

LO QUE REALMENTE IMPORTA NO SON LOS TRATADOS, SINO EL MODO EN QUE FUNCIONA, EN LA PRÁCTICA, EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

POR MAX SILVA ABBOTT¹

1. Introducción

Sin lugar a duda, la consagración de los derechos humanos a nivel internacional ha sido un gran paso en la lucha por evitar o al menos aminorar los abusos de los Estados sobre sus ciudadanos, al generar diferentes instancias que velan por estos derechos, sea a nivel regional o global, haciendo más difícil su vulneración, por existir más entidades constituidas para su salvaguarda.

Lo anterior explica, al menos en parte, que los derechos humanos se hayan convertido en una exigencia obligada para los Estados, no bastando para su legitimidad, tanto de cara a sus ciudadanos como frente a la comunidad internacional, con la existencia en su interior de simples mecanismos formales jurídicos y políticos (un estado de derecho, la igualdad ante la ley, una división de poderes, un sistema democrático, etc.). Hoy se exige un contenido básico, concordante con estos derechos, para lo cual se han generado los acuerdos respectivos, sea a nivel universal o regional, como en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Sin embargo, una adecuada y siempre necesaria protección de los derechos humanos exige tener reglas claras, tanto respecto de los derechos a custodiar, como del modo de funcionamiento de las instancias internacionales de protección. Y es sobre estos dos aspectos que gira el presente artículo, a pro-

1. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Profesor de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho, Universidad San Sebastián, Concepción, Chile. Correo electrónico: max.silva@uss.cl.

pósito del caso “Beatriz vs. El Salvador”, dado que en él se está debatiendo ni más ni menos que el derecho a la vida del no nacido.

Lo anterior se fundamenta en que, para comprender el real funcionamiento y los alcances que en los hechos busca tener el SIDH, hoy no basta con atenerse solo al tenor literal de los tratados que lo conforman. Si bien se trata de un elemento fundamental, por ser la base sobre la cual se ha edificado, en la actualidad resulta obligado prestar mucha atención al modo de su funcionamiento; ese cometido se logra si se comenta y relaciona entre sí diversas características de este Sistema.

Algunas de estas características provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general; otras han surgido al interior de este sistema regional sobre todo de la mano de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Mas lo importante es que tener en cuenta estas características se hace ineludible, pues, gracias a ellas, el funcionamiento y los alcances del SIDH adquieren una dimensión completamente distinta y hasta insospechada respecto de la que podría esperarse a la luz del tenor literal de estos tratados.

En atención a lo anterior y con el cometido señalado (es decir, mostrar esta diferencia entre la teoría y la práctica), el presente artículo se dividirá en dos partes. En la primera (título 2), más breve, se hará una corta y simple exégesis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el tratado clave del Sistema, de acuerdo con su tenor literal, a fin de indagar si en él se consagra o no un “derecho al aborto”. Luego, y como contrapunto, en una segunda parte, más extensa, se tratarán varias de las características del funcionamiento del SIDH que merecen atención (título 3), a fin de verificar hasta qué punto se encuentran en armonía o si se prefiere, si refuerzan –o no– la aplicación del contenido del tratado antes analizado (título 4).

Como veremos, se advierte que muchos de los argumentos que se señalarán en la primera parte se vinculan y fundamentan en otros de la segunda parte. Además, esta segunda parte se refiere al funcionamiento del SIDH en general, no en alusión a un eventual “derecho al aborto” en particular.

Finalmente, se expondrán diversas ideas a partir de lo dicho (título 5) para arribar a algunas conclusiones (título 6).

2. ¿Consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos un “derecho al aborto”?

Al menos hasta el momento, no existe ningún documento público vinculante dentro del SIDH que establezca un “derecho al aborto”. De hecho, quien

afirme lo contrario debe probarlo, mostrando no solo los instrumentos que lo consagren, sino su grado de obligatoriedad para los Estados que componen el SIDH.

Por las razones que se esgrimirán en el punto 4, se advierte que la consagración de un supuesto “derecho al aborto” en documentos internacionales no vinculantes [*soft law*] no legitima una prerrogativa semejante.

En realidad, de la sola lectura de la CADH se desprende exactamente lo opuesto: que el derecho a la vida del no nacido se encuentra especialmente protegido dentro del SIDH, salvo excepciones que, dicho sea de paso, dependerán de cada país, para casos muy acotados.

Lo anterior resulta evidente, a tenor de diversos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, parte de los cuales se reproducen aquí.

En efecto, el quid del problema de los derechos involucrados en este asunto, 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 CADH, 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: “[t]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En realidad, se estima que solo 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 malentendidos o incluso tergiversaciones, debiera acudirse al art. 4.1: “[t]oda 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”.

De esta manera, 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 otros motivos, en atención a su información genética, de que se trata de un miembro de la familia humana. De hecho, los padres no están preocupados por que su hijo en gestación pueda pertenecer a otra especie, sino por 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, como por lo demás, ocurre con muchos derechos humanos, cuyo ejercicio “estorba” a otros, pues en caso contrario, no serían reales derechos.

En realidad, solo así resulta posible hablar verdaderamente de “derechos” que, como resulta evidente, no pueden ser desconocidos por meros intereses o incluso el fastidio de quienes se vean obligados a respetarlos. 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 que posean menor jerarquía. Mas, parece difícil que cualquier otro derecho pueda ser superior a la vida de un ser inocente, como en este caso, ya que para poder ejercerlo primero se requiere estar vivo. O si se prefiere, sin la vida resulta imposible la existencia de los restantes derechos. En este sentido, podría decirse que el derecho a la vida es “lo principal” y todos los restantes derechos “lo accesorio”, de tal suerte que, como señala el conocido adagio, “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

Ahora bien, si se explicita un poco más lo antes ordenado por la CADH, y puesto que se está en presencia de una persona, en el texto se 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), nacidos o no, sin discriminación alguna, se les debe respetar su derecho a la vida.

Luego, 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”.

Resulta, entonces, que el tratado expresamente alude al no nacido —y se supone que no existen cláusulas inútiles o innecesarias en un tratado—, en atención a su calidad de persona; incluso se señala expresamente al “momento de la concepción” (y no desde otro instante posterior, como la anidación, por ejemplo) como el comienzo de la protección del derecho a la vida, lo que debiera ser, además, la situación común o “general”. Cabe resaltar 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 respecto.

De hecho, en el texto del tratado podría no haberse explicitado este dato sobre el ser humano antes de nacer, 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.

Finalmente, y como si fuera poco, la última frase del art. 4.1 refuerza la misma idea, de modo general: “Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”, lo cual también es una especificación de lo establecido en los arts. 1.1 y 3. Y una muestra de arbitrariedad es segar la vida de alguien por la condición que ostente (ya que para tener este derecho solo basta con pertenecer a la especie humana, al tenor del art. 1.2), 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, por tratarse de un ser inocente. Este artículo es más importante de lo que se cree, pues evidencia 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 *otro ser humano o 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 solo por ello, sino además como se ha dicho, por ser inocente.

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

Ahora bien, se ha realizado este sencillo ejercicio de interpretación (para lo cual se ha seguido sobre todo lo establecido en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe 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”), interpretación incluso reiterativa y hasta redundante, a propósito, con el objeto de mostrar lo que resulta evidente: que la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege la vida del no nacido al considerarlo una persona desde la concepción, al 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, para la Convención, persona y ser humano vienen a ser lo mismo.

Todo lo que he señalado se ratifica si se aplica el principio *pro homine* o *pro persona*. En efecto, puesto que el no nacido es una persona, su máxima pro-

tección debe ser un *leitmotiv* 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, de modo que se limite lo más posible sus eventuales restricciones. Sobre el principio *pro homine* se volverá en la segunda parte de este trabajo.

Esta auténtica válvula interpretativa podría incluso fundamentar la prohibición de cualquier tipo de aborto directo, en atención a que la práctica implica 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 son persona todos los miembros de la especie humana y, por tanto, esencialmente iguales, el principio *pro homine* debiera llevar a esta conclusión, porque “[n]adie 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.

Sin embargo, por las razones que se expondrán en el epígrafe siguiente, en especial en sus números 6 y 7 y en el subsiguiente, en su numeral 7, desde el punto de vista de la Corte IDH, el principio *pro homine* no ha sido utilizado de la manera antedicha.

