

Silva Abbott, Max

Un peligro para la dignidad humana del no nacido: el caso Artavia Murillo y el control de convencionalidad

XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2016
Facultad de Derecho – UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Silva Abbott, M. (2016, octubre). Un peligro para la dignidad humana del no nacido : el caso Artavia Murillo y el control de convencionalidad [en línea]. *Presentado en Duodécima 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:]

XII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO NATURAL

Ley Natural y Dignidad Humana

Un peligro para la dignidad humana del no nacido: el *Caso Artavia Murillo* y el control de convencionalidad

Resumen:

A pesar que la dignidad humana del no nacido se encuentra protegida en muchas constituciones de nuestro continente, ésta podría verse seriamente menoscabada gracias a la doctrina del control de convencionalidad que busca instaurar la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicho control pretende que las disposiciones internacionales, incluida su propia jurisprudencia, primen sobre las normas nacionales, pudiendo ser ejercido tanto por ella misma como por los jueces internos. Sin embargo, en sus fallos, la Corte se ha apartado varias veces del tenor literal de la Convención Americana de Derechos Humanos, al considerarla un “instrumento vivo”. Esto ha sido especialmente patente en el *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, de 2012, en que se despersonificó al no nacido, abriendo así las puertas al “derecho al aborto”. Pero además, la Corte considera que como este tratado solo “habla” a través suyo, la argumentación de sus fallos (la llamada *res interpretata*) puede imponerse mediante el control de convencionalidad a la totalidad de los países que han suscrito la Convención, no solo al que ha sido condenado, al estimar que ella es una especie de superconstitución continental, con lo cual se estarían modificando todas las constituciones iberoamericanas, sin que importen los mecanismos de incorporación o las eventuales reservas que los países hayan formulado al momento de suscribir este tratado.

Autor:

Max Silva Abbott, Universidad San Sebastián, Chile

Palabras Clave:

Control de convencionalidad, Interpretación de Tratados Internacionales, *Nasciturus*, *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

Comisión en la que participa: Derecho Constitucional

UN PELIGRO PARA LA DIGNIDAD HUMANA DEL NO NACIDO: EL CASO ARTAVIA MURILLO Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha erigido a sí misma como la protectora por antonomasia de los derechos humanos en el continente, al punto que ya forma parte de nuestra cultura jurídica y es para muchos una “cuarta instancia” ante la cual deben inclinarse las autoridades nacionales.

Sin embargo, y a pesar de lo útil y necesario que resulta contar con un organismo internacional para la protección y promoción de los derechos humanos (el otro es la Comisión Interamericana, del cual no se trata aquí), la evolución que la Corte ha tenido, sobre todo en la última década, hace caer una sombra de duda a este respecto. Lo anterior, en particular gracias a la exégesis que ha ido llevando a cabo respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos y a la doctrina del llamado “control de convencionalidad”. Estas situaciones podrían entre otras materias, poner en entredicho la dignidad y el estatuto jurídico del no nacido, como se mostrará a continuación.

2. La Corte y su exégesis de la Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana, que data de 1969, contiene un catálogo de derechos fundamentales bastante razonable, lo que muestra muy a las claras su intención por hacerlos realidad en el continente. Sin embargo, tal vez el elemento más importante para comprender lo que hoy está ocurriendo a su respecto, sean las reglas de interpretación que la misma Corte ha ido desarrollando, tanto por vía jurisprudencial como en menor medida, gracias a sus opiniones consultivas.

De esta manera, la interpretación de los tratados de derechos humanos entre otras características, debe ser “evolutiva”, “dinámica”, “progresista” y “finalista”. Además, se estima que los derechos humanos son “interdependientes” e “indivisibles”, razón por la cual deben entenderse unos en relación con los restantes de manera “sistemática” y “holística”¹. Estos y otros aspectos, hacen que la Corte tenga una notable libertad para apartarse del tenor literal y de las intenciones iniciales de los redactores de los tratados que interpreta, pues dichos tratados son para ella “instrumentos vivos”² que deben ir adaptándose a los tiempos y circunstancias.

