cabra es nombrado únicamente en el párr. 182 (y en la n. 274 del mismo párrafo).

Debe agregarse, además, que “el Tribunal recibió 49 escritos en calidad de *amicus curiae*” (párr. 13), los cuales apenas son mencionados en la sentencia.

del desarrollo humano, mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno” (párr. 183).

Con todo, si este tribunal señala:

- a) que se pretende interpretar el sentido y alcance del art. 4.1 (párr. 173);
- b) que se señale que al momento de aprobarse la Convención Americana de Derechos Humanos no solo no existía la fecundación *in vitro*, sino que nadie se imaginaba que ella pudiera ser posible (párr. 246 y 179)⁷⁶;
- c) que gracias a este procedimiento se introduce un concepto nuevo, el de “implantación”; y
- d) que con motivo de un acontecimiento científico como este, que nadie tenía en mente en 1969, “la definición de ‘concepción’ que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado” (párr. 179), ¿cómo puede cambiar un concepto por otro que nadie ha tenido en mente y ni siquiera previsto al fijar el sentido del primero?

Por muy “evolutiva” que se pretenda la interpretación que se defiende aquí, lo menos que puede decirse es que existe un salto lógico en el razonamiento planteado, pues por mucho que la introducción de la FIV haya producido la discusión científica en esta materia (párr. 179), puede eventualmente haber cambiado la postura de algunos de quienes participan en este debate, mas no la de los redactores de la Convención Americana ni de su texto.

Lo anterior resulta más llamativo todavía, si se recuerda que los párr. 174 al 190 se ubican dentro del epígrafe VIII C.1) “Interpretación conforme al sentido corriente de los términos”. De esta manera, parece impropio acudir a argumentos científicos (como hace en los párr. 179-187, por ejemplo) para dirimir el significado “corriente” de un concepto cualquiera⁷⁷.

⁷⁶ “En el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención” (supra párr. 179) (párr. 246). “Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer” (párr. 179). La primera FIV se realizó en 1978 (párr. 66).

⁷⁷ Como por lo demás, señala VIO GROSSI: “De los autos y demás antecedentes se desprende que, al suscribirse la Convención, no se determinó lo que debía entenderse por ‘concepción’ y que tampoco se ha hecho después. Por otra parte, la Convención tampoco le concedió a esa palabra ‘un sentido especial’ y, en particular, no hizo remisión a cómo

El sentido corriente del término debiera buscarse en el *Diccionario de la Real Academia Española*, como efectivamente hace la sentencia:

“Por su parte, el perito Zegers señaló que cuando se firmó la Convención Americana en 1969, la Real Academia de la Lengua Española definía ‘concepción’ como ‘acción y efecto de concebir’, ‘concebir’ como ‘quedar preñada la hembra’ y ‘fecundar’ como ‘unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser’” (párr. 181)⁷⁸.

Debe hacerse presente que en este párrafo se acude a argumentos científicos y de sentido corriente, pasando de unos a otros sin solución de continuidad.

De hecho, esta mezcla de razonamientos científicos y de sentido corriente se manifiesta porque posteriormente, luego de haber desarrollado los argumentos científicos ya vistos, concluye:

“Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación” (supra párr. 181).

Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación (párr. 187).

Mas, si el concepto de “implantación” no existía en 1969, ¿cómo puede decirse que la Real Academia de la época entendía concepción como implantación?

Ahora bien, la Corte considera fundamental la implantación porque a su juicio, únicamente gracias a ella es posible saber si la mujer está embarazada (párr. 187, 181 y en parte 65)⁷⁹.

se entendiera según la ciencia médica. La regla aplicable en la especie es, sin duda la del ‘sentido corriente’ de dicho término y particularmente al existente al momento de la suscripción de la Convención en 1969” (p. 8).

⁷⁸ VIO GROSSI, comentando esto, agrega otras definiciones de la Real Academia: “el término ‘concepción’ se entendía como la ‘acción y efecto de concebir’; el de ‘concebir’ como ‘quedar preñada la hembra’; el de ‘preñada’ como ‘dícese de la mujer y de la hembra de cualquier especie, que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre’; *el de* ‘preñar’ como ‘empreñar’; el de ‘empreñar’ como ‘hacer concebir a la hembra’; y el de ‘fecundar’ como ‘unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser’” (p. 8). Y luego agrega: “Y casi coetáneamente con la suscripción de la Convención, esto es, en la versión de 1970 del mencionado Diccionario, el término ‘preñar’ fue entendido como ‘empreñar, fecundar o hacer concebir a la mujer’. Es de advertir que este significado es recogido en la actualidad” (pp. 8-9).