Como se sabe, la Corte falló de manera muy distinta en el conocido caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”² y otro tanto hizo en el menos conocido caso

2. Este fallo ha sido analizado en SILVA ABBOTT, MAX, “El caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*: análisis crítico y posibles efectos regionales”, *Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, Año III, N° 6 2015, pp. 13-61; SILVA ABBOTT, MAX, “Los posibles efectos continentales del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* a la luz del actual estado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en RAMOS KURI, MANUEL (COORD.), *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro*, Querétaro, CISAV, Centro de Investigación Social Avanzada, 2016, pp. 79-114; SILVA ABBOTT, MAX, “Un peligro para la dignidad humana del no nacido: el caso *Artavia Murillo* y el control de convencionalidad” [en línea]. Presentado en las *Duodécimas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y Dignidad Humana*, Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires, disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/peligro-dignidad-humana-no-nacido-abbott.pdf> (fecha de consulta 14/5/2023); SILVA ABBOTT, MAX y DE JESÚS CASTALDI, LIGIA, “¿Se comporta la Corte Interamericana como tribunal (internacional)? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*”, *Prudentia Iuris*, Universidad Católica Argentina, vol. 82, 2016, pp. 19-58.

“Gómez Murillo vs. Costa Rica”³. Las razones que explican parcialmente lo anterior –y que no se analizan aquí– se relacionan y derivan del modo en que actualmente funciona el SIDH. Estas características vinculadas con su funcionamiento se desarrollan en la segunda parte de este estudio; y a partir de ese examen, posteriormente se realizará un contrapunto con la exégesis realizada más arriba, a fin de determinar si dichas características son compatibles o no con ella.

3. El real modo de funcionamiento del Sistema Interamericano

El propósito del presente epígrafe podría resumirse con esta simple pregunta: si la CADH es tan clara en la protección del derecho a la vida del no nacido, ¿por qué la Corte ha llegado a interpretaciones tan distintas a su respecto? Ello se explica en buena medida gracias a diversas características que posee el funcionamiento del SIDH, que pasan a comentarse a continuación.

Primeramente, resulta imprescindible explicar que, para comprender lo que realmente está ocurriendo en la práctica dentro del SIDH, no basta en absoluto con indagar solo en los tratados que lo componen, tanto en su tenor literal como en las intenciones de sus redactores. Ello, pues las características que se abordarán en seguida permiten alterar de manera bastante profunda e incluso relativamente impredecible dicho significado y alcance.

Existen así al menos siete características que, se estima, resultan esenciales para comprender lo antes dicho; por tal razón, en lo sucesivo, se hablará por regla general de un “Derecho Interamericano de Derechos Humanos”, emanado de los órganos creados por la CADH. En el próximo apartado se harán algunos comentarios a su respecto, referidos a la interacción mutua y la influencia que todo lo anterior posee en la comprensión de los tratados de derechos humanos al interior del Sistema.

Se reitera que este análisis se refiere a los contornos que ha adquirido el funcionamiento general del Sistema Interamericano, y no atañen específicamente al caso “Beatriz”, aunque, la idea es que se apliquen al tema específico

3. De manera más bien tangencial, este fallo ha sido analizado en SILVA ABBOTT, MAX, “¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un tribunal?”, en HERRERA, DANIEL; LAFFERRIERE, JORGE NICOLÁS; MAINO, GABRIEL; RANIERI, DÉBORA, (coords.) *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina - Konrad Adenauer Stiftung, 2018, pp. 321-361, en particular en las pp. 350-351.

que motiva esta causa, así como a otras en que la Corte ha dado su parecer sobre el derecho a la vida del no nacido.

1) En primer lugar, se estima para los defensores del Sistema Interamericano que los tratados de derechos humanos poseen un “sentido autónomo”⁴; esto es, que su significado y alcance dependen de lo que determine el órgano guardián respectivo establecido por ese mismo tratado, en el presente caso, la Corte IDH⁵. Con todo, lo mismo podría decirse de otros órganos no jurisdiccionales, como los comités o comisiones internacionales de cada tratado de derechos humanos.

Por tanto, lo que dichos tratados establecen y exigen a los Estados suscriptores no dependería de lo que estos mismos Estados entiendan ahora o hayan entendido al momento de suscribir estos instrumentos y someterlos a su control de constitucionalidad local⁶, sino de lo que determinen sus órganos guardianes, que, en el fondo, han terminado monopolizando su interpretación⁷.

4. CANÇADO TRINDADE, ANTONIO A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 26-30 y 52; FAÚNDEZ LEDESMA, HÉCTOR, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, 3ª ed., pp. 88-91; 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”, *Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios*, Año 2, N° 4, 2011, p. 53.

5. IBÁÑEZ RIVAS, JUANA MARÍA, *Control de convencionalidad*, México, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas - Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007, p. 106; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “El Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en PEREIRA DE OLIVEIRA, F.; BITTENCOURT, F.; DAL MASO, T. (coords.), *Controle de Convencionalidade*, Brasilia, Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 32; BURGORGUE-LARSEN, LAWRENCE, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, en VON BOGDANDY, ARMIN; FIX-FIERRO, HÉCTOR; MORALES, MARIELA (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, 2014, p. 451.

6. En parte, HITTERS, JUAN CARLOS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, 2008, p. 140; AMAYA VILLARREAL, ÁLVARO FRANCISCO, “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, *International Law. Revista colombiana de Derecho Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, N° 5, 2005, pp. 344-345; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLV, núm. 135, 2012, pp. 1178-1179.

7. De forma más o menos indirecta, RODRÍGUEZ HUERTA, GABRIELA, “Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos”, en GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO; CAS-

2) En segundo lugar, se dice que los tratados de derechos humanos son “instrumentos vivos”⁸. Esto significa que la interpretación de su sentido y alcance, monopolizado por sus órganos guardianes, debe ir adaptándose a las nuevas circunstancias de cada momento, para asegurar una adecuada protección de los derechos humanos.

Se comprende sin mayor dificultad la notable retroalimentación que se produce entre el “sentido autónomo” y la calidad de “instrumentos vivos” de estos tratados, además de fundamentarse en buena medida lo primero en esto último: dado que las circunstancias van cambiando, los órganos guardianes respectivos se consideran legitimados para ir adaptando el modo de entender estos tratados a los nuevos escenarios, independizándose su interpretación de la de los Estados, e incluso pretendiendo deslegitimarla completamente, a menos que se encuentre en consonancia con ella, según se verá más adelante.

3) En tercer lugar, esta interpretación “autónoma” y “viva”, que llevan a cabo los órganos guardianes de estos tratados, está impulsada por el “principio de progresividad” o “principio de no retroceso”⁹. Esto significa que la protección de los derechos humanos a través de la exégesis de los tratados correspondientes debe ser cada vez mayor, abarcando el máximo posible de situaciones, lo que se vincula estrechamente con su carácter “vivo”. De ahí

TAÑEDA 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, pp. 212-214; NÚÑEZ, “Principios metodológicos...”, pp. 54-55.

8. CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 47-48; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL; SALAZAR UGARTE, PEDRO (eds.), *Derechos humanos; un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM, 2011, p. 392; VOGELFANGER, ALAN DIEGO, “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Pensar en Derecho*, N° 7, Año 4, 2015, p. 261.

9. CASTILLA-JUÁREZ, KARLOS, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, p. 157; OROZCO HENRÍQUEZ, JOSÉ DE JESÚS, “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, 2011, p. 93; AYALA CORAO, CARLOS, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Estudios Constitucionales*, 10 N° 2, 2011, pp. 655 y 665-678.

que se prohíba retroceder a interpretaciones anteriores menos protectoras a su respecto¹⁰.

Nuevamente, se percibe la estrecha relación y retroalimentación mutua entre las características del Sistema, de manera que se otorga aún más libertad a los órganos guardianes para ir, en el fondo, modificando el contenido inicial y acordado de los tratados que tutelan.