Esta situación ha hecho que en el fondo, la letra e intenciones de la Convención importen cada vez menos, al hacerse tremendamente dúctil su interpretación.

Muy vinculado a lo anterior, se encuentra entre otros, el llamado “principio de progresividad” o de “no retroceso”³, en virtud del cual la Corte estima que en materia de derechos humanos, no se puede involucrar a interpretaciones previas más restrictivas o de menor alcance hechas por ella misma, lo que vendría a garantizar a su juicio su carácter

¹ Cançado Trindade, A. A. (2006): *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 21-61.

² Ferrer Mac-Gregor, E. (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, M.; Salazar, P. (Eds.), *Derechos humanos; un nuevo modelo constitucional*, México, Unam, 392-393.

³ Nogueira Alcalá, H. (2013): “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (Año 10 N° 19), 242-243.

evolutivo. De esta manera, la Corte sería la “intérprete oficial” de la Convención (y otros tratados de derechos humanos del sistema interamericano) y la encargada de actualizarla con el correr del tiempo.

Esto significa que los fallos de la Corte estarían para ella al mismo nivel del tratado al que en teoría sirve, modificándolo en definitiva. Es por eso que el tratado que originalmente suscribieron nuestros países ha cambiado profundamente en los últimos años y todo indica que continuará haciéndolo, sin que los Estados tengan injerencia alguna en este proceso. De ahí también que la Corte haya extraído derechos “implícitos” del mismo o que incluso haya fallado contra su tenor literal. Por eso es necesario insistir en que lo que se está aplicando hoy no es propiamente la Convención Americana, sino el modo en que la Corte la interpreta.

3. El control de convencionalidad

El control de convencionalidad consiste en la comparación que la Corte Interamericana hace por sí misma y que también ordena hacer a los jueces nacionales, entre la Convención Americana de Derechos Humanos tal como es interpretada por ella, y las normas internas de cada país, a fin de hacer primar las disposiciones internacionales sobre las domésticas, a menos que estas últimas sean más protectoras de los derechos humanos que aquellas⁴.

El control de convencionalidad no se encuentra establecido en este tratado, sino que ha surgido por vía jurisprudencial⁵, razón por la cual se trata de una autoatribución que la Corte se ha dado por medio de sus propias sentencias, lo que ha sido llamado una “interpretación mutativa por adición”⁶.

Tanto el control que realiza la Corte (denominado por algunos “externo” o “desde arriba”⁷) como el que se ordena hacer a los jueces nacionales (“interno” o “desde abajo”⁸), podrían dar como resultado –de acuerdo a su jurisprudencia– que la norma doméstica, incluso si es de rango constitucional, sea “reinterpretada”⁹ en concordancia con la internacional o incluso “inaplicada”¹⁰ en caso de ser incompatible con ella. Debe recordarse que el “parámetro jurídico controlante”¹¹ no es propiamente la Convención Americana, sino el modo en que la Corte la interpreta.

Pero además, puesto que la Convención solo “habla” a través suyo y que desde su perspectiva se encuentra al mismo nivel de sus sentencias, este tribunal considera que el

⁴ Carbonell, M. (s/f), “Introducción general al control de convencionalidad”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> [fecha de consulta: 14.05.2014], 67-95.

⁵ García Ramírez, S. (2011): “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Año V, N° 28, 144-145.

⁶ Sagüés, N. P. (2012): “Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del *control de convencionalidad* en el sistema interamericano”, en Ahrens, H. (Comp.), *El Estado de derecho en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm* (México DF, Konrad Adenauer Stiftung, e. v.), 27.

⁷ Hitters, J. C. (2009): “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7 (2), 110-112 y 118-119.

⁸ García Ramírez, S. (2011): “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., 123-159.

⁹ Ferrer Mac-Gregor, E. (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ob. cit., 341-344, 357-361 y 386-387.

¹⁰ Rey Cantor, E. (2008): “Controles de convencionalidad de las leyes”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (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), 261-262.