⁷⁹ Como señala el perito Zegers: “una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero [...]. [L]a palabra concepción hace referencia explícita a la preñez

Sin embargo, a nuestro juicio, lo verdaderamente importante en todo esto no es cuándo comienza el embarazo, sino cuándo se inicia la *vida*. De hecho, el embarazo viene a ser el escenario o hábitat natural para su desarrollo, no lo principal, y que además, supone la previa existencia de esa vida para comenzar a operar como tal. Por eso parece forzado que la Corte señale que “la concepción o gestación un evento de la mujer, no del embrión” (párr. 181), pues resulta evidente que el más afectado por dicha concepción, de lejos, es el mismo embrión, que comienza su existencia (como se prueba, por lo demás, en una *fecundación in vitro*), todo lo cual permite posteriormente su implantación. Además, y por simple lógica, sin concepción o fecundación no puede haber anidación⁸⁰.

o gestación[, que] comienza con la implantación del embrión[,] [...] ya que *la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión*. Sólo hay evidencias de la presencia de un embrión cuando éste se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Gonadotropina Coriónica y lo más precoz que puede ser detectada es 7 días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio” (párr. 181, negrillas y subrayado en el original, se han cambiado por cursivas). “En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada ‘Gonadotropina Coriónica’, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación” (supra párr. 181). Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación” (párr. 187).

⁸⁰ De hecho, la propia Corte lo dice (aunque llegue a otras conclusiones): “Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo” (párr. 186). Y luego agrega: “En este sentido, la Corte entiende que el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede” (párr. 187). Ahora bien, si el embrión necesita de la implantación para “desarrollarse” (párr. 186) o para “sobrevivir” (párr. 187), quiere decir, evidentemente, que ya está “vivo” antes de ella. Pero además, la Corte justifica su no consideración del embrión no implantado como titular del derecho a la vida, acudiendo al “embarazo” de la mujer –y no del hecho de estar él mismo vivo–, que viene a ser su hábitat común desde la concepción o fecundación, salvo en una fecundación *in vitro*.

En realidad, la postura de la Corte en favor de la implantación ya venía siendo anunciada, entre otros, en los párr. 180, 186-187 y 189⁸¹, lo que como se sabe, ocurre varios días luego de lo que suele generalmente entenderse por “concepción” (es decir, “fecundación”, “fertilización”). Con lo cual, además de forzar los términos (sin perjuicio, como se ha dicho, que es imposible que los estados firmantes estuvieran pensando en la “implantación” o “anidación” cuando hablaban de “concepción” en 1969⁸²), en el fondo, y contrariamente a lo que dice (párr. 185), está *optando* por una de las visiones a este respecto⁸³, y pretende imponerla a quienes piensan distinto.

Además, en su argumentación, la Corte no está aplicando el principio *pro homine* para el *nasciturus*. De hacerlo, debiera escoger la interpretación que más lo favorezca, que es aquella que le exige menos requisitos para ser protegido. Y resulta evidente que conlleva menos requisitos exigir que se produzca la concepción (o fecundación) a que junto a ella deba acontecer la implantación (que viene a ser un concepto ampliado de “concepción” para este tribunal).

⁸¹ Ello, porque si bien señala que algunos entienden ‘concepción’ como la unión de los gametos y otros como implantación (párr. 180), “la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180)” (párr. 186). De ahí que “Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación” (párr. 187). En consecuencia, puesto que para ella concepción equivale a implantación, antes de esta última no corresponde aplicar el art. 4 (párr. 189).

⁸² Como lo señala acertadamente la *Declaración de Guanajuato, op. cit.*, punto III.

⁸³ “Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten” (párr. 185).

Esta opción es puesta de relieve por el voto disidente del juez VIO GROSSI: la Corte opta por una de las posturas en pugna: aquella que exige fecundación e implantación, ambas como parte de la ‘concepción’, en desmedro de la que solo exige la fecundación, “sin analizar los argumentos de las otras y, particularmente, de aquella que considera que ‘[l]a vida humana inicia en la fusión espermatozoide-ovulo, un ‘momento de concepción’ observable’, *descartándola sin más*” (p. 14).

Como se ha dicho, la Corte justifica su argumento señalando que la concepción sólo podría comprobarse gracias a la implantación (párr. 187)⁸⁴. Con todo, este argumento parece insostenible, toda vez que en una fecundación *in vitro* se producen precisamente, embriones concebidos pero no anidados (y que claramente están “vivos”), lo que la Corte reconoce⁸⁵; y es completamente obvio que debe tenerse total certeza sobre cuándo se ha producido la concepción –contrariamente a lo señalado por la Corte–, ya que en caso opuesto, no podría realizarse el diagnóstico pre-implantatorio e introducirse los embriones seleccionados en el cuerpo de la madre gestacional. De ser cierto lo señalado por este tribunal, incluso podrían transferirse al cuerpo de la mujer ovocitos sin fecundar, porque en el fondo, los médicos estarían actuando a ciegas.

Lo anterior no solo significa que existiría una completa indefensión del ser humano desde el momento de la unión de los gametos hasta su efectiva anidación o implantación en las paredes del útero, sino que además –siguiendo con esta interpretación “evolutiva”–, la Corte estima que la protección del no nacido es gradual o incremental (párr. 256, 264 y 315⁸⁶),

⁸⁴ Véanse n. 79 a 81, que aluden al párr. 187.