4) En cuarto lugar, en el caso del “Derecho Interamericano”, la Corte de San José ha ido generando diversas reglas de interpretación por vía jurisprudencial, que en buena medida han ido eclipsando a las establecidas por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹¹ y que resultan enormemente dúctiles¹². De este modo, en atención a su contenido especial y a fin de lograr la mayor protección posible a su respecto, la interpretación de los tratados de derechos humanos debiera ser, desde su parecer, evolutiva¹³, diná-

10. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, N° 19, 2013, pp. 234, 242-243, 253 y 270; MANCILLA CASTRO, ROBERTO GUSTAVO, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 33, 2015, pp. 83-85; MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en VON BOGDANDY; FIX-FIERRO; MORALES (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina...*, p. 298.

11. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y PELAYO MÖLLER, CARLOS MARÍA, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*, México, UNAM, 2017, p. 44.

12. AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador”, *Estudios Constitucionales*, Año 7 N° 1, 2009, pp. 92-93; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y PELAYO MÖLLER, CARLOS MARÍA, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 2012, pp. 149-150; VÁSQUEZ, LUIS DANIEL y SERRANO, SANDRA, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL y SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional...*, p. 155.

13. 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”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N°3, 2007, pp. 442-486; AGUILAR CAVALLO, “La Corte Suprema y...”, pp. 92-93; FERRER Y PELAYO, “La obligación de ‘respetar’...”, pp. 149-150.

mica¹⁴, sistemática¹⁵, progresista¹⁶ y finalista¹⁷, entre otras características. Lo anterior, al margen de ser estos derechos indivisibles¹⁸ e interdependientes¹⁹, si bien estas dos últimas son exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general.

Resulta evidente que esta forma de proceder otorga una notable libertad al intérprete, lo que, unido a las restantes características mencionadas, hace que la evolución que pueda tener la manera en que serán entendidos estos tratados se haga cada vez más imprevisible, alejándose más y más del modo primitivo de comprenderlos, que fue el parámetro que tuvo en vista cada Estado al momento de incorporarlos a su ordenamiento interno y someterlo a su propio control de constitucionalidad.

14. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Año XIX, 2013, p. 521; SANTIAGO, ALFONSO, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, *Persona y Derecho*, Vol. 60, 2009, p. 111; AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “Control de convencionalidad y la prohibición de la discriminación en Chile”, *Opinión Jurídica*, Vol. 18 (36), 2019, p. 64.

15. 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”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 2012, pp. 169-171; OROZCO, “Los derechos humanos y...”, p. 93; CASTILLA, “Un nuevo panorama...”, pp. 154-157.

16. 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, p. 29; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, *Estudios Constitucionales*, Año 10 N° 2, 2012, pp. 69 y 82; CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 23-25, 40, 46-49 y 532-533.

17. CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 27, 40 y 168-169; Nogueira, “Diálogo interjurisdiccional, control...”, p. 82; GALDÁMEZ, “Protección de la víctima...”, p. 445.

18. OROZCO, “Los derechos humanos y...”, pp. 93-94; VÁSQUEZ Y SERRANO, “Los principios de universalidad...”, pp. 148-159; CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 33-34, 37-41, 65-72 y 93-144.

19. CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, p. 117; FRÍES, “El Instituto Nacional...”, pp. 169-171; CASTILLA, “Un nuevo panorama...”, pp. 154-157.

5) En quinto lugar, la Corte de San José se considera a sí misma la intérprete “definitiva”²⁰, “última”²¹ e “inapelable”²² de la CADH y los demás tratados que le han otorgado competencia, lo que significa que los Estados, en teoría, habrían renunciado a realizar su propia exégesis, delegándola sin limitaciones en este tribunal²³, quedando sometidos al parecer de la Corte en atención a haber suscrito libre y soberanamente los tratados de derechos humanos respectivos²⁴.

20. HITTERS, JUAN CARLOS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009, pp. 115, 118 y 122; FERRER, “Interpretación conforme...”, pp. 424 y 427; NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control...”, pp. 62-63 y 90-98.

21. 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”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 2012, pp. 727-728 y 740-742; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf> (fecha de consulta: 27/3/2014), s/f, p. 386; HITTERS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad...”, pp. 115, 118 y 122.

22. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, N° 19, 2013, p. 222; FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la corte interamericana de derechos humanos”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año 1, N° 1, 2004, pp. 173 y 179; FERRER, “Interpretación conforme...”, pp. 368 y 400-401.

23. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”, *Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America. American Journal of International Law (ASIL)*, Vol. 109, 2015, p. 98; BURGORGUE-LARSEN, “La Corte Interamericana...”, p. 451; AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 9, 2016, p. 141.

24. BAZÁN, VÍCTOR, “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XVI, 2010, pp. 173-174; GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional...*, pp. 28-31; 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 y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional...*, pp. 93 y 96.

Por eso varios autores –tanto desde posturas favorables como críticas– estiman que la Corte de San José busca erigirse en una especie de tribunal constitucional continental²⁵, cuyas sentencias pretenden convertirse en un precedente obligatorio para guiar a todos los países del hemisferio en la protección de los derechos humanos, homogeneizándolos²⁶.

De este modo, se buscaría arribar a un *ius commune* interamericano²⁷ (también se habla a este respecto y con pretensiones similares, de un orden

25. DULITZKY, ARIEL E., “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, Vol. 50, Issue 1, 2015, pp. 64-65; BINDER, CHRISTINA, “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en VON BOGDANDY, ARMIN; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y MORALES ANTONIAZZI, MARIELA (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, (trad. de AGUILAR CAVALLO, GONZALO y STEWART, REBECCA), UNAM, Max-Planck-Institut für a Usländisches ö Ffentliches Recht und Volkerrecht; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, tomo II, especialmente pp. 169-170; HITTERS, “¿Son vinculantes...”, p. 147.

26. Desde varias perspectivas y nomenclaturas, MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* de derechos humanos en América Latina”, en VON BOGDANDY, ARMIN; MORALES, MARIELA; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, Max Planck Institute, 2017, pp. 437-438; OLANO GARCÍA, HERNÁN ALEJANDRO, “Teoría del Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 1, 2016, p. 67; IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad*, p. 106.

27. DULITZKY, ARIEL E., “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”, en RIVERA, JULIO CÉSAR (h); ELÍAS, JOSÉ SEBASTIÁN; GROSMAN, LUCAS, SEBASTIÁN; LEGARRE, SANTIAGO, (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 548; GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “Sobre el control de convencionalidad”. *Pensamiento Constitucional*, N° 22, 2016, p. 175; CABALLERO OCHOA, JOSÉ LUIS, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, en CARBONELL y SALAZAR, (coords.), *La reforma constitucional...*, ob. cit., p. 129.

público interamericano²⁸ y de un *corpus iuris* interamericano²⁹). Es decir, a algo parecido a un constitucionalismo global³⁰.

6) En sexto lugar, la protección de los derechos humanos está guiada para la Corte IDH (y en parte para los jueces locales) por el “principio *pro homine*” o “favor persona”³¹. Tal principio tiende a que se busque la norma que mejor proteja los derechos en juego o que en menor medida los restrinja cuando ello resulte lícito, a fin de otorgar la mayor tutela posible a las víctimas³².

Este es un principio absolutamente fundamental (de hecho, podría ser considerado una auténtica “pieza bisagra” en el modo de aplicar el “Derecho Interamericano”) a la hora de explicar el proceder no solo de la Corte de San José, sino también de los jueces nacionales.

28. 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*)”, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, 2013, pp. 686 y 679-682; 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”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N°1, 2012, p. 152; BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional...*, pp. 301-304.

29. LONDOÑO LÁZARO, MARÍA CARMELINA, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes; confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, Año XLIII, núm. 128, 2010, p. 763; CABALLERO, “La cláusula de interpretación conforme...”, p. 129; NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control...”, pp. 79-87.

30. PETERS, ANNE, “Los méritos del constitucionalismo global”, *Revista Derecho del Estado* N° 40, (trad. GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO y FABRA, JORGE LUIS), 2018, pp. 3-20; MORA-CARVAJAL, DAVID ALEJANDRO, “El constitucionalismo global: ¿oportunidad para un derecho internacional más unitario y coherente?”, *Revista Derecho del Estado* N° 45, 2020, pp. 108-115; VON BOGDANDY, ARMIN, “El *Ius Constitutionale Commune* en América Latina a la luz de *El Concepto de lo Político* de Carl Schmitt”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLX, 2019, p. 135.