¹¹ Sagüés, N. P. (2010): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 8 (1), 125-127.

raciocinio llevado a cabo por ella misma respecto de este tratado (la denominada “*res interpretata*”), pasa a ser parte del mismo, razón por la cual debe ser obedecido por todos los países que lo han suscrito, no solo por el que ha sido condenado en la causa que le diera origen¹². Por tanto, en teoría bastaría un solo fallo suyo para que su criterio se impusiera a todo el continente, al considerar que posee efectos *erga omnes*¹³.

Es muy importante tomar conciencia que en teoría, el control de convencionalidad podría afectar a cualquier norma o práctica de un país, por muy asentada o valiosa que se considere, sea alterándola (mediante su “reinterpretación”) o incluso ignorándola (a través de su “inaplicación”), con el pretexto de hacer primar los criterios internacionales establecidos unilateralmente por la Corte y con los cuales supuestamente se habrían comprometido los Estados. Es decir, como para la Corte estos criterios internacionales son superiores a los estatales, ningún elemento interno del Estado debiera oponerles resistencia.

En el fondo, el control de convencionalidad es el instrumento que ha ideado la Corte para imponer su parecer a todo el continente, pretendiendo otorgarle un efecto multiplicador a sus sentencias, intentando que ellas formen un sistema de precedentes¹⁴ que obliguen a todas las autoridades de los Estados que le han dado competencia¹⁵. De esta forma, quiere moldear los ordenamientos locales según su parecer, saltándose todos los cauces internos legales y democráticos existentes.

4. El Caso Artavia Murillo y la despersonificación del no nacido

El *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*¹⁶ se originó con motivo de la prohibición que dictara la Sala Constitucional de ese país respecto de la fecundación in vitro (FIV) en el año 2000, en atención al alto número de embriones sobrantes que son eliminados en el proceso. Para ello se basó en la protección que su Constitución y la propia Convención Americana otorgan al no nacido desde su concepción¹⁷.

Sin embargo, en su fallo este tribunal internacional fue mucho más allá de lo solicitado por los requirentes, y abordó el problema del estatuto del no nacido en general¹⁸, con lo cual en el fondo, pretendió abrir las puertas al llamado “derecho al aborto”, aunque no lo dijera expresamente.

En efecto, usando varios de los instrumentos exegéticos mencionados más arriba, consideró que el no nacido no era merecedor de una tutela al derecho a la vida como el resto

¹² Nogueira Alcalá, H. (2012): “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie (Año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre), 1179-1180.

¹³ Ferrer Mac-Gregor, E. (2013): “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N°2, 652-688.

¹⁴ Hitters, J. C. (2013) “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto «*erga omnes*» de las sentencias de la Corte Interamericana)”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, 705 y 707.

¹⁵ García Pino, G. y Contreras Vásquez, P. (2014): *Diccionario Constitucional Chileno*, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55, 218-219.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 257. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

¹⁷ Paúl Díaz, Á. (2012): “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, en *Ius et Praxis*, Año 18 (1), 73 y 91.

¹⁸ Paúl Díaz, Á. (2013): “La Corte Interamericana *in vitro*: notas sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso *Artavia*”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, Año 1 (2), 303-304.

de los seres humanos¹⁹ y que por tanto, su protección debía ser gradual o incremental a medida que éste se desarrolla²⁰. Para lo anterior, también consideró que pese a que la Convención Americana habla expresamente de “concepción”, ella debía entenderse como “implantación”²¹ y que los eventuales derechos del *nasciturus* debían tutelarse como consecuencia de proteger a la madre²². En consecuencia, condenó a Costa Rica por no permitir la FIV, ordenándole modificar su legislación e indemnizar a las víctimas, entre otras medidas²³.

Esta condena generó un auténtico terremoto político en ese país y un serio altercado entre la Presidencia, partidaria del fallo, y el Congreso y la Sala Constitucional, contrarios al mismo. Con todo, se tramitaron sin éxito tres proyectos de ley que buscaban permitir la FIV²⁴.

Ante esta situación, la Corte siguió presionando, mediante una medida provisional de 2014²⁵, una audiencia de supervisión de cumplimiento de 2015²⁶ y una supervisión de cumplimiento de 2016²⁷.