⁸⁵ Como señala la misma Corte: “Por su parte, la FIV es ‘un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer’. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante la FIV son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno” (párr. 64). “Sobre el desarrollo embrionario en la FIV, existen cinco etapas de dicho desarrollo que duran en total cinco días. En primer lugar, se seleccionan los óvulos maduros, los cuales son fecundados, por lo que se da paso al desarrollo del cigoto. En las primeras 26 horas de desarrollo el cigoto se divide en dos células, las cuales posteriormente se dividen en cuatro células en el día dos, y finalmente se vuelve a dividir para formar ocho células en el día tres. En el día cuatro, se habla de Mórula y del día cuatro al día cinco, el embrión llega a su estado de Blastocisto. Los embriones pueden permanecer en cultivo hasta cinco días antes de ser transferidos al útero de la mujer. Por lo tanto, el embrión puede ser transferido desde el día dos y hasta el día cinco. Dependiendo de la caracterización morfológica y dinámica de la división celular, se toma la decisión respecto de cuando transferir el embrión. La transferencia embrionaria puede ser directamente al útero o a las trompas de Falopio. A los 12 días de la transferencia embrionaria, se sabe si la mujer quedó embarazada a través de marcadores” (párr. 65). Debe hacerse presente que casi la totalidad de lo expresado en estos dos párrafos corresponde a declaraciones del perito Zegers.

⁸⁶ La práctica de la FIV en diferentes países sería la mayor prueba de su licitud, y que los Estados no consideran que se esté violando el art. 4.1 de la Convención, razón por la cual

esto es, que se va fortaleciendo a medida que crece, conclusión que apoya, curiosamente, en el mismo art. 4.1, cuando señala que el respeto del derecho a la vida del no nacido se debe proteger “en general” (párr. 256 y 264)⁸⁷.

Es en virtud de todo lo dicho que la Corte Interamericana concluye que el derecho a la vida del no nacido no sería absoluto (párr. 258-259)⁸⁸, e incluso llega a considerar que su protección se basaría fundamentalmente en un mero interés subjetivo (párr. 260)⁸⁹ y por tanto –podemos agregar–, no oponible a otros que piensen distinto⁹⁰.

“En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona” (párr. 256). “Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general” (párr. 264). Por eso concluye que “el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural. La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal (supra párr. 264)” (párr. 315).

⁸⁷ Si bien no referido a este fallo, Álvaro PAÚL DÍAZ, “Estatus del no nacido...”, *op. cit.*, pp. 77-82; sobre la expresión “en general”, *op. cit.*, pp. 93-103. VIO GROSSI también es de la opinión contraria a la de la Corte: “la expresión ‘y en general’ no alude a una excepción, a una exclusión, es, por el contrario, inclusiva, hace aplicable la obligación de proteger por ley el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción” (p. 8).

⁸⁸ “Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula ‘en general’ tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos” (párr. 258). No cabría, pues, una tutela absoluta del derecho a la vida del no nacido: “Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada ‘protección más amplia’ en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” (párr. 259).

⁸⁹ “A continuación se hace una alusión a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre” (párr. 260).

⁹⁰ Una crítica similar, si bien no referida al presente caso, en Álvaro PAÚL DÍAZ, “Estatus del no nacido...”, *op. cit.*, p. 70.

Además, estima que la verdadera protección al *nasciturus* va de la mano y es una consecuencia de la protección de la mujer embarazada (párr. 222)⁹¹. Es decir, la escasa tutela que posee el primero dependería de la protección que se otorgue a la segunda, por lo que no sólo se trataría de una pseudoprotección, sino además, indirecta, todo lo cual no hace sino reforzar la consideración del no nacido como no-persona por parte de este tribunal⁹².

Es por todo lo anterior que para ella, este *pseudoderecho* a la vida del no nacido debe ceder ante otras situaciones que afectan a los ya nacidos (párr. 259)⁹³, eventos a los que sí considera auténticos derechos. De ahí que la protección al *nasciturus* debiera ser excepcional: al ser su “derecho” a la vida no absoluto, no podría limitar otros “verdaderos” derechos, lo que desarrolla, entre otras partes, en los párr. 280-283 y 288-293⁹⁴.

Todo lo dicho demuestra, como se señalaba, que para este tribunal, el no nacido ha dejado de ser una persona y que con su veredicto, se ha establecido, contra la letra expresa de la Convención Americana, un nuevo estatuto para estos seres humanos⁹⁵.

Es por eso que ante el problema planteado por la pérdida embrionaria como consecuencia de la realización de fecundaciones *in vitro* (que era uno de los principales argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de

⁹¹ “La expresión ‘toda persona’ es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (supra párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a ‘conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto’, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales” (párr. 222).

⁹² En buena medida, la Corte parece llegar a esta conclusión del párr. 222 (“Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos”), debido a la falta de capacidad de ejercicio del no nacido. Critica esta interpretación VIO GROSSI (pp. 17-18).

⁹³ Ver n. 88, en que se cita el párr. 259.

⁹⁴ Ello en atención a que algunos de los requirentes tuvieron que soportar cargas adicionales al verse obligados a viajar al extranjero para realizar una FIV (párr. 280), por haberse afectado la autonomía individual y el proyecto de vida (párr. 281), la integridad psicológica, al impedir la libertad reproductiva (párr. 282), una intromisión en vida privada (párr. 283) y una discriminación por infertilidad (párr. 288-293).

⁹⁵ Alude a esto el juez VIO GROSSI, ya que a su juicio, aquí es “donde está en juego nada menos lo que se entiende por ‘derecho a la vida y cuándo esta última comienza” (p. 22).