31. HITTERS, JUAN CARLOS, “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto ‘*erga omnes*’ de las sentencias de la Corte Interamericana)”, *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 2013, pp. 708-709; GÓMEZ ROBLEDO, JUAN MANUEL, “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”, en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional...*, pp. 141-142; BECERRA, “La jerarquía de los tratados...”, p. 317.

32. CABALLERO, “La cláusula de interpretación conforme...”, pp. 132-133 y 141-142; AMAYA, “El principio *pro homine*...”, pp. 337-380; CARBONELL, MIGUEL, “Introducción general al control de convencionalidad”, 2013, pp. 84-87, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> (fecha de consulta: 14/5/2014).

Ahora bien, para comprender de mejor manera los reales alcances de este principio, es necesario distinguir tres posibilidades de acción que el desarrollo jurisprudencial de la propia Corte IDH ha ido asignándole con el correr del tiempo:

a) En primer lugar, el principio *pro homine* autorizaría al juez para buscar la normativa que –desde su perspectiva– mejor proteja o menos restrinja los derechos humanos en juego en el caso, pudiendo encontrarla tanto en el ámbito nacional como internacional³³. De este modo, se está llamando a los jueces locales a elevar la mirada más allá de sus normas domésticas y a “otear” el horizonte internacional.

La práctica conlleva a proceder en buena medida al margen de diversos criterios formales, como la jerarquía o la especialidad de las normas en juego³⁴, para lo cual sus defensores abogan por un creciente activismo judicial³⁵.

Incluso existe doctrina que considera que el juez local primero debiera analizar la normativa internacional y solo aplicar la local si supera la protección establecida por ella³⁶.

33. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, 2011, pp. 134-138; NASH, ROJAS, CLAUDIO y NÚÑEZ DONALD, CONSTANZA, “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, *Anuario Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLX, núm. 148, 2017, pp. 188 y 224; QUINTANA OSUNA, KARLA I., *Control de convencionalidad en el Derecho Interamericano y Mexicano. Retos y perspectivas*, México, Porrúa, 2019, posición 1141, 1147 y 1320. Esta obra solo pudo consultarse en formato *Kindle*, en el cual no aparece el número de página, solo la “posición” del texto (en adelante, pos.), que cambia levemente cada vez que se abre el documento. De ahí que se trate de una referencia aproximada.

34. Desde varias perspectivas y sin emplear siempre esta terminología, acusan esta situación, HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM y NÚÑEZ, JOSÉ IGNACIO, “El control de convencionalidad: ¿Hacia un no positivismo interamericano?”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 21, 2016, pp. 338-339; QUINTANA OSUNA, *Control de convencionalidad...*, pp. 3013 y 3017; CASTILLA, “Un nuevo panorama...”, pp. 149-153.

35. GARCÍA RAMÍREZ, “Sobre el control...”, p. 182; VON BOGDANDY ARMIN, *Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual, en VON BOGDANDY; MORALES; FERRER MAC-GREGOR (coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina...*, pp. 156-161; GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO, “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución a un *ius constitutionale commune*”, *Revista Derecho del Estado*, N° 36, 2016, pp. 134, 136-143, 158-160 y 162.

36. SALGADO LEDESMA, ERÉNDIRA, “La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 26, junio-diciembre, 2012, p. 224; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coord.) *La protección de los derechos humanos y fundamentales de*

b) Por otro lado, luego de elegida la norma que se considere idónea, el principio *pro homine* facultaría al juzgador para buscar la interpretación más favorable o menos perjudicial para las víctimas del caso que debe fallar³⁷, siempre guiada por los criterios internacionales³⁸, lo cual unido a las dúctiles reglas de interpretación vistas a propósito del Derecho internacional, le otorga una notable libertad.

c) Finalmente, si bien solo respecto de la Corte IDH, el principio *pro homine* la ha hecho establecer mediante su propia jurisprudencia, que ella se encontraría habilitada para buscar con absoluta libertad y donde quiera, la norma o también la disposición no vinculante que, desde su perspectiva casuística, mejor proteja los derechos involucrados³⁹, sea nacional o internacional, de manera independiente a que ella obligue o no al Estado condenado⁴⁰. De ahí que haya fundamentado parte de sus fallos con material extra-convención⁴¹ (tratados universales, del sistema europeo⁴², sentencias del Tribunal europeo,

acuerdo a la constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 17; FERRER, “Conventionality Control. The New Doctrine...”, p. 93.

37. HITTERS, “Un avance en el control...”, pp. 708-709; FERRER, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, p. 676; AGUILAR CAVALLO, GONZALO y NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 84, 2016, pp. 13, 17 y 22-23.

38. SAGÜÉS, “El ‘control de convencionalidad’ en...”, p. 385; FERRER, “Conventionality Control...”, p. 93; NASH y NÚÑEZ, “Recepción formal y sustantiva...”, p. 207.

39. 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*, Año 1, N° 2, 2013, pp. 310-314; HITTERS, JUAN CARLOS, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”. *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 2012, pp. 542-543; FERRER, “Interpretación conforme...”, pp. 340 y 393.

40. GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, pp. 134-138; HITTERS, “El control de convencionalidad y...”, pp. 542-543; PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in vitro*...”, pp. 310-314.

41. En general y desde varias perspectivas y nomenclaturas, MORALES, “Interamericanización...”, p. 436; MURILLO CRUZ, DAVID ANDRÉS, “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes (Colombia), N° 36, 2016, pp. 22-24; VOGELFANGER, “La creación de Derecho...”, pp. 263-264.

42. PAÚL DÍAZ, ÁLVARO, “Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina”, *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), Vol. 87, N° 246, 2019, p. 60; HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM, “Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45, N° 2, 2018, pp. 347-348; MIRA GONZÁLEZ, CLARA MARÍA y ARENAS AGUDELO, JUAN PABLO, “El Derecho Internacional Humanitario en las sentencias de la Corte Interamericana: Un análisis de los casos colombianos”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (Medellín, Colombia), Vol. 48, N° 129, 2018, pp. 401-415.

de tribunales constitucionales o cortes supremas de diferentes países, leyes internas de algún Estado⁴³, *soft law* internacional⁴⁴, etc.).

7) Finalmente, y en séptimo lugar, la Corte considera que el modo en que ella interpreta y entiende los derechos humanos es solo el “estándar mínimo” en cuanto a la protección que debe procurarse a su respecto⁴⁵, o si se prefiere, constituye únicamente la “línea de flotación” en la protección que debe otorgarse a estos derechos. Lo anterior hace que los Estados deban al menos igualar este nivel de protección mediante su normativa interna, si bien nada impide que lleguen más lejos que estos organismos internacionales en su tutela⁴⁶.

Por iguales razones, los jueces locales solo podrían aplicar su normativa doméstica si ella iguala o supera los parámetros internacionales, parámetros que según se ha dicho, van cambiando constantemente, al ser los tratados de derechos humanos instrumentos vivos, dotados de un sentido autónomo e impulsada su dúctil interpretación por el principio *pro homine* y el de progresividad. En este sentido, las exigencias del estándar mínimo se elevarían permanentemente en virtud de este último.

Hasta aquí la breve exposición de estas características, que, como puede verse, se refuerzan mutuamente.

Se insiste en que resulta absolutamente insuficiente limitarse hoy solo al análisis del tenor literal de los tratados del Sistema, pues el verdadero “Derecho Interamericano” solo se comprende bien analizando su modo de funcionamiento, al mostrar cómo lo comprenden y exigen sus órganos guardianes.

43. GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, pp. 134-135 y 137-138; HITTERS, “El control de convencionalidad y el cumplimiento...”, pp. 542-543; FERRER y PELAYO, “La obligación de ‘respetar’...”, pp. 164-165.

44. 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”, *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1, 2013, pp. 156-157; GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno...”, pp. 134-135 y 137-138; FERRER, “El Control de Convencionalidad...”, pp. 30-31.

45. PROVESAN, FLAVIA, “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, en VON BOGDANDY; FIX-FIERRO; MORALES (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina...*, p. 74; NOGUEIRA, “El uso del derecho convencional...”, pp. 184-185; MORALES, “El Estado abierto...”, p. 266.