En efecto, gracias al accionar de la Corte, en la audiencia de supervisión de cumplimiento la Presidencia ofreció emitir de manera provisoria un Decreto Ejecutivo para regular la FIV²⁸, a sabiendas que por mandato constitucional esa era materia de ley²⁹. Este decreto se dictó, efectivamente, pero fue luego invalidado por la Sala Constitucional por dicha razón³⁰. Y como respuesta, la Corte dictó la supervisión de cumplimiento de 2016 ya aludida.

Esta resolución no solo alteró lo dictado por la misma Corte en su sentencia definitiva en varios aspectos, desconociendo su carácter de cosa juzgada³¹, sino que además, estimó que por la sola existencia de esa sentencia, la FIV estaba ya autorizada en Costa Rica, tanto porque gracias a ella se habría levantado la prohibición existente (que databa del año 2000³²), como por validar el Decreto Ejecutivo antes impugnado³³. Es decir, además de pretender que

¹⁹ Corte IDH: *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica* (2012), ob., cit., párr. 223, 258-259, 280-283 y 288-293.

²⁰ *Ibid*, párr. 256, 264 y 315.

²¹ *Ibid*, párr. 179-183, 186-187, 189 y 264.

²² *Ibid*, párr. 222.

²³ *Ibid*, párr. 381 en sus 10 puntos resolutive. Sobre esto puede verse Silva Abbott, M. (2015): “El caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*: análisis crítico y posibles efectos regionales”, en *Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, Año III N° 6, 13-61.

²⁴ Silva Abbott, M. y De Jesús, L. (2016): “¿Se comporta la Corte Interamericana como tribunal (internacional)? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*”, en *Prudentia Iuris*, vol. 82, epígrafe 2, en prensa.

²⁵ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de marzo de 2014. Solicitud de medidas provisionales. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/artavia_se_01.pdf.

²⁶ Véase video: Audiencia Pública Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, 3 de septiembre de 2015. Disponible en <https://vimeo.com/album/3554165/video/138362028>.

²⁷ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Supervisión de cumplimiento de sentencia. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf.

²⁸ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. *Supervisión de cumplimiento*, ob. cit., párr. 30-32.

²⁹ Lo hace por negación, al señalar la idoneidad del Decreto Ejecutivo para regular esta materia (lo que muestra justamente sus dudas al respecto), según consta en Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. *Supervisión de cumplimiento*, ob. cit., párr. 32.

³⁰ Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Exp: 15-013929-0007-CO, Res. N° 2016001692. Disponible en: http://womenslinkworldwide.org/premios/docs_postulacion/56ddacffc283e_pgja_Sentencia_CostaRica_CasoFIV_es.pdf.

³¹ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. *Supervisión de cumplimiento*, ob. cit., Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 13-17.

³² Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. *Supervisión de cumplimiento*, ob. cit., párr. 26. Ideas parecidas o complementarias en párr. 10, 36 y puntos resolutive 3 y 5a.

³³ *Ibid*, párr. 21, 27 y 29 a 37.

su sentencia tenga efectos directos en el país condenado sin necesidad que éste realice las modificaciones legales correspondientes, al tenor del art. 2 de la Convención, consideró que podía anular un fallo de la Sala Constitucional. Hasta ahí las noticias que tenemos sobre este caso.

Lo anterior es de trascendental importancia, debido a que con este fallo, la Corte sigue autoatribuyéndose facultades, desconoce su propia cosa juzgada y pretende actuar como un auténtico tribunal constitucional continental³⁴, con una eficacia directa sobre los Estados condenados.

5. Los eventuales efectos continentales del control de convencionalidad

Como se ha dicho, lo que actualmente importa en los hechos no es tanto lo que señala la Convención, sino lo que la Corte considera que ella establece. Y además, que este tribunal pretende que sus fallos tengan un efecto multiplicador gracias al control de convencionalidad interno, que en teoría debieran hacer los jueces nacionales.