Costa Rica para su prohibición), este tribunal internacional estimó que si solo se pierden aquellos embriones que no logran implantarse en el cuerpo gestacional luego de la transferencia (y no por otras causas, como por ejemplo, el congelamiento), no se la puede considerar una pérdida “irresponsable”, entre otras cosas, porque también se pierden en los embarazos naturales, aunque las proporciones en uno y otro caso varíen de acuerdo a los peritajes tenidos a la vista (párr. 306-308). Por eso

“Para el Tribunal es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones” (párr. 309).

Además, dicha pérdida no resultaría tan importante, puesto que como se ha dicho, el derecho de protección del embrión no es absoluto (párr. 310). Es esto lo que finalmente la lleva a concluir que la prohibición absoluta de la fecundación *in vitro* resulta “desproporcionada” en relación a los otros derechos en juego (párr. 311-316)⁹⁶.

No obstante, no deja de ser curioso que la Corte señale en más de un sitio que debe existir un cierto “balance” entre los derechos del no nacido y los de quienes sí son considerados persona, pues si verdaderamente el *nasciturus* ha dejado de ser sujeto de derechos, no habría derechos a su respecto que balancear⁹⁷.

⁹⁶ “Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild, según el cual ‘[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]’. El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida (supra párr. 66)” (párr. 311).

Otro lugar en que habla de esta “desproporción” es el siguiente: “el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión” (párr. 273). Por eso, en su opinión, “El Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer ha señalado que cuando una ‘decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre’, ésta resulta discriminatoria” (párr. 297).

⁹⁷ “Por tanto, la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula ‘en general’ del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho

Ahora bien, ante esta vulnerable situación, no es de extrañar que la existencia del *nasciturus* ceda ante otras situaciones estimadas más relevantes por este tribunal, alegadas por los requirentes: la limitante física de la infertilidad (entendida como parte de la integridad personal), la autonomía reproductiva, la vida privada y la maternidad (como parte del libre desarrollo de la personalidad) y el derecho a fundar una familia y a procrear (todo esto en las largas consideraciones de los párr. 265-317).

Finalmente, debe recordarse que además de los criterios interpretativos utilizados para llegar a estas conclusiones, dentro de la llamada “interpretación sistemática”, la Corte alude a otros tratados para fundamentarlas (son muchas, por ejemplo, párr. 224-243 y 253)⁹⁸ e incluso al Derecho comparado (por ejemplo, en los párr. 254-256 y 260-262). De esta manera, además del hecho de no atender a si poseen un carácter vinculante, ni a su jerarquía, se añade el problema de una posible descontextualización de los mismos. Todo esto sin perjuicio de no quedar claro el criterio de su selección, salvo la búsqueda de argumentos para su veredicto, en virtud del principio *pro homine* (obviamente, no aplicado al *nasciturus*), con todos los problemas que lo anterior trae consigo, según se ha visto.

De esta forma, la Corte alude a la Declaración Universal de Derechos Humanos (párr. 224); al sistema europeo de Derechos Humanos (párr. 234-242); al Sistema Africano (párr. 243); a otros documentos internacionales (párr. 247-253); al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (párr. 225-226, pese a que curiosamente, también prohíbe la pena de muerte para las embarazadas en su art. 6.5); a la Convención Contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (párr. 227-228); y la Convención de los Derechos del Niño, específicamente a sus arts. 1 y 6.1 (párr. 229-233), restando expresamente valor al párrafo 9 de su Preámbulo, que señala que

“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (párr. 232)⁹⁹.

objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos” (párr. 363). De hecho ya había señalado anteriormente que en el derecho constitucional comparado se procura “efectuar un adecuado balance de posibles derechos en conflicto” (párr. 260), o de manera más específica, entre protección al embrión y derecho a la vida privada y a fundar una familia (párr. 274). Este argumento es criticado por el voto disidente del juez VIO GROSSI, pues se trataría de un “balance” entre un derecho (el de los requirentes) y un no-derecho (el del no nacido), pues si según la Corte el embrión no es persona, “no habría derechos que balancear, armonizar o compatibilizar” (p. 20). Para estas ideas, pp. 20-21.

⁹⁸ Ver n. 74, que alude a esta interpretación sistemática.

⁹⁹ De acuerdo a la Corte, “Ante la dificultad de encontrar una definición de ‘niño’ en el artículo 1 del Proyecto, se eliminó la referencia al nacimiento como inicio de la

Ello, sin perjuicio de hacer caso omiso al principio del *interés superior del niño* –y parece difícil que exista un interés superior a su derecho a la vida–, sin lugar a dudas, la viga maestra de este tan importante documento internacional.

4. *Algunas consecuencias del fallo a la luz de los paradigmas anteriores*

Dadas las actuales características del Derecho Internacional de los Derechos Humanos mencionadas en este trabajo, las consecuencias del caso *Artavia Murillo* podrían ser mucho mayores de lo que a primera vista pudiera pensarse. Por razones de espacio, se comentarán solo cuatro. Desde luego, con todo lo dicho hasta aquí, el lector podrá arribar a varias más.

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

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

Esto, sin perjuicio, en segundo lugar, del notable problema que plantea el hecho que para fundamentar sus veredictos, la Corte pueda acudir libremente a otras fuentes, no solo internacionales, sino incluso pertenecientes al derecho interno de diversos países, que pueden terminar alterando completamente lo señalado por los tratados realmente vinculantes, como de hecho ocurre aquí. Obviamente, estas fuentes no han sido reconocidas por el país condenado –las que podrían incluso afectar a todos los Estados del sistema interamericano, en virtud del efecto *erga omnes* que algunos pretenden dar a la “*res interpretata*” de las sentencias de la Corte–, con lo cual a nuestro entender, esta forma de proceder carece de legitimidad. Lo anterior, sin per-

niñez. Posteriormente, en el marco de las deliberaciones, Filipinas solicitó la inclusión de la expresión ‘tanto antes como después del nacimiento’ en el Preámbulo, a la cual varios Estados se opusieron. Como compromiso se acordó que se incluyera en el Preámbulo tal referencia, pero que los trabajos preparatorios dejaran claro que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención” (párr. 232).

juicio de quedar completamente al arbitrio de este tribunal el mecanismo de elección de esas otras fuentes, pues por mucho que se diga que este modo de proceder se fundamenta, por ejemplo, en el principio *pro homine* o en el carácter interdependiente o sistemático de los derechos humanos, se trata de criterios tremendamente dúctiles, que no se encuentran regulados para su aplicación, y que además dependen en cada caso de lo que la Corte estime adecuado para resolver el problema que tiene enfrente, lo cual hace que no sea imposible que ante situaciones análogas proceda de forma diferente.

Todo lo anterior, sin perjuicio del hecho que se colocan al mismo nivel documentos internacionales vinculantes y no vinculantes (dando así carácter obligatorio a diversas normas de *soft law* internacional), de la diferente jerarquía de las fuentes invocadas, de su heterogéneo ámbito de aplicación y de su eventual descontextualización.

Además, este discrecional uso e interpretación de las fuentes, que la Corte vincula libremente para fundamentar su decisión, hace que tenga cada vez menos sentido la aceptación de un tratado por parte de un Estado. Ello, tanto porque su tenor literal puede ser completamente alterado por este tribunal, como también, según se ha dicho, porque bastaría con darle competencia a la Corte para quedar, por esta vía, sujeto a cualquier normativa que ella elija, con lo cual se propina un duro golpe al principio fundamental del *pacta sunt servanda*.

En suma, todo lo antes dicho hace imposible saber, a ciencia cierta, no solo a qué deben atenerse realmente los Estados, sino también la forma en que actuará la Corte de ser solicitada su intervención.

Un tercer aspecto que merece ser mencionado es que con el nuevo escenario que la Corte ha creado mediante este fallo (que establece lo que a su entender es el estatuto jurídico del no nacido), se abre un peligroso frente para él en nuestra región. Ello, porque:

- a) si se desconoce su calidad de persona (pese a ser un miembro de la especie humana);
- b) si se señala que su pseudoprotección no puede oponerse a otros derechos considerados más fuertes de los que si son estimados como personas; y
- c) que su eventual tutela se hace a través de los derechos de la madre, parece claro, pese a las meridianas intenciones en sentido contrario de la primitiva Convención, que se han echado las bases no solo para permitir el aborto en ciertos casos, sino para convertirlo en un derecho incluso absoluto de la madre¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Es lo que establece, por ejemplo el documento “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, de fecha 3 de agosto de 2011,

Además, no pueden pasarse por alto algunos de los argumentos esgrimidos por la Corte para llegar a esta despersonificación. De este modo, además del uso abusivo del término “concepción”, al incluir dentro del mismo también la implantación del embrión (pese a que la Convención habla expresamente de concepción entendiéndola, según suele hacerse en el lenguaje común, como “fertilización”), o de la abierta discriminación a la que somete al no nacido mediante su despersonificación, pese a ser un miembro de la especie humana, no pueden dejar de mencionarse tres aspectos del fallo: el peso dado a la opinión de los diferentes peritos, los derechos que puede ejercer el no nacido, y la práctica asentada de los Estados respecto de la FIV.

Respecto del peso dado a las aportaciones de los peritos, llama poderosamente la atención el completo desequilibrio en cuanto a su valoración. De hecho, puede decirse que el veredicto final depende únicamente de lo expresado por uno de ellos, no quedando claro por qué lo se prefiere de forma tan evidente en relación a los restantes.

En cuanto a los derechos que puede ejercer el no nacido, la Corte señala que

surgido con motivo del sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de la ONU, relativo a la promoción y protección de los derechos humanos. Se trata de un informe provisional no vinculante, preparado por Anand Grover, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, de conformidad con las resoluciones 15/22 y 6/29 del Consejo de Derechos Humanos.