46. CAÑADO, *El Derecho Internacional...*, pp. 310-314; FERRER, “Eficacia de la sentencia...”, pp. 676-677; NOGUEIRA, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera...”, pp. 221-274.

De ahí que pueda señalarse que en parte los derechos humanos se encuentran en un proceso permanente de construcción y de reconstrucción⁴⁷.

4. La influencia de estas características en los tratados del Sistema Interamericano

Como en parte se ha adelantado, la impresión evidente que dejan las características analizadas es que el órgano guardián de la CADH posee una notable libertad al momento de interpretarla, pudiendo arribar a conclusiones no solo más o menos alejadas del tenor literal de este tratado, sino también bastante imprevisibles. No solo eso: las características aludidas ofrecen al órgano guardián, además de esta notable libertad, una peligrosa discrecionalidad, puesto que su interpretación siempre sería la “correcta”, por decirlo de algún modo, a fuer del hecho de que su actividad no se encuentra fiscalizada por nadie.

Se desarrollarán estas ideas desde cada una de las características analizadas, en el mismo orden en que fueron expuestas, pero a medida que se avance se las relacionará entre sí. Se reitera que todo lo dicho alude al funcionamiento del SIDH en general y no de manera específica al tema que se aborda en el caso “Beatriz” (si existe o no un “derecho al aborto”), aunque sus conclusiones se aplican a esta problemática.

1) En efecto, si los tratados tienen un “sentido autónomo”, ello significa que solo y únicamente valdría la interpretación emanada de su órgano custodio de un modo infalible: todo lo que diga representaría siempre el sentido y alcance del tratado supuestamente interpretado, no valiendo en absoluto las exégesis de los propios Estados, las que carecerían de legitimidad.

Ahora, si las interpretaciones realizadas por los Estados resultan ilegítimas, ello significaría que esta exégesis solo habría servido en su momento para incorporar el tratado a su propio orden interno, lo que explica también las eventuales reservas realizadas o contrariamente las modificaciones legales o incluso constitucionales hechas para lograr la armonía entre dicho orden interno y las disposiciones internacionales.

47. En parte he tratado sobre este proceso en SILVA ABBOTT, MAX, “Prólogo: Sin un fundamento adecuado, los derechos humanos se convierten en un insospechado peligro”, en HERRERA FRAGOSO, AGUSTÍN A. (coord.) *Derechos Humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas*. Tomo I. *Sustento histórico, antropológico y filosófico de los Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 13-41.

Lo que quiere recalcar es que cada Estado tiene que haber llegado necesariamente a algún tipo de comprensión de lo que el tratado que suscribe significa, pues de no ser así, habría sido imposible su aceptación. Sin embargo, si los tratados tienen un sentido autónomo, esta exégesis resultaría inoponible para los órganos internacionales de protección que, además, la irían haciendo evolucionar al tenor de varias de las restantes características vistas.

De ser así, la interpretación del Estado solo serviría para introducir dicho tratado en su orden interno, luego de lo cual este instrumento adquiriría vida propia, de la mano de la labor de sus órganos guardianes. Consecuentemente, el Estado no tendría claro realmente a qué se obligó. En cierta medida, su papel se habría limitado a dar una especie de “puntapié inicial”, luego de lo cual este proceso escaparía completamente a su control.

Más aún, si de nada vale la interpretación inicial del Estado, salvo para lo antes dicho, surgen serias dudas respecto de los reales compromisos que habría asumido. Incluso, lo anterior obligaría a preguntarse si realmente ha existido un verdadero consentimiento de su parte y, por ende, si cabe exigirle dichas obligaciones internacionales, obligaciones que pueden ser muy diferentes a las que entendió en su momento, e incluso, que van cambiando con el tiempo. En suma, cabría así preguntarse: ¿a qué se obligaron realmente los Estados? ¿Se obligaron a algo realmente?

2) Todo lo dicho se refuerza dada la consideración de los tratados como “instrumentos vivos”, pues además de pretender que su interpretación sea independiente a la de los Estados, se busca que esa hermenéutica vaya evolucionando de acuerdo con las circunstancias de cada momento. Y como estas circunstancias son, por regla general, impredecibles, lo mismo ocurre con la evolución de la interpretación “viva”, que depende de dichas circunstancias.

Como resultado, se vuelve aún más nebuloso saber a qué se comprometieron realmente los Estados en su momento, pues nadie –incluidos los organismos internacionales– sabe lo que ocurrirá en el futuro; salvo, como dice un conocido refrán, que la realidad siempre supera a la ficción. Ahora bien, resulta evidente que siempre surgirán situaciones nuevas e imprevistas. Sin embargo, de ser estas demasiado distintas a las actuales, ello debiera llevar a la suscripción de nuevos tratados que las aborden expresa y claramente, no a extender indefinidamente el sentido y alcance inicial de las convenciones vigentes, mediante interpretaciones que más se acercan a modificaciones de dichos tratados.

La alteración de los tratados originales es reconocida por la doctrina cuando se habla de una “interpretación mutativa por adición”⁴⁸, en el sentido de que, aun cuando el texto queda incólume, se ha agregado algo al pacto, evidentemente al margen de la voluntad de los Estados que le han dado vida. Esto, sin perjuicio de si los Estados eran conscientes y estaban autorizando este permanente cambio, y de manera más profunda –aunque no pueda desarrollarse aquí–, si pueden pactar una cosa semejante. Por eso se ha dicho más arriba que, en la actualidad, a nivel internacional, los derechos humanos se encuentran en una permanente construcción y reconstrucción.

3) Las consideraciones antecedentes se refuerzan notablemente gracias a la aplicación a la interpretación de los tratados del principio de progresividad o de no retroceso, prohibiéndose involucionar a exégesis menos protectoras de los derechos en juego. Ello, no solo porque este principio vendría a ser una especie de “motor” de su carácter “vivo”, sino además porque queda entregado completamente al intérprete qué debe entenderse por “progresividad”. Por tanto, surge la razonable duda de si esta interpretación “viva” se debe a las reales circunstancias de cada momento o al criterio de “progreso” sustentado por el órgano custodio. Se otorga de ese modo una notable discrecionalidad al intérprete internacional, lo que se refuerza con las restantes características que se comentarán a continuación.

4) En buena medida, cada una de las características enunciadas se han visto favorecidas (o, incluso, possibilitadas) gracias a las dúctiles reglas de interpretación que ha ido generando la propia Corte de San José (evolutiva, dinámica, finalista, etc.). De hecho, podría considerarse a estas reglas de interpretación como la clave del Sistema (o una de ellas). Esto otorga tanta libertad al intérprete que resulta cada vez más difícil para los Estados saber cuándo estarían violando un derecho humano.

En este sentido, y puesto que entre la época de la comisión de los hechos y una eventual sentencia de la Corte IDH pueden transcurrir fácilmente diez años, resulta bastante probable que un Estado pueda ser condenado en virtud de una interpretación evolutiva muy distinta a la que haya existido al momento de cometerse el supuesto ilícito, con lo cual dicha condena tendría un

48. SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del *control de convencionalidad* en el sistema interamericano”, en AHRENS, HELEN (comp.), *El Estado de derecho en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbolhm*, México DF, Konrad Adenauer Stiftung, e. v. 2012, p. 27; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El ‘control de convencionalidad’”, en particular...”, p. 3; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “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: 7/5/2014), s/f, pp. 458-461.

efecto retroactivo. Con el agravante, según se ha comentado, de que el rumbo que tomará dicha interpretación se hace cada vez menos previsible. Esto es importante, porque querría decir, a fin de cuentas, que para los Estados resultaría muy difícil, cuando no imposible, saber si en la actualidad podrían estar violando un supuesto “derecho humano”, pues como resultado de estas características, que una conducta sea considerada hoy lícita no garantiza que ello no cambie en el futuro.

5) Todas las características vistas explican en buena medida por qué la Corte se considera a sí misma la intérprete “última”, “definitiva” e “inapelable” de la Convención, situación que merece diversos comentarios:

a) El primero es que lo anterior significaría que la Corte nunca podría equivocarse, al estar premunida su interpretación de un criterio de autoridad incuestionable. Si es la única intérprete oficial de la Convención (en desmedro de la exégesis de los Estados) y dicha exégesis autónoma posee reglas tremendamente dúctiles y evoluciona de manera cada vez menos previsible, gracias a ser un instrumento cuyo carácter “vivo” se encuentra impulsado por el principio de progresividad, la primitiva convención termina eclipsada por el parecer de este tribunal. En este sentido, podría decirse que, para el tribunal regional, la Convención “es” la Corte.

Tal vez por eso se ha dicho que la Convención “vive” en la interpretación de la Corte IDH⁴⁹, y que habría que seguir dicha interpretación, mientras no cambie de parecer⁵⁰.

En el fondo, este tribunal ha ido modificando los tratados originales, lo cual se vincula con la mencionada “interpretación mutativa por adición”, la que se iría incorporando al tratado⁵¹. Y como este ha sido suscrita soberanamente por los países signatarios –cuyas exégesis aparentemente no tienen valor para el derecho internacional–, ellos se verían en teoría obligados a acatar sin cuestionar dicha interpretación⁵².

49. NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad...”, p. 72.

50. NOGUEIRA, “El control de convencionalidad y el diálogo...”, p. 245; NOGUEIRA, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre...”, p. 529; NOGUEIRA, “Los desafíos del control de convencionalidad...”, p. 1179.

51. OLANO, “Teoría del control...”, pp. 80-81; SAGÜÉS, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano...”, ob. cit., p. 385; FERRER y PELAYO, *Las obligaciones generales...*, p. 3.

52. GARCÍA RAMÍREZ, “Sobre el control...”, p. 134; OÑATE LABORDE, ALFONSO, “La recepción nacional del DIDH y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

b) En segundo lugar, lo anterior significaría que la Convención acabaría siendo en parte sustituida por la jurisprudencia de este tribunal, entendiéndose por tal la interpretación que la Corte vierte tanto en sus sentencias como en sus opiniones consultivas⁵³. De este modo, la aludida jurisprudencia se convertiría en una “superfuente” del “Derecho Interamericano” que se impondría a todas las demás sin contrapeso e incluso a la voluntad inicial de los Estados que dieran origen al SIDH. Todo lo cual contraviene lo establecido en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁵⁴, pues las decisiones judiciales son una fuente auxiliar. En este sentido (y se volverá sobre el particular más adelante), se puede hablar de una auténtica crisis de las fuentes del Derecho internacional⁵⁵.

c) En tercer lugar, todo lo dicho se agrava más aún, porque dentro del SIDH no existe nada similar a una división de poderes. Por tanto, el actuar de la Corte no se encuentra controlado o fiscalizado por nadie. Si a esto se agrega que sus miembros no responden por su gestión una vez

Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional...*, pp. 213-215; IBÁÑEZ, *Control de convencionalidad*, p. 112.

53. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems). Some Pertinent Questions”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5, Issue 1, 2015, nota 15 (p. 136); FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, N° 131, 2011, pp. 942-943.

54. El art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59”.

Por su parte, el art. 59 dispone: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

55. CERDA DUEÑAS, CARLOS, “La nota diplomática en el contexto del *soft law* y de las fuentes del derecho internacional”, *Revista de Derecho* (Valdivia), XXX N°2, 2017, pp. 159-179; FUENZALIDA BASCUÑÁN, SERGIO, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del derecho. Una revisión de la doctrina del ‘examen de convencionalidad’”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXVIII N° 1, 2015, pp. 171-192; VOGELFANGER, “La creación de Derecho...”, pp. 251-284.

terminada esta, el grado de discrecionalidad e incluso de impunidad para su actuación resultan al menos perturbadoras.

La situación es bastante más grave de lo que aparenta. Ello, pues esta Corte pretende erigirse en un auténtico tribunal constitucional continental y generar un sistema de precedentes que debiera ser obligatorio para todos los países de la región, y no solo para el país condenado en la sentencia que establece esa interpretación, en virtud del supuesto efecto *erga omnes* del control de convencionalidad⁵⁶. Control que no se encuentra establecido en la CADH y que ha tenido precisamente debido a esta libertad interpretativa de la Corte, así como a las características analizadas, un origen pretoriano, según reconocen sus propios defensores⁵⁷.

En consecuencia, se da el absurdo de que un órgano que pretende guiar a todo el continente en la valiosa y necesaria tarea de velar por los derechos humanos tendría este enorme grado de discrecionalidad y que además no se encuentra fiscalizado por nadie, pese a estar dentro del área del Derecho público.

6) Todo se refuerza gracias a la aplicación del principio *pro homine* o favor persona. Aquí se comentará sobre todo la última característica mencionada (en el numeral *c*) del apartado anterior); o sea que, para la Corte, este principio le permitiría escoger con mucha libertad la norma o disposición no vinculante, sea nacional o internacional que, desde su perspectiva, mejor proteja los derechos en juego para fundamentar al menos parte de sus fallos.

En resumidas cuentas (y al margen de la cada vez más imprevisible interpretación que cabría dar a los textos que utilice) los países podrían ser condenados en virtud de normas o disposiciones que no les empecen. Se genera, de ese modo, una notable incerteza jurídica, en cuanto no pueden preverse los reales parámetros que serán utilizados por este tribunal para fundamentar sus fallos, situación en la que el *soft law* está adquiriendo cada vez más importancia.

Sin embargo, y aun cuando el *soft law* no resulte obligatorio para los Estados, debe advertirse que, dadas las características hasta aquí comentadas,

56. FERRER, “Interpretación conforme...”, pp. 343-344, 383-384, 386-387 y 391-394; CARBONELL “Introducción general...”, pp. 79-83; CABALLERO, “La cláusula de interpretación conforme...”, pp. 117-118 y 128-129.

57. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXII, 2016, p. 340; HENRÍQUEZ y NÚÑEZ, “El control de convencionalidad...”, pp. 334-337; OLANO, “Teoría del Control...”, pp. 62, 66 y 87.

este *soft law* es mucho más importante de lo que a primera vista parece. En rigor, muestra cómo los órganos guardianes internacionales “ven” o comprenden los tratados que custodian, razón por la cual el derecho blando posee una enorme influencia en el modo en que en la práctica estos organismos entienden y exigen los derechos humanos. Y si es usado por la jurisprudencia de la Corte IDH para nutrir parte de sus fallos, lo estaría haciendo vinculante por esta vía, en teoría con efectos *erga omnes*.

7) Por último, todo lo dicho se vincula con la consideración del Derecho internacional (y de la interpretación de sus órganos guardianes), solo como el “estándar mínimo” en cuanto a la protección de los derechos humanos. Esto querría decir que los Estados deben al menos igualar este nivel de protección y ojalá superarlo, pero el nivel se va haciendo cada vez más exigente en virtud del principio de progresividad. Por iguales razones, estaría vedado para los Estados contradecir esta “línea de flotación”.

Ahora bien, que la Corte IDH considere que su jurisprudencia (que es lo que realmente importa aquí) es solo el estándar mínimo en materia de protección de los derechos humanos, deriva claramente de todas las características señaladas, al darle en teoría el monopolio total y un criterio de autoridad irrefutable para determinar con notable libertad cuál es el contenido actual y cambiante de los derechos humanos para todo el continente.

Pero, además, estimar que su exégesis solo constituye el estándar mínimo denota lo que podría considerarse un auténtico “complejo de infalibilidad”. Ello, pues en cierto modo, este tribunal da por descontado de antemano que su forma de entender y de exigir los derechos humanos es la correcta, no planteándose jamás la posibilidad de que podría estar equivocado. Esto sería imposible sin este criterio de autoridad en que ha pretendido erigirse la Corte de San José.

Ahora bien, esta legitimidad cuasi infalible suele fundamentarse por el hecho de emanar los tratados de derechos humanos del acuerdo de los propios Estados que les han dado vida. Ello, pese a que la exégesis de estos Estados ahora no posee ningún valor; no obstante, sería fundamental para legitimar inicialmente este proceso. De esta manera, la misma interpretación de los Estados, que ahora no se toma en cuenta por los organismos internacionales, se considera el fundamento del compromiso de estos Estados de tener que obedecer a pies juntillas la jurisprudencia de la Corte. Se convertiría así en un consentimiento vacío, o si se prefiere, en una especie de cheque en blanco que simplemente ordenaría acatar todo lo que diga la Corte IDH, sin importar qué dice. Por eso es necesario preguntarse a qué se han comprometido realmente los Estados y, de manera más profunda, si pueden adquirir un compromiso semejante.