El mecanismo funciona más o menos así: mediante las interpretaciones desarrolladas en sus sentencias, la Corte va modificando la Convención Americana de acuerdo a su criterio (al ser una interpretación evolutiva, dinámica, progresista, sistemática, etc.), con el objetivo último de permear los ordenamientos de todos los países suscriptores. Sin embargo, la sentencia solo puede aplicarse al Estado que ha sido condenado, para lo cual la Corte utiliza el control de convencionalidad externo o desde arriba. Mas, como el tratado solo “habla” a través suyo, ha establecido también por vía jurisprudencial, que las interpretaciones a las cuales llegue en cualquiera de sus sentencias (la llamada *res interpretata*) deben ser seguidas también por los demás países del sistema interamericano, aunque no hayan sido parte el juicio que le diera origen (pretendiendo así que tengan efectos *erga omnes*), para lo cual exige que los jueces domésticos realicen el control de convencionalidad interno o desde abajo, a fin de dar un efecto multiplicador a dichas sentencias.

Es decir, con cada interpretación que la Corte hace y el posterior control de convencionalidad que aplica u ordena aplicar, se podría modificar no solo la Convención Americana, sino también todas las constituciones nacionales. Por eso su idea final es que todos los sistemas jurídicos internos sean pensados, interpretados y hechos funcionar de conformidad con los criterios de su jurisprudencia³⁵.

Se comprende fácilmente que lo anterior constituye un auténtico cataclismo para los ordenamientos locales, pues como se ha dicho, en teoría no habría norma interna, por valiosa que sea, que pudiera resistir los dictámenes de la Corte. Lo anterior incluye los procedimientos y resguardos que cada país haya adoptado al momento de ratificar la Convención Americana, como las declaraciones de inconstitucionalidad y las reservas dictadas en su momento³⁶.

³⁴ Sobre esto último, Binder, C. (2010): “¿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, A.; Ferrer Mac-Gregor, E.; Morales Antoniazzi, M. (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?* Tomo II, México, Unam; Max-Planck-Institut für a Usländisches ö Ffentliches Recht und Volkerrecht; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, traducción de G. Aguilar y R. Stewart, 169-170.

³⁵ Sagüés, N. P. (2014): “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución «convencionalizada»”, en Nogueira Alcalá, H. (Coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Santiago, Librotecnia), 17.

³⁶ En parte se refiere al tema de las reservas, Cançado Trindade, A. A. (2006): *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, ob. cit., 288-301.

Para comprender lo anterior debe recordarse entre otras cosas, que para la Corte la Convención estaría sobre las constituciones nacionales³⁷, si bien existe doctrina que considera que ella se encontraría al mismo nivel de cada carta fundamental y que se incorporaría al “bloque de constitucionalidad”³⁸. Pero además, también es necesario tener presente que para este tribunal, los tratados de derechos humanos son “instrumentos vivos”, los cuales van evolucionando de la mano de las herramientas exegéticas mencionadas en su momento. Es por eso que hay que ser muy claros en manifestar que actualmente nos encontramos frente a *otra* Convención Americana, no la que fue suscrita en su momento.

De esta manera, y uniendo todo lo dicho con la doctrina del control de convencionalidad, desde el punto de vista de la Corte, las observaciones y reservas manifestadas por un Estado en su oportunidad no tendrían ahora ningún valor, puesto que ellas fueron formuladas en otras circunstancias, lo que no se condice con el carácter evolutivo de estos tratados ni podría ser una excusa para no aplicar el control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales, so pena de comprometer la responsabilidad internacional de cada Estado³⁹.

Es decir, la doctrina del control de convencionalidad, tanto externa, como sobre todo interna, equivaldría al fin de la supremacía constitucional en cada país y a su sustitución por esta especie de superconstitución continental⁴⁰, que evoluciona al pulso de las interpretaciones de la Corte, obligando éstas a todos los países suscriptores y no solo al condenado, según se ha dicho. Desde esta perspectiva, pues, nada podría oponérsele, entre otras cosas, por el principio de progresividad o de no retroceso, lo que haría que las observaciones y reservas formuladas en su momento por cada Estado quedarían en teoría obsoletas. Con lo cual, además, se estarían cambiando las constituciones nacionales, saltándose sus propios mecanismos de reforma.

