

“ARTAVIA MURILLO”, “BEATRIZ”, Y LA DISOLUCIÓN DEL RULE OF LAW

POR PILAR ZAMBRANO¹

1. Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicitó a la Corte Interamericana (Corte IDH) que inste al Estado de El Salvador a que “remueva los obstáculos de derecho a la posibilidad de interrumpir el embarazo [abortar] en situaciones de inviabilidad o incompatibilidad del feto con la vida extrauterina, así como de riesgo a la vida, y riesgo grave a la salud e integridad personal de la madre”. Asimismo, ha solicitado que se le inste a diseñar “políticas públicas, programas de capacitación, protocolos y marcos guía para asegurar que el acceso a la interrupción del embarazo como consecuencia de la anterior adecuación legislativa sea efectivo en la práctica, y que no se generen obstáculos de hecho [...] que afecten su implementación”².

Esta doble pretensión impacta de forma directa y principal tanto sobre la actual legislación penal de El Salvador, como sobre el conjunto de normas que integran sus políticas de salud sexual y reproductiva. Tomadas integralmente, ambos tipos de normas protegen la vida por nacer desde la concepción, en sintonía con el texto de la Constitución, cuyo artículo 1, inciso 2, reconoce el derecho a la vida desde la concepción³.

1. Doctora en Derecho. Profesora de Filosofía del Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, España. Además, ha participado como *amicus curiae* ante la Corte IDH en el caso “Beatriz vs. El Salvador”. Correo electrónico: pzambrano@unav.es.

2. CIDH, Informe No. 9/20, Caso 13.378, Informe de Fondo, “Beatriz vs. El Salvador”, OEA/Ser.L/V/II.175, 3 de marzo de 2020, recomendaciones 3 y 4 (en adelante, CIDH, Informe No. 9/20).

3. Una sintética y actualizada descripción del *corpus* legislativo de El Salvador en materia de aborto y derecho a la vida por nacer puede verse en SOLÍS JIMÉNEZ, JOSÉ G., “Derecho Fundamental a la Vida y aborto en El Salvador. Un análisis a partir del sistema constitucional,

Tal como apuntó el comisionado Orellana en su disidencia al informe de fondo de la CIDH, ambas solicitudes se asientan sobre la premisa normativa según la cual los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) estarían obligados a garantizar un derecho de libertad e, incluso, un derecho prestacional al aborto⁴.

Ante la ausencia de toda referencia al aborto en el texto de la Convención, la Comisión asienta su solicitud en la “interpretación autorizada” del artículo 4.1 de la CADH, realizada por la Corte en el precedente “Artavia Murillo”⁵.

En este trabajo argumentamos que la línea interpretativa comenzada por la Corte IDH en “Artavia” –y no simplemente continuada, sino también expandida por la CIDH en “Beatriz”– revela una comprensión subyacente acerca de la naturaleza de sus competencias interpretativas. Ambos órganos asumen que tienen la potestad e incluso el deber de transformar el significado del texto de la CADH, al son de lo que ellos mismos perciben como un progreso moral.

En vistas a exhibir este horizonte comprensivo de fondo, comenzamos por analizar el *iter* argumentativo desplegado por la Corte en “Artavia” y continuado por la CIDH en “Beatriz”, advirtiendo que cae una y otra vez en una circularidad tautológica. Sostenemos que esta tautología es la ineludible consecuencia de la teoría convencionalista del significado de los textos asumida por ambos órganos. Se advierte, en último lugar, que esta teoría conlleva un giro ineludible en lo que concierne a la naturaleza del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), desde una práctica jurídica sujeta al ideal del *Rule of Law* hacia una práctica política débilmente institucionalizada, que difícilmente se pueda conciliar con la finalidad última de garantizar en igualdad de condiciones la dignidad inherente a todo ser humano.

2. Personalidad jurídica y obligación estatal de proteger el derecho a la vida: una conexión conceptual

El texto de la CADH no menciona de forma explícita al aborto en ninguno de sus artículos. En cambio, extiende la personalidad jurídica a todo

internacional y regional de Derechos Humanos”, *DADUN*, España, 2022, p. 6. Disponible en: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/65233> (fecha de consulta: 18/7/ 2023).

4. CIDH, Informe No. 9/20, voto disidente Comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana, párr. 10, p. 71.

5. CIDH, Informe No. 9/20, párrs. 146-147, pp. 33-34; CORTE IDH, “Caso Artavia Murillo y otros (*Fecundación in Vitro*) vs. Costa Rica”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257.

ser humano sin distinción, con independencia de que haya nacido o no, en al menos dos instancias. Primero, en el artículo 1.1, que establece que: “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, *sin discriminación alguna por motivos de [...] nacimiento* o cualquier otra condición social”.

En segundo término, en el artículo 4.1, que nombra a toda “persona” como titular del derecho a la vida, y agrega que este derecho “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. No se afirma que el valor vida –o la vida humana sin más– será protegida desde la concepción. Lo que se afirma es que el *derecho* a la vida será protegido desde la concepción. Y puesto que no hay derecho sin titular, no puede sino concluirse, una vez más, que a los efectos de la CADH la personalidad jurídica comienza con la concepción.

Las obligaciones que se siguen del reconocimiento de la personalidad jurídica desde el momento de la concepción están explícitamente enunciadas también en ambos artículos: respetar y garantizar sin distinción por razón de nacimiento todos los derechos incluidos en el catálogo de la convención (artículo 1.1); y garantizar con la fuerza de la ley la vida humana, en general, desde la concepción (artículo 4.1).

Cuando, como ocurre con el *nasciturus*, el aborto voluntario representa la amenaza más extendida a la continuidad de su vida, no parece que pueda objetarse *in totum* la razonabilidad de su penalización. En este sentido, cabe traer a colación la advertencia de la Suprema Corte norteamericana en *Roe v. Wade* (1973), donde se cuestionaba la constitucionalidad de una ley del Estado de Texas, que penalizaba el aborto en todos los casos, excepto cuando estuviera en riesgo la vida de la madre. La Suprema Corte, que por primera vez en la historia creó un derecho de libertad al aborto, advirtió: “El apelado y ciertos *amici* sostienen que el feto es una ‘persona’ dentro del significado y lenguaje de la enmienda XIV [...] Si esta insinuación es establecida, el caso del apelante, por supuesto, cae, porque el derecho del feto a la vida estaría entonces garantizado especialmente por la enmienda”⁶.

Por su parte, en el caso “Vo. V. Francia”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) distinguió explícitamente el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), del texto de la Convención Ameri-

6. 410 U.S.113, 157-158 (1973). La traducción transcrita fue tomada de MILLER, JONATHAN; GELLI, ANGÉLICA y OTROS, *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, pp. 848-849.

cana: “A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [...] el artículo 2 de la Convención guarda silencio respecto de los límites temporales del derecho a la vida y, en particular, no define ‘toda persona’”⁷. Luego de señalar esta distinción, y de expresar que en el contexto europeo la decisión de extender la personalidad jurídica al no nacido queda dentro del margen nacional de apreciación de los Estados (*en ese contexto jurídico*), agregé que, en los casos en que un Estado reconoce al feto como titular del derecho a la vida, la protección de este derecho debe ser balanceada con la protección de los derechos e intereses de la madre⁸.