Debe hacerse hincapié en que la idea de estándar mínimo posee una estrecha relación con el principio *pro homine*, pues viene a servirle de fundamento: si el Derecho internacional es solo la “línea de flotación” en materia de protección de los derechos humanos, se convierte en la justificación para buscar la normativa y la interpretación que mejor consigan este objetivo, sin importar dónde ellas se encuentren.

En realidad, esta dependencia resulta fundamental. Ello, pues si se aplicara solo el principio *pro homine*, el juez nacional tendría bastante libertad para “construir” de manera autónoma la solución que estime conveniente para el caso concreto que tiene entre manos. Mas, si procediera de esta manera, podría hacer caso omiso o incluso contradecir los criterios internacionales, volviéndose contra ellos.

Sin embargo, para que eso no ocurra y siempre triunfen los criterios internacionales, se le asigna a estos últimos el carácter de estándar mínimo, convirtiéndolos así en un punto de referencia obligado e inamovible, a fin de que el juez nacional tenga que aplicarlos necesariamente. El “Derecho Interamericano” se autoerige como la medida o baremo incuestionable de lo correcto y de lo justo en la región (lo que a su vez depende completamente de la labor realizada por la Corte, no controlada por nadie), cuya idoneidad no podría jamás ser puesta en duda, quedándole a las autoridades nacionales únicamente la humilde posibilidad de igualar o superar dicho criterio, pero nunca contradecirlo.

Es por esto, precisamente, que la Corte no utiliza el principio *pro homine* para defender la vida del no nacido, según se advertía al final del epígrafe 2.

Lo anterior también se vincula con la llamada “interpretación conforme”⁵⁸, relacionada al control de convencionalidad, que estaría obligando a adecuar la exégesis nacional a los cánones internacionales de protección.

Por eso se advertía que, sin tener en cuenta las características del “Derecho Interamericano” vistas, y si se atiende solo al tenor literal de estos tratados, resulta imposible comprender el real funcionamiento del SIDH. Lo que hoy se está aplicando en los hechos no es tanto lo establecido originalmente

58. REY CANTOR, ERNESTO, “Controles de convencionalidad de las leyes”, en FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, ARTURO (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Vol. IX *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, México, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, p. 226; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, Año 9, N° 1, 2003, pp. 214-217; CASTILLA, “Un nuevo panorama...”, pp. 612-615.

por los tratados del Sistema, sino el modo en que estos tratados son interpretados por la Corte IDH de manera autónoma e incontrolada.

5. Algunos comentarios adicionales

Luego del análisis anterior, es posible hacer muchas consideraciones tanto de manera general, como relacionadas al caso “Beatriz” en particular. Sin embargo, aquí se dejará constancia de las que se consideran más importantes, y como ha sido el tenor del presente trabajo, planteadas de forma global.

1) Un primer aspecto que podría ser considerado un auténtico telón de fondo de todo lo que se ha dicho hasta este momento, es la existencia de una notable desformalización del Sistema Interamericano.

Para evitar malentendidos, se entiende aquí por “desformalización”, la falta de cauces o de procedimientos objetivos, prestablecidos mediante normas jurídicas, que regulen las competencias de un operador jurídico determinado, que restrinjan en lo posible su discrecionalidad a fin de evitar eventuales abusos y que, además, puedan ser conocidas por quienes se verán afectados por su labor y, en parte, les permitan prever sus resultados⁵⁹.

En efecto, la ausencia de reglas y el notable grado de casuismo que se manifiesta en las características analizadas resulta al menos sorprendente, y redundante en un enorme grado de discrecionalidad para la Corte IDH. No otra cosa se percibe cuando se habla de sentido autónomo, instrumentos vivos, principio de progresividad, reglas de interpretación, o cuando se refiere a la Corte como intérprete última, definitiva e inapelable de la Convención, del principio *pro homine* (sobre todo al permitirle acudir a material extra-convención) y se considera que solo ella establece el estándar mínimo de protección de los derechos humanos.

Se insiste en que el grado de discrecionalidad con el que actúa el tribunal regional es, al menos, inquietante, porque provoca una notable incerteza para los Estados, a quienes les resulta muy difícil saber a qué atenerse; en especial porque los derechos humanos se hallan en permanente construcción y reconstrucción, al punto que conductas que hoy parecen lícitas en un futuro no muy lejano podrían al menos estar bajo sospecha, como de hecho ya ha ocurrido. Por eso se hablaba de un eventual efecto retroactivo de las sentencias de la Corte IDH.

59. Definición propia.

Por otro lado –si bien es un tema que no se desarrolla aquí–, tal vez una de las mayores muestras de esta desformalización sea el origen pretoriano de la doctrina del control de convencionalidad, cuya única fuente formal es la jurisprudencia de la Corte de San José⁶⁰, que, además, ha ido ampliándolo con el correr del tiempo⁶¹. Dicho control no solo no consta en la CADH, sino que como tal pretende alterar tanto las competencias de la propia Corte como de las autoridades nacionales, buscando superponerse a sus constituciones. Su coronación es el pretendido efecto *erga omnes* de las sentencias emanadas de este tribunal, a fin de tener consecuencias continentales. De hecho, podría ser tal vez la mayor muestra de una “interpretación mutativa por adición”⁶². Y si a esto se añade la total falta de control sobre la actividad de los órganos guardianes de derechos humanos, la situación de incerteza se agrava aún más.

2) Otra consecuencia que puede extraerse es que se pretende arribar a la existencia de dos órdenes jurídicos paralelos, el nacional y el internacional, y a la completa primacía de este último. De este modo, en su relación mutua, el “centro de gravedad” se trasladaría al segundo.

De este modo, si fruto de lo que se ha llamado este “complejo de infalibilidad”, el “Derecho Interamericano” y su órgano guardián se autoergen como el criterio superior e infalible en cuanto a la protección de los derechos humanos a nivel continental, además de considerarse solo su estándar mí-

60. VON BOGDANDY, ARMIN, *Ius constitutionale commune* en América Latina...”, pp. 173-174; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad”, *Pensamiento Constitucional*, N° 20, 2015, p. 281; TORELLY, MARCELO, “Controle de convencionalidade: ¿constitucionalismo regional dos direitos humanos?”, *Revista Direito & Práxis*, Vol. 8 N° 1, 2017, pp. 321-353.

61. HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM, “El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIX, 2019, pp. 335, 342 y 343; HENRÍQUEZ y NÚÑEZ “El control de convencionalidad...”, pp. 331-332; SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, 2015, p. 148.

62. Sobre el control de convencionalidad y diversas problemáticas que este genera, véase: SILVA ABBOTT, MAX, “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 14, N° 2, 2016, pp. 101-142; SILVA ABBOTT, MAX, “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 45, N° 3, 2018, pp. 717-144; SILVA ABBOTT, MAX, “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”, en SILVA ABBOTT, MAX (coord.), *Una visión crítica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 177-216; y SILVA ABBOTT, MAX, “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 18, N°2, 2020, pp. 265-308.

nimo, ello querría decir que su contenido tendría que ser igualado o mejorado, pero nunca contradicho por los ordenamientos internos. Sin embargo, este contenido iría cambiando con el tiempo y con bastante rapidez, sobre todo por el carácter vivo de los tratados, sus reglas de interpretación y el principio de progresividad.

En el fondo, el principal motor de la evolución del “Derecho Interamericano” parecería ser la interpretación de su órgano guardián, cuya jurisprudencia se transforma en una “superfuente”, premunida de infalibilidad, y que suscita notables dudas acerca de cuál es el compromiso que asumieron los Estados en su momento.

Sin embargo, si la jurisprudencia emanada de la Corte IDH se convierte en una “superfuente”, que se impone a todas las demás, esto significa que el “Derecho Interamericano” ha dejado de ser realmente “convencional”. Ello, pues su contenido ya no depende del consenso inicial adoptado por los Estados, sino de la libre y dúctil interpretación de su custodio, sin perjuicio de considerarse infalible y no ser controlada su actuación por nadie. Por lo tanto, lo que en un inicio comenzó como un amplio proceso consensual emanado de los países de la región ha devenido en un fenómeno cupular, solitario y crecientemente discrecional de su órgano guardián, quedando cada vez menos de ese primitivo derecho convencional. En este sentido, más que de un control de “convencionalidad”, sería tal vez más apropiado hablar de un control de “discrecionalidad”.