En consecuencia, hipotéticamente bastaría un solo fallo suyo para que la cuestión resuelta en el mismo se impusiera sin más a todo el continente. Con esto se aseguraría el respeto y el cumplimiento de los derechos humanos tal como la Corte los entiende en todos nuestros países, para llegar a conformar algo así como un orden público o un “*ius commune*” interamericano⁴¹.

6. La situación del *nasciturus* a la luz de lo anterior

Como puede comprenderse, en teoría, el control de convencionalidad externo e interno podría colocar en serios aprietos el estatuto jurídico del no nacido en el continente.

En efecto, si se toma al pie de la letra esta doctrina, actualmente la Convención no protegería al *nasciturus* como ella proclama, sino como la Corte estima. De esta manera, en teoría, cualquier juez nacional podría desoír su propia Constitución y considerar que el aborto

³⁷ Refiriéndose a este y otros tratados en general, Aguilar Cavallo, G. (2009): “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador”, en *Estudios Constitucionales* (Año 7, N°1), 121-127.

³⁸ Caballero Ochoa, J. L. (2011): “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, en Carbonell Sánchez, M.; Salazar Ugarte, P. (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Unam, México, 115-123, 126 y 132-133.

³⁹ Sobre responsabilidad internacional del Estado por este hecho, Bazán, V. (2010): “En torno al control de las inconstitucionalidades e inconveniencias omisivas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Año XVI, 170-173.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219. Voto Razonado del Juez Ad Hoc Roberto De Figueiredo Caldas, párr. 5. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf.

⁴¹ Sagüés, N. P. (s/f): “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: 07.05.2014], 449-451 y 467.

es un derecho humano y que su propio país estaría incurriendo en responsabilidad internacional al no contemplarlo, siendo él el llamado a evitar esta situación mediante la aplicación interna del control de convencionalidad, ya sea para “inaplicar” las normas internas que prohíban esta práctica, o “reinterpretar” las existentes para hacerlas coincidir con esta despersonalización del *nasciturus* decretada por la Corte. Y ante cualquier reclamo en cuanto a las observaciones y reservas esgrimidas en su momento o a lo que establezca la propia Carta Fundamental, podría argumentar que sólo está poniendo al día a su Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales que emanan de este “instrumento vivo” en que se ha convertido la Convención Americana de Derechos Humanos⁴².

Se insiste en que de acuerdo a esta perspectiva, no habría manera de resistir por parte de los ordenamientos nacionales los dictámenes de la Corte, por muy valiosos que se consideren en sede local, salvo la denuncia del tratado⁴³, aunque también existe doctrina que niega incluso esta posibilidad⁴⁴.

Es por eso que se señalaba en un comienzo que a pesar de lo útil y necesario que es contar con un organismo internacional para la protección y promoción de los derechos humanos, la evolución que ha tenido la Corte hace caer una sombra de duda a este respecto.

7. Conclusión

Luego de todo lo dicho hasta aquí, y más allá de la situación en que podría quedar el *nasciturus*, es muy importante tomar conciencia que las “reglas del juego” dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han cambiado profundamente, sobre todo en la última década, según se ha dicho, lo cual podría traer consecuencias insospechadas para el continente.

Ante todo, creemos que lo más importante es darse cuenta que la Corte se ha ido atribuyendo un cúmulo de facultades que distan mucho de lo acordado en su momento, no solo porque resulta imposible que los Estados hayan accedido a quedar bajo una total interdicción a su respecto, sino además, pues las mismas reglas formales o de funcionamiento del Sistema Interamericano han sido notablemente modificadas por la voluntad unilateral de la Corte (y todo indica que esto continuará), lo cual no puede ser más opuesto a la verdadera esencia del Derecho como institución humana, que busca no un “gobierno de los hombres”, sino un “gobierno de las leyes”.

⁴² Sin referirse específicamente a esta temática, Nogueira Alcalá, H. (2012): “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N°1, 152-155 y 184-185.

⁴³ Sagüés, N. P. (s/f): “El «Control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, ob. cit., 458.

⁴⁴ Ayala Corao, C. (2012): “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, en *Estudios Constitucionales* (Año 10 N° 2), 643-682.