En otras palabras, ninguno de los dos tribunales extendió la personalidad jurídica al ser humano no nacido, en virtud de una interpretación de sus respectivos sistemas normativos que era, cuanto menos, discutible. Lo que en cambio sí afirmaron ambos, sin hesitación alguna, es que una vez extendida la personalidad jurídica a todo ser humano, la obligación estadual de proteger su vida con la fuerza de la ley es evidente. La Corte norteamericana en *Roe* agregó que también es evidentemente razonable concretar esta obligación general por vía de la penalización del aborto en todos los casos, excepto cuando, a juicio médico, fuera necesario para salvar la vida de la madre.

La validez de este *iter* conceptual no radica en el hecho de que lo hayan afirmado estos tribunales o ningún otro tribunal, sino más bien al contrario. La afirmación de la obligación general de proteger el derecho a la vida, con el imperio de la ley, es una implicancia de la naturaleza misma del Estado de Derecho que, en cuanto monopolizador del uso de la fuerza, tiene el poder y tiene el deber de garantizar la integridad de las personas frente a cualquier uso antijurídico de la fuerza.

Cabe en este sentido citar (paradójicamente) la advertencia de la propia CIDH, que por lo demás recoge una jurisprudencia uniforme de la Corte IDH:

“La Comisión y la Corte Interamericana han sostenido que el derecho a la vida es fundamental por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. En razón de dicho carácter, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para su pleno goce y ejercicio. Asimismo, la Corte ha indicado que el cumplimiento del artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 del mismo instrumento, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente

7. TEDH, “Vo v. Francia”, Aplicación 53924/00, 8 de julio de 2004, párr. 75.

8. *Idem*, párrs. 80 y 87.

(obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Específicamente, incluye el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para disuadir cualquier amenaza del derecho a la vida”⁹.

Llegados pues a este estadio, cabe volver sobre la pretensión de la Comisión y señalar cuál es, si alguno, su fundamento normativo. Emerge, entonces, con toda su fuerza retórica, la doble desconexión conceptual entre ser humano y personalidad jurídica, y entre derecho a la vida y obligación de proteger, articulada por primera vez en el precedente de la Corte IDH, “Artavia Murillo”. La validez jurídica (y no meramente retórica) de la pretensión de la CIDH depende, en este orden de ideas, tanto de la validez de esta fuente material, como de su posterior expansión hasta abarcar un pretendido derecho de libertad y prestacional al aborto.

En lo que sigue, se analizarán los argumentos utilizados por la Corte IDH en “Artavia”, para fundar esta doble desconexión en sentido corriente de los términos de la Convención, en el contexto de su objeto y fin (artículo 31.1 Convención de Viena de sobre Tratados (CVT)). Parafraseando una vez más a la Corte norteamericana en *Roe*, si este fundamento textual cae, *por supuesto*, cae también la pretensión de la CIDH de afirmar la existencia de un derecho al aborto o bien, lo que es lo mismo, de una obligación estadual de remover todo obstáculo de hecho y de derecho a su ejercicio.

3. “Artavia Murillo”: seres humanos sin personalidad jurídica (y derechos sin protección)

Se trataba de determinar en el caso la existencia o inexistencia de una pretendida obligación del Estado de Costa Rica de facilitar el acceso a tratamientos de fertilización *in vitro* que conlleven el descarte de embriones¹⁰. La Corte IDH no negó, ni podía negar, porque la gramática del enunciado del artículo 4.1 de la CADH se lo impedía, que el derecho a la vida se reconoce a todo ser humano desde el momento de la concepción. Por la misma razón,

9. CIDH, Informe No. 9/20, párr. 85.

10. CORTE IDH, “Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica”, párr. 62 y ss.

también la CIDH en “Beatriz” afirmó que la protección de la vida no nacida constituye un fin legítimo de cualquier regulación estadual (faltaba más)¹¹.

Lo que en cambio sí podía y debía determinar la Corte IDH era cuándo se produce la concepción de un nuevo ser humano, y cuál es el contenido mínimo de la obligación estadual establecida en la norma de proteger su derecho a la vida con la fuerza de la ley. A los efectos de resolver el primer punto, la Corte dividió la pauta interpretativa del artículo 31.1 de la CVT, como si se tratara de tres directivas que operan de forma sucesiva.

Comenzó, pues, por identificar el significado corriente del término “concepción”, utilizando las siguientes fuentes: (i) el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; (ii) el diccionario de la Real Academia vigente en la época de redacción de la CADH; (iii) un conjunto de opiniones científicas, relacionadas con la embriología y la genética¹². El resultado de esta compulsua fue la constatación de que existen múltiples usos del concepto “concepción”, que varían tanto de un contexto discursivo a otro (no se usa de forma igual en el derecho que en la ciencia, o en la bioética), como dentro de cada contexto discursivo (es decir, hay divergencias jurídicas, científicas, bioéticas, etc.). Así, mientras en algunos contextos discursivos el concepto se usa para nombrar la aparición de un nuevo ser humano en el momento de la fertilización, en otros contextos —o en distintos casos dentro de un mismo contexto discursivo—, los dos fenómenos se distinguen.

Ante esta variedad de usos, la Corte concluyó que:

“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”¹³.

Ajustarse a la directiva interpretativa según la cual no puede otorgarse prevalencia a ningún tipo de literatura filosófica o científica hubiera impli-

11. CIDH, Informe No. 9/20, párr. 146.

12. CORTE IDH, “Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica”, párrs.178-184.

13. CORTE IDH, “Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica”, párr. 185.

cado renunciar a su jurisdicción en un caso donde, precisamente, se le pedía que determinara cuál de estos usos es válido en el discurso jurídico. Por esta razón, no debe sorprender que en el siguiente párrafo procediera a otorgar prioridad a uno muy concreto, el que identifica concepción con implantación¹⁴.

Ante la obviedad de esta inconsistencia con sus propias premisas, la Corte IDH se esforzó por respaldar el análisis del pretendido “uso corriente de los términos”, con el argumento científico de que la implantación del embrión es condición necesaria de su viabilidad, muy a pesar de que acababa de apuntar que la CADH le impedía dar prioridad a una literatura científica sobre otra¹⁵.

El fundamento fáctico de este argumento no puede discutirse, al menos hasta ahora. Lo que sí es discutible es su suficiencia para justificar, en el contexto discursivo del derecho internacional de los derechos humanos, que el valor de la vida humana varía en función de su mayores o menores perspectivas de viabilidad. Lo cierto es que la ciencia no dice nada al respecto, ni puede decir nada, porque no es un asunto científico, sino jurídico (mal que le pese a la Corte IDH). En otras palabras, no es la ciencia, sino la Corte la que determina que el valor jurídico de la humana en el contexto interamericano está condicionado a su mayor o menor posibilidad de sobrevida.

Esta advertencia explica el esfuerzo suplementario de la Corte IDH por complementar su argumentación *pseudo* científica, ahora sí, atendiendo a las otras pautas contenidas en el artículo 31.1 de la CVT, esto es, al objeto y al fin del tratado en cuestión. Esta atención se concretó en tres nuevos niveles de análisis, que a los efectos de este estudio se pueden distinguir como el histórico-originalista; el intra-sistemático y el teleológico-sistemático.

En el nivel histórico-originalista se advirtió que en los trabajos preparatorios de la CADH no hubo intención de diferenciar los términos “persona” y “ser humano” y que, más aún, “[e]l artículo 1.2 de la Convención precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos”¹⁶. Tal vez debido a que este plano de estudio no avalaba su conclusión, de que debía distinguirse entre seres humanos que son personas (embriones implantados) y seres humanos que no lo son (los no implantados), la Corte avanzó hacia el estudio intra-sistemático, y focalizó el análisis en las formas de uso del concepto de persona, en el conjunto del texto de la CADH.

14. *Idem*, párr. 186.

15. *Ibidem*.

16. *Idem*, párr. 219.

Para eso, pasó por alto la prescripción contenida en el artículo 1.2 de usar los conceptos de “ser humano” y “persona” como sinónimos (constatada por ella misma algunos párrafos antes) y concluyó que el artículo 4.1 debe interpretarse “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)”, lo cual determinaría que “el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada”; y “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”¹⁷.

Para recapitular, la argumentación de la Corte IDH, en el nivel del uso corriente, acabó con la elección *pseudo* científica de una forma habitual de uso del concepto de “concepción”. La argumentación en el nivel histórico desautorizó la incorporación de este uso al contexto jurídico; y el argumento intra-sistemático se redujo a la tautología de elevar a la categoría de premisa la misma conclusión que se estaba intentando justificar (esto es, que el embrión no implantado –que indudablemente es un ser humano–, no es, sin embargo, persona a los efectos de la CADH).

4. Interpretación sistemática-teleológica, “fontium shopping”, y otra vez la tautología

Apelando a la última pauta de interpretación sentada en el artículo 31.1 de la CVT, la Corte IDH concluyó su análisis con el estudio sistemático-teleológico del significado del texto de la CADH, que se concretó en su contextualización en el Sistema Internacional de Derechos Humanos. Este último esfuerzo argumentativo pone de manifiesto una asombrosa arbitrariedad en la selección de fuentes, a la que podríamos calificar como “fontium shopping”, si parafraseamos la conocida expresión “forum shopping”.

Cabe advertir, para comenzar, que el fin último global del Sistema Internacional de Derechos Humanos se enuncia de forma explícita en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en los siguientes términos:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...], la Asamblea General proclama la presente Declaración [...] a fin de que tanto los individuos como las instituciones [...] aseguren su reconocimiento y aplicación universales”.

17. *Idem*, párrs. 222-223.

Quizá, por ser un dato obvio, pueden pasar inadvertidas las premisas epistémica y existencial que sostienen la aserción de que la dignidad es *intrínseca* a todos los individuos pertenecientes a la familia humana.

Desde el punto de vista epistémico, la inherencia conlleva la idea de que tanto la pertenencia de un individuo a la clase conceptual “familia humana”, como su valor absoluto (la dignidad), son datos evidentes en sí mismos. Datos que se reconocen como dados a la razón humana y no, en cambio, como fruto de algún tipo de consenso o acuerdo. Este sentido epistémico del concepto de inherencia se extiende también al objeto de los derechos incluidos en el catálogo del Sistema Internacional de Derechos Humanos, que se conciben, así, como bienes humanos inherentemente inteligibles y no, en cambio, como fruto de algún tipo de atribución¹⁸.

Desde el punto de vista existencial, la noción de inherencia justifica de forma directa el juicio de la “igualdad” y la “inalienabilidad” de los derechos. Si los derechos son iguales para todos, es porque sus titulares, todos los miembros de la familia, son inherente y por ello igualmente dignos. Y si son inalienables, es porque no puede legítimamente negarse lo que tampoco se ha otorgado libérrimamente¹⁹.

Puede decirse, sobre esta base, que cualquier referencia, en el texto de cualquier convención de derechos humanos, a la inherencia de la dignidad o de cualquiera de los derechos es una reafirmación del propósito último de reconocer (no de crear) y preservar el valor absoluto de todo miembro de la especie humana sin distinción. La referencia a la inherencia de la dignidad y los derechos es también, por esta misma razón, una invalidación de toda concepción del derecho internacional de los derechos humanos que lo reduzca a un orden institucional destinado a construir consensos, que se atribuyen la autoridad para excluir a ciertos seres humanos sin más, o bien para devaluar la protección de unos en favor de otros, en función de datos contingentes, como el nacimiento, la mayor o menor capacidad física de ejercer potencias típicamente humanas, o incluso la integridad moral del sujeto²⁰.

18. Un desarrollo más amplio de este argumento puede verse en: ZAMBRANO, PILAR, “Del ciudadano pasivo-defensivo al ciudadano activo-colaborador y sospechoso. Apuntes para un debate racional acerca de la legitimidad jurídica del modelo penal de ciudadano”, en SÁNCHEZ OSTIZ, PABLO (dir.), *Medio siglo de derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional*, Comares, Granada, 2021, pp. 218 y ss.

19. *Ibidem*.

20. Véase ZAMBRANO, PILAR, “La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente para el uso del concepto de dignidad en la argumentación judicial”, *Prudentia Iuris*, 94, 2022, pp.

Si volvemos, pues, a la decisión en “Artavia”, la primera manifestación de “*fontium shopping*” es la completa omisión de toda referencia a este preámbulo, como fuente de conocimiento del fin último compartido por el SIDH y el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

Por lo demás, junto al preámbulo, se yerguen todos los enunciados normativos contenidos en las convenciones internacionales del Sistema Internacional de Derechos Humanos, que explícitamente extienden la personalidad jurídica a todo ser humano, como el artículo 6 de la DUDH; el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Consciente de este punto, la Corte IDH desarrolló cuatro contra-argumentos, que manifiestan todavía con mayor vigor la reducción de la interpretación sistemática-teleológica a una suerte de “*fontium shopping*”.

La primera estrategia consistió, lisa y llanamente, en omitir toda mención a su existencia, como ocurrió en relación con artículo 6 de la DUDH. La segunda consistió, una vez más, en la tautológica elevación a premisa de la conclusión interpretativa que se intentaba justificar. En esta línea, replicando la falacia de la Corte norteamericana en *Roe v. Wade*, la Corte regional afirmó que los artículos 1 y 6.1 de la CDN excluyen al no nacido porque no lo mencionan de forma expresa²¹. La falacia de este argumento *a contrario sensu* no radica tanto en sí mismo, como en el uso simultáneo, en la misma decisión, de la extensión analógica del derecho a la privacidad hacia el (tampoco mencionado) derecho a la salud reproductiva.

La tercera estrategia consistió en contrastar el sentido literal-gramatical de todos estos enunciados, con un pretendido sentido histórico, que surgiría de los correspondientes trabajos preparatorios. Sostuvo en esta línea la Corte

309-324: 332; CHÁVEZ FERNÁNDEZ-POSTIGO, JOSÉ, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Palestra, Lima, 2012, pp. 99 y sigs.; SERNA, PEDRO, “La dignidad de la persona como principio de derecho público”, *Derechos y Libertades*, 4, 287-306: 291, 1995; SPAEMANN, ROBERT, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en MASSINI, CARLOS. I. y SERNA, PEDRO (eds.), *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona, 1998, pp. 94 y ss. Todos estos autores coinciden en vincular la dignidad al hombre en cuanto hombre, y distinguirla, entre otras, de la dignidad “moral”, que se predica de una especial forma de comportamiento. Sobre el uso de esta misma distinción en el plano judicial, puede verse RAO, NEOMI, “Three Concepts of Dignity in Constitutional Law”, *Notre Dame Law Review*, 86, 2013, pp. 183-272: 187; CAROZZA, PAOLO, “Human Rights, Human Dignity and Human Experience”, en MCCRUDDEN, CHRISTOPHER (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford University Press for the British Academy, Oxford, 2013, pp. 615-629, p. 616.