Los países se encuentran así en buena medida ante *otro tratado*, con exigencias distintas y que además evolucionan rápidamente. Ello explica que se haya señalado más arriba que el consenso de los Estados solo es tomado en cuenta para la incorporación de estos tratados a su orden interno, dando el “puntapié inicial” a este proceso, luego de lo cual adquiriría vida propia.

Se produciría así un auténtico “giro copernicano jurídico”, al trasladarse el “centro de gravedad” desde el Derecho nacional al internacional, quedando en consecuencia los Estados dominados por su propia creación.

Por eso es absolutamente necesario indagar en las características del SIDH para comprender su real funcionamiento, puesto que parece poco probable que haya sido a esto a lo que se obligaron originalmente los Estados.

3) Por otro lado y según se ha dicho, el proceso descrito pretende arribar a la existencia de dos órdenes jurídicos paralelos, el nacional y el internacional, en el que las reglas del juego pretende imponerlas este último sin contrapeso.

Sin embargo, al depender la evolución de este “Derecho interamericano” sobre todo de su dúctil interpretación jurisprudencial, esto hace que dicha evolución se produzca de forma mucho más rápida que la que podría darse al interior de un Derecho nacional, al requerir para ello de reformas reglamen-

tarias, legales y constitucionales. Lo cual haría que este último siempre estuviera “al debe” en su tarea de protección de los derechos humanos, y en caso de lograr igualar su estándar mínimo, ello podría volver a cambiar pronto, en atención a la rápida evolución del primero.

Más aún, la consideración del “Derecho interamericano” como el estándar mínimo pretende erigirlo como el criterio legitimador por excelencia del continente en la protección de los derechos humanos. De esta manera, el contenido de los ordenamientos nacionales siempre se encontraría bajo sospecha y solo conseguiría una legitimidad temporal y refleja, si se adapta a los cambiantes criterios internacionales una y otra vez sucesivamente, que vendrían a convertirse en un control externo a su respecto. Hasta podría hablarse de un control heterónomo de convencionalidad.

De este modo, y según se ha dicho, fruto del pretendido cambio del “centro de gravedad” entre el Derecho nacional y el internacional, se produciría el ya aludido “giro copernicano jurídico”, en que la voz cantante la tendría sin excepción el Derecho internacional, mucho más dúctil y falto de control, al cual tendrían que amoldarse permanentemente y sin rechistar los ordenamientos locales, igualando o superando sus criterios, que, además, evolucionan rápidamente.

4) Si el contenido de los ordenamientos jurídicos nacionales se encuentra bajo una constante sospecha, a menos que se amolde a los cambiantes estándares internacionales, los Estados estarían sujetos a una especie de interdicción permanente, viéndose siempre amenazada la legitimidad de sus normas internas por una eventual discordancia con la interpretación emanada de la Corte de San José, que, conviene repetirlo, evoluciona rápidamente. Con lo cual, los Estados tendrían solo libertad para igualar o superar humildemente el estándar mínimo cada vez más exigente impuesto por el Derecho internacional, pero jamás contradecirlo, siendo la principal herramienta para este cometido el control de convencionalidad que se llama a realizar a las autoridades locales.

Algo parecido ocurriría con sus decisiones democráticas, puesto que si para la Corte sobre ellas también cabe hacer un control de convencionalidad⁶³,

63. FERRER y PELAYO, *Las obligaciones generales...*, pp. 102-103; BAZÁN, VÍCTOR, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en BAZÁN, VÍCTOR; NASH, CLAUDIO (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Santiago, Konrad Adenauer-Stiftung E. V., 2012, p. 30; AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista da AJURIS*, Vol. 43, Nº 141, 2016, pp. 337-365.

los derechos humanos de origen internacional podrían limitar notablemente la autodeterminación de la ciudadanía. En este sentido, podría hablarse a este respecto de una democracia “tutelada” o “protegida” por un tribunal internacional.

5) Por otro lado, si los derechos humanos evolucionan tan rápido, parece difícil, cuando no imposible, que puedan seguir siendo considerados universales, o al menos regionales. Ello, puesto que su contenido termina dependiendo mayoritaria o totalmente de la labor cupular y discrecional de sus órganos guardianes, notablemente desformalizada y que no es controlada por nadie, y no del primitivo acuerdo de los Estados que han dado origen al Sistema. Unido al déficit democrático de los órganos de control, este elemento contribuye a su paulatina pérdida de legitimidad y de objetividad.

Por iguales razones, la liquidez propia de la rápida evolución hace que estos derechos dejen de ser un punto de referencia estable para orientar el contenido de los ordenamientos nacionales de la región, tanto por estar en constante movimiento, como debido a que las dúctiles reglas del “Derecho Interamericano” hacen que los Estados siempre se encuentren “al debe” en su compromiso con los derechos humanos.

De ahí que se dé el absurdo de que, en la relación entre estos dos órdenes jurídicos paralelos, el Derecho internacional, supuestamente superior y además el estándar mínimo, resulta mucho más dúctil que el nacional, que debiera adaptarse a él.

6) Finalmente, la notable desformalización del Sistema Interamericano hace que el grado de incerteza jurídica de los Estados se haga insoportable, al punto que conductas que hoy se consideran lícitas o al menos no atentatorias contra ciertos derechos humanos, en el futuro podrían ser estimadas como ilícitas, a veces graves, y acarrear las respectivas condenas.

Por eso es absolutamente necesario recomponer un mínimo de formalidades al interior del Sistema Interamericano, a fin de que los derechos humanos no devengan en arbitrarios. En caso contrario, su contenido dependerá cada vez más del criterio o incluso del capricho de quien vela por su observancia y no de lo acordado realmente por los Estados, con lo cual podrían acabar transformándose en una espada de doble filo o en un caballo de Troya, al derivar su contenido de las convicciones de quienes integren dichos órganos guardianes. De hecho, de llevarse a sus extremos lo anterior, habría poderosas razones para preguntarse de qué sirve celebrar tratados, si su contenido puede terminar siendo erosionado o incluso sustituido por el querer de sus custodios.

Se reitera finalmente que las anteriores reflexiones se refieren al funcionamiento general del SIDH, si bien pueden aplicarse perfectamente al caso “Beatriz”.

6. Algunas conclusiones

Como se ha dicho, este trabajo alude al funcionamiento general del SIDH y no al tema específico que motiva el caso “Beatriz”.

Sin embargo y de manera derivada, todas las materias analizadas aquí permiten concluir sin lugar a duda que, al no encontrarse consagrado expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni en ningún otro tratado (que son los únicos documentos realmente vinculantes), no existe un “derecho al aborto” dentro del Sistema Interamericano. Quien sostenga lo contrario debe probarlo, mostrando el tratado internacional respectivo que así lo establezca. Por eso, ni las sentencias de esta Corte, ni mucho menos el *soft law* emanado de algún órgano guardián de estos tratados poseen la capacidad para establecer un derecho semejante, por mucho que se pretenda fundamentar lo anterior apelando a las características vistas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Finalmente, se estima que las características analizadas, así como sus consecuencias, atentan gravemente contra el principio fundamental del Derecho internacional: el *pacta sunt servanda*, al exigir a los Estados compromisos que no han asumido y que, además, resultan imposibles de prever. Ello, pues han sido establecidos de forma cupular y discrecional por diversos organismos que nadie controla, todo lo cual se vincula con la crisis de las fuentes del Derecho internacional, y en el caso del Derecho interamericano, con su notable proceso de desformalización, al punto que a momentos cabría preguntarse para qué se han suscrito los tratados que lo conforman.

Quizás lo más preocupante es que estos fenómenos atentan tanto contra los derechos inicialmente establecidos en los tratados del Sistema, como en lo que hace a las atribuciones y a la legitimidad de sus órganos, al resultar poco claras y hasta imprevisibles. Por eso resulta indispensable conservar un mínimo de formalidades para una adecuada protección de los derechos humanos en la región, formalidades que aquí claramente se echan en falta y que es necesario restaurar.