

RIESGOS DEL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA PARA LA APLICACIÓN
DEL DERECHO EN EL TIEMPO Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS
ESTADOS

NICOLÁS AUGUSTO RUBIO PARRA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DEFENSA DE LOS DERECHO HUMANOS Y EL DIH ANTE
ORGANISMOS, TRIBUNALES Y CORTES INTERNACIONALES

BOGOTÁ D.C. 2016

RIESGOS DEL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA PARA LA APLICACIÓN
DEL DERECHO EN EL TIEMPO Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS
ESTADOS

NICOLÁS AUGUSTO RUBIO PARRA

Trabajo de grado para obtener el título de Magíster

Asesora: JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DEFENSA DE LOS DERECHO HUMANOS Y EL DIH ANTE
ORGANISMOS, TRIBUNALES Y CORTES INTERNACIONALES

BOGOTÁ D.C. 2016

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
Metodología	7
CAPÍTULO 1: LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	10
1.1. Regla General de Interpretación en el Derecho Internacional	10
1.2. Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	12
1.3. El principio de interpretación evolutiva	15
CAPÍTULO 2: LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	21
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	22
1. Derecho a la vida	22
2. Orientación Sexual	25
3. Derechos de las comunidades indígenas	29
4. Protección especial de los menores de edad	34
5. Otros escenarios de interpretación evolutiva	35
Sistema Europeo de Derechos Humanos	38
1. Orientación Sexual	38
2. Aborto e inicio de la vida	43
3. Cuestiones relacionadas con menores de edad	48
4. Noción de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes	50

5. Fertilización In vitro	53
6. Otros escenarios de interpretación	54
CAPÍTULO 3: ESTUDIO DE CASOS	62
1. Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica	62
2. Caso P y S contra Polonia.	70
3. Caso S. H. contra Austria.	74
CAPÍTULO 4: APLICACIÓN EN EL TIEMPO DEL DERECHO INTERNACIONAL	77
1. Derecho intertemporal: nociones generales	79
2. El derecho intertemporal, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los Artículos de Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales	82
3. El derecho intertemporal y la interpretación evolutiva	84
4. Casos de fertilización in vitro y aborto	86
CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES	90
BIBLIOGRAFÍA	99

Introducción

En el nivel latinoamericano, la mayoría de los Estados ha reconocido la importancia de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Prueba de ello es que 21 de los 34 Estados que conforman la región han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana; incluidos dos Estados que han denunciado el instrumento posteriormente, Venezuela y Trinidad y Tobago. Así, aun descartando los Estados que decidieron denunciar la Convención, más del 50 % de posibles signatarios han aceptado la competencia contenciosa del Tribunal Interamericano. (Departamento de Derecho Internacional, Organización de Estados Americanos, 2015)

Además de esta aceptación de competencia, como prueba de la importancia que hoy en día tiene el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), los Estados que se han visto avocados ante la jurisdicción de la Corte Interamericana han realizado esfuerzos significativos para acatar sus fallos, con las particularidades de cada caso. De esta forma, de las últimas 50 resoluciones de supervisión de cumplimiento emitidas por el Tribunal Interamericano, 35 han dado por cumplido, total o parcialmente, algún punto de las sentencia objeto de supervisión. De manera reciente, como testimonio del cumplimiento que los Estados han venido dando a las sentencias, el 17 de abril de 2015, la Corte Interamericana emitió una Resolución de supervisión de cumplimiento en la que dio por cumplidos todos los puntos resolutivos dictados en el caso Pacheco Tineo v. Bolivia, cuya sentencia había sido emitida en el 2013.

Este esfuerzo de los Estados por acatar los fallos ha sido reconocido por la Corte Interamericana en algunas resoluciones de supervisión. En resolución de 17 de abril de 2015, supervisando el cumplimiento que México ha dado a los casos de Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, la Corte valoró positivamente la reforma que había realizado el Estado

al Código de Justicia Militar, pues esta limitaba el alcance de la jurisdicción penal militar en el ámbito interno (Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega Y Otros, Y Rosendo Cantú Y Otra vs. México Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2015). En términos de la Corte:

A partir de los estándares mencionados (*supra* Considerandos 10 a 13), la Corte Interamericana valora positivamente la reforma al Código de Justicia Militar aprobada por México en el 2014 y considera que constituye una importante modificación del ordenamiento jurídico interno con el fin de restringir el alcance de la jurisdicción penal militar. Asimismo, el Tribunal recuerda que en su Resolución del 2013, valoró decisiones adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia a través de la resolución de acciones de amparo. Al respecto, valoró que “la decisión de la SCJN de 14 de julio de 2011 [...] contribuye de manera positiva a la protección y promoción de los derechos humanos dentro del Estado mexicano, entre otros, al exigir la realización, por parte de todos los miembros del poder judicial, de un control de convencionalidad *ex officio* en los términos establecidos [por la jurisprudencia emitida] por la Corte Interamericana”. (Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega Y Otros, Y Rosendo Cantú Y Otra vs. México Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2015)

Estos mismos reconocimientos positivos han sido realizados por la Corte respecto a otros Estados como Chile (Caso García Lucero vs. Chile, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2015), Bolivia (Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2015), Ecuador (Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2015), Brasil (Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do araguaia”) vs. Brasil, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2014), Perú (Caso Cesti Hurtado vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2013), Colombia

(Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2013), El Salvador (Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2013), Uruguay (Caso Gelman vs. Uruguay . Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2013) y Paraguay (Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 2013).

La relevancia que ha tomado en particular el SIDH, se ve aparejada de un protagonismo creciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, a través de sus fallos, ha ido desarrollando paulatinamente líneas de interpretación de la Convención Americana. Así, han existido escenarios que no fueron previstos en el momento de la redacción de la Convención Americana y que, a través de los pronunciamientos y de la figura de la “interpretación evolutiva”, fueron resueltos por parte del Tribunal Interamericano bajo el amparo de este instrumento (Dzehtsiarou & O'Mahony, 2013; Rietiker, 2010).

Ahora bien, sin necesidad de desconocer la importancia que ha tenido este Tribunal en lo que se refiere al desarrollo e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es necesario preguntarse si esta facultad interpretativa, de origen convencional, puede ampliar los contenidos obligacionales que inicialmente habían sido aceptados por los Estados partes.

Este cuestionamiento resulta válido si se tiene en cuenta que, junto con la creciente acogida del SIDH entre los Estados signatarios, la Corte Interamericana ha reconocido la aplicación del principio de *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual es un deber estatal dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas con la firma de un tratado (Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos; Vélez Lóor v. Panamá). Así las cosas, si un Estado se encuentra compelido a cumplir

con las obligaciones que adquirió con la suscripción del tratado, es indispensable que para tal efecto tenga certeza del contenido obligatorio por él aceptado.

De ahí que, teniendo en cuenta el principio de *pacta sunt servanda* aplicable dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sea necesario preguntarse si la labor interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo largo de su desarrollo jurisprudencial, puede llegar a generar contenidos obligacionales para los Estados más allá de lo inicialmente acordado por estos.

Para responder a este cuestionamiento, en primer lugar, será necesario describir los parámetros de interpretación que deben observarse en el derecho internacional de los derechos humanos, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En segundo lugar, se realizará un análisis de la línea jurisprudencial que se ha desarrollado en materia del principio de interpretación evolutiva, tanto por la Corte Interamericana como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con especial atención en aquellos casos en los cuales se haya hecho uso de este derrotero interpretativo.

Sobre este punto, es importante aclarar que si bien la intención de este trabajo gira en torno a la posible ampliación de los contenidos obligacionales a partir del uso de la interpretación evolutiva por parte de la Corte Interamericana, se realizará el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un parámetro de comparación constituido por un sistema de protección de derechos humanos diferente, que ha hecho uso de este mismo mecanismo interpretativo y que ha realizado una lectura más conservadora de su tratado base, como se expondrá más adelante. Así las cosas, es necesario precisar que se trata de dos sistemas diferentes en materia de protección de los derechos humanos, cuyos tratados bases

no contienen una redacción exactamente igual y que se han visto avocados al conocimiento de diferentes casos en contextos diversos. Sin embargo, pese a estas diferencias, no resulta menos cierto que la misma Corte Interamericana ha citado en su jurisprudencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde los primeros pronunciamientos en los que usó la interpretación evolutiva (Opinión Consultiva 16 de 1999; Villagrán Morales “niños de la Calle” v. Guatemala). Lo anterior, permite ver que el Tribunal Europeo puede ser un parámetro comparativo en materia interpretativa, pues ha servido como apoyó en la construcción de la jurisprudencia en el SIDH y, adicionalmente, ha abordado casos que, si bien no son exactamente iguales a los conocidos por la Corte Interamericana, tratan temas generales que son comparables, como la interferencia de un Estado en las técnicas de reproducción asistida o en la posibilidad de abortar.

De esta manera, si bien es necesario reconocer la limitación que representa comparar la jurisprudencia de dos sistemas de protección diferentes, también es menester tener en cuenta que ambas corporaciones dialogan constantemente y han tratado temas que resultan comparables, sin ser idénticos; para este trabajo en particular, vale la pena resaltar que dentro del caso de Artavia Murillo, la misma Corte Interamericana citó la jurisprudencia de su homóloga europea en casos de aborto como el de A, B y C contra Irlanda, dejando ver que, si bien no son supuestos fácticos homologables, las reglas interpretativas desarrolladas en cada corporación tienen puntos de contacto que permiten su estudio conjunto y comparado, como se propone en este trabajo.

En tercer lugar, para efectos de este trabajo se desarrollará un estudio de casos de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en escenarios de aborto y fertilización *in vitro*, pues, además de abordar temas que actualmente son altamente debatidos en el interior de los Estados, ejemplifican de manera clara los riesgos que la utilización del

principio de interpretación evolutiva puede traer sobre la aplicación del tratado en casos futuros y respecto del contenido obligacional inicialmente pactado por los Estados signatarios.

Sobre este punto, es necesario tener en cuenta que estos dos sistemas de protección de los derechos humanos no han tenido un gran número de casos relacionados con la fertilización *in vitro* y el aborto. Por un lado, la Corte Interamericana ha conocido únicamente de un caso en el cuál se analizó la responsabilidad de un Estado por el tema de la fertilización *in vitro* y, adicionalmente, no ha tenido conocimiento de casos relacionados con el aborto; y, por el otro, el sistema europeo de derechos humanos ha proferido tan sólo cinco sentencias relacionadas con el aborto y la fertilización *in vitro*, en los cuales realizó uso de la interpretación evolutiva. De esta manera, aunque la misma Corte Interamericana no ha sentado una posición en materia del aborto para el SIDH, llegado el momento se abordarán algunas posiciones doctrinarias que han desarrollado argumentos, con base en el caso de Artavia Murillo, en torno a la posibilidad de permitir el aborto por parte de la Corte Interamericana, sin que esto pueda ser tomado como una posición oficial de esta instancia internacional.

Así las cosas, el estudio de casos que se realizará en estos sistemas de protección abordará la totalidad de la jurisprudencia proferida en los supuestos de hecho antes mencionados, pues el objetivo de este trabajo no es entrar al estudio de casos de aborto y fertilización *in vitro* por fuera de estas sedes internacionales; escapando de esta finalidad, el análisis de decisiones que puedan emanar de cada una de las jurisdicciones internas de los Estados parte.

Finalmente, contando con el desarrollo jurisprudencial alrededor del principio de interpretación evolutiva en casos que actualmente resultan controversiales en el nivel internacional, se podrá responder a la inquietud de si ¿el desarrollo interpretativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos realizado por parte de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos impacta la aplicación de este tratado en el tiempo de forma que amplía el contenido obligacional pactado inicialmente por los Estados?

Con este objetivo en mente, el trabajo se realizará de la siguiente manera: 1) Dentro del primer capítulo, se abordarán las reglas generales de interpretación del derecho internacional, los criterios de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el principio de interpretación evolutiva; 2) En el capítulo dos, se analizará el desarrollo del principio de interpretación evolutiva en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, tanto en el nivel interamericano como en el europeo, abordando en cada uno de ellos los temas en torno a los cuales ha girado la utilización de dicho derrotero interpretativo; 3) Posteriormente, en el tercer capítulo, se realizará un análisis de los casos relacionados con la fertilización *in vitro* y el aborto, específicamente, los casos de Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, S.H. en contra de Austria y P y S en contra de Polonia; 4) En el cuarto capítulo se llevará a cabo el estudio de la aplicación del Derecho Internacional en el tiempo, la relación del derecho intertemporal con la Convención de Viena sobre el derecho a los tratados y con los Artículos de Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, el impacto de la interpretación evolutiva en el derecho intertemporal y las consecuencias de la interacción de estos conceptos en los casos de aborto y fertilización *in vitro* y 5) Finalmente, en el capítulo cinco, se expondrán las conclusiones de este trabajo y la respuesta encontrada al interrogante principal planteado.

Metodología

Para efectos de realizar el análisis jurisprudencial propuesto anteriormente, se hace necesario realizar un par de precisiones metodológicas que permitan el desarrollo armónico del trabajo.

En primer lugar, y como se advirtió durante la introducción, es necesario tener en cuenta que el estudio jurisprudencial que se realizará de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo no parte de la base de que se trata de sistemas iguales o que tienen tratados base idénticos, sino que se fundamenta en el hecho de que, ante situaciones comparables como la intervención estatal en técnicas de reproducción asistida, ambas corporaciones judiciales han dado respuestas particulares. De esta manera, es necesario entender que no se pretende equiparar ambos sistemas de protección internacional, pero se da cuenta de un dialogo jurisprudencial que ha tenido lugar desde los primeros casos en los cuales la Corte Interamericana usó el principio de interpretación evolutiva (Opinión Consultiva 16 de 1999; Villagrán Morales “niños de la Calle” v. Guatemala).

En segundo lugar, como también se esbozo en la introducción, es necesario resaltar de forma expresa que la Corte Interamericana no se ha pronunciado sobre un caso de aborto hasta la fecha, lo cual limita el estudio de esta situación a nivel comparativo con el Sistema Europeo. Sin embargo, pese a esta circunstancia, no se puede desconocer que la Corte Interamericana si se ha pronunciado respecto al inicio de la protección del derecho a la vida, tema que toca con un eventual caso que aborde el supuesto de hecho del aborto y que, según alguna doctrina, permitiría un eventual reconocimiento del derecho a abortar en el SIDH. Asimismo, vale la pena tener en cuenta que, pese a tratarse de situaciones distintas, la misma Corte Interamericana citó la jurisprudencia del Tribunal Europeo en casos de aborto dentro de la sentencia de *Artavia Murillo* lo que permite ver que, aun tratándose de hechos diferentes, las interpretaciones desarrolladas tienen puntos de contacto y pueden ser estudiadas de manera conjunta, como se propone en este trabajo.

En este punto, es necesario recalcar que estas situaciones fácticas, el aborto y la fertilización *in vitro*, han sido abordadas teniendo en cuenta que son altamente debatidas en el

nivel interno y ejemplifican los contenidos obligacionales que se pueden ampliar a partir de la interpretación evolutiva.

En tercer lugar, la realización del estudio jurisprudencial propuesto se llevará a cabo de la siguiente manera: 1) Se realizará el barrido de las bases de datos de ambas corporaciones internacionales en búsqueda de los casos en los cuales se haya usado el principio de interpretación evolutiva, sin realizar distinción alguna respecto al tema que se aborde en ellas; 2) Una vez ubicadas las sentencias en las cuales cada corporación ha usado el principio de interpretación evolutiva, se analizarán los problemas jurídicos abordados y las respuestas dadas por los tribunales a partir de la lectura dinámica del texto; 3) Extraídas las reglas interpretativas de las cortes, se agruparán las decisiones respecto a los temas abordados en cada caso y 4) una vez hecho este estudio general, se realizará el análisis particular de cada uno de los casos de aborto y fertilización *in vitro* en ambas corporaciones, sin perder de vista que no existen casos contenciosos de aborto dentro del SIDH y que, para afrontar esta situación, se partirá de la determinación de la Corte sobre el inicio de la protección del artículo 4 de la Convención Americana y de algunas fuentes doctrinarias, con el objetivo de plantear el riesgo que la interpretación evolutiva generaría en un eventual caso de aborto dentro de este sistema.

Es necesario aclarar que, dentro del análisis jurisprudencial que se realizará, se propondrán redacciones alternativas de los artículos de los tratados que se involucren en cada situación a partir de la interpretación que cada corporación ha realizado, sin que esto signifique que alguna de las cortes lo haya dicho así de forma expresa o que exista una disposición normativa internacional que así se los permita.