Debe dejarse claro que el aborto no es un derecho. Así lo explican los *Artículos de San José*, establecidos en San José de Costa Rica, el 25 de marzo de 2011: “*Artículo 5*. No existe ningún derecho al aborto bajo el derecho internacional, ni por vía de un tratado internacional obligatorio ni bajo normas de derecho internacional común. No hay ningún tratado de las Naciones Unidas que pueda ser citado con precisión para establecer o reconocer un derecho al aborto.” “*Artículo 6*. La Comisión del CEDAW y otros cuerpos que monitorean tratados han guiado a los gobiernos a cambiar sus leyes sobre el aborto. Estos cuerpos han interpretado explícitamente o implícitamente los tratados a los cuales están sujetos como incluyentes de un derecho al aborto. [...] Los cuerpos que monitorean estos tratados no tienen autoridad, ni bajo los tratados que las crearon ni bajo el derecho internacional general, de interpretar estos tratados en maneras que creen nuevas obligaciones estatales o que alteren la esencia de los tratados. [...] En consecuencia, cualquier cuerpo que interprete un tratado de modo que incluya un derecho al aborto actúa más allá de su autoridad y contraría su mandato. Tales actos *ultra vires* no crean ninguna obligación legal para los estados partes; tampoco deberían los estados aceptarlos como una contribución a la conformación de un nuevo derecho internacional consuetudinario.” “*Artículo 7*. Las afirmaciones realizadas por agencias internacionales o actores no gubernamentales en el sentido de que el aborto es un derecho humano son falsas y deben ser rechazadas.” “No existe ninguna obligación jurídica internacional de proporcionar acceso al aborto basado en motivo alguno: salud, privacidad, autonomía sexual, no discriminación ni ningún otro motivo.”

“La expresión ‘toda persona’ es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos” (párr. 222).

Es decir, de acuerdo a este argumento, sería en virtud de la incapacidad absoluta del *nasciturus* para ejercer sus derechos, que podría legitimarse no solo el desconocimiento de esos derechos, sino incluso su calidad de persona, en pos de otros seres humanos que sí pueden ejercerlos. Con lo cual, no solo deja de protegerse a las personas más débiles en virtud precisamente de su debilidad (al no poder defenderse por sí mismas), sino que además se abre un peligroso frente respecto de los demás incapaces absolutos, como por ejemplo, los niños pequeños o los dementes. Dicho de otra manera, para ser “persona”, y por tanto titular de derechos, de acuerdo a este criterio, habría que estar en condiciones de demostrarlo por medio de su comportamiento¹⁰¹.

Finalmente, la Corte señala que la licitud de la FIV estaría probada por su tolerancia y eventual regulación por parte de los diferentes Estados, lo cual demostraría que ninguno considera al embrión verdaderamente como sujeto de derechos (párr. 256). Sin embargo, el argumento debe tomarse con suma cautela, pues en este caso, la legitimación de una situación de hecho estaría dada por la actitud de los Estados hacia la misma, incluso en este caso, contra la letra de la Convención. Mas de seguir este criterio, diversas prácticas de los países (torturas, desapariciones, censuras, etc.), podrían muy bien ser una espada de doble filo y echar por tierra varios derechos, situación que contrariamente a lo que ocurre aquí, la Corte no solo no acepta –por mucho que se trate de conductas muy frecuentes–, sino que condena severamente.

Por último, un cuarto aspecto de suma importancia que vale la pena mencionar, es que en virtud del control de convencionalidad, la “*res interpretata*” de esta sentencia tendría efectos *erga omnes* dentro del sistema interamericano, razón por la cual, si llegamos a las últimas consecuencias, cualquier normativa interna en sentido contrario, incluidas las de rango constitucional, podría ser dejada sin efecto por los jueces locales, incluso de oficio. Por tanto, si se aplicara de forma radical esta doctrina, de nada valdrían las normas domésticas que protegen al *nasciturus*, haciéndose así *tabula rasa* con ellas, lo cual no puede menos que constituir un cataclismo

¹⁰¹ Es una postura similar a la de Tristram ENGELHARDT, *Los fundamentos de la Bioética*, pp. 155, 165 y 257 y 358; Peter SINGER, *Liberación animal*, pp. 54-56; Peter SINGER, *Ética práctica*, pp. 96-98 y 173-174.

para los ordenamientos jurídicos locales, según se ha mencionado. Más aún: lo anterior podría fundamentarse irónicamente, acudiendo al principio *pro homine* (invocándolo, evidentemente, solo para la madre o en favor de terceros), a fin de otorgar una mejor protección a los ya nacidos (y de llevar las cosas al límite, siempre que no sean incapaces absolutos), los únicos realmente considerados personas por este fallo, so pena de responsabilidad internacional del Estado.

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

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

5. *Algunas conclusiones*

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

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

Por eso, si bien resulta evidente que las realidades jurídicas no pueden permanecer estáticas, las modificaciones al actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las que se ha hecho referencia, y cuya puerta de entrada han sido las reglas de interpretación que la Corte se ha dado a sí misma, están alterando profundamente la propia Convención¹⁰², incluso

¹⁰² Una opinión similar manifiesta VIO GROSSI: “Ciertamente, los comentarios incluidos en este voto disidente se han hecho considerando, no lo que el intérprete desea, sino lo que el Derecho expresa. Igualmente, se ha tenido en cuenta que a la Corte le corresponde interpretar y aplicar la Convención y no asumir la función que le compete a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni la función normativa, la que le corresponde a los Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar la Convención Y, final y especialmente, se ha tenido presente que de lo que se trata es precisar lo que la

yendo contra su texto expreso, tanto desde una perspectiva sustantiva como adjetiva, de manera rápida, constante y hasta imposible de prever.

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

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

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

Mención aparte merece, en tercer lugar, el polémico tema del control de convencionalidad. No solo porque al no estar contemplado por ella, distorsiona completamente el espíritu inicial de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también porque, como se ha dicho, viene

voluntad de los Estados expresaron en la Convención y acuerdos y práctica posteriores, de suerte de poder exigirles aquello a lo que efectivamente se comprometieron” (pp. 1-2). “En rigor, en ello se ponen en juego no solo concepciones jurídicas, sino también filosóficas, morales, éticas, religiosas, ideológicas, científicas y de otros órdenes, todas las cuales muy legítimamente concurren, en tanto fuentes materiales del Derecho Internacional, a la formación de la correspondiente norma jurídica, la que, empero, luego solo tiene que ser interpretada acorde a las fuentes formales del Derecho Internacional” (p. 22). Por eso advierte que deben ser los Estados quienes regulen la cuestión debatida. “De no hacerlo, se corre el serio riesgo, como en alguna medida acontece en autos, no solo de que la Corte incursione en temas de esta naturaleza, los que, por lo mismo, reclaman un pronunciamiento más político, sino también que se vea obligada a asumir dicha función normativa, desnaturalizando su función jurisdiccional y afectando así el funcionamiento de todo el sistema interamericano de derechos humanos” (p. 22).

a ser un auténtico cataclismo para los ordenamientos jurídicos locales – fruto de este efecto explosivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos–, creando así una grave falta de certeza.

Lo anterior no solo indicaría que para la Corte los ordenamientos domésticos no tendrían ninguna importancia (se ha hablado a este respecto del “principio de irrelevancia del derecho interno”¹⁰³), sino además que se pretendería instaurar un *monismo jurídico total*, en que los derechos nacionales vendrían a ser simplemente obedientes aplicadores de las directivas internacionales.

Sin embargo, resulta evidente que lo anterior equivale, entre otras cosas, a la casi anulación de la autodeterminación de los pueblos, lo que podría colocar en entredicho la necesidad y utilidad de los cargos de elección popular, e incluso la misma razón de ser de la democracia.

Es por eso que a nuestro juicio, y como corolario, uno de los aspectos fundamentales a tener en cuenta es si la Corte Interamericana tiene legitimidad para autoatribuirse todas estas potestades, tanto sustantivas como adjetivas, porque parece evidente que no fueron estas las reglas del juego ni las condiciones a las que se obligaron realmente los Estados al suscribir la Convención Americana, ni tampoco al aceptar la competencia de este tribunal.

Esta situación no hace sino generar una peligrosa desconfianza en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, lo que de no enmendarse, podría llevar a su fracaso. De ahí que este importante asunto requiera de un muy amplio debate, que vaya mucho más allá del ámbito académico, como corresponde a sociedades verdaderamente democráticas.

6. Bibliografía

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Afinando las cuerdas” de la especial articulación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1, Talca, 2013.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo “El Control de Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24.5.12”, en *Estudios Constitucionales*, año 10, N° 2, Talca, 2012.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador”, en *Estudios Constitucionales*, año 7 (1), Talca, 2009.

¹⁰³ Si bien desde una postura crítica a este principio, Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Sobre la declaración de inaplicabilidad...”, *op. cit.*, p. 456.

- ALBANESE, Susana, “La fórmula de la cuarta instancia”, en LexisNexis, N° 0003/001051 [fecha de consulta: 23 de junio de 2014].
- AMAYA VILLARREAL, *Álvaro Francisco*, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, en *International Law*. Revista colombiana de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, N° 5, 2005, Bogotá.
- ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Tecnos, 1998.
- BARBOSA DELGADO, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática”, en ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑEZ POBLETE, Manuel (COORDS.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Unam, 2012.
- BAZÁN, Víctor, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconveniencias omisivas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo, 2010.
- BECCERRA RAMÍREZ, Manuel, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en GARCÍA RAMÍREZ, Manuel; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya, *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, año 15 (1), Talca, 2009.
- BERNALES ROJAS, Gerardo, “La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos”, en *Ius et Praxis*, año 13 (1), Talca, 2007.
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, “La recepción de jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en tribunales nacionales. Apuntes para su estudio”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; SALAZAR UGARTE, Pedro (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Unam, 2011.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> [fecha de consulta: 14 de mayo de 2014].
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, en *Estudios Constitucionales*, año 9, (2), Talca, 2011.

- CRAWFORD James, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado*, Madrid, Dykinson, 2004.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, “Aplicación judicial en Chile del ‘*ius cogens*’ como manifestación de la internacionalización del derecho interno en materia de protección de la dignidad humana”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XL (1), Valparaíso, 2013.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, “Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario”, en *Estudios Constitucionales*, año 10 (2), Talca, 2012.
- ENGELHARDT, Tristram, *Los fundamentos de la Bioética*, Barcelona, Paidós, 1995, traducción de I. Arias, G. Hernández, y O. Domínguez.
- EVA PARADA, María José, “Chile ante el Sistema Interamericano: el caso Palamara”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 2, Santiago, 2006.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 2, Talca, 2013.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.), *Derechos humanos; un nuevo modelo constitucional*, México, Unam, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MÖLLER, Carlos María, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, año 10 (2), Talca, 2012.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV, *Protección internacional de los derechos humanos*, disponible en http://app.vlex.com/#vid/452375/graphical_version [fecha de consulta: 2 de abril de 2014], 2007.
- FRÍES MONLEÓN, Lorena, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, Santiago, 2012.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana, “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 (3), Santiago, 2007.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, año V, N° 28, Puebla, 2011.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA

- HERNÁNDEZ, Mireya (Coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- GARCÍA SAYÁN, Diego, “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2009.
- GEORGE Robert P., “La ética del embrión”, en *Moral Pública. Debates actuales*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2009, traducción de Miriam Rabinovich.
- GÓMEZ ROBLEDOS, Juan Manuel, “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 5, Santiago, 2009.
- HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, “La polisemia del control de convencionalidad interno”, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 24, Bogotá, 2014.
- HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, *Las fuentes formales del Derecho*, Santiago, Legal Publishing, 2009.
- HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, “La oportunidad del control de constitucionalidad de los tratados: improcedencia del control represivo”, en *Microjuris.com* MJCHMDJ193 versión PDF [fecha de consulta: 17 de octubre de 2012].
- HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto ‘erga omnes’ de las sentencias de la Corte Interamericana)”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 2, Talca, 2013.
- HITTERS, Juan Carlos, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, año 10 (2), Talca, 2012.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, año 7 (2), Talca, 2009.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, Santiago, 2012.

- IVANSCHITZ BOURDEGUER, Bárbara, “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1, Talca, 2013.
- MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999.
- MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio, “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en MASSINI, Carlos; SERNA, Pedro (Eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998.
- MEIER GARCÍA, Eduardo, “Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, año 9 (2), Talca, 2011.
- MÉNDEZ-SILVA, Ricardo, “Judicialización y atavismos”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- MENA PARRAS, Francisco Javier, “La sentencia *A, B y C contra Irlanda* y la cuestión del aborto: ¿Un ‘punto de inflexión’ en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, Santiago, 2012.
- MOURE, Ana María, “El Defensor Interamericano y la defensa de los derechos del niño. Caso Furlán”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 3, Santiago, 2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1, Talca, 2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 1, Santiago, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLV, N° 135, septiembrediciembre, México, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, año 10, N° 2, Talca, 2012.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos humanos”, en ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑEZ POBLETE, Manuel (Coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Unam, 2012.



- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, "Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad", en *Estudios Constitucionales*, año 8 (2), Talca, 2012.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, "Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia", en *Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios*, año 2, N° 4, Valparaíso, 2011.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, "Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona", en *Ius et Praxis*, año 14 (2), Talca, 2008.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, "Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional", en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año v, N° 28, 2011, 2011.
- PACHECO PULIDO, Guillermo, *Control de convencionalidad. Tratados internacionales de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2012.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, "La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso *Artavia*", *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, año 1 (2) 2013, 2013.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, "Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación", en *Ius et Praxis*, año 18 (1), Talca, 2012.
- PEREYRA ZABALA, Gastón, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos", en *Revista de Derecho*, N° 6, Montevideo, 2011.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, "¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia 'A, B y C v. Irlanda', del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, año 9, N° 2, Talca, 2011.
- RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, "Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos", GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- RODRÍGUEZ MORELIÓN, María Engracia del Carmen, "La recepción de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos", en GARCÍA RAMÍREZ, Manuel; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya, *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica", en *Ius et Praxis*, año 9 (1), Talca, 2013.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en *Estudios Constitucionales*, año 8 (1), Talca, 2010.

- SAGÜES, Néstor Pedro, “El ‘Control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf> [fecha de consulta: 26 de mayo de 2014].
- SAGÜES, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf> [fecha de consulta: 27 de noviembre de 2013].
- SANTIAGO, Alfonso, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, en *Persona y Derecho*, vol. 60, Pamplona, 2009.
- SINGER, Peter, *Liberación animal*, Madrid, Trotta, 1999, traducción de Paula Casal.
- SINGER, Peter, *Ética práctica*, 2ª edición, Madrid, Akal, 2009.
- SPAEMANN, Robert, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en MASSINI, Carlos; SERNA, Pedro (Eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998.
- SPAEMANN, Robert, “¿Es todo ser humano una persona?”, en *Persona y Derecho*, vol. 37, traducción de Ezequiel Coquet, Pamplona, 1997.
- SPAEMANN, Robert, “La naturaleza como instancia de apelación moral”, en MASSINI, Carlos (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- TAPIA VALDÉS, Jorge, “Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario”, en *Estudios Constitucionales*, año 6 (2), Talca, 2008.
- VÁSQUEZ, Luis Daniel; SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Unam, 2011.

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA

- Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154.
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158.
- Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162.
- Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C N° 221.
- Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C N° 257.

Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013.

OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Declaración de Guanajuato. Disponible en www.declaraciondeguanajuato.org/# [Fecha de consulta: 20 de junio de 2014].

Artículos de San José. Disponible en: http://www.sanjosearticles.com/?page_id=204&lang=es [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2012].

El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 3 de agosto de 2011. Sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de la ONU. Disponible en http://www.sxpolitics.org/wp-content/uploads/2011/09/report_ingles_grover.pdf [Fecha de consulta: 13.11.12].