21. CORTE IDH, “*Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica*”, párr. 231.

IDH que los trabajos preparatorios del artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos manifiestan que “el término ‘nacen’ se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración”²². En relación con los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP, indicarían “que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas”²³. Finalmente, en lo que concierne al artículo 1 de Convención sobre los Derechos del Niño, advirtió que, si bien el Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”, “los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida”²⁴.

Aun si se deja a salvo lo falible de estas constataciones históricas, el recurso a los trabajos preparatorios como criterio interpretativo prioritario se aparta de las pautas establecidas en los artículos 31.1 y 32 de la CVT, según las cuales la indagación histórica es un método auxiliar para los casos de duda o penumbra. No es válido, en otras palabras, contraponer el sentido histórico –que distinguiría entre seres humanos nacidos y no nacidos– con el sentido del texto que los equipara.

La cuarta y última estrategia consistió en reforzar la lectura histórica con los resultados de la labor de algunos órganos de control no jurisdiccional del Sistema Internacional de Derechos Humanos, y con jurisprudencia seleccionada de otros tribunales regionales de derechos humanos.

En relación con los órganos de control no jurisdiccional, el tribunal trajo a colación las observaciones generales No. 6 y 17 del Comité de Derechos Humanos, y sus observaciones finales a los Estados, señalando que se abstienen de extender el derecho a la vida al no nacido, al tiempo que advierten que “se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro”²⁵. En el mismo orden de ideas, recogió los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que dejarían “en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los

22. *Idem*, párr. 224.

23. *Ibidem*, párr. 225.

24. *Idem*, párr. 231.

25. *Idem*, párr. 226.

derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación”²⁶.

En este estadio, el “*fontium shopping*” no se manifestó tanto en el contenido de las fuentes seleccionadas, que por primera vez sí avalan la interpretación de la Corte, como en su calidad de “fuentes”. En efecto, no hay ni debería haber mayor discusión acerca del carácter meramente informativo de un informe, y recomendatorio de una recomendación (valga la redundancia). Es cierto que algunos autores atribuyen una pretendida fuerza vinculante a los informes finales y a las recomendaciones, con fundamento en el principio de buena fe prescrito en el artículo 26 de la CVT²⁷. Contra esta sugerencia, cabe advertir, en primer lugar, que esta misma prescripción de buena fe en la interpretación de los tratados obliga a los órganos internacionales a hacer un ejercicio de *self-restraint* en su labor de control, sujetándose siempre al sentido corriente de los términos de los tratados, en el contexto de su objeto y de su finalidad (artículo 31.1, CVT). Este *self-restraint* se concreta, entre otras medidas, en abstenerse de imponer interpretaciones extensivas de los derechos explícitamente reconocidos, que se asientan en concepciones morales parroquiales (de un sector de la cultura política occidental), y que precisamente por su parroquialidad son abiertamente incompatibles con la pretensión de universalidad de toda convención de derechos humanos²⁸. Dicho esto, cabe agregar que existe una creciente cantidad de bibliografía que cuestiona la legitimidad de esta labor de control, con base en su parcialidad y en la extralimitación de sus competencias²⁹.

26. *Idem*, párr. 227.

27. Véase, en este sentido, VILLÁN DURAN, CARLOS, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos”, en CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de Derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 102-103.

28. Hemos desarrollado más ampliamente este argumento en ZAMBRANO, PILAR, “Principios fundamentales e inteligibilidad del Derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción”, *Dikaion*, 23-2, 2014, pp. 430 y ss. Véase, en igual sentido, GARCÍA ESCOBAR, GABRIELA, “A Personalistic Approach to Human Rights: Shifting Prevailing Philosophical Assumptions”, *Persona y Derecho*, 85, 2021, pp. 45 y ss.

29. BINCHY, WILLIAM, “The Unborn Children and the Irish Constitution”, en ZAMBRANO, PILAR, SAUNDERS, W., (eds.), *Unborn Human Life and Fundamental Rights*, Peter Lang, 2019, pp. 153-156; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El derecho a la vida prenatal en el Pacto de San José de Costa Rica. Interpretaciones y manipulaciones”, en BASSET, ÚRSULA y SANTIAGO, ALFONSO, (coords.), *Tratado de derecho convencional y constitucional de derecho de la familia y de las personas*, La Ley, Buenos Aires, 2022, pp. 28 y ss.

En lo que concierne a la jurisprudencia de otros tribunales regionales, la Corte IDH hizo especial referencia a la parte de la decisión del TEDH, en el ya citado caso “Vo. v. Francia”, donde se afirmó que, en el contexto europeo, la decisión de extender la personalidad jurídica al no nacido queda dentro del margen nacional de apreciación de los Estados; y se advirtió que los Estados que opten por reconocer al feto como titular del derecho a la vida, deben balancear su protección con los derechos e intereses de la madre³⁰.

En este punto, además de la más que discutible calidad de fuente material de estas sentencias, el “*fontium shopping*” vuelve a recaer sobre las muchas reglas de precedente que pueden inferirse de su lectura. Cabe preguntarse, en efecto, por qué no reparó la Corte IDH en la premisa normativa de esta decisión, según la cual es razonable que los Estados protejan la vida humana no nacida con la fuerza de la sanción penal, una vez que reconocen su existencia desde la concepción.

La última y quizá más evidente muestra de “*fontium shopping*” tiene que ver con la selección de jurisprudencia constitucional comparada en materia de aborto. Entre otras muchas muestras de elección no justificada por la Corte IDH, quizá la más audaz sea del caso *Roe v. Wade*, que usa para sostener su conclusión de que el interés de los Estados en proteger la vida humana no nacida debe ser siempre balanceado con los derechos e intereses de la madre. Lo sorprendente de la cita no radica, claro está, en la necesidad de sujetar toda regulación penal al escrutinio de razonabilidad, sino en la total omisión a la advertencia de la Corte de que, si se probara la personalidad jurídica del feto, “el caso del apelante, por supuesto, cae[ría], porque el derecho del feto a la vida estaría entonces garantizado especialmente por la enmienda”.

Por lo demás, y para acabar, llama también la atención que la Corte IDH omitiera toda referencia a decisiones constitucionales existentes en su propia jurisdicción territorial, que interpretando el artículo 4.1 de la CADH, afirmaron la existencia del derecho a la vida, así como la correspondiente obligación estadual de brindar igual protección a todo ser humano desde el momento de la concepción-fecundación³¹.

30. TEDH, “Vo v. Francia”, párr. 239.

31. CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN, Argentina, “T.S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, *Fallos* 324:5 (2001); “Portal de Belén. Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”, *Fallos* 325:292 (2002); TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO, Sentencia ROL-740 (2008); TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, STC N° 02005-2009-PA/TC.

5. De la tautología a la disolución de los textos

La Corte IDH, en “Artavia”, no solamente limitó la extensión de la concepción y la personalidad jurídica a los seres humanos ya implantados; sino que además condicionó el peso de la obligación de proteger a la mayor o menor perspectiva de viabilidad extrauterina³². La CIDH tomó la posta y avanzó aún más en esta línea, solicitando que se impere a El Salvador a despenalizar el aborto cuando represente un riesgo para la “integridad personal de la madre”, y en situaciones de “incompatibilidad con la vida extrauterina”. La amplitud o incluso vaguedad del concepto de “riesgo para la integridad personal”; así como el condicionamiento del derecho a la vida del feto a su salud física, permiten concluir que la CIDH niega lo que para la Corte de *Roe v. Wade* era evidente. Esto es, que la contracara del derecho a la vida es siempre, conceptualmente, la obligación estadual de protegerla con la fuerza de la ley penal, frente a amenazas ciertas y generalizadas.

Teniendo en miras la tautológica argumentación con la que uno y otro órgano justifican su interpretación, junto a la explícita proscripción en el artículo 1.1 de la CADH, de utilizar al nacimiento como criterio para establecer distinciones en la forma de proteger los derechos, se abre un segundo nivel de interrogantes, relativos esta vez al horizonte comprensivo que subyace a la decisión de la Corte IDH, y con más fuerza aún, a la pretensión de la CIDH.

Se trata, en concreto, de responder al menos tres preguntas. En primer lugar, ¿qué pauta, si alguna, surge del artículo 31.1 de la CVT para la comprensión e interpretación de los textos de los tratados? Utilizando la imagen de los textos como “árboles vivos”, que crecen a golpe de nuevas interpretaciones, ¿asumen acaso la Corte IDH y la CIDH la existencia de algún límite o piso semántico, o se conciben en cambio como detentadores del poder de construir el significado de los textos *ex nihilo*?³³ En la respuesta a este interrogante se juega la respuesta a la cuestión relativa a la naturaleza del SIDH:

32. CORTE IDH, “Artavia Murillo”, párr. 264.

33. La expresión fue clásicamente acuñada por Wilfred Waluchow en WALUCHOW, WILFRED, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006. Esta concepción del significado de los textos está en la base de las teorías de la interpretación judicial que, inspiradas en la obra de Ronald Dworkin, se suelen categorizar como “interpretivismo”. Véase sobre este concepto GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, “El constitucionalismo jurídico, o la irrelevancia del juspositivismo”, *Persona y Derecho*, 79-2, 2018, pp. 51-114: 75; y ZAMBRANO, PILAR, “La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente para el uso del concepto de dignidad en la argumentación judicial”, pp. 319 y ss.

¿Es el SIDH una práctica auténticamente jurídica, o es más bien una práctica política débilmente institucionalizada? Todo lo cual incide, por necesaria conexión conceptual, en la solución al último y más fundamental problema: ¿desde y hacia qué concepción de dignidad orientan su labor interpretativa –jurídica o política– los órganos de control del SIDH?

6. No hay significado sin contexto

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados estipula en su artículo 31.1 que los tratados han de interpretarse, “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Si se advierte bien, la norma asocia el sentido corriente de los términos de los Tratados, con el contexto en el que se los usa; y además estipula que este contexto viene determinado por el objeto y el fin del Tratado. El artículo recoge, por esta vía, una noción bastante extendida acerca la naturaleza del significado, así como de las condiciones que lo hacen reconocible y que, por lo mismo, tornan viable su comprensión. Según esta noción, el significado de los conceptos se manifiesta en su uso, que varía de contexto en contexto.

Desde el punto de vista de la comprensión, la contextualidad del significado conlleva dos pautas bastante claras: primero, para comprender el significado corriente (o habitual) de un enunciado es preciso observar cómo se lo usa de modo habitual en su contexto habitual. Segundo, para identificar el contexto y el modo habitual de uso, es preciso identificar la práctica social dentro la cual acaece³⁴.

Así, se dirá que el concepto de “privacidad” posee diversos significados, según el contexto en el que se use este concepto. En el derecho constitucional norteamericano, este significado se manifiesta en su uso por parte de la Suprema Corte de ese país, en los casos en los que aplicó la Enmienda XIV. En el contexto europeo, el significado se manifiesta en el uso por parte del TEDH del artículo 8 del CEDH. En el contexto interamericano, finalmente, en la aplicación del artículo 11 por parte de la Corte. Cuando existan muchos usos diversos dentro de un mismo contexto discursivo, la inferencia del significado

34. MARMOR, ANDREI, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2nd edition, 1992 [2005] pp. 102, 103, 115.

exigirá de parte del intérprete que determine cuál es el “uso paradigmático” o habitual, y cuáles son, en cambio, los usos derivados³⁵.

Todo esto supone, claro está, que el intérprete es capaz de distinguir una práctica social de otra, lo cual es posible atendiendo al tipo de acciones que conforman su objeto, lo que a su vez involucra la capacidad de distinguir sus fines o propósitos específicos. Así, podría decirse que el derecho constitucional norteamericano está configurado por las acciones realizadas por los órganos encargados de crear, interpretar y aplicar normas de derechos fundamentales, con el objetivo o fin último de garantizar la vida, libertad y propiedad de los ciudadanos (Enmienda XIV). En cambio, el SIDH estaría configurado por todas las acciones institucionales que crean, interpretan y aplican los derechos humanos recogidos en la CADH, en vistas a garantizar “los derechos esenciales del hombre”, que tienen como fundamento a los “atributos de la persona humana” (preámbulo).

Cuando se hilvana lo dicho, se comprende por qué el artículo 31.1 de la CVT no hace referencia al “sentido corriente de los términos” sin más, sino al sentido corriente *en el contexto* del objeto y del fin de cada tratado o bien, lo que es lo mismo, en el contexto de la práctica jurídica regulada por cada tratado. La razón es, simple y puramente, que el significado corriente de los términos no existe como tal de forma pura e independiente al objeto y fin de las prácticas en cuyo contexto se los usa.

7. De la disolución del significado a la disolución de la juridicidad

La simplicidad de la explicación anterior no puede sino generar sospechas por demás justificadas en el lector. Como apuntó Alexy tempranamente en su *Teoría de la argumentación jurídica*, el primer y más obvio problema radica en determinar cómo identificamos la práctica social dentro de la cual acaece el uso paradigmático de los conceptos, y partir del cual inferiremos luego su significado corriente³⁶. Más concretamente, ¿quiénes tienen autoridad en cada práctica social para construir el significado, con el uso? ¿Cuáles son los usos paradigmáticos que revelan o construyen el significado corriente

35. *Idem*, pp. 15-16; y también MARMOR, ANDREI, *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011, p. 148.

36. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. ATIENZA, MANUEL y ESPEJO, ISABEL, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2da. edición, 2007, pp. 185-187.

de los enunciados? Finalmente, ¿cómo se infiere el significado corriente a partir del uso paradigmático?³⁷.

Con relación a la pregunta por el quién, la cuestión es absolutamente pertinente en el derecho internacional y regional de los derechos humanos, cuya principal cualidad es la desestructuración de las fuentes y la consiguiente naturaleza “multinivel” del proceso de construcción del discurso jurídico correspondiente³⁸. En este sentido, apuntó Francesco Viola, hace algún tiempo, que una característica notoria de nuestras prácticas jurídicas actuales es el reemplazo del sistema legal, que se caracterizaba por una ordenación jerárquica y cerrada de las fuentes, por el “espacio jurídico”, cuya principal cualidad es la confluencia de varios sistemas sin una clara relación de jerarquía entre sí, en una misma jurisdicción territorial³⁹.

¿Hizo bien la Corte IDH en el caso “Artavia”, al omitir toda referencia a las decisiones de la Corte Argentina en “Tanus” y “Portal de Belén”, y a las decisiones análogas del Tribunal Constitucional chileno y del Tribunal Constitucional peruano que al interpretar el artículo 4.1 de la CADH habían concluido que la concepción se produce con la fecundación? ¿Por qué le reconoció autoridad a la Corte argentina en “FAL” para construir o revelar el significado de los enunciados de la CADH, y por qué le negó esa misma autoridad a otras Cortes regionales o, incluso, a la misma Corte argentina en los casos anteriores? ¿Es simplemente una cuestión de tiempo –la decisión posterior anula la anterior– lo que determina la autoridad de las Cortes nacionales para construir el significado del discurso regional de los derechos humanos?

Si se advierte que el SIDH está integrado al Sistema Internacional de Derechos Humanos, las preguntas relativas a la pertenencia a la comunidad discursiva y a la autoridad para revelar o construir significado son aún más

37. Más extensamente en ZAMBRANO, PILAR, “La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente para el uso del concepto de dignidad en la argumentación judicial”, p. 319 y ss.

38. Sobre la desestructuración de las fuentes como cualidad del derecho constitucional y convencional actual, véase GONZÁLEZ ORDOVÁS, MARÍA-JOSÉ, “El Derecho de la globalización: una propuesta conceptual y axiológica para la nueva realidad jurídica”, *Persona y Derecho*, 85, 2021, pp. 80-82; PARIOTTI, ELENA, “*Self-regulation*, concetto di diritto, normatività giuridica”, *Ars Interpretandi*, VI-2, 2017, pp. 21-23; PATTERSMAN, ERNST-ULRICH, *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods. Methodology Problems in International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 113 y ss. Hemos defendido la necesidad de ajustar la argumentación judicial a esta nueva condición, en ZAMBRANO, PILAR, “Del ciudadano pasivo-defensivo al ciudadano activo-colaborador y sospechoso. Apuntes para un debate racional acerca de la legitimidad jurídica del modelo penal de ciudadano”, pp. 205 y ss.

39. VIOLA, FRANCESCO, “Il futuro del Diritto”, *Persona y Derecho*, 79, 2018/2, pp. 30 y ss.

incisivas: ¿Qué autoridad habrá de otorgarse a los órganos no jurisdiccionales de control? ¿Qué lugar ocupan las resoluciones de la Asamblea de la ONU, en la construcción y manifestación del significado corriente de los tratados de derechos humanos? ¿Ocupan acaso las observaciones y recomendaciones de los comités el lugar preponderante (único diríamos) que le otorgó la Corte IDH en la construcción excluyente del concepto de personalidad jurídica y en la devaluación de la obligación de proteger?

Suponiendo que avalamos la forma en que la Corte IDH y la CIDH han delimitado la comunidad de uso, emerge entonces la pregunta por el cómo. ¿Cuál es el uso paradigmático, dentro de esta comunidad, que construye y revela el significado? ¿Cuáles son las decisiones relevantes para fijar significado, y cuáles son irrelevantes? ¿Qué parte de la decisión en “Vo v. France” o *Roe v. Wade* es la que construye el significado de “proteger”? ¿Por qué no, la parte de la decisión en la que se determinó que es evidente que es razonable (o incluso obligatorio, como se afirmó en *Roe v. Wade*) penalizar el aborto, una vez reconocida la personalidad jurídica del no nacido?

Finalmente, si hemos podido justificar el quién y el cómo construye significado de los textos, todavía hay que explicar cómo inferirlo a partir del uso que se ha identificado como paradigmático. La Suprema Corte norteamericana formuló una definición del concepto de privacidad en el caso *Casey* (1992), tomando ciertos elementos de lo que identificaba como uso paradigmático del concepto en casos anteriores⁴⁰. En la reciente decisión en *Dobbs* (2022), otra composición de la Corte seleccionó estos mismos usos, pero infirió un significado diverso para el mismo concepto⁴¹.

Las dificultades para delimitar a la comunidad de uso de los conceptos, identificar los usos que construyen o revelan el significado en un determinado contexto discursivo; e inferir un significado común a partir de usos semejantes, se resuelven en un nivel de discusión algo más fundamental, que atañe no tanto al modo en que el uso de los conceptos revela el significado, sino al modo en que el uso construye el significado. Si el significado de los conceptos se construyese de forma exclusiva y excluyente con su uso dentro de ciertas prácticas sociales, la naturaleza de las cosas a la cuales aplican (su referencia), no desempeñaría ningún rol en su comprensión. Más aún, la

40. *Planned Parenthood v Casey*, 505 US 833: 851 (1992).

41. *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022) (slip. op.), pp. 9-11.

referencia estaría subordinada al uso⁴². Así, el conjunto de entes, acciones o relaciones a los que aplicaríamos los conceptos de “persona”, “privacidad”, o “igualdad” dependerían exclusivamente de cómo cada comunidad haya construido tales conceptos.

Tal como apuntaron hace un tiempo Hillary Putnam y Saul Kripke, el problema con esta noción es que se priva al intérprete de todo criterio distinto del mismo uso, para distinguir cuáles son los agentes que forman parte de la comunidad de uso, qué usos construyen y revelan el significado, y qué es preciso observar en el uso⁴³. Más aún, se priva al intérprete, incluso, de un criterio para distinguir cuál es la finalidad y el objeto de cada práctica, a cuya luz se delimita cada contexto discursivo.

Se produce la obvia consecuencia de que el intérprete acaba envuelto en una tautología o un regreso al infinito, al momento de intentar resolver a qué cosas aplican los conceptos. Y puesto que, tanto el regreso al infinito, como las tautologías, manifiestan que, en realidad, no se ha ofrecido ninguna solución, el intérprete acaba resolviendo los tres problemas discrecionalmente.

Si los objetos y fines de las prácticas sociales se construyesen sin ninguna deferencia a la realización integral de todo hombre, tanto las prácticas

42. En palabras de Quine: “Las cosas tenían esencias para Aristóteles, pero sólo las formas lingüísticas tienen significado. El significado es aquello en lo cual se convierte la esencia cuando se la divorcia de su objeto de referencia y se lo tiende sobre la palabra”, QUINE, WILLARD, W. O. (1951) [1999]: “Two Dogmas on Empiricism”, en MARGOLIS, ERIC y LAURENCE, STEPHEN (eds.), *Concepts. Core Readings*, Cambridge, Mass., MIT Press, pp. 153-169, p. 154. Una excelente explicación de la naturaleza radicalmente convencional de todas las variantes de las así llamadas por Putnam teorías “tradicionales” del lenguaje puede encontrarse en: MOORE, MICHAEL S., “Can Objectivity be Grounded on Semantics?”, VILLANUEVA, ENRIQUE (ed.), *Law: Metaphysics, Meaning, and Objectivity*, Rodopi Philosophical Studies, Ámsterdam, 2007, pp. 746 y ss. Una buena síntesis del resto de las notas típicas de estas teorías en: MARGOLIS, ERIC y LAURENCE, STEPHEN, “Concepts and Cognitive Sciences”, MARGOLIS, E., LAURENCE, S. (eds.), *Concepts: Core Readings*, Mit Press, Cambridge, Mass, 1999, pp. 3-80, pp. 8-15.

43. KRIPKE, SAUL, “Naming and Necessity”, en DAVIDSON, DONALD, HARMAN, GILBERT, (eds), *Semantics of Natural Language*, Reidel, Dordrecht, 1972, p. 253; PUTNAM, HILARY, “The Meaning of Meaning”, en GUNDERSON, KEITH (ed.), *Mind, Language and Reality*, Cambridge University Press, 1975, p. 131. Sobre el impacto de estos dos trabajos en la filosofía del lenguaje del siglo XX, véase, por ejemplo, PESSIN, ANDREW y GOLDBERG, SANFORD, “Preface” en PESSIN, ANDREW y GOLDBERG, SANFORD (eds.), *The Twin Earth Chronicles. Twenty Years on Reflection on Hilary Putnam’s “The Meaning of Meaning”*, M.E. Sharpe, Nueva York, 1996, xi-xiii.

en sí como sus respectivos discursos, serían absolutamente ininteligibles para cualquier agente ajeno a ellas⁴⁴.

Se explica así la razón de la tautología que invalida tanto la interpretación de los conceptos de “concepción” y “obligación de proteger” propuesta por la Corte IDH en “Artavia Murillo”, como su continuación en la propuesta de la CIDH en “Beatriz”.

El primer error de la Corte IDH consistió en que procuró identificar el significado corriente del concepto de “concepción”, como si este significado existiera de forma autónoma a todo uso contextual. En el intento de dar con un significado sin contexto, se topó con múltiples usos contextuales, y no dio razón (ni pudo darla) acerca de por qué eligió analizar unos (los recopilados en la RAE y algunos de los que integran el debate científico), y descartar otros (los filosóficos), ni mucho menos de por qué dio prioridad a unos sobre otros. Lo cierto es que no pudo justificar ninguna de estas elecciones porque previamente había desechado la opción de contemplar a la naturaleza de la concepción, como fenómeno biológico; a la naturaleza de la persona humana como objeto de protección de la CADH, y a la naturaleza de la obligación de “respeto”, como única forma posible de venerar su dignidad. Dado que excluyó esta contemplación, se privó de todo criterio para discriminar entre usos válidos e inválidos, relevantes e irrelevantes, de cada uno de estos conceptos. Esta elección metodológica la obligó a saltarse el *pseudo* límite del significado corriente, y a terminar dogmáticamente su argumentación, decantándose sin más por uno de los muchos usos previamente identificados⁴⁵.

Cuando más adelante intentó revestir a este corte dogmático de alguna forma de sujeción a las fuentes jurídicas, con todo el aparato de la interpretación histórica e intra-sistemática, acabó en la tautología de justificar su aserción de que el embrión no implantado no es persona, remitiéndose al párrafo en el que ella misma acababa de decantarse dogmáticamente por uno de los muchos usos identificados de los conceptos de concepción (y sus derivados, de “ser humano” y “vida humana”). Por si fuera poco, afrontó el desafío de comparar estos pretendidos hallazgos, con el uso de estos mismos

44. Un desarrollo más amplio de estas implicancias del convencionalismo semántico para la interpretación jurídica en general, en ZAMBRANO, PILAR, “Principios fundamentales e inteligibilidad del Derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción”, *Dikaion*, 2014, pp. 23-2.

45. CIANCIARDO, JUAN, “The Specification of the Right to Life of the Unborn in the Inter-American Human Rights System. A Study of the Artavia Murillo case”, en ZAMBRANO, PILAR y SAUNDERS, WILLIAM (eds.), *Unborn Human Life and Fundamental Rights. Leading Constitutional Cases Under Scrutiny*, Peter Lang, Berlín, 2019, pp. 173 y ss.

conceptos en el Sistema Internacional de Derechos Humanos. Este último recurso reabrió de forma más evidente aún la necesidad de delimitar la comunidad de uso, la forma de uso, y la forma de inferencia del significado, todo lo cual mostró a la Corte IDH en el apogeo del “*fontium shopping*”. Una muestra más, por si fuera necesaria, de la tautología o del regreso en el que se hunde cualquier discurso jurídico que se construye de espaldas a la naturaleza de su referencia.

8. De la disolución de la juridicidad a la disolución de la dignidad y viceversa

Si todos nuestros conceptos son el resultado de convenciones sociales, esto también se extiende, por supuesto, a nuestros conceptos valorativos y normativos, incluyendo el concepto de “dignidad”, que será lo que una comunidad más o menos organizada determine que es, y se predicará también de quienes esta misma comunidad decida que puede predicarse, o dejar de predicarse. Se comprende, así, que la Corte IDH negara con tanta facilidad el vínculo conceptual entre ser humano y personalidad jurídica, muy a pesar de la claridad de los textos en sentido contrario. El vínculo conceptual se puede cortar, simplemente, porque tenemos el poder de hacerlo, reconstruyendo a voluntad el significado de los sustantivos “concepción”, “ser humano” y “persona”.

Desde esta perspectiva, la dignidad no se concibe ya como un atributo inherente de todo ser humano (preámbulo de la DUDH), sino simplemente como una cualidad que se atribuye a aquellos a los que, de forma progresiva o regresiva, según el caso, se les vaya otorgando o retirando el privilegio de ser reconocidos como “personas”.

Los problemas que se derivan de esta relativización para cualquier práctica de derechos humanos son varios. En primer término, su finalidad de respeto a la igual dignidad de todo ser humano se torna irrealizable por ininteligible. La dignidad nombra el valor absoluto de la persona por lo cual, tal como lúcidamente apuntó hace un tiempo Robert Spaemann, no puede ser estipulado por un ser relativo (el hombre). Los valores absolutos se reconocen, o no existen como tales⁴⁶. En segundo orden, de la relativización de la dignidad no puede sino derivarse la relativización de la fuerza absoluta o ca-

46. SPAEMANN, ROBERT, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en MASSINI, CARLOS I. y SERNA, PEDRO (eds.), *El derecho a la vida*, Eunsa, Pamplona, 1998, pp. 94 y ss.

teórica de los derechos. Si el valor de la persona en sí es relativo, igualmente relativa será la obligatoriedad de respetar sus derechos.

Contamos ya, en fin, con todas las piezas necesarias para mostrar el horizonte comprensivo que subyace a la pretensión de la CIDH de que se garantice un derecho de libertad y, más aún, de un derecho prestacional al aborto, en un contexto normativo que enuncia de forma explícita la obligación estadual de proteger legalmente el derecho a la vida desde el instante de la concepción. La CIDH no pretende comprender, sino construir *ex nihilo* el significado de los textos. En cuanto constructora de significado, se concibe a sí misma más como un órgano político, que como un auxiliar de la función jurisdiccional de la Corte IDH.

El horizonte semántico de comprensión puede ser visto, al mismo tiempo, como causa y como consecuencia de la relativización de la dignidad de la persona. El convencionalismo semántico es causa de la relativización del concepto de dignidad, porque, si el significado del concepto carece de toda referencia objetiva a la naturaleza de la persona, la extensión de su margen de aplicación dependerá de la voluntad de quien tenga el poder de determinar su significado. El convencionalismo semántico es, al mismo tiempo, consecuencia de la relativización de la dignidad, porque si la naturaleza y la extensión de la dignidad es relativa, también lo son todos los conceptos que se fundan en ella, comenzando, por supuesto, con su contracara, el concepto de “obligación de respetar”.

9. Sinceridad, transparencia y coherencia como condiciones de la legalidad

Podría en este estadio contraargumentarse que tanto la Corte IDH como la CIDH se acogen al principio de legalidad, que prescribe que todo problema jurídico se resuelva en el estrecho límite del discurso jurídico y que, allí donde este discurso calla o es oscuro, el intérprete no tiene más opción que construirlo discrecionalmente⁴⁷.

Asumiendo estas premisas, y ante la evidencia de que la desestructuración de las fuentes del derecho potencia de forma intolerable la oscuridad del discurso jurídico (y, por lo mismo, potencia también el espacio de la discrecionalidad judicial), algunos autores restringen la obligación judicial de legalidad a la conexión de la decisión judicial con, al menos, un enunciado

47. HART, HERBERT L, *The Concept of Law*, (2nd ed.), Oxford, Clarendon Press, p. 152; MARMOR, ANDREW, *Interpretation and Legal Theory*, pp. 15-16.

jurídico; o con un subsistema normativo, dentro del conjunto total de fuentes vigentes⁴⁸. Sobre esta base, todo lo que cabría exigir a la Corte IDH y a la CIDH es que funde su interpretación en cualquier artículo de la CADH, incluso a pesar su contradicción con el significado incontrovertible de otros artículos.

Sobre esto, cabe en primer término apuntar, en línea con Robert Alexy, que la obligación de sistematicidad o coherencia en la interpretación judicial no es meramente una condición de la seguridad jurídica, sino también una concreción del principio de igualdad⁴⁹. Dicho a la inversa, construir deliberadamente líneas interpretativas contradictorias de los principios de derechos conlleva una violación del derecho a la igualdad. Esta misma racionalidad subyace, por lo demás, a las reglas de interpretación convencional de interrelación e interdependencia de los derechos, de asentado uso tanto por la Corte IDH como la CIDH⁵⁰.

Sobre esta base, aun si la extensión de los derechos a la integridad, a la vida privada y a la vida familiar hasta el derecho a abortar fuera válida, desde el punto de vista del significado de estos derechos tomados aisladamente, la contradicción ineludible de esta interpretación con las obligaciones de protección correspondientes al derecho a la vida del sujeto no nacido determina necesariamente su desconexión de las fuentes vigentes.

Dejando a salvo lo dicho, aun si por un momento concediéramos que el principio de legalidad admite la existencia de contradicciones normativas intra-sistemáticas, la argumentación que precede pone de manifiesto un problema más radical. A saber, que es imposible argumentar objetivamente la validez de cualquier forma de interpretación de las fuentes jurídicas –sea tomadas aisladamente, sea tomadas sistemáticamente– cuando el intérprete asume que los tres elementos enunciados en el artículo 31.1 de la CVT –significado del texto, objeto y fin del tratado– son construcciones sociales discrecionales, sin ninguna conexión con la naturaleza de su referencia. Más exactamente, cuando se niega la inherente inteligibilidad del objeto (coordinar la acción de los Estados) y de la finalidad (en vistas a garantizar el respeto a la igual dignidad de todo ser humano) de las prácticas de derechos humanos, así como de los tipos de acciones garantizadas (el objeto de los derechos), no es

48. En el primer sentido, véase: HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL, “¿Por qué ponderar?”, *Doxa*, 41, 2018, 15-33, pp. 21 y ss.; y en el segundo ALONSO, JUAN PABLO, “Principios jurídicos y fuentes sociales del derecho”, *Doxa*, 41: 63-83 2018, p. 80 y ss.

49. Véase ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, pp. 186, 187, 231, n. 73.

50. Véase CIDH, Informe, párr. 88.

posible ser fiel al significado corriente de ningún texto convencional, por la sencilla razón de que tal significado no existe.

Llegados a este punto, cabe preguntarse cómo se concreta la deferencia a la naturaleza de las acciones reguladas por los textos de las convenciones de derechos, tanto en su interpretación, como en su argumentación. La respuesta es simple: se plasma siempre en un “ejercicio serio de filosofía”, moral y antropológica⁵¹.

Este ejercicio de reflexión es condición de posibilidad de la objetividad de la interpretación de los textos, y está por lo tanto implicado en toda decisión judicial. Tanto en las decisiones “fáciles”, en las que solo se discuten los hechos del caso, pero no así el significado de los enunciados jurídicos; como en las “difíciles”, en las cuales se discute también lo primero.

En lo que a la interpretación respecta, la diferencia entre uno y otro tipo de decisión no radica, pues, en una pretendida neutralidad moral de las decisiones fáciles, frente al compromiso moral de las difíciles. La diferencia radica, más bien, en que la reflexión moral y antropológica que subyace a la interpretación de los textos no se pone en discusión en los casos fáciles, mientras que sí se discute, en cambio, en los difíciles⁵².

El problema del aborto es un caso difícil, pues versa sobre las bases antropológicas y morales que subyacen a la comprensión de los conceptos estructurales del discurso de los derechos humanos: dignidad, persona, igualdad y obligación categórica. En esta línea, quizá haya llegado el momento de exigir tanto a los órganos de control jurisdiccional, como a los órganos de control no jurisdiccional de derechos humanos, que transparenten (y, en la medida de lo posible, justifiquen) el horizonte semántico, moral y antropológico desde el cual determinan el significado de los textos convencionales. Si no siempre, sí al menos cuando, como ocurre en el caso del aborto, es este horizonte de comprensión lo que está en discusión.

En segundo término, es tan o más exigible que estos órganos se hagan cargo de todas las consecuencias lógicas que se siguen de acoger uno u otro

51. CAROZZA, PAOLO, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. A Reply”, *The European Journal of International Law*, 19-5, 2008, 931-944, p. 937.

52. Lo que aquí llamamos “decisiones fáciles” se corresponde con lo que la literatura especializada denomina “comprensión” del texto; mientras que las decisiones “difíciles” se corresponderían con lo que esta misma literatura denomina “interpretación”. Sobres estas distinciones, véase: ZAMBRANO, PILAR, “Comprender o interpretar el Derecho. El convencionalismo semántico en su laberinto”, *Revista chilena de Derecho*, 48-3 (2021), 131-154, pp. 134 y ss.

horizonte de comprensión, tanto de los derechos recogidos en los textos como de sus propias competencias dentro del SIDH⁵³.

En este segundo sentido, cabe apuntar que una consecuencia lógica indiscutible de desconectar el significado de los textos de derechos humanos, de la naturaleza de su referencia, es privarlos de dos notas esenciales al SIDH. En primer lugar, conlleva la privación de su pretensión de universalidad, pues un significado que es una construcción social pura no puede sino ser parroquial y temporal. En segundo orden, implica la anulación de toda posibilidad de guiar decisiones, y de argumentar de forma objetiva su legalidad. Ahora bien, los textos que no guían ni constriñen decisiones institucionales –tal como se advierte en el ejercicio del “*fontium shopping*”–; operan como una suerte de “uso educado de la fuerza”⁵⁴. Se permuta de esta forma la originaria vocación jurídica de sujetar las prácticas de derechos humanos al ideal del *Rule of Law*, por una vocación de interacción política débilmente institucionalizada.

53. Un desarrollo más extenso de la conveniencia de transparentar el horizonte comprensivo de la interpretación judicial en ZAMBRANO, PILAR, “La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente para el uso del concepto de dignidad en la argumentación judicial”, p. 328 y ss.

54. La expresión es de Stanley Fish, véase FISH, STANLEY, “Almost Pragmatism: Richard Posner’s Jurisprudence (reviewing *The Problems of Jurisprudence* by Richard A. Posner)”, *University of Chicago Law Review*, 57, 1997, p. 1454.