Finalmente, sobre el análisis de los casos concretos de aborto y fertilización *in vitro* en cada sistema, vale la pena resaltar nuevamente que, si bien ambas cortes abordan situaciones

diferentes a partir de tratados distintos, en cada caso se preguntan por la responsabilidad internacional de un Estado a raíz de su intervención en situaciones que tienen que ver con el inicio de la protección del derecho a la vida y el tratamiento legislativo que se da al respecto, bien sea en situaciones relacionadas con el aborto o con la reproducción asistida.

Capítulo 1: La interpretación en el derecho internacional de los derechos humanos

Dentro de este capítulo se abordarán, de manera general, los métodos y principios aplicables a la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, con el objetivo de ubicar el principio de interpretación evolutiva, su fuente, su contenido esencial y su forma de aplicación. De esta forma, se podrá realizar un análisis a fondo de la jurisprudencia sobre los casos de aborto y fertilización *in vitro* en los cuales se haya utilizado este derrotero interpretativo.

1.1. Regla General de Interpretación en el Derecho Internacional

Cuando se habla de interpretación en derecho internacional, es ineludible acudir a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en cuyo artículo 31 se establecen las reglas generales de interpretación de los tratados, sin hacer distinción alguna con respecto a los instrumentos en materia de derechos humanos. A su tenor literal, en la Sección Tercera sobre interpretación de los tratados, el artículo 31 de la Convención establece:

31. Regla general de interpretación.

1. Un 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.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

(Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados,1969)

De la lectura del numeral 1 del artículo 31, resulta claro que la regla general de interpretación en el derecho internacional es que los tratados deben ser interpretados de buena fe, de acuerdo con el sentido corriente de los términos del instrumento, en su contexto, y considerando su objeto y fin.

Para efectos del contexto, la Convención de Viena señala que está compuesto por el texto del tratado, su preámbulo, sus anexos, y adicionalmente, por acuerdos posteriormente concertados entre las partes e instrumentos formulados por una o más de ellas, con motivo de la

celebración del tratado, siempre que dichos acuerdos e instrumentos hayan sido aceptados por las demás partes como instrumentos referente al tratado.

Además del contexto, según la Convención en mención, deben considerarse 1) acuerdos posteriores sobre la interpretación del tratado, 2) prácticas ulteriores en la aplicación del tratado y 3) las reglas de derecho internacional aplicable entre las partes.

Ahora bien, cuando se ha realizado el proceso interpretativo antes descrito y se desea confirmar el resultado conseguido o se obtiene un resultado ambiguo o manifiestamente irrazonable, es posible, de acuerdo al artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que el intérprete acuda a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración.

Estas reglas de interpretación, contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, han sido entendidas en el sentido de incluir implícitamente el método de interpretación evolutiva (Arato, 2010; Opinión Consultiva 16 de 1999). Así las cosas, se ha considerado que el principio de interpretación evolutiva tiene una dinámica acorde con la posibilidad de considerar los desarrollos en la existencia de un tratado al momento de realizar una interpretación, conforme al párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena (Rietiker, 2010). Es decir, dentro de las reglas de interpretación del derecho internacional en general, se ha admitido que la interpretación evolutiva está conforme a las reglas de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.

1.2. Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Una vez analizada la regla general de interpretación de los tratados, de acuerdo a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, es pertinente analizar las reglas de interpretación especiales que trae la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 29 de la Convención Americana, señala lo siguiente:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De la lectura de este artículo se desprende que, al momento de interpretar la Convención Americana, no se pueden limitar o suspender el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas. Es decir, además de las reglas generales de interpretación de cualquier tratado, al momento de dar sentido a la Convención Americana para un caso concreto, es necesario que el intérprete observe como límite el ejercicio y goce de los derechos reconocidos en el instrumento y, por lo tanto, no los limite en forma alguna, salvo en las específicas circunstancias previstas en la Convención o en la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana.

Esta forma de interpretación, incluido el uso de las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, fue utilizada y explicada de manera detallada por la Corte Interamericana en el Caso de Artavia Murillo y otros v. Costa Rica. En este caso, la Corte indicó:

El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los

términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En ese marco, a continuación se realizará una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado. (Artavia Murillo y Otros (“*Fecundación in Vitro*”) v. Costa Rica)

Así las cosas, en el caso precitado puede verse cómo la Corte Interamericana acudió al sentido literal de los términos en su contexto, a la interpretación sistemática e histórica (de acuerdo con los trabajos preparatorios), a la interpretación evolutiva y al objeto y fin del tratado, criterios de interpretación propios de la Convención de Viena.

En esta misma línea, sobre la interpretación de los tratados en materia de derechos humanos, el profesor Aguirre Arango ha identificado, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, los métodos de interpretación que se utilizan al momento de darle sentido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arango, 2007). Además de las reglas de la Convención de Viena y el principio de interpretación evolutiva antes citados, este autor extrae dos métodos interpretación usados de manera continua por parte de la Corte Interamericana: 1) la interpretación *pro personae* y 2) la interpretación de acuerdo con el *effet utile*.

Por una parte, de acuerdo con el principio *pro personae*, la Convención debe interpretarse de la forma más extensa a favor del ser humano, “*debiéndose interpretar de una manera amplia la formulación y el alcance de los derechos, y de una manera restrictiva las restricciones a los mismos*” (Arango, 2007). Al respecto la Corte, ha reconocido que la Convención debe leerse “*de*

manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado” (Ricardo Canese v. Paraguay; Herrera Ulloa v. Costa Rica)

Por otra parte, según el principio de *effet utile*, la Convención debe ser leída de manera que se protejan los derechos de la persona humana a través de salvaguardas prácticas y efectivas (Baldeon García v. Perú; Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia).

En resumen, la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene las siguientes reglas:

- Deben seguirse los criterios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados,
- No puede realizarse una interpretación que menoscabe el goce y ejercicio de los derechos, por fuera de los parámetros establecidos en la Convención Americana y la jurisprudencia para la limitación de las garantías
- Según los principios *pro personae* y *effet utile*
- Debe interpretarse de forma evolutiva.

1.3. El principio de interpretación evolutiva

Atendiendo a la finalidad de analizar el problema de temporalidad que tiene una interpretación evolutiva de los tratados en materia de derechos humanos, se realizará un análisis separado de este principio.

Antes de profundizar en este derrotero interpretativo, es menester mencionar que, si bien se utilizó el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica para ilustrar el uso de este principio, éste es un criterio interpretativo utilizado desde los primeros casos del Tribunal Interamericano, como por ejemplo en el Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala.

Según el principio de interpretación evolutiva, la Convención Americana debe ser interpretada como un instrumento vivo y de acuerdo a los tiempos actuales. En palabras de la Corte:

245. Este Tribunal ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. Por su parte, la Corte Europea ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir para especificar el contexto de un determinado tratado. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización para la interpretación de medios tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, lo cual se relaciona con una visión evolutiva de la interpretación del tratado. (Artavia Murillo y Otros (“*Fecundación in Vitro*”) v. Costa Rica)

Entonces, de acuerdo con la Corte Interamericana, al momento de interpretar la Convención Americana debe atenderse a los tiempos y las condiciones de vida actuales (Atala Riffo y niñas v. Chile; Liakat Ali Alibux v. Surinam; Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kasek v. Paraguay); método interpretativo avalado, según el Tribunal, bajo las reglas del artículo

29 de la Convención, así como por los mandatos de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Atala Riffo y niñas v. Chile; Opinión Consultiva 16/99).

Siguiendo esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha desarrollado la noción de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales (Case of Tyrer v United Kingdom; Case of A, B and C v. Ireland; Case of Scoppola v. Italy).

Esta forma dinámica de interpretar los tratados en materia de derechos humanos, no es una cuestión menor en el derecho internacional, pues, del sentido que le dé la Corte al texto de la Convención, dependerá directamente el alcance que le reconozca a las obligaciones de los Estados y, consecuentemente, la declaratoria de responsabilidad que pese sobre estos últimos.

El derecho internacional debe abarcar asuntos no permanentes o en constante cambio; motivo por el cual se ha reconocido la necesidad de este tipo de interpretaciones dinámicas, de manera que se evite que el tratado se convierta en letra muerta (Ambrus & Wessel, 2015). En otras palabras, se ha reconocido que una interpretación evolutiva en donde no es requerida puede ser tan nociva como una interpretación estática en situaciones donde se requiere la evolución del concepto (TORP HELMERSEN, 2013a)

No obstante lo anterior, la utilización de este principio interpretativo no ha sido pacífica, pues algunos autores han debatido su existencia y otros, además de estudiar los casos en los que se ha utilizado, han señalado la necesidad de que exista un límite en su utilización. (Arato, 2010; Merkouris, 2014; TORP HELMERSEN, 2013a)

En primer lugar, hay autores que reconocen que, al momento de interpretar un tratado, es necesario hacerlo de acuerdo al significado que tenía al momento de concluirse el tratado, solo

siendo posible un enfoque evolutivo, en aquellos casos en los que fuera la intención de las partes que el significado de los términos siguiera el desarrollo (Fitzmaurice, 1957).

En segundo lugar, en materia de la utilización del principio de interpretación evolutiva por parte de los tribunales de derechos humanos, alguna doctrina ha identificado aquellos supuestos en los cuales se fundamenta el uso de este derrotero y aquellas situaciones que justifican su restricción. Así, estos autores han realizado un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recogiendo aquellas situaciones a través de las cuales esta instancia judicial ha fundamentado el uso del principio de interpretación evolutiva, enumerándolas de la siguiente manera: i) desarrollo o consenso dentro de los estados contratantes, consenso que puede ser interno (dentro del Estado que está siendo juzgado) o externo (dentro de los estados vinculados por el tratado), ii) interpretación teleológica y teoría de la efectividad de los derechos (Dzehtsiarou & O'Mahony, 2013).

Dentro de las críticas que esta doctrina identificó frente a la aplicación de este derrotero, fundamentalmente provenientes de los votos disidentes de los jueces de los Tribunales, está el hecho de que los jueces no pueden revestirse de manera automática con la potestad de determinar el consenso entre los Estados y, mucho menos, determinar lo que dictan los tiempos actuales sobre una disposición convencional. Adicionalmente, se ha criticado el uso del “consenso” como determinante para aplicar una interpretación evolutiva, pues resulta fácilmente falseable la construcción de una mayoría de Estados que tengan un desarrollo similar frente a un mismo punto, si se dejan de lado las condiciones particulares de cada caso (Dzehtsiarou & O'Mahony, 2013)

Adicionalmente, debe mencionarse que Dzehtsiarou & O'Mahony identificaron dos supuestos en los cuales el Tribunal Europeo se ha abstenido de utilizar el principio de

interpretación evolutiva, a saber: i) falta del desarrollo necesario por parte de los Estados contratantes y ii) falta de competencia para reconocer derechos que no están contemplados dentro del tratado. Siendo estos supuestos barreras para la aplicación del principio, se identificó que el Tribunal había resuelto estos casos a través del margen de apreciación de los Estados.

En este punto, es necesario hacer claridad en torno a algunos conceptos que pueden surgir al momento de estudiar la aplicación del principio de interpretación evolutiva: margen de apreciación, consenso y práctica generalizada. El primero de ellos es el margen de apreciación, que hace referencia a un criterio hermenéutico usado para interpretar un tratado internacional, como la Convención Americana, que permite la deferencia a favor del Estado del poder de decisión en aquellas circunstancias en las que no existe un consenso interestatal (Barbosa Delgado, 2011); de manera que se mitige el riesgo de que un tribunal internacional se extralimite e invada el ámbito de decisión propio de un Estado (Barbosa Delgado, 2011). El segundo concepto, incluido dentro de la definición anterior, hace referencia al consenso entre los Estados, que se refiere a un acuerdo que se logra en una determinada comunidad internacional acerca del contenido de los derechos, su sentido y alcance (Benavides Casals, 2009), representando un acuerdo general de los sujetos que operan en el sistema internacional, indicativo de los intereses y convicciones generalmente aceptados (Pascual-Vives, 2013). Y, finalmente, el último concepto que es menester aclarar es el de la práctica generalizada de los Estados, según el cual es dable realizar la interpretación de un tratado a partir del estudio del derecho comparado sobre el tema en particular que está siendo debatido, de forma que permita determinar el accionar que han desarrollado los Estados en situaciones similares a la que está siendo conocida por el órgano internacional; en el caso particular de Artavia Murillo, la Corte utilizó esta noción para determinar que los Estados pertenecientes al SIDH no habían extendido

la protección al embrión hasta el punto de prohibir las técnicas de reproducción asistida (Artavia Murillo y Otros (“*Fecundación in Vitro*”) v. Costa Rica). De acuerdo con el tribunal interamericano, resulta legítimo utilizar el concepto de la práctica generalizada de los Estados en la labor interpretativa de la Corte, pues así lo prevé el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Artavia Murillo y Otros (“*Fecundación in Vitro*”) v. Costa Rica).

En tercer lugar, respecto a las limitaciones a las que debe someterse el principio de interpretación evolutiva, Panos Merkouris ha señalado que de no existir alguna frontera en el uso de este derrotero interpretativo, significaría conceder a los jueces un poder para legislar; por lo anterior, el autor ha identificado como límites de este principio: 1) el *ius cogens*, 2) el principio de no retroactividad en la aplicación de los tratados, 3) las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y 4) la interpretación no puede equivaler a la revisión del tratado (Merkouris, 2015).

Finalmente, no refiriéndose exclusivamente a los tratados de derechos humanos, alguna doctrina ha identificado la necesidad de limitar el potencial expansivo que esta forma de interpretación tiene sobre los tratados (Arato, 2010); específicamente, considerando las consecuencias que a futuro puede tener un determinado fallo. Sin embargo, es pertinente mencionar que la doctrina relevante revisada se refiere a la interpretación evolutiva que ha realizado la Corte Internacional de Justicia; aspecto que escapa al objeto propuesto para este trabajo (TORP HELMERSEN, 2013b).

A manera de resumen, es posible establecer que la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha inclinado por interpretar el texto de la Convención Americana de acuerdo a los tiempos actuales, es decir de forma dinámica o evolutiva; decisión que se entiende bajo la

perspectiva de evitar que el texto del tratado se convierta en letra muerta. Sin embargo, esta decisión no ha sido adoptada por la doctrina de manera pacífica, pues, por un lado, algunos autores han identificado como ilegítima esta forma de interpretación, sugiriendo que la misma solo es viable cuando las partes tuvieron la intención de que los términos del tratado siguieran el avance de los tiempos. Y, por otro lado, es posible recoger de algunos autores que, además de identificar los presupuestos en los que la jurisprudencia ha aplicado el principio de interpretación evolutiva o se ha abstenido de hacerlo, han abogado por la necesidad de establecer límites en su utilización.

Capítulo 2: La interpretación evolutiva en los Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos

Una vez establecidas las reglas generales de interpretación en materia del derecho internacional y habiéndose anotado las particularidades que en materia del derecho internacional de los derechos humanos resultan aplicables, es necesario analizar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el principio de interpretación evolutiva en los tribunales regionales de protección de los derechos humanos, específicamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; teniendo en cuenta que este último es un parámetro comparativo relevante que da cuenta de un dialogo jurisprudencial entre ambas corporaciones, surgido desde los primeros casos en los que el tribunal interamericano recurrió a la interpretación evolutiva (Opinión Consultiva 16 de 1999; Villagrán Morales “niños de la Calle” v. Guatemala). Para esta tarea, serán tenidos en cuenta aquellos temas dentro de los cuales se ha desarrollado de manera recurrente el principio de interpretación evolutiva, bien sea dentro de las providencias emitidas o dentro de los votos u opiniones elaborados por los jueces de los respectivos tribunales, prestando especial atención los casos relacionados con el aborto y la fertilización *in vitro*,

atendiendo al debate que actualmente generan estos temas en el nivel interno y considerando, además, que ejemplifican de buena manera los contenidos obligacionales que se pueden generar a partir de la interpretación evolutiva.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Para desarrollar el análisis que en el nivel jurisprudencial ha tenido el principio de interpretación evolutiva en la Corte Interamericana, se abordarán los siguientes temas: 1. Derecho a la vida, 2. Orientación Sexual, 3. Derechos de las comunidades indígenas, 4. Protección especial de los menores de edad, 5. Otros escenarios de interpretación evolutiva, abordándose en este último acápite aquellas interpretaciones dinámicas realizadas por la Corte en diversos temas.

1. Derecho a la vida

El artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la vida, ha sido leído por la Corte a través del principio de interpretación evolutiva, en una ocasión por parte de la mayoría del Tribunal y en otra a través de un voto concurrente y disidente del juez Fogel Pedrozo.

El texto original de la Convención establece lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la

comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente

En la sentencia de la Comunidad Indígena Xákmok Kasek en contra del Estado del Paraguay, el Juez Fogel Pedrozo, a través de su voto concurrente y disidente, sugirió una interpretación evolutiva del derecho a la vida según la cual el Estado tiene la obligación de adoptar medidas, no sólo para garantizar las prestaciones propias de la protección social que permitan unas condiciones mínimas de vida de manera temporal, sino para erradicar las causas que generan la pobreza que impiden el goce de dichas condiciones mínimas. De acuerdo con esta lectura de la Convención, una interpretación que acompañe la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales debe abarcar el deber del Estado de prestar atención a las causas productoras de la pobreza extrema y a los perpetradores que están detrás de ellas (Comunidad Indígena Xákmok Kasek v. Paraguay).

De esta forma, a partir del voto disidente y sin que esta sea la posición oficial del togado o de la Corte, el aparte pertinente del artículo 4 de la Convención podría leerse de la siguiente manera:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Será obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para erradicar los factores que generan pobreza extrema, de manera que se garanticen unas condiciones mínimas de existencia de cada uno de los individuos.

Si bien la Corte no se ha abrogado de forma expresa una competencia para modificar la Convención, a partir de la interpretación realizada por este órgano judicial y como parte de este trabajo académico, se propondrán redacciones alternativas de los artículos del tratado en donde se contemplen las obligaciones que deben cumplir los Estados según la jurisprudencia, sin que esto sugiera un acto legislativo por parte de los jueces.

Por otra parte, en la sentencia de Artavia Murillo en contra del Estado de Costa Rica, el Tribunal realizó una lectura dinámica del artículo 4 de la Convención según la cual el derecho a la vida no puede entenderse como prohibitorio de las técnicas de reproducción asistida, considerando, además, que la palabra concepción contenida en el tratado se refiere de manera expresa a la implantación del embrión en el útero (Artavia Murillo y Otros (*“Fecundación in Vitro”*) v. Costa Rica).

Sin embargo, debido a que se dedicará un acápite especial al análisis de este pronunciamiento, no se ahondará más en su análisis por el momento.

2. Orientación Sexual

En materia de orientación sexual, de manera reciente, el Tribunal realizó una interpretación evolutiva del artículo 1.1. de la Convención, cuyo tenor literal establece:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Analizando la responsabilidad del Estado chileno dentro del caso de la jueza Atala Riffo, la Corte llevó a cabo una lectura dinámica del precitado artículo estableciendo que, a la luz de los tiempos actuales, la orientación sexual es uno de los criterios en virtud de los cuales está prohibido discriminar, ya que está considerado dentro del tratado bajo la expresión “cualquier otra condición social” (Atala Riffo y niñas v. Chile). Bajo esta interpretación, el artículo 1.1. de la Convención podría reescribirse, como se sugirió precedentemente para el caso del artículo 4, de la siguiente manera:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, incluyendo la orientación sexual.

El hecho de incluir esta categoría dentro del listado contemplado en el artículo 1 de la Convención no es algo simplemente enunciativo, pues tiene un impacto dentro de las

obligaciones del Estado, sobretodo a nivel procesal ante la Corte. Según el tribunal, siendo la orientación sexual uno de los criterios en virtud de los cuales está prohibido discriminar, existe una inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual es el Estado quien tenía una carga rigurosa de argumentación para demostrar que la decisión adoptada en el nivel interno no tenía ni el propósito ni el efecto de discriminar. El aparte pertinente de la sentencia establece:

124. Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias. (Atala Riffo y niñas v. Chile).

Es decir, el hecho de que dentro de la expresión “cualquier otra condición social” se encuentre comprendida la orientación sexual, supone para el Estado el *onus probandi* de demostrar que la determinación acusada no estaba orientada a discriminar a la presunta víctima por dicha condición. Descartándose así la defensa del Estado dentro de este caso, según la cual la orientación sexual no es una categoría sospechosa de discriminación (Atala Riffo y niñas v. Chile).

Es necesario mencionar que la Corte estableció que la presunta falta de un consenso en el interior de algunos países sobre los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negar la interpretación antes sentada; pues esto llevaría, según el

tribunal, a perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido (Atala Riffo y niñas v. Chile).

Asimismo, esta interpretación fue reiterada en el caso de Ángel Alberto Duque en contra de Colombia, en el cual la Corte dio por sentado que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por el artículo 1.1. de la Convención Americana (Ángel Alberto Duque v. Colombia). En este último caso en contra del Estado colombiano, la Corte realizó el análisis de la legislación de varios Estados partes de la Convención respecto a las parejas del mismo sexo, prestando especial atención a lo relacionado con el reconocimiento pensional, con el objetivo de declarar la responsabilidad de Colombia por la violación del derecho a la igualdad ante la Ley del peticionario. Si bien no se citó, por lo menos en este aparte del pronunciamiento la interpretación evolutiva, lo cierto es que la Corte recurrió a la construcción de un consenso como uno de los fundamentos de la declaratoria de responsabilidad, elemento que está profundamente relacionado con la lectura dinámica de los tratados.

Respecto a la sentencia del señor Duque contra el Estado colombiano, es menester mencionar la fuerte crítica que recibió la Corte por parte del juez Vio Grossi en su voto disidente, pues allí se expresa su inconformidad por la declaratoria de violación del artículo 24 de la Convención y se hace referencia a dos elementos que resultan relevantes dentro de este estudio: la interpretación evolutiva y el margen de apreciación en este asunto. Sobre el primer punto, el magistrado chileno, refirió que la interpretación evolutiva no puede ser usada con el objetivo de legitimar todos los fenómenos que acaecen en la sociedad al momento de emitirse la sentencia, pues, por el contrario, se trata de un mecanismo que permite una perspectiva de lectura de la Convención frente a asuntos novedosos.

En palabras del juez Vio Grossi:

En ese orden de ideas, la interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aún la que ejercería la función normativa. Lo que, en cambio, significa la interpretación evolutiva de la Convención es entender sus disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ella prescriben que se deben abordar esos novedosos asuntos o problemas.

En lo que respecta al segundo punto, relativo al margen de apreciación, el togado disidente indicó que el hecho ilícito declarado por la Corte no había existido, pues, según su criterio, la obligación endilgada al Estado no existía al momento de la ocurrencia de los hechos. Así, manifiesta el juez Vio Grossi, para el momento de los hechos el tema de las parejas del mismo sexo no era tratado por el ámbito internacional y, por lo tanto, hacía parte del margen de apreciación de los Estados; es decir, para el año en el cual ocurrió el marco fáctico objeto del pronunciamiento de la Corte, no existía una obligación internacional de reconocer la pensión para parejas del mismo sexo, tema que era parte del margen de actuación propio de los Estados.

En este sentido, el juez disidente expresó:

Lo que es de toda evidencia, entonces, es que, al menos a la época del hecho que habría generado responsabilidad internacional del Estado, el concepto de unión de hecho o civil y sus consecuencias, entre ellas lo pertinente a la pensión de sobrevivencia, no era asunto regulado por el Derecho Internacional aplicable al caso de autos, en particular por la Convención, y, que más bien era, consecuentemente, asunto de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados o, si se prefiere, asunto que quedaba en el margen de apreciación de que gozan los Estados para aplicar normas convencionales

internacionales. Se debe tener presente, a este respecto, que la jurisdicción doméstica, interna o exclusiva del Estado está conformada por todas aquellas materias o facetas de las mismas, no reguladas por el Derecho Internacional, lo que implica, entonces, que en la medida en que una materia es contemplada por este último, deja de ser, en esa medida, un asunto de aquél. De allí se desprende, entonces, que el Derecho Internacional no abarca todas las actividades humanas, dejando las que no regula, bajo el imperio del Derecho Nacional o Interno

Finalmente, el togado concluye su disidencia manifestando su desacuerdo con el Tribunal, pues, según él, no existe un consenso entre los Estados partes respecto al tratamiento jurídico que debe dárseles a las parejas del mismo sexo en materia pensional. Sobre este punto, el juez Vio Grossi manifestó que, para la época de ocurrencia de los hechos, las uniones entre parejas del mismo sexo sólo habían sido reconocidas en cinco Estados y, adicionalmente, el matrimonio entre estas parejas sólo ha sido aprobado por cuatro Estados parte, en épocas muy recientes. Teniendo en cuenta estos datos, el voto concluye que en dieciséis Estados partes de la Convención no se han reconocido las uniones civiles o de hecho entre personas del mismo sexo; conclusión contraria a la alcanzada por la Corte en su pronunciamiento, quien manifestó la existencia de un consenso al respecto.

3. Derechos de las comunidades indígenas

Sobre los derechos de las comunidades indígenas, la Corte ha tenido un claro desarrollo del principio de interpretación evolutiva en dos temas: por un lado, el derecho a la propiedad que ha sido tratado de manera reiterada y, por otro lado, el reconocimiento de la comunidad como víctima, tema sugerido por el juez Vio Grossi en un voto disidente.

En el año 2001, el Tribunal trató por primera vez el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas en el marco del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni en contra de Nicaragua. Dentro de esta providencia, la Corte realizó una lectura dinámica del artículo 21 de la Convención, que establece:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

En el marco del caso precitado, en contra del Estado nicaragüense, la Corte señaló que el artículo 21 de la Convención, a la luz de la interpretación evolutiva, debe entenderse en el sentido de que incluya el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas, pues dentro de estas agrupaciones existe un tipo de propiedad centrado en el grupo y no en el individuo, forjándose así una relación estrecha entre la tierra y los indígenas; relación que debe protegerse como base de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. De esta forma, según la visión del Tribunal, la propiedad de estas comunidades no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino que se trata de un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. (Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua)

En esta sentencia, el Tribunal indicó:

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

En otras palabras, atendiendo a que la Convención es un instrumento vivo, es necesario entender que el artículo 21 protege el derecho de las comunidades indígenas a gozar de una propiedad comunal de acuerdo a sus usos y costumbres.

Posteriormente, en el año 2005, la Corte conoció del caso de la Comunidad Yakye Axa en contra del Estado de Paraguay. En esta sentencia, el Tribunal señaló que el derecho a la propiedad comunal, protegido por el artículo 21, incluye los recursos tradicionales ligados a la cultura de la comunidad y los elementos incorporeales que de ellos se desprenden; interpretación dinámica para la cual se acudió al Convenio 169 de la OIT, siguiendo las reglas de interpretación de la Convención de Viena, según las cuales un tratado debe analizarse dentro del sistema al cual se inscribe. (Comunidad Indígena Yakye Axa V. Paraguay)

Además de reiterar lo dicho en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, la Corte estableció que al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podrían estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

Así las cosas, de la lectura que ha hecho la Corte en los casos antedichos se desprende que el derecho a la propiedad cubre la propiedad comunal, incluidos los recursos tradicionales y los elementos incorporales, y su desconocimiento viola un derecho denominado “identidad cultural”.

La existencia de este derecho a la identidad cultural fue respaldada por el juez Abreu Burelli, quien expresó que esta garantía se desprendía de la interpretación evolutiva de los derechos consagrados en los artículos 1.1, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 21, 23 y 24 de la Convención.

Esta interpretación, en la cual se incluyó dentro del artículo 21, la propiedad comunal, considerando dentro de ella la estrecha vinculación de los miembros de la comunidad con sus tierras tradicionales y los recursos naturales que allí se encuentren, así como los elementos incorporales que de ellos se desprenden, fue reiterada por la Corte en el Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya en contra de Paraguay, en el año 2006.

Más adelante, en el año 2010, sin hacer alusión a la interpretación evolutiva y dando por sentada la lectura antedicha, la Corte condenó al Estado de Paraguay por la violación del derecho a la propiedad en el caso de la Comunidad Xákmok Kasek. Es de mencionar, que es en este pronunciamiento en el cual el juez Vio Grossi sugiere que, interpretando progresivamente el

derecho internacional de los derechos humanos, el término persona debería abarcar no solo a los miembros de los pueblos indígenas sino también a los pueblos como tal.

Finalmente, en el año 2012 en el caso del Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku, la Corte, además de reiterar lo establecido hasta este momento, señaló la obligación de los Estados de consultar a los Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte los derechos que les han sido reconocidos en la normatividad interna e internacional, existiendo el deber de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses; deber este, que tiene una relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención. Para desarrollar esta obligación estatal, pese a que ya había sido mencionado por la Corte en el Caso del Pueblo de Saramaka contra Surinam sin hacer mención a la interpretación evolutiva, el tribunal interamericano tomo en consideración el Convenio 169 de la OIT que resultaba relevante si se consideraba que la Convención Americana es un tratado vivo cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. (Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku v. Ecuador)

En esta última decisión, la declaración de responsabilidad del Estado respecto a la violación del derecho a la propiedad, que fue fundamentada en el hecho de no haberse realizado la consulta previa, cobijó al Pueblo Kichwa Sarayaku a través de un enfoque colectivo; de manera cercana a lo sugerido por el juez Vio Grossi en el caso de la Comunidad Xákmok Kasek.

Conforme a lo establecido hasta este punto, el artículo 21 de la Convención de acuerdo a la interpretación de la Corte sería de la siguiente manera:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

4. Las comunidades indígenas y tribales tienen derecho a la propiedad colectiva, incluidos los recursos naturales tradicionales y los elementos incorporales que se desprenden de ellas. Además de los requisitos establecidos en este artículo, la limitación de este derecho deberá hacerse a través de consulta previa y su transgresión vulnera el derecho a la identidad cultural de estos pueblos.

Dado que el enfoque sugerido por el Juez Vio Grossi aún no ha sido adoptado del todo por parte del Tribunal no se trae a colación la posible lectura que debe darse al artículo 1 de la Convención, según la cual las comunidades como tal también serían consideradas personas.

4. Protección especial de los menores de edad

Otro de los temas en los cuales la Corte ha utilizado el principio de interpretación evolutiva, es en el referente a la protección de los menores de edad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo precitado establece:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

En una de sus primeras sentencias, en 1999, la Corte estableció que para dar contenido al artículo 19 de la Convención era necesario tomar en consideración otros instrumentos internacionales, de manera tal que se fije el contenido y alcance de esta disposición. Este

enfoque, fue establecido por la Corte considerando que, por un lado, al momento de interpretar la Convención, era necesario considerar los tratados del sistema dentro del cual se inscribe y, por otro lado, es la interpretación evolutiva la que ha permitido la lectura del tratado conforme a los tiempos y las condiciones de vida actuales. (Villagrán Morales “niños de la Calle” v. Guatemala)

De esta forma, haciendo alusión a la interpretación evolutiva, la Corte desarrolló el concepto del *corpus iuris* internacional de los derechos de los niños. Lo que implica que, bajo el espectro del artículo 19, un Estado puede ser responsable por la violación de obligaciones consagradas en otro instrumento internacional.

Esta interpretación fue reiterada, haciendo mención al principio de interpretación evolutiva, en el caso de los hermanos Gómez Paquiyauri en contra de Perú, declarándose la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 19 interpretado a la luz de la Convención sobre los Derechos de los Niños (Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú).

5. Otros escenarios de interpretación evolutiva

Ya mencionados algunos de los temas en los cuales la Corte ha desarrollado el principio de interpretación evolutiva al momento de aplicar la Convención, vale la pena mencionar algunos otros supuestos en los cuales se ha utilizado este derrotero en otros escenarios.

1. El primer pronunciamiento en el cual se hizo mención a la interpretación evolutiva, fue en la Opinión Consultiva 10 de 1989, en la cual se estableció que, para definir el status jurídico de la Declaración Americana se debía realizar un análisis conforme al momento actual, y no a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y significado de ese instrumento (Opinión Consultiva 10 de 1989).

2. En la Opinión Consultiva 16 de 1999, el Tribunal utilizó el principio de interpretación evolutiva para señalar que el derecho a ser informado de que se cuenta con asistencia consular,

hace parte de las garantías mínimas del debido proceso, atendiendo al hecho de que la noción de proceso, como herramienta para buscar una solución justa a un conflicto, ha evolucionado de tal forma que ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos (Opinión Consultiva 16 de 1999).

3. En materia de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, la Corte ha utilizado el principio de interpretación evolutiva en diversas situaciones: a) Para establecer el derecho a la verdad como parte de las garantías judiciales (Bámaca Velásquez v. Guatemala) y b) Para señalar que el artículo 8 es aplicable en procedimientos de carácter administrativo cuyas decisiones recaigan sobre la determinación de los derechos de una persona (Claude Reyes v. Chile).

Respecto a estos mismos derechos, el juez Ferrer Mac Gregor ha utilizado en sus votos el principio de interpretación evolutiva para sugerir el derecho a la verdad como un derecho autónomo (Rodríguez Vera v. Colombia) y para desarrollar la noción del derecho a la protección judicial como un elemento integrador de los derechos para la tutela de las garantías en el ámbito interno (Liakat Ali Alibux en contra de Surinam).

4. Sobre el derecho a la propiedad, la Corte utilizó la interpretación dinámica de la Convención para establecer que los derechos adquiridos están cobijados bajo el ámbito de protección del derecho a la propiedad consagrada en el artículo 21 de la Convención (Cinco pensionistas v. Perú).

5. El Tribunal Interamericano acudió a este criterio para utilizar otros instrumentos al momento de analizar las violaciones a la prohibición de la tortura consagrada en el artículo 5 (Tibi v. Ecuador; Bueno Alves v. Argentina) o para determinar si la prohibición de los tratamientos crueles, inhumanos y degradantes estaba dentro de la órbita del *ius cogens*. (Caesar

v. Trinidad y Tobago) e incluso para establecer los elementos de lo que debe entenderse por trabajo forzado (Masacres de Ituango v. Colombia).

6. Otro escenario en el cual se realizó este tipo de lectura de la Convención fue para establecer que dentro del derecho a la libre circulación se encontraba protegido el derecho a no ser desplazado forzadamente. (Masacre de Mapiripán v. Colombia; Masacre de Santo Domingo v. Colombia; Masacres de Ituango v. Colombia; Comunidades Afrodescendientes Desplazadas De La Cuenca Del Río Cacarica (Operación Génesis) V. Colombia)

7. En lo que respecta a la inclusión de determinados derechos o consideraciones a partir de derechos o garantías expresamente previstas en la Convención, además de lo mencionado precedentemente, se ha desarrollado el derecho a la identidad personal partiendo de los derechos al nombre y a la protección de la familia (Las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador) y se ha considerado que dentro del principio de legalidad se encuentra incluida la retroactividad de la Ley penal que resulte favorable al procesado (Ricardo Canese v. Paraguay).

8. Finalmente, para concluir este breve recuento, es necesario mencionar algunos otros casos en los que algunos jueces han sugerido, en sus votos, interpretaciones evolutivas que llevan a conclusiones distintas a las adoptadas por la mayoría. Por ejemplo, para señalar la justiciabilidad directa del derecho a la salud, como lo sugirió el juez Ferrer Mac-Gregor (Suarez Peralta v. Ecuador), o para establecer que los derechos políticos pueden ser limitados por cualquier autoridad judicial y no solo por el juez penal, como lo apuntó el Juez García Sayán (López Mendoza v. Venezuela).

Como se puede observar de lo dicho hasta este punto, la Corte Interamericana ha utilizado en variados escenarios el principio de interpretación evolutiva, ampliando los contenidos obligacionales establecidos dentro de la Convención Americana a través de la

generación de derechos autónomos o de garantías incluidas dentro de los postulados originales del tratado; declarando, consecuentemente, la responsabilidad internacional de los Estados a partir de estos deberes ampliados.

De la misma manera, se pudo evidenciar que la interpretación evolutiva no es pacífica en todos los casos, pues varios votos proferidos por los jueces en determinadas sentencias proponen, a través del mismo principio de interpretación evolutiva, enfoques diferentes a los adoptados por la mayoría del Tribunal en un caso concreto; y por otra parte, en algunos casos, los mismos jueces han criticado la lectura dinámica del tratado como base para endilgar responsabilidad internacional a los Estados.

Sistema Europeo de Derechos Humanos

De igual forma que se realizó el estudio de la jurisprudencia del Sistema Interamericano en la que se ha desarrollado el principio de interpretación evolutiva, es procedente realizar ese mismo análisis en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para cumplir con este objetivo, se abordarán los siguientes temas: 1. Orientación Sexual, 2. Aborto e inicio de la vida, 3. Cuestiones relacionadas con menores de edad, 4. Noción de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes, 5. Fertilización *in vitro* y 6. Otros escenarios de interpretación evolutiva, abordándose en este último acápite, como se hizo en el capítulo anterior, aquellas interpretaciones dinámicas realizadas por el Tribunal en diversos temas.

1. Orientación Sexual

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha desarrollado de manera recurrente el principio de interpretación evolutiva en temas relacionados

con la orientación sexual de las personas; siendo objeto de análisis los derechos a la vida privada, a contraer matrimonio y el principio de no discriminación.

A su tenor literal los artículos precitados rezan:

ARTÍCULO 8

Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

ARTÍCULO 12. Derecho a contraer matrimonio

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

ARTÍCULO 14. Prohibición de discriminación

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

En el año de 1990, en el caso *Cossey* en contra del Reino Unido, el Tribunal determinó que el artículo 8 no generaba para el Estado la obligación de modificar el registro civil de una persona que había cambiado su sexo acorde con su identidad de género, aun cuando el tratado fuese un instrumento vivo (*Cossey v. United Kingdom*). Para fundamentar esta determinación, el Tribunal indicó: en primer lugar, que el estado actual de la ciencia no permitía determinar si las cirugías de reasignación de sexo daban todas las características biológicas correspondientes al sexo contrario; y, en segundo lugar, que no existía una práctica uniforme dentro de los Estados respecto al tema analizado, razón por la cual se contaba con un amplio margen de apreciación al respecto. (*Cossey v. United Kingdom*)

Dicha interpretación fue variada por parte del Tribunal en el año 2002, a partir de los casos de *I* y *Christine Goodwin* en contra del Reino Unido, en los cuales se determinó que el Estado estaba en la obligación de cambiar el registro civil de una persona transexual post-quirúrgica, considerando que la evolución dentro de los Estados contratantes le permitía alejarse de su jurisprudencia precedente (*I v. United Kingdom*; *Christine Goodwin v. United Kingdom*). Esta evolución, según el Tribunal, ubica el reconocimiento legal pleno de los transexuales como una obligación positiva para el Estado, por fuera del margen de apreciación (*I v. United Kingdom*; *Christine Goodwin v. United Kingdom*),

Asimismo, también para separarse de la jurisprudencia precedente en materia de orientación sexual, en el caso de *L y V* en contra de Austria, el Tribunal usó la interpretación evolutiva para apartarse de lo establecido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en anteriores oportunidades y señaló que una edad de consentimiento superior en materia sexual para personas homosexuales era discriminatorio y, por lo tanto, transgredía el principio de no

discriminación contemplado en el artículo 14 del Convenio (L and V v. Austria). Es decir, alejándose de decisiones anteriores de la Comisión Europea de Derechos Humanos debido a que el Convenio es un instrumento vivo, la Corte estableció que la posibilidad de consentir relaciones sexuales debe estipularse sin distingo de la orientación sexual de las personas, pues cualquier distinción en este punto sería discriminatoria (L and V v. Austria). Para fundamentar esta determinación, el Tribunal indicó, por un lado, que científicamente se había establecido que la orientación sexual se define en la fase de la pubertad para ambos sexos y, por otro lado, que dentro de los Estados contratantes del Tratado se ha fijado una edad de consentimiento sexual igual para hombres y mujeres (L and V v. Austria).

Finalmente, el Tribunal negó que a partir de la interpretación evolutiva se generara la obligación de los Estados de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, señalándose, por un lado, que en cuestiones de raigambre social y cultural tan profundo, no era labor del Tribunal sustituir a las autoridades nacionales en su determinación y, por el otro, que el artículo 12 no excluía el matrimonio entre parejas del mismo sexo. (Schalk and Kopf v. Austria) Sobre este último punto, en uno de los votos disidentes de la sentencia, los jueces Malinverni y Kolver manifestaron que el matrimonio homosexual estaba fuera de la órbita de protección del precitado artículo; señalándose que la interpretación evolutiva no podía ser la excusa para generar nuevos derechos no contemplados en el tratado (Schalk and Kopf v. Austria, dissenting opinion judges Malinverni y Kovler).

De esta forma los artículos 8 y 14, de conformidad con la interpretación del Tribunal, quedarían de la siguiente forma:

ARTÍCULO 8

Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.
3. Todos los Estados tienen la obligación de otorgar un reconocimiento legal pleno a las personas transexuales, incluyendo la modificación del registro civil de nacimiento.

ARTÍCULO 12. Derecho a contraer matrimonio

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

Este mismo derecho no excluye a las parejas homosexuales.

ARTÍCULO 14. Prohibición de discriminación

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

La edad para dar el consentimiento en materia sexual debe ser igual para las personas heterosexuales y homosexuales.

De las decisiones citadas precedentemente, se pueden observar dos puntos relevantes: 1) En primer lugar, el Tribunal Europeo ha recurrido a la práctica de los Estados contratantes al momento de aplicar una determinada interpretación evolutiva, bien sea para negar la utilización de dicho derrotero interpretativo o para concederlo, punto este que resulta diferenciador de la Corte Interamericana, en donde el principio de interpretación evolutiva se ha visto escasamente ligado a la práctica de los Estados partes de la Convención; y 2) En segundo lugar, la jurisprudencia europea ha desarrollado la noción del margen de apreciación de los Estados, especialmente para aquellos casos en los que los temas a resolver no han sido definidos de manera clara a nivel científico, social o cultural.

Así las cosas, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también hace uso de la interpretación evolutiva, lo hace de forma un poco más restrictiva que su colega interamericana, pues le presta atención al desarrollo estatal, incluso hasta el punto de permitirle un margen de apreciación en aquellos temas especialmente difíciles como el de la orientación sexual.

2. Aborto e inicio de la vida

En materia del aborto y el derecho a la vida, el Tribunal Europeo ha interpretado los artículos 8 y 2 del tratado, que establecen:

ARTÍCULO 8

Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública,

el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

ARTÍCULO 2

Derecho a la vida

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
- c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

En el año 2004, en el caso de Vo en contra de Francia en el que se analizó la convencionalidad de juzgar a una persona por homicidio en contra de un feto, el Tribunal determinó que no era posible hacer uso del principio de interpretación evolutiva con el objetivo de que el artículo 2 cobijara al que está por nacer. En esa ocasión, el Tribunal determinó que la cuestión del inicio de la vida estaba dentro del margen de apreciación de los Estados, aun con la figura de la interpretación evolutiva, debido a que no existía un consenso científico al respecto ni tampoco un acuerdo dentro de los Estados contratantes; señalando, además, que el Convenio guarda silencio sobre el inicio de la vida, a diferencia de la Convención Americana (Vo v

France). De esta forma, se indicó que el feto debía ser protegido como parte de la raza humana y no como una “persona” con derecho a la vida (Vo v France).

En materia de aborto, el Tribunal hizo uso de la interpretación evolutiva en varias ocasiones. En el año 2010, en el caso de A, B y C en contra de Irlanda, el Tribunal determinó que el Estado no tenía la obligación de garantizar el aborto, pues la determinación de cómo balancear los derechos del feto y de la madre entra en el margen de apreciación de los Estados contratantes (A, B and C v. Ireland). En este caso, el Tribunal consideró que la información brindada dentro del Estado y el hecho de que se permitiera a las mujeres viajar para realizarse un aborto, hacía que la prohibición de esta práctica entrara en el margen de apreciación del Estado (A, B and C v. Ireland). Sin embargo, esta instancia internacional indicó que si el Estado había tomado medidas para permitir el aborto en casos de riesgo para la vida o la salud de la mujer, debía desarrollar legislación y procedimientos que permitieran la interrupción del embarazo en esas circunstancias (A, B y C v. Ireland). En esta oportunidad, el Tribunal también definió que el tema del aborto está dentro de las cuestiones que conciernen al derecho a la vida privada de las personas, consagrado en el artículo 8 del Convenio; es decir, cualquier decisión estatal sobre este punto debe ser analizada de conformidad con dicho precepto convencional.

En ese mismo año, en el caso de R.R. en contra de Polonia, el Tribunal reafirmó, por un lado, que el derecho a abortar no se encuentra dentro de la órbita del artículo 8 del Convenio y, por el otro, que la determinación sobre el comienzo de la vida está dentro del margen de apreciación del Estado, incluyéndose la forma en la que debe equilibrar los derechos de quienes están por nacer y los de las mujeres que desean abortar (R.R. v. Poland). Adicionalmente, el Tribunal reafirmó que la prohibición del aborto, incluidos los casos en los que se trata de razones

de bienestar o salud de la madre están dentro del ámbito de aplicación del derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 8 (R.R. v. Poland).

Finalmente, en el año 2013, el Tribunal tuvo la oportunidad de conocer el caso de P y S en contra de Polonia en torno al tema del aborto, en donde determinó que, si dentro del margen de apreciación del Estado se habían adoptado legislaciones internas permitiendo el aborto, éste tenía la obligación de desarrollar un marco procedimental que permitiera el acceso a dicho procedimiento (P and S v. Poland), como lo había esbozado en el caso de A, B y C contra Irlanda. En esta ocasión, el Tribunal reafirmó el margen de apreciación del Estado, aun cuando existiera un consenso a favor del mayor acceso al aborto (P and S v. Poland).

En este último pronunciamiento, el Tribunal tuvo la oportunidad de reafirmar y reunir los criterios establecidos hasta este momento, a saber: 1) el derecho al aborto no se encuentra protegido dentro del Convenio, 2) la determinación del comienzo de la vida y el consecuente equilibrio entre los derechos del que está por nacer y la madre están dentro del margen de apreciación del Estado, 3) la prohibición del aborto, incluidos los casos en los que está de por medio el bienestar o la salud de la madre es una cuestión que concierne a la vida privada de las personas y, por lo tanto, debe analizarse a la luz del artículo 8 del Convenio.

Así las cosas, siendo el aborto y el equilibrio de los derechos del que está por nacer y la madre temas que entran dentro del margen de apreciación, el Tribunal resaltó la importancia de analizar los desarrollos que en el nivel interno se han dado con el objetivo de clarificar las obligaciones del Estado; de manera que, una vez tomada la decisión de permitir el aborto, el Estado tiene el deber de desarrollar un procedimiento de acceso a dicha intervención (P and S v. Poland).

De esta forma, no es posible derivar, como se ha venido haciendo a lo largo del texto, una nueva redacción del artículo 8 a partir de la jurisprudencia antes relacionada, pues el Tribunal se limitó a establecer que es una cuestión que concierne al derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 8, y cuya determinación está dentro del margen de apreciación de los Estados.

Valga mencionar que el Tribunal Europeo constató un consenso creciente alrededor de permitir el acceso al aborto pero determinó que no existía una aproximación común alrededor del inicio de la vida, razón por la cual esa determinación, junto con el equilibrio de los derechos del que está por nacer, es una cuestión en la que el Estado goza de cierta discrecionalidad. De esta forma, incluso constatando un consenso acerca de procedimientos que involucran al que está por nacer (fertilización *in vitro* y aborto) los dos tribunales regionales realizaron un análisis diferente con respecto a la cuestión del inicio de la vida, siendo determinante, para el caso europeo, el margen de apreciación de los Estados y las determinaciones que se hayan tomado en el nivel interno a la hora de determinar la responsabilidad internacional en un caso concreto.

De la jurisprudencia europea analizada anteriormente, se observa nuevamente que el Tribunal Europeo relaciona constantemente el uso de la interpretación evolutiva al margen de apreciación del Estado, especialmente para aquellos temas que no han sido definidos de manera uniforme dentro de los Estados contratantes; margen de apreciación que resulta de particular relevancia para la determinación de responsabilidad internacional de los Estados, pues, una vez tomada una decisión del Estado dentro de dicho margen, surgen deberes para el Estado en cuestión. En otras palabras, si bien el Estado tiene cierta libertad para tomar una decisión en materia del aborto, una vez haya elegido permitirlo tiene la obligación de tomar medidas para permitir ese tipo de procedimientos.

3. Cuestiones relacionadas con menores de edad

Otro escenario en el cual el Tribunal Europeo ha desarrollado la interpretación evolutiva está relacionado con diversos casos en los que se involucran varios temas relacionados con menores de edad.

En primer lugar, un asunto que fue tratado en varias oportunidades por esta instancia internacional a través del principio de interpretación evolutiva es el referido a la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. En 1979, en el caso de *Marckx en contra de Bélgica*, el Tribunal determinó que, pese a que el tratado había sido concluido en un momento en el que la mayoría de los Estados diferenciaba a los hijos de acuerdo a si habían nacido o no dentro del vínculo matrimonial, esa distinción carecía de objetividad y razonabilidad si se interpretaba el Convenio de acuerdo a las condiciones actuales de vida y como un instrumento vivo; siendo dicha diferenciación contraria al artículo 14 del tratado (*Marckx v Belgium*). Criterios que fueron reafirmados en los años 2000 (*Mazurek v. France*) y 2009 (*Brauer v. Alemania*).

En segundo lugar, en los casos de *T y V en contra del Reino Unido*, el Tribunal utilizó la interpretación evolutiva para resolver situaciones de atribución de responsabilidad penal de menores de edad. En las dos ocasiones, el Tribunal indicó que, debido a que no existía un consenso dentro de los Estados alrededor de la edad mínima para atribuir responsabilidad penal a los menores de edad, no podía considerarse que vincular penalmente a un menor de 10 años era *per se* una transgresión a la prohibición de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes; aun cuando el Tribunal era consciente de la naturaleza evolutiva que debía acompañar la interpretación del tratado. En otras palabras, pese a reconocer la necesidad de interpretar el tratado de conformidad con las condiciones de vida actuales, el Tribunal no consideró que este

principio interpretativo fuera óbice para considerar que vincular a un menor de edad de 10 años constituía un trato cruel, inhumano o degradante (T v. United Kingdom; V v. United Kingdom).

En tercer lugar, en el caso de Emonet en contra de Suiza, el Tribunal Europeo rechazó nuevamente una interpretación evolutiva al determinar que no existía un derecho a adoptar dentro del derecho a la vida privada de las personas, pues consideró que el hecho de que el tratado sea un instrumento vivo no abre la posibilidad para que se creen nuevos derechos. De esta forma, si bien no existe un derecho a adoptar, una limitación del derecho a la vida privada como consecuencia de la imposibilidad de generar lazos familiares mediante la adopción debe analizarse a través de los criterios establecidos dentro del mismo artículo 8 (Emonet v. Switzerland).

Finalmente, en materia de menores de edad, dentro del caso de Söderman contra Suecia, el Tribunal ha hecho mención a la interpretación evolutiva alrededor de la criminalización de la pornografía infantil. Dentro de su decisión, la mayoría estableció que no existía una obligación de criminalizar la fotografía y filmación sin consentimiento de una persona. Sin embargo, el juez Pinto de Albuquerque, sugirió que era necesaria la realización de una interpretación evolutiva del artículo 8, de manera que se generara el deber de los Estados de castigar penalmente la toma de imágenes sin consentimiento de una persona (Söderman v. Sweden).

En esta última sentencia, la referencia al principio de interpretación evolutiva fue realizada por la opinión concurrente del juez Pinto de Albuquerque, no obstante la mayoría no utilizó dicho criterio ni de forma expresa ni de manera implícita.

De lo dicho hasta este punto, es necesario resaltar que el Tribunal Europeo ha hecho uso de la interpretación evolutiva únicamente en casos relacionados con la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, aun cuando se le han planteado escenarios diferentes para utilizar dicho

derrotero interpretativo. Es decir, aun cuando el Tribunal ha reconocido el carácter de instrumento vivo que tiene el Convenio, no ha acudido a la interpretación evolutiva en todos los casos en los que se ha referido a menores de edad y se le ha propuesto dicho tipo de lectura dinámica del tratado.

4. Noción de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes

Realizando la interpretación del artículo 3, que consagra la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, el Tribunal usó por primera vez el principio de interpretación evolutiva en sus sentencias. Esta disposición prevé:

ARTÍCULO 3

Prohibición de la tortura

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

En 1978 en el caso *Tyrer* en contra del Reino Unido, el Tribunal decidió que, a la luz de las condiciones actuales de vida, el castigo corporal debía ser considerado como una pena degradante, proscrita por el artículo 3 del tratado, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso e incluso si el castigo era impuesto en privado (*Tyrer v. United Kingdom*). En esta sentencia, que fue el primer pronunciamiento en el que se utilizó la interpretación evolutiva en el marco europeo, el Tribunal analizaba la convencionalidad del castigo de tres golpes con un “abedul” impuesto al señor *Tyrer* como condena por asalto ilegal; castigo que, como ya se mencionó, fue considerado como violatorio de la prohibición consagrada en el artículo 3 del tratado.

Asimismo, en lo que tiene que ver con el artículo 3, el Tribunal ha utilizado la interpretación evolutiva en casos relacionados con la imposición de la pena de muerte. En su pronunciamiento más reciente al respecto, en el caso de *Öcalan* en contra de Turquía de 2005, el

Tribunal estableció que no había lugar a considerar que, como consecuencia de la práctica de los Estados contratantes del Convenio, la mera imposición de la pena de muerte iba *per se* en contra del artículo 3 del Convenio. Lo anterior, atendiendo a que, si bien la práctica de los Estados contratantes apunta a la abolición de la pena de muerte, existe el Protocolo número 13 adicional al Convenio en el cual los Estados pueden adquirir dichos compromisos, lo que impide interpretar que el artículo 3 prohíba la imposición de la pena de muerte (*Öcalan v. Turkey*). Es decir, la Corte indicó que el hecho de que los Estados hubiesen acordado la suscripción de un protocolo especial para la abolición de la pena de muerte, imposibilita interpretar de forma evolutiva el artículo 3 del Convenio, de manera que proscriba la pena de muerte; aun cuando esto demuestra la práctica estatal orientada hacia la eliminación del castigo capital. No obstante todo lo dicho anteriormente, dentro de esta sentencia del año 2005, el Tribunal aclaró que si la pena capital era impuesta luego de un juicio injusto, se trataba de un trato de los proscritos en el artículo 3 (*Öcalan v. Turkey*).

De esta forma, el Tribunal sentó un criterio al respecto, manifestando que la pena de muerte, para ser constitutiva de un trato cruel inhumano y degradante, debía ser analizada conforme a las circunstancias de cada caso, sin que *per se* vaya en contra del artículo 3 (*Öcalan v. Turkey*). Esta interpretación ya había sido expuesta por el Tribunal anteriormente, en el caso de *Soering* en contra del Reino Unido, indicando que, en un caso particular y debido a la larga espera que podía tener una persona a la que le imponían una pena de muerte, extraditar a un sujeto a los Estados Unidos por una ofensa que podía comportar el castigo capital iba en contra del artículo 3 del Convenio (*Soering v. United Kingdom*).

Esta interpretación fue controvertida por parte del juez Garlicki, quien manifestó que una interpretación evolutiva del artículo 3 del Convenio llevaba a la conclusión de que la imposición

de la pena de muerte iba en contra del precepto mencionado, sin importar las características particulares de cada caso. Dentro de su voto, el juez manifestó que, al haberse aceptado que el tratado es un instrumento vivo, se aceptó la modificación del tratado por vía judicial; en otras palabras, el togado manifestó que la naturaleza viva del Convenio tenía como consecuencia que la interpretación judicial pudiese modificar el texto original, por ejemplo, incluyendo dentro de la prohibición de la tortura la pena de muerte. (Partly Dissenting opinion Judge Garlicki, *Öcalan v. Turkey*)

Además de lo dicho hasta aquí, en el caso *Selmouni* contra Francia en 1999, el Tribunal determinó, a través de la interpretación evolutiva y de conformidad con las características particulares de un caso, que era posible que los daños a la integridad física de una persona privada de la libertad pudieran ser considerados de forma simultánea como tortura y tratos inhumanos. (*Selmouni v. France*)

De la jurisprudencia estudiada en este acápite, se puede extraer nuevamente la relación que el Tribunal ha desarrollado entre la interpretación evolutiva y la práctica de los Estados, siendo determinante para el caso *Öcalan* la existencia del Protocolo numero 13 adicional al Convenio como una demostración de la voluntad de los Estados de querer adquirir el compromiso de abolir la pena de muerte de forma expresa y no a través de un desarrollo jurisprudencial. Y, asimismo, el Tribunal dejó de lado la inclusión dentro del artículo 3 de nuevas prohibiciones no contemplados por el tratado, limitando su razonamiento a analizar los supuestos de hecho a la luz del texto existente del Convenio; aun cuando esta determinación no fue compartida de manera unánime por los jueces.

5. Fertilización In vitro

En el caso S.H y otros en contra de Polonia del 2011, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo la posibilidad de aplicar la interpretación evolutiva en un caso relacionado con la fertilización *in vitro*, en donde concluyó que no podía considerarse que la prohibición de la donación de óvulos y espermatozoides constituía una interferencia arbitraria en la vida privada de las personas. Pese a que en esta sentencia el Tribunal no mencionó de manera expresa la forma en la cual el principio de interpretación evolutiva era utilizado, a lo largo del texto hizo referencia a cuestiones como el consenso entre los Estados y el margen de apreciación, criterios que, como se ha venido advirtiendo, están ligados a la lectura dinámica del Convenio (S.H. and Others v. Austria).

En este pronunciamiento, el Tribunal indicó la existencia de un creciente consenso emergente respecto a permitir las técnicas de reproducción asistida dentro de los Estados contratantes; no obstante lo cual, considerando las cuestiones éticas y morales al respecto sobre las que no hay un acuerdo, el Estado conservaba un margen de apreciación al respecto. Margen de apreciación que, en el caso concreto y considerando la etapa de construcción del consenso alcanzada al momento de llevarse a cabo la cuestionada actuación del Estado, no fue sobrepasado al momento en el que se prohibió la donación de óvulos y espermatozoides dentro del Estado (S.H. and Others v. Austria).

Antes de finalizar este análisis, y sin perjuicio del hecho de que esta sentencia será desglosada en el capítulo siguiente, existen dos puntos importantes a considerar: por una parte, el Tribunal hizo uso de la figura del consenso entre los Estados pero circunscribiendo su aplicación al momento en el cual se tomó la decisión del Estado de prohibir la donación de óvulos y espermatozoides; de manera que se usó el consenso relevante al momento en el que ocurrieron los hechos

del caso, proceder diferente al de la Corte Interamericana, quien considero el consenso existente al momento de emitir su sentencia. Y, por otra parte, se estableció que, si bien existía un consenso hacia permitir la reproducción asistida, no podía establecerse una base común en torno al debate ético y moral alrededor de estas prácticas, razón por lo cual era pertinente conceder un margen de apreciación para el Estado; línea de decisión que, una vez más, difiere de la tomada por su homónima interamericana.

6. Otros escenarios de interpretación

Estudiados los casos en los cuales el Tribunal Europeo ha hecho uso o ha descartado el empleo de la interpretación evolutiva, es menester mencionar algunos otros escenarios en los que se ha utilizado o se ha desestimado la aplicación de este derrotero interpretativo.

1. En uno de los primeros pronunciamientos en los cuales se hizo uso de la interpretación evolutiva, en la sentencia de 1995 sobre las excepciones preliminares del caso *Loizidou* en contra de Turquía, el Tribunal declaró que los Estados no podían aceptar la competencia de esta instancia internacional limitando su jurisdicción a una parte determinada del territorio; es decir, de acuerdo con el Tribunal Europeo, las declaraciones de aceptación de la competencia por parte de los Estados, no pueden circunscribir la competencia del Tribunal a un determinado espacio geográfico. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal hizo uso del principio de interpretación evolutiva en la lectura del Convenio, indicando, además, que este derrotero interpretativo aplica no sólo para las disposiciones sustantivas del tratado, sino también para aquellas de naturaleza procedimental (*Loizidou v. Turkey*). Dentro de este pronunciamiento, el Tribunal realizó una interpretación del Convenio haciendo uso de los criterios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y considerando su naturaleza evolutiva.

2. En el caso *Gustafsson contra Suecia* del año 1996, este derrotero interpretativo fue usado por el Tribunal para aclarar que el derecho de asociación incluye la libertad de no unirse o retirarse de una agrupación; es decir, que existe una faceta negativa de ese derecho consagrado en el artículo 11¹ del Convenio (*Gustafsson v. Sweden*). Sobre este punto, es relevante mencionar que el Juez Nieto Navia, en su voto separado a la Opinión Consultiva 5 de 1985 proferida por la Corte Interamericana, señaló esta faceta negativa del derecho de asociación sin necesidad de recurrir a la interpretación evolutiva (Opinión Consultiva 5 de 1985).

3. Posteriormente, el Tribunal usó la lectura dinámica del tratado al momento de interpretar el derecho a un proceso equitativo consagrado en el artículo 6 del Convenio en casos particulares de diversa naturaleza. En primer lugar, en el caso de *Maaouia en contra de Francia* del año 2000, determinó que el proceso de apelación de una orden de exclusión del territorio de un Estado no estaba cobijado bajo el derecho a un juicio equitativo, consagrado en el artículo 6, pues existe un protocolo adicional particular para ese tipo de situaciones relativas a las expulsiones de un territorio; no habiendo lugar a la interpretación evolutiva del tratado (*Maaouia v. France*). En segundo lugar, en el caso *Ferrazzini contra Italia* del año 2001, el Tribunal se negó nuevamente a realizar una lectura dinámica del tratado, al establecer que los procedimientos de naturaleza tributaria, al hacer parte del núcleo duro del derecho público, no estaban bajo el ámbito de aplicación del artículo 6 (*Ferrazzini v. Italy*). En esta oportunidad, los peticionarios habían requerido a la Corte para que interpretara de forma evolutiva el tratado, en el sentido de incluir dentro del derecho a un juicio equitativo, los procesos de naturaleza tributaria.

¹ ARTÍCULO 11. Libertad de reunión y de asociación: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

En tercer lugar, en el voto disidente del caso Kingsley contra el Reino Unido del año 2002, los jueces Casadevall, Bonello y Kovler manifestaron que una lectura evolutiva del artículo 41 del Convenio², llevaba a la conclusión de que debía otorgársele una indemnización a las víctimas de un procedimiento que hubiese sido considerado como violatorio del derecho al juicio equitativo, como consecuencia del estrés causado. Opinión que resultaba contraria a la decisión de la mayoría que declaró que no resultaba procedente una reparación de las víctimas por el estrés causado por un proceso violatorio del derecho a un juicio equitativo (Kingsley v. United Kingdom).

En cuarto lugar, aun dentro del ámbito de aplicación del artículo 6, en el caso de Meftah y otros contra Francia del año 2002, el Tribunal determinó, a través de una lectura evolutiva, que la garantía a un juicio equitativo cobijaba a las personas en sede de casación (Meftah and others v. France).

Y, para finalizar lo que tiene que ver con el derecho a un juicio equitativo, en el caso Micallef contra Malta del año 2009, el Tribunal hizo uso de la interpretación evolutiva con el objetivo de dejar atrás su precedente y establecer que el derecho a un juicio justo era aplicable en asuntos previos a un proceso como una medida cautelar, siempre y cuando confluyeran dos circunstancias: 1) que tanto el procedimiento previo y el proceso posterior estuviesen relacionados con un derecho civil, y 2) que la naturaleza, objeto, propósito y efectos de la medida cautelar afectasen directamente el derecho en cuestión (Micallef v. Malta).

² ARTÍCULO 41: Satisfacción equitativa: Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

4. De igual forma, la Corte ha hecho uso de este tipo de interpretación, en materia penal en el caso de Scoppola en contra de Italia del año 2009, en el que determinó que el artículo 7³ del Convenio incluye el principio de favorabilidad para el procesado, aun cuando dicho principio no se menciona de forma expresa dentro de la redacción del tratado (Scoppola v. Italy no. 2).

5. En lo que respecta a la competencia temporal de la Corte, en los casos de Mocanu y otros en contra de Rumania y Janowiec y otros en contra de Rusia de los años 2014 y 2013 respectivamente, se determinó que el Tribunal podía juzgar hechos relacionados con muertes ocurridas con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio para un Estado determinado, cuando se tratase de aspectos relativos a los procedimientos judiciales que fueron realizados o debieron haber sido llevados a cabo después de la fecha de entrada en vigor del Convenio. Es decir, el Tribunal reconoció su competencia temporal por los procedimientos judiciales que se llevasen a cabo con posterioridad a la entrada en vigor del tratado, aun cuando las muertes juzgadas hubiesen ocurrido con anterioridad a dicha fecha (Mocanu and Others v. Romania; Janowiec and Others v. Russia). Dentro de su pronunciamiento, el Tribunal indicó que podía ejercer competencia siempre que existiera una conexión genuina entre el evento que dio origen a las obligaciones de llevar a cabo el procedimiento y la entrada en vigor del tratado, conexión que se define a través de la proximidad temporal (Mocanu and Others v. Romania; Janowiec and Others v. Russia). En otras palabras, la competencia temporal de la Corte por hechos anteriores a la entrada en vigor del tratado depende de que los hechos que dieron lugar a la obligación de investigar y procesar estén relacionados con la entrada en vigor del mentado instrumento,

³ ARTÍCULO 7. No hay pena sin ley. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

relación que se puede establecer de conformidad con la cercanía temporal entre los hechos y la fecha en la que entró en vigencia el Convenio.

6. Finalmente, vale la pena mencionar que el Tribunal también utilizó la lectura dinámica del tratado para señalar: 1) En el año 2002, que el artículo 8 del Convenio protegía el domicilio de las personas jurídicas (*Societe Colas Est and Others v. France*) pero no las dependencias con usos meramente industriales (*Khamidov v. Russia*) este último en el año 2007, 2). En el año 2008, que el artículo 11 incluía la negociación colectiva como un aspecto esencial del derecho a la libertad de asociación (*Demir and Baykara v. Turkey*), 3) En el año 2005, que el artículo 3 del Protocolo adicional no. 1⁴ proscribía la prohibición general e indiscriminada del derecho al voto de los prisioneros (*Hirst v. United Kingdom*), 4) En el año 2005, que las medidas provisionales son de obligatorio cumplimiento para el Estado (*Mamatkulov and Askarov v. Turkey*), 5) En el año 2005, que el artículo 2 del Protocolo adicional no. 1 incluye el derecho a la educación superior (*Leyla Sahin v. Turkey*), 6) En el año 2011, que el artículo 9 incluye la posibilidad de objetar conciencia por motivos religiosos frente a la obligación de prestar servicio militar (*Bayatyan v. Armenia*) y, 7) por último, en los años 2007 y 2012, el Tribunal usó este derrotero interpretativo para apartarse de su propio precedente (*Vilho Eskelinen and Others v. Finland*; *Stafford v. United Kingdom*). Respecto a la posibilidad de apartarse de su propio precedente a través de la interpretación evolutiva, por un lado, el Tribunal Europeo usó este derrotero interpretativo para indicar que el artículo 6⁵ es parcialmente aplicable a los funcionarios

⁴ Artículo 3. Derecho a elecciones libres. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garantizan la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

⁵ Artículo 6 Derecho a un proceso equitativo

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad

públicos, pese a que existía un precedente anterior de dicha corporación que contradecía esta postura (*Vilho Eskelinen and Others v. Finland*). Y, por otro lado, esta Corte realizó también una lectura dinámica del tratado al momento de apartarse de su jurisprudencia, con el objetivo de señalar que mantener a una persona privada de la libertad después de cumplida su pena principal con fundamento en una condena anterior de cadena perpetua, la cual había sido conmutada precedentemente, iba en contra del derecho a la libertad de esta persona (*Stafford v. United Kingdom*).

Llegado el desarrollo hasta este punto, y de la misma forma que ocurrió con el estudio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, antes de finalizar este acápite es necesario indicar un caso en el cual un voto disidente menciona una interpretación evolutiva que no fue considerada por la mayoría dentro de la sentencia. En el caso de *Hatton y otros en contra de Reino Unido* del año 2003, los jueces Costa, Ress, Türmen, Zupančič y Steiner sugirieron que, a partir de una lectura dinámica del Convenio, debía considerarse que el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 8 del Tratado cobijaba la protección del derecho a un medio ambiente sano (*Dissenting Opinion Judges Costa, Ress, Türmen, Zupančič y Steiner, Hatton and Others v. United Kingdom*).

nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;
- d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

Realizado este estudio de la jurisprudencia, se puede constatar como el Tribunal Europeo, a diferencia de la Corte Interamericana, es mucho más conservador al momento de usar la interpretación evolutiva para generar nuevos derechos, prohibiciones o categorías no contenidas en la redacción original del Convenio, optando en su lugar, por determinar que un asunto concreto está dentro del ámbito de aplicación de un derecho consagrado en el Instrumento, como sucedió en lo relacionado con el tema del aborto y el inicio de la vida. De esta forma, la mayoría de las interpretaciones entregadas por este Tribunal sobre este tema, no hacen referencia a nuevos derechos, prohibiciones o categorías, sino que están encaminadas a establecer que un marco fáctico específico está bajo la órbita de aplicación de un determinado artículo, y, consecuentemente, se procede a analizar la actuación estatal con base en dicha provisión.

Asimismo, esta instancia europea utiliza de manera mucho más frecuente la noción de consenso para desarrollar una determinada interpretación evolutiva y, en aquellos casos en los que no existe dicha aproximación común entre Estados, ha utilizado la noción del margen de apreciación; concepto que incluso le ha servido para declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en las decisiones que dentro de dicho margen ha tomado el Estado en cuestión.

Este margen de apreciación, usado por parte del Tribunal Europeo, ha sido definido como un criterio hermenéutico usado para interpretar los tratados en materia de derechos humanos, en aquellas circunstancias en las que no existe un consenso en el nivel interestatal dentro del respectivo sistema (Barbosa Delgado, 2012). A partir de esta herramienta, el tribunal internacional tiene una deferencia a favor de las instancias nacionales, en aquellos asuntos en los cuales no le es posible dar una lectura unificada de la disposición del tratado de que se trata (Barbosa Delgado, 2011; NÚÑEZ POBLETE, 2012). Es precisamente haciendo uso de esta figura, que los tribunales internacionales pueden realizar un ejercicio de autocontrol de manera

que no invadan esferas de decisión propias de los Estados (Martínez Estay, 2014; NÚÑEZ POBLETE, 2012).

Sin embargo, pese a que la doctrina la ha tratado como una herramienta que resulta aplicable para cualquier instancia supranacional, no se ha desarrollado de manera similar en ambos sistemas. En el nivel europeo, el Tribunal ha utilizado de manera reiterada la noción del margen de apreciación en las situaciones en las que no ha podido definir un consenso dentro de los Estados partes del sistema (Barbosa Delgado, 2012); mientras que, por su parte, en el nivel interamericano, la figura no ha sido manejada de manera tan frecuente; siendo incluso inexistente en los casos colombianos, argentinos y chilenos (Barbosa Delgado, 2012; Martínez Estay, 2014). Este fenómeno, de menor desarrollo del margen de apreciación, ha sido atribuido al menos en parte a la naturaleza de los casos a los que se ha visto enfrentada la Corte Interamericana; pues, en situaciones de tortura, desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales no es dable hacer deferencia alguna a favor de los Estados, de forma que el margen de apreciación resulta irrelevante (Barbosa Delgado, 2012).

Es de anotar que lo dicho hasta aquí, no quiere decir que dentro del sistema interamericano no se hayan realizado reconocimientos de un determinado margen de actuación para los Estados, por ejemplo en lo que toca a las limitaciones de los derechos dentro del margen de la Convención (Barbosa Delgado, 2012; NÚÑEZ POBLETE, 2012); pero su desarrollo no ha sido implementado en casos controversiales como la fertilización *in vitro* o el aborto.

De esta forma y como se sugirió en los acápites precedentes, el principio de interpretación evolutiva está ampliamente ligado a la práctica de los Estados y al grado de consenso que exista entre ellos; de tal forma que, si existe un consenso lo suficientemente fuerte,

puede surgir una lectura dinámica del Convenio, pero, de no existir dicho acuerdo entre los contratantes, no será posible la interpretación evolutiva del tratado.

Adicionalmente, como se evidenciará en el siguiente capítulo, es importante destacar que las conclusiones a las que se han llegado en casos de fertilización *in vitro* y aborto en cada instancia son diametralmente distintas en el sistema europeo con respecto al sistema interamericano.

Como punto de contacto entre los dos sistemas, se encuentra el hecho de que bien sea por adoptar una interpretación evolutiva o por no hacerlo, existen voces disidentes en el interior de cada instancia judicial que expresan su desacuerdo con los razonamientos expresados en cada caso, demostrando que tanto en el Tribunal Europeo como en la Corte Interamericana la interpretación evolutiva no es una cuestión pacífica.

Capítulo 3: Estudio de Casos

Una vez realizado el estudio de la jurisprudencia proferida por parte de los Tribunales regionales en relación con el principio de interpretación evolutiva, es momento de centrar el análisis en los casos relacionados con el aborto y la fertilización *in vitro*; con el objetivo de observar las diferentes maneras de hacer uso del mentado principio por parte de cada una de las cortes y las conclusiones alcanzadas en los casos concretos.

1. Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica

La sentencia del caso Artavia Murillo fue proferida por parte de la Corte Interamericana el 28 de noviembre de 2012. En esta providencia se analizó la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica por la emisión de una sentencia por parte del máximo tribunal constitucional en la que se prohibía la fertilización *in vitro*.

A. Hechos del caso

En el Estado de Costa Rica, a través de la emisión de un decreto ejecutivo emitido por el Ministerio de Salud, se reguló y autorizó la práctica de la fertilización *in vitro*, norma que fue demandada a través de una acción de inconstitucionalidad cuyo conocimiento correspondió al máximo tribunal constitucional costarricense. En su decisión de 5 de marzo de 2000, el alto tribunal declaró inconstitucional la norma emitida por el ejecutivo, por haber existido una violación al principio de reserva legal, según el cual, solamente mediante ley emitida por el poder legislativo era legítimo desarrollar, regular o restringir los derechos y libertades fundamentales. La Sala Constitucional de la Corte Suprema consideró que la transgresión del principio de reserva legal se había cometido debido a que el decreto demandado regulaba el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano.

Dentro de su fundamentación, el juzgador consideró que el artículo 4.1 de la Convención Americana resultaba aplicable dentro del caso concreto, estableciendo que la vida debía ser protegida a partir del momento de la concepción, motivo por el cual no era posible autorizar la fertilización *in vitro* hasta tanto no se garantizara que no existiría pérdida embrionaria dentro del proceso de reproducción asistida.

Como consecuencia de esta decisión, varias parejas, que actuaron como peticionarias ante el Sistema Interamericano, se vieron obligadas a detener sus tratamientos de fertilidad o a viajar con el fin de poder continuar con los mismos.

B. Derechos alegados como violados

Con fundamento en los hechos antes mencionados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte que declarara violados los derechos a la honra (artículo 11), a la protección a la familia (artículo 17) y a la igualdad ante la Ley (artículo 24).

Por su parte, los representantes de las víctimas dentro del caso solicitaron que se declarara la violación de los derechos a la integridad (artículo 5), el derecho a la vida (artículo 4) y la libertad personal (artículo 7).

C. Argumentos del Estado

Por un lado, en lo que respecta a la fertilización *in vitro*, el Estado alegó que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no había prohibido dicha forma de reproducción asistida sino que, por el contrario, estableció la condición de que no existiera pérdida embrionaria durante la realización del procedimiento.

Y, por otra parte, Costa Rica señaló la procedencia de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación en la decisión tomada por el Estado, considerando el debate moral que existe alrededor del inicio de la vida humana. Al respecto, argumentó que, por no existir un consenso acerca del comienzo de la vida, no podía imponerse al Estado una forma de regulación técnica de la fertilización *in vitro*; siendo inválido, también por lo debatible del tema, el argumento según el cual si un Estado permitía esta técnica de reproducción asistida, era obligación de Costa Rica permitirla.

D. Cuestión planteada por la Corte

Una vez fijados los hechos del caso y establecidos los argumentos de las partes, la Corte orientó sus razonamientos a determinar si la decisión del tribunal constitucional costarricense, prohibitoria de la fertilización *in vitro* sin pérdida embrionaria, era una interferencia ilegítima en el derecho a la vida privada de las parejas que se vieron obligadas a suspender sus tratamientos o a viajar para continuar con los mismos. Lo anterior, considerando que la protección de la vida privada y familiar está contemplada en el artículo 11 de la Convención Americana y la decisión

de someterse o no a un tratamiento de fertilidad está cobijada bajo el ámbito de aplicación del artículo 7 del mismo instrumento.

E. Interpretación fijada para el caso concreto

Para responder a la cuestión planteada, una vez reconocido que dentro del sistema interamericano no había existido un pronunciamiento sobre el comienzo de la vida, el tribunal interamericano realizó la interpretación de la Convención acudiendo a los siguientes métodos interpretativos: i) histórica y sistemática, ii) según el sentido corriente de los términos, y iii) de acuerdo al objetivo y fin del tratado y iv) de forma evolutiva.

De acuerdo con el enfoque histórico y sistemático, acudiendo a los trabajos preparatorios y a otros tratados, la Corte estableció que no se le ha dado al embrión un tratamiento de persona en el derecho internacional de los derechos humanos.

En lo que tiene que ver con el objeto y fin del tratado, se estableció que la expresión “en general” contenida en el artículo 4 de la Convención permitía ponderar los intereses que puedan estar en conflicto alrededor del derecho a la vida.

Sobre el sentido común de los términos, el Tribunal realizó la lectura de la palabra “concepción”, determinando que se refería a la implantación del cigoto. Para poder realizar esta lectura, la Corte consideró que al momento de ratificarse la Convención no existía la fertilización *in vitro*, motivo por el cual el significado de concepción pudo variar desde ese momento hasta la actualidad. Si bien en este punto no se hace referencia expresa a la interpretación evolutiva, es importante anotar que se utilizaron las condiciones de vida actuales, como el surgimiento de una técnica de reproducción asistida, para dar sentido al tratado.

Finalmente, en lo que respecta a la interpretación evolutiva, se hizo uso de este postulado para señalar que ninguno de los Estados signatarios de la Convención había prohibido la

fertilización *in vitro*. En otras palabras, al momento de realizar una lectura dinámica del tratado, la Corte acudió a la existencia de un consenso en torno al cual no se había prohibido la técnica de reproducción asistida en cuestión; acercándose así, a la noción del margen de apreciación y a la forma de decisión utilizada en el Tribunal Europeo, situación que resulta atípica dentro del Sistema Interamericano.

En conclusión, luego de realizar la interpretación del artículo 4 a través de los derroteros antes descritos, la Corte concluyó que la concepción debía ser entendida desde el momento de la implantación del embrión y que la expresión “en general” permitía el análisis de los conflictos que se puedan presentar en torno a esta garantía; considerando, además, que existe un consenso de los Estados signatarios alrededor de no proscribir la fertilización *in vitro*.

F. Decisión del caso

Con fundamento en la interpretación antes formulada, la Corte declaró la responsabilidad del Estado costarricense por violación de los derechos contenidos en los artículos 7 y 11 de la Convención, por considerar que la decisión del año 2000 de la Corte Suprema de Costa Rica había producido una interferencia ilegítima en la vida privada de las víctimas, al no permitirles acudir a la fertilización *in vitro*.

En otras palabras, al haber realizado una lectura dinámica del artículo 4 para determinar la arbitrariedad de una decisión adoptada al principio del siglo XXI por parte del máximo tribunal de Costa Rica, la Corte acudió a las condiciones de vida actuales y a los consensos existentes entre los Estados contratantes y declaró la responsabilidad del Estado.

Es necesario mencionar que, en su voto disidente, el Juez Vio Grossi señaló que el sentido común de los términos indicaba que la concepción debe entenderse desde el momento de

la fecundación y no de la implantación. Lo anterior, demuestra que la interpretación fijada por la Corte no fue adoptada de forma totalmente pacífica y unánime.

F. Aplicación a casos futuros relacionados con el aborto

Antes de concluir este análisis, es procedente estudiar las posibles consecuencias de la regla fijada por la Corte en el caso bajo estudio, en futuros escenarios relacionados con el aborto; tema que aún no ha sido conocido por parte del Tribunal a través de un caso contencioso y, por lo tanto, sobre el cual no existe una posición oficial de esta instancia internacional. Así las cosas, pese a no existir un caso contencioso, no escapa a un trabajo académico como éste recoger, con base en la doctrina que ha hecho el análisis del impacto que sobre un posible caso de aborto pueda tener la sentencia del caso *Artavia Murillo*, las posibles consecuencias que la interpretación fijada por la Corte Interamericana pueda traer ante un supuesto de hecho relacionado con el aborto.

De forma inicial, dentro del pronunciamiento de la Corte frente al Estado costarricense, el Tribunal optó por realizar una distinción entre los embriones que habían sido implantados en el útero de la madre y aquellos que aún no habían atravesado este proceso; señalando que la protección del artículo 4.1 de la Convención Americana no cobija a los segundos (Irrázaval, 2013; Ruiz Miguel & Zúñiga Fajuri, 2014). Esta manifestación, por sí sola, podría haber ayudado a la resolución del caso concreto sin integrar al debate los derechos de la mujer en estado de embarazo; sin embargo, la interpretación subsiguiente de la Corte estuvo orientada a señalar que la protección del embrión no es de carácter absoluto, sino progresivo e incremental. (Irrázaval, 2013).

Así las cosas, habiendo involucrado en el debate los derechos de la mujeres, alguna doctrina ha señalado que existen varias consideraciones realizadas por la Corte que pueden llevar

a concluir que su fallo permite prácticas como el aborto o la anticoncepción de emergencia (Chía & Contreras, 2014). Por un lado, la Corte determinó que el feto no es un sujeto de derechos plenamente protegido por la Convención (Chía & Contreras, 2014), motivo por el cual, un escenario en el que se presentara la interrupción del embarazo estaría acorde con las obligaciones estatales en el marco del Sistema Interamericano (Chía & Contreras, 2014). Sin embargo, a partir de esta misma consideración, algunos autores han manifestado que se podría dar cabida a que un Estado permitiera el aborto o lo prohibiera, pues se reconoció la protección del embrión desde la implantación (Irrarázaval, 2013). De esta forma, de la afirmación de que el embrión no está protegido de forma plena por la Convención, aún cuando tiene cierto grado de amparo, se podría derivar que el aborto es una práctica permitida dentro del Sistema Interamericano.

Por otra parte, la Corte también afirmó que la expresión “en general”, contenida dentro del artículo 4 del tratado, hace referencia a que el derecho a la vida no es absoluto (Chía & Contreras, 2014) y, por lo tanto, admite excepciones en escenarios de conflicto con los derechos de la mujer (Ruiz Miguel & Zúñiga Fajuri, 2014). Así, a la luz de que la vida es un derecho a la vida no es absoluto y, por lo tanto, admite excepciones, estarían permitidos el aborto y la anticoncepción de emergencia (DE JESÚS, 2014; Herrera Vacaflor, ; Ruiz Miguel & Zúñiga Fajuri, 2014). Particularmente, sobre la afirmación de las excepciones al derecho a la vida del embrión, la doctrina parece coincidir en el hecho de que estaría permitido el aborto a la luz de la Convención Americana; atendiendo, además, a que el objeto de protección en el caso de interrupción del embarazo es la mujer y no el embrión (Irrarázaval, 2013; Ruiz Miguel & Zúñiga Fajuri, 2014).

Este último aspecto, le ha valido a la Corte comentarios tanto a favor como en contra. Aquellos que están de acuerdo con la postura adoptada por el Tribunal en torno a las excepciones

que admite el derecho a la vida, señalan que esto derriba los fundamentos conservadores para impedir la práctica del aborto en el nivel interno de los Estados (Chía & Contreras, 2014) y, adicionalmente, aplauden el entendimiento de que el objeto de protección debe ser la mujer gestante y no el ser en potencia que representa el embrión; ser para el cual existe una protección gradual e incremental (Ruiz Miguel & Zúñiga Fajuri, 2014).

Del otro lado, quienes no están de acuerdo con la posición de la Corte sobre este punto, afirman que condicionar la protección de la vida de un sujeto, como el embrión, a factores externos como los deseos, intenciones o el plan de vida de la mujer, pone la garantía de los derechos en una lógica de consumo de bienes (Irrarrázaval, 2013); de tal forma que, la vida del que está por nacer queda sujeta al deseo de la madre de estar embarazada (Irrarrázaval, 2013). Asimismo, autores como Ligia de Jesús han indicado que, para llegar a esta conclusión, la Corte cometió múltiples errores y falacias en el nivel argumentativo dentro de la construcción del fallo en comento. Por ejemplo, 1) no se usó el significado corriente del término “concepción”, que sería equivalente a fecundación, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; 2) El uso de literatura científica fue de manera selectiva, de manera que las conclusiones a las que se quería llegar pudieran expresarse en la sentencia; 3) se citó de forma sesgada de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y 4) se omitió la utilización del principio *pro personae* y del margen de apreciación para la resolución del caso concreto (DE JESÚS, 2014).

Con todo esto, dejando un poco de lado los adeptos o contradictores que el fallo pueda suscitar, lo cierto es que, tanto quienes apoyan la decisión como los que no, coinciden en señalar que la manifestación de que el derecho a la vida no es de carácter absoluto y, por lo tanto, admite

excepciones, deja la puerta abierta para una decisión a favor del aborto dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2. Caso P y S contra Polonia.

En sentencia del año 2013, el Tribunal Europeo decidió sobre la responsabilidad del Estado polaco debido a la negativa de practicar un aborto a una menor que había sido abusada sexualmente.

A. Hechos del caso

El 9 de abril de 2008, P acudió a la Unidad de cuidados de salud en la ciudad de Lublin, informando que había sido abusada por una persona de su misma edad. En este lugar, los profesionales de la salud argumentaron que no podían prestar ninguna atención a la víctima debido a que se trataba de una menor de edad, por lo que era necesario el consentimiento de sus representantes legales. Una vez acompañada de su madre, S, informaron al centro de salud que habían decidido interrumpir el embarazo.

En la búsqueda de la realización del procedimiento de aborto, P y S pasaron por varios centros de salud, y en algunos de ellos la obligaron a ver a un sacerdote e intentaron persuadirla para que no se practicara del aborto; siendo incluso acosadas por activistas en contra de esta clase de procedimientos.

En Warsaw, les informaron que la policía tenía una notificación de un proceso para sustraer la patria potestad de S sobre P. La menor fue detenida por la policía en donde fue interrogada y enviada a un refugio.

Finalmente, habiendo sido liberada y regresada a su madre, le es practicado un aborto de manera clandestina.

B. Derechos alegados como violados

Dentro del procedimiento, en relación con el tema del aborto, se alegaron como vulnerados el derecho a la vida privada (artículo 8 del Convenio) y a la prohibición de la tortura (artículo 3 del Convenio).

C. Argumentos del Estado

Como defensa frente a esta instancia internacional, Polonia argumentó que su legislación permitía la práctica del aborto en determinados casos, incluido el escenario del acceso carnal de la víctima.

D. Cuestión planteada por la Corte

Una vez fijados los hechos del caso, el Tribunal volcó sus razonamientos a determinar si ¿existe un derecho a abortar dentro del artículo 8 del Convenio?

E. Interpretación fijada para el caso concreto

Para dar respuesta a la cuestión planteada, el Tribunal aclaró, en primer lugar, que el derecho a la vida privada contemplado en el artículo 8 del tratado no incluye el derecho a abortar. No obstante lo cual, la posibilidad de abortar cuando se trata de cuestiones de salud y bienestar de la mujer es una cuestión en la cual resulta aplicable el precitado artículo.

De esta forma, siendo pertinente la utilización del artículo 8, el Tribunal indicó que para el caso concreto existía consenso entre la mayoría de los Estados para permitir el aborto, existiendo legislación que permite resolver el conflicto entre los derechos del menor y los de la mujer. Sin embargo, de acuerdo con el Tribunal, el punto sobre el que no existe un consenso es en torno la cuestión sobre el inicio de la vida; tema en el cual no existe una aproximación común dentro de los Estados contratantes, estando incluido en el margen de apreciación la forma en la

que se resuelven los ya mencionados conflictos entre los derechos del que está por nacer y los de la mujer.

De manera textual, el Tribunal indicó:

97. The Court has already found that there is indeed a consensus amongst a substantial majority of the Contracting States of the Council of Europe towards allowing abortion and that most Contracting Parties have in their legislation resolved the conflicting rights of the foetus and the mother in favour of greater access to abortion (see (A, B and C v. Ireland [GC], cited above, §§ 235 and 237). In the absence of such a common approach regarding the beginning of life, the examination of national legal solutions as applied to the circumstances of individual cases is of particular importance for the assessment of whether a fair balance between individual rights and the public interest has been maintained (see also, for such an approach, A, B and C v. Ireland, cited above, § 229-241).

Si bien no se mencionó de forma expresa el principio de interpretación evolutiva, el Tribunal tuvo en cuenta el consenso desarrollado por los Estados y determinó que no era procedente una lectura dinámica del tratado ni para construir un derecho a abortar, ni para determinar el inicio de la vida; conclusión que difiere de la alcanzada por el Tribunal Interamericano, quien, a partir de la lectura dinámica del tratado, determinó el momento a partir del cual se iniciaba la protección del derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana.

F. Decisión del caso

Fijada esta interpretación, el Tribunal manifestó que, siendo el inicio de la vida una cuestión dentro del margen de apreciación estatal, era necesario entrar a analizar la legislación

interna del Estado demandado. Realizada esta labor, el Tribunal indicó que, si dentro de su margen de apreciación el Estado ha desarrollado una regulación permitiendo el aborto, no debe estructurar la legislación de forma que limite las posibilidades reales de obtener el aborto; generándose la obligación positiva de desarrollar un marco procedimental que permita el acceso a ese tipo de procedimientos.

En otras palabras, si el Estado ha utilizado su discrecionalidad para permitir el aborto, tiene el deber de generar el marco legal y procedimental para garantizar la obtención de este tipo de procedimientos.

Como consecuencia de lo dicho hasta acá, y considerando la legislación que permitía el aborto en Polonia, el Tribunal declaró la violación del derecho a la vida privada de las peticionarias, debido a que Polonia, como lo alegó durante el proceso, había tomado la determinación de permitir el aborto y no había instituido un proceso expedito que permitiera la realización de dicha intervención.

De esta manera, resulta evidente que la decisión adoptada por este Tribunal difiere de lo decidido por parte de la Corte Interamericana, pues llegan a conclusiones diferentes en lo que se refiere al inicio de la vida y al consenso existente sobre este punto. Así, en el nivel europeo, se permite cierto margen de apreciación estatal, lo que permitió al Tribunal tomar las acciones propias del Estado para determinar su responsabilidad, basado en el hecho de que, en el nivel interno, ya se ha tomado una decisión acerca del tema. Mientras que, por su parte, en el nivel interamericano, se tomó una posición definitiva por parte de la Corte respecto del momento en que se inicia la protección del derecho a la vida y, consecuentemente, se declaró la responsabilidad del Estado conforme a dicha determinación.

En otras palabras, si bien ambas instancias declaran la responsabilidad estatal, el proceso para llegar a dicha conclusión es totalmente distinto.

3. Caso S. H. contra Austria.

En pronunciamiento del año 2011, el Tribunal Europeo tuvo la oportunidad de conocer un caso contencioso que giraba en torno a la prohibición de la donación de óvulos y esperma bajo determinadas circunstancias existente en Austria.

A. Hechos del caso

Las víctimas dentro de este caso son dos parejas que debido a diversas condiciones médicas no pueden tener hijos de forma natural, debiendo acudir a técnicas de reproducción asistida para tal fin. En 1998, los peticionarios incoaron una acción constitucional en contra de la normativa vigente sobre la materia, argumentando que se veían directamente afectados por dicha norma.

En el nivel interno, la reproducción asistida sólo estaba permitida entre parejas casadas o con una relación similar a la del matrimonio y era viable únicamente si se habían agotado todos los otros medios existentes. De acuerdo con la sección 3 de la norma en consideración, sólo el óvulo y esperma de una pareja podían ser utilizados para la reproducción médica asistida; y únicamente en casos excepcionales, como infertilidad del hombre, el esperma de una tercera persona podía ser utilizada para introducirlo en los órganos reproductivos de la mujer (Fertilización in vivo). En todos los otros casos, como fertilización *in vitro*, estaba prohibido el uso de un donador de esperma. En lo que se refiere a los óvulos, estos sólo podían ser usados por la mujer que los produjo, por lo que su donación está totalmente prohibida.

La Corte Constitucional, decidiendo el recurso interpuesto por los peticionarios, determinó que la legislación adoptada en el nivel interno, prohibitiva de determinadas técnicas de

reproducción asistida, no sobrepasaba el margen de apreciación del Estado. Dentro de sus consideraciones, la Corte señaló que el legislador había buscado un equilibrio entre el interés público y el particular, con el objetivo de permitir la reproducción científica entre esposos donadores de manera que no se alejara mucho del proceso natural de concepción. En resumen, el Tribunal determinó que la legislación no era violatoria de los derechos de las víctimas.

Como se puede observar, la plataforma fáctica del este caso resulta muy similar a la del caso de *Artavia Murillo v. Costa Rica*; pues en ambos casos se analizó la prohibición de la reproducción asistida a través de la técnica de la fertilización *in vitro*.

B. Derechos alegados como violados

Dentro del procedimiento internacional, se alegaron como violados el derecho a la vida privada (artículo 8 del Convenio) y el principio de no discriminación (artículo 14 del Convenio).

C. Argumentos del Estado

Sobre el fondo del asunto, el Estado alegó que, si bien la decisión de tener o no hijos está dentro del ámbito de la vida privada, esto no comporta para el Estado la obligación de permitir indiscriminadamente todas las técnicas de reproducción asistida, pues existe un margen de apreciación para alcanzar el equilibrio entre los intereses generales e individuales. Asimismo, Austria indicó que la normativa cuestionada buscaba evitar consecuencias negativas en el nivel interno como la selección de los niños o la formación de familias inusuales.

D. Cuestión planteada por la Corte

Fijado el debate entre las partes, y determinados los hechos relevantes, el Tribunal se dio a la tarea de determinar si ¿la prohibición existente sobre la donación de espermatozoides y óvulos

constituía una injerencia arbitraria en la vida privada de las personas y, consecuentemente, vulneraba el artículo 8 del Convenio?

E. Interpretación fijada para el caso concreto

Con la finalidad de responder al cuestionamiento antes esbozado, el Tribunal estableció que la tarea de escrutinio de la labor estatal debía llevarse a cabo a la luz del estado de las cosas al momento en que se profirió la prohibición. Es decir, aun consciente de que el tratado es un instrumento vivo, el Tribunal indicó que no se trataba de determinar si la prohibición estaba acorde con los avances científicos actuales sino de examinar si cumplía con los criterios establecidos al momento de ser proferida.

Una vez hecha esta claridad, esta instancia internacional señaló que existía un consenso emergente dentro de los Estados de manera que se permitiera la donación de gametos, lo cual no disminuye de manera automática el margen de apreciación que el Estado tiene en este campo; margen que, de acuerdo con el Tribunal, está dado por el hecho de que la fertilización *in vitro* trae consigo cuestiones morales y éticas que no tienen una resolución común dentro de los Estados partes del Convenio. En otras palabras, si bien existe un consenso a favor de la donación de espermatozoides y óvulos, la cuestión de la fertilización *in vitro* está dentro del margen de apreciación de los Estados, como consecuencia de la falta de una aproximación común sobre las cuestiones morales y éticas que implica.

F. Decisión del caso

De esta forma, considerando que era necesario tener en cuenta el margen de apreciación del Estado al momento en que se emitió la normativa cuestionada, el Tribunal declaró que no había existido violación del derecho a la vida privada, pues la actuación estatal no había

excedido el mentado margen. Sin embargo, el Tribunal aclaró que, por tratarse de un área muy dinámica, este tema podría ser objeto de constante revisión.

Así las cosas, y como se mencionó para el caso anterior, la resolución de los casos en ambos sistemas resulta totalmente distinta. En este caso, por un lado, se toma en cuenta el consenso existente a la época en la que ocurrió la actuación legislativa objeto de reproche y, por el otro, se determina que, a falta de un enfoque común a nivel ético y moral, la fertilización *in vitro* se ubica dentro del margen de apreciación de los Estados. Mientras que, en el nivel interamericano, se utilizaron los estándares de la época de la emisión de la sentencia por parte de dicha instancia internacional y, señalándose una práctica generalizada de los Estados sobre el inicio de la vida, se estableció que la prohibición de esta técnica de reproducción asistida era violatoria de los derechos de las víctimas; consenso que, por demás, fue debatido por el juez Vio Grossi en su voto disidente.

Dicho lo anterior, de este estudio de casos concretos se puede establecer que la interpretación evolutiva se aplica de manera distinta en ambos sistemas, pues en el nivel europeo se hace uso de la noción de consenso de forma más reiterada que a nivel interamericano y, se ha construido la noción del margen de apreciación para los casos en los cuales no existe una aproximación común sobre un determinado tema; concepto cuya aplicación fue requerida por el Estado costarricense en sede interamericana. Siendo digno de resaltar el hecho de que en situaciones similares ambas cortes llegaron a conclusiones distintas respecto al consenso existente sobre el inicio de la protección del derecho a la vida.

Capítulo 4: Aplicación en el tiempo del Derecho Internacional

Habiendo estudiado el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la figura de la interpretación evolutiva dentro de los sistemas regionales de protección de los derechos

humanos, resulta procedente entrar al análisis de la aplicación del Derecho Internacional en el tiempo y la relación de este tema con la interpretación evolutiva.

Al momento de hablar de la aplicación del Derecho Internacional desde una perspectiva temporal, es necesario acudir a la noción de derecho intertemporal, denominada de esta forma desde el juicio de Isla de Palmas en 1925. Este concepto evoca la cuestión de la aplicabilidad del derecho en el tiempo y no su validez temporal (Linderfalk, 2011); es decir, la doctrina del derecho intertemporal atiende el interrogante de ¿qué régimen legal resulta aplicable a una situación que se ha presentado en el pasado y que se está juzgando dentro de un sistema cambiante?

Este cuestionamiento resume de manera bastante precisa la cuestión que se ha pretendido exponer en torno a la interpretación evolutiva dentro de este trabajo, pues, si bien debe reconocerse la naturaleza cambiante del Derecho Internacional de los derechos humanos, no es menos cierto que es necesario considerar si los estándares desarrollados a nivel jurisprudencial pueden llegar a constituir una base suficiente para declarar la responsabilidad del Estado por hechos ocurridos con anterioridad al desarrollo de dichos estándares.

Así, siendo la interpretación evolutiva la respuesta dada a nivel jurisprudencial en torno a la naturaleza viva o dinámica del Derecho Internacional de los derechos humanos, este método de interpretación está íntimamente relacionado con la pregunta de la aplicabilidad del derecho en el tiempo, y por lo tanto, está ligado al concepto de derecho intertemporal. Esto, sin perder de vista el hecho de que esta doctrina se desarrolló en el Derecho Internacional Público y no de forma exclusiva para el derecho internacional de los Derechos Humanos.

1. Derecho intertemporal: nociones generales

Existiendo la antes anotada relación entre el derecho intertemporal y la interpretación evolutiva, debido a su innegable ligamen con la aplicabilidad del derecho en el tiempo dentro de un sistema dinámico y cambiante, es pertinente profundizar en el primero de estos conceptos con el objetivo de, posteriormente, establecer su aplicación concreta en los casos de fertilización *in vitro* y aborto.

La primera noción de la doctrina del derecho intertemporal está ligada al arbitramento de Max Huber en el caso de Isla de Palmas, en el cual se desarrollaron las dos reglas que hasta hoy han sido analizadas por la doctrina como las dos ramas o vertientes del derecho intertemporal. Dentro de esta providencia, estaban en disputa los derechos de soberanía sobre la Isla de Palmas entre Estados Unidos y Países Bajos; controversia que fue atendida en sede de arbitramento de conformidad con un acuerdo firmado entre las partes para tal fin. En este proceso, las partes en conflicto alegaban tener la soberanía sobre la Isla de Palmas: por un lado, Estados Unidos basaba su argumentación en su calidad de sucesor de los derechos españoles sobre dicho territorio, derechos que estaban basados en el descubrimiento de la Isla; y, por el otro lado, Países Bajos fundamentaba su posición en el hecho de haber ejercido soberanía sobre el territorio desde 1677, después del descubrimiento español.

Así planteada la controversia entre las partes, el juez Huber realizó la conceptualización del derecho intertemporal a partir de la premisa de que ambos litigantes entendían los cambios que habían ocurrido en el derecho internacional desde la edad media y estaban de acuerdo en que la cuestión debía analizarse a la luz del derecho vigente al momento de los hechos; siendo la disputa ¿cómo aplicar el derecho internacional en periodos sucesivos habiendo existido cambios en el sistema legal vigente?

Para responder a este interrogante, el árbitro Huber indicó que el mismo principio que sujetaba un acto de creación de un derecho al sistema legal vigente al momento del nacimiento, exige que la existencia de ese derecho y su continuidad siga la evolución del mentado sistema legal; regla a la que denominó derecho intertemporal.

A su tenor literal, el arbitramento reza:

As regards the question which of different legal systems prevailing at successive periods is to be applied in a particular case (the so called intertemporal law), a distinction must be made between the creation of rights and the existence of rights. The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law.

De esta manera, establecida la regla a partir de la cual se contestaría la disputa entre las partes, el juez Huber determinó que, si bien en algún momento el descubrimiento era título suficiente para tener derecho sobre un terreno, la noción de ocupación efectiva, desarrollada en el siglo XIX, exigía la ejecución de actos de soberanía posteriores; razón por la cual, los derechos sobre la Isla de Palmas correspondían a Países Bajos.

Planteada de esta forma la noción de derecho intertemporal, y de forma similar a como ha ocurrido con la interpretación evolutiva en algunos casos, su adopción no resultó del todo pacífica; pues se señalaba que la aplicación retroactiva que suponía el desarrollo de esta doctrina era altamente problemática dentro del Derecho Internacional, particularmente tratándose de los derechos de soberanía sobre los territorios (Jessup, 1928).

Luego de este primigenio desarrollo, como se verá a continuación, la doctrina se ha pronunciado en varias oportunidades acerca del derecho intertemporal desde diferentes

perspectivas, delineando algunas de sus notas características y estableciendo con claridad las dos ramas que lo componen.

En primer lugar, la doctrina ha coincidido en señalar que el derecho intertemporal es consecuencia de la universalización del derecho internacional (Elias, 1980), pues, entre más universales son las reglas, más importante resulta balancear de forma adecuada la estabilidad y la flexibilidad del sistema legal internacional (Kotsur, 2008). Así las cosas, reconociéndose la naturaleza dinámica y cambiante del derecho internacional (Higgins, 1997; Linderfalk, 2011; McLachlan, 2005), se ha señalado que del derecho intertemporal y de su aplicación consistente depende la coherencia del sistema legal internacional (Linderfalk, 2011).

En segundo lugar, se ha entendido que el derecho intertemporal es una regla de derecho sustantivo por un lado y una regla de interpretación por otro (Elias, 1980), que resulta aplicable al derecho internacional en general y no únicamente a temas de soberanía territorial (Elias, 1980; Tavernier Paul, 2010).

Y en tercer lugar, la caracterización del derecho intertemporal se ha realizado a partir de dos ramas: la primera establece que los actos deben juzgarse a partir del sistema legal vigente al momento de su ocurrencia (Elias, 1980), es decir, que un hecho debe apreciarse a la luz del derecho contemporáneo con él y no de acuerdo al derecho vigente al momento de la disputa (Linderfalk, 2011); y la segunda señala que los derechos adquiridos de conformidad con el sistema legal contemporáneo, pueden perderse si no se mantienen de acuerdo a los cambios del derecho internacional (Elias, 1980), en otras palabras, si un derecho está atado al sistema contemporáneo con su surgimiento, necesariamente su continuidad está ligada al seguimiento de la evolución del derecho internacional (Linderfalk, 2011).

Como se puede observar a partir de esta determinación bipartita del derecho intertemporal, a veces descrito como principio o como doctrina o como teoría (Elias, 1980), resulta esencial encontrar un equilibrio entre la estabilidad del sistema legal y el dinamismo propio del derecho internacional; así, la primera rama aboga por la restricción de una aplicación retroactiva de las reglas, priorizándose la estabilidad, y la segunda vertiente procura el seguimiento de la evolución del sistema legal, reconociéndose su intrínseca y constante evolución.

De esta forma, a manera de resumen de lo dicho hasta este punto, el derecho intertemporal establece que la aplicación del derecho internacional a un determinado hecho debe seguir las reglas vigentes al momento en el cual sucedió el marco fáctico analizado, siendo tarea del derecho intertemporal juzgar eventos históricos de conformidad con el sistema legal vigente al momento de su ocurrencia (Anaya, 1989); sin embargo, cuando se trata de analizar la continuidad de esos hechos en el tiempo, es necesario tener en cuenta la evolución del sistema legal.

2. El derecho intertemporal, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los Artículos de Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales

Teniendo las nociones básicas del derecho intertemporal, que ayuda a responder la cuestión de la aplicación del derecho *ratione temporis* (Linderfalk, 2011), es pertinente analizar la relación de esta doctrina y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, particularmente en lo relacionado con la interpretación en el marco del derecho internacional.

Como un punto de partida inicial, es necesario anotar que dentro de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no existe una provisión que contemple las ramas del derecho intertemporal tal como se describieron anteriormente. Sin embargo, en algún momento dentro del proceso de elaboración se contempló la posibilidad de incluirlo.

Dentro del primer borrador del tratado, el artículo 69 establecía una regla general de interpretación en donde se contemplaba la aplicación del derecho en el tiempo (Elias, 1980), estableciéndose que un tratado debía interpretarse conforme al derecho internacional vigente al momento de su conclusión, regla que dentro del comentario oficial de la Convención de Viena fue denominado como intertemporal (Elias, 1980). No obstante lo anterior, las partes negociantes estaban divididas entre quienes consideraban que el cambio del derecho está atado a la intención inicial de las partes, razón por la que no era necesaria dicha disposición, y aquellos que creían en la necesidad de considerar la evolución del derecho internacional y por ello no debía incluirse únicamente el derecho vigente al momento de la conclusión del tratado objeto de interpretación (Elias, 1980; McLachlan, 2005), triunfando los primeros. Así, siendo un tema particularmente controversial, la Comisión de Derecho Internacional decidió eliminar el mentado artículo y la Convención de Viena quedó redactada de forma definitiva sin artículos relacionados con la interpretación temporal de los tratados (Elias, 1980).

Ahora bien, en lo que se relaciona con los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos Internacionales, en adelante ARSIWA por sus siglas en inglés, el artículo 13 establece que no existe una violación de las obligaciones estatales a menos que la obligación que vincula al Estado estuviese vigente al momento en el cual ocurrió el acto sobre el que se está realizando el juzgamiento, lo cual es una regla de derecho intertemporal (Tavernier Paul, 2010).

Así las cosas, por un lado, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no trae una provisión que se encargue de la aplicación del derecho internacional a nivel temporal, y por el otro, en los ARSIWA existe un artículo dentro del cual se contempla de manera parcial la primera rama del derecho intertemporal, refiriéndose la necesidad de que las obligaciones estén vigentes al momento de ocurrido el presunto hecho ilícito internacional.

3. El derecho intertemporal y la interpretación evolutiva

Habiendo estudiado la noción de derecho intertemporal, sus características, sus elementos y su consagración dentro de algunos instrumentos internacionales, resulta pertinente analizar la relación de este concepto con la interpretación evolutiva.

De los visto hasta este punto, se puede establecer que la noción de interpretación evolutiva y el derecho intertemporal parten de la base de una misma premisa, y es que el derecho internacional es dinámico y cambiante, y, por lo tanto, resulta necesario encontrar la forma de darle sentido a partir del reconocimiento de su naturaleza cambiante, pero sin perder de vista la necesidad de estabilidad que subyace al ordenamiento jurídico (Kotsur, 2008).

Por otra parte, tanto el derecho intertemporal como el principio de interpretación evolutiva responden al cuestionamiento de la aplicación del derecho en el tiempo, estableciéndose, por la interpretación evolutiva, la necesidad de interpretar hechos pasados a la luz de las condiciones de vida vigentes al momento de emitir la sentencia, lo cual resulta un planteamiento similar al establecido por la segunda rama del derecho intertemporal.

Así las cosas, podría señalarse que el derecho intertemporal y la interpretación evolutiva tienen como puntos de contacto su premisa base, sobre el carácter dinámico del derecho internacional, y su relación con la aplicación temporal del derecho.

Sin embargo, debido a la aplicación dada por los tribunales regionales de derechos humanos del principio de interpretación evolutiva, especialmente en sede interamericana, este derrotero parece separarse de la noción de derecho intertemporal. Lo anterior, si consideramos que en ambos Tribunales, a partir de la interpretación evolutiva, se han analizado actos pasados a la luz de estándares creados con posterioridad a su ocurrencia, declarándose la responsabilidad del Estado por dichos hechos pasados; es decir, si bien de manera cercana a la segunda rama del derecho intertemporal se tiene en cuenta la evolución de los estándares, a través de la interpretación evolutiva se le aplican esos estándares a los hechos pasados y no a su continuidad en el tiempo. Por lo anterior, algunos autores han señalado que la noción de derecho intertemporal, específicamente en su primera vertiente, parece tener como excepción el derecho internacional de los derechos humanos (Higgins, 1997; Tavernier Paul, 2010)

Para dar mayor claridad al tema, plantaremos el siguiente ejemplo: si un Estado X, en el año 2001, castigaba de forma corporal a sus prisioneros como parte de la pena por los crímenes cometidos y, posteriormente en 2005, la jurisprudencia establece la prohibición de castigar corporalmente a las personas privadas de la libertad por parte del Estado, ¿cuál es el régimen que se debe aplicar dentro de la sentencia frente al caso planteado?

A la luz del derecho intertemporal, en su primera rama, se podría establecer que no existe responsabilidad internacional del Estado por los castigos infligidos a los prisioneros en 2001, pues el régimen vigente al momento de ocurrir los hechos no contemplaba la prohibición de los castigos corporales; y, teniendo en cuenta la segunda rama y con la finalidad de contemplar la evolución del derecho internacional, podría establecerse que, de conformidad con el sistema legal vigente, el Estado debe suprimir cualquier forma de castigo corporal de su ordenamiento e incluso podría declararse su responsabilidad por no haber ajustado su normativa a partir del año

2005. Sobre este último punto, y para plantearlo en términos de derecho intertemporal, si el Estado tenía la “facultad” a castigar corporalmente a los prisioneros, a partir de 2005 ese “derecho” se extinguió, porque la conducta del Estado X debe acompañar la evolución del sistema legal.

Sin embargo, la solución de los tribunales regionales a partir del principio de interpretación evolutiva, consiste en declarar la responsabilidad del Estado por los hechos de 2001 de conformidad con los estándares de 2005; respuesta que parece no coincidir con las reglas del derecho intertemporal, e incluso parece ir en contra de la no aplicación retroactiva de los tratados y de la regla fijada en el artículo 13 de los ARSIWA, dándole la razón a los autores que señalan que el derecho intertemporal encuentra una excepción en el derecho internacional de los derechos humanos (Higgins, 1997; Tavernier Paul, 2010).

4. Casos de fertilización in vitro y aborto

Vista la problemática del principio de interpretación evolutiva con respecto a la aplicación del derecho internacional en el tiempo, y de forma particular con el derecho intertemporal, resulta pertinente analizar las consecuencias de este planteamiento en casos especialmente controversiales en el interior de los Estados, como son los relacionados con la fertilización *in vitro* y el aborto.

Sobre la fertilización *in vitro*, en sede interamericana en el Caso de Artavia Murillo y otros en contra de Costa Rica, se declaró la responsabilidad internacional del Estado costarricense por una sentencia emitida en el año 2001, de conformidad con el estándar señalado en el año 2012, estándar que fue establecido en la misma sentencia en donde se declaró la responsabilidad del Estado; haciendo uso para ello de la interpretación evolutiva. De esta manera, el hecho de tomar una regla creada jurisprudencialmente en 2012 para declarar la

responsabilidad del Estado por un hecho ocurrido en el 2001, no es acorde con las reglas de aplicación del derecho internacional en el tiempo, es decir, con el derecho intertemporal; pues, por más que sea necesario considerar la evolución del régimen legal, eso se hace para juzgar un hecho vigente al momento de la sentencia, y, en el caso concreto, el pronunciamiento judicial objeto de cuestionamiento había ocurrido en un momento concreto en el año 2001.

Este punto se suma al hecho de que en este caso, como se observó dentro del capítulo 3, el estándar fijado por la Corte no fue pacíficamente adoptado y estaba relacionado con un tema de alto nivel de debate en muchos Estados.

Por su parte, en el nivel europeo en el caso de S.H. en contra de Austria, el Tribunal indicó que era necesario analizar la conducta del Estado de conformidad con el estándar vigente al momento de la ocurrencia de los hechos juzgados; teniendo, como se advirtió en su momento, una forma de aproximación diametralmente distinta a la de la Corte Interamericana. Como consecuencia de esta premisa, el Tribunal declaró que no existía responsabilidad del Estado por la prohibición de donación de gametos, pues en ese momento no existía un estándar acerca del tema, solución que se ajusta perfectamente a la primera vertiente del derecho intertemporal.

Y adicionalmente, y acerca de la legitimidad de definir este tipo de cuestiones a nivel jurisprudencial, el Tribunal indicó que por tratarse de un tema altamente debatido en el nivel doméstico, los Estados contaban con un margen de apreciación al respecto.

Finalmente, en lo relacionado con el tema del aborto, en el caso P y S en contra de Polonia, el Tribunal Europeo determinó que no era su tarea establecer un derecho al aborto ni resolver la cuestión alrededor del inicio de la vida, aun cuando constató un consenso a nivel de los Estados en torno a permitir este procedimiento. De esta forma, antes de analizar la aplicación en el tiempo de un determinado estándar, el Tribunal cuestionó sus facultades de establecer

derechos nuevos o resolver cuestiones debatidas a nivel interno. En el caso concreto, se optó por declarar la responsabilidad del Estado de conformidad con las actuaciones que se habían tomado en el nivel interno para permitir el aborto. Conclusión que, también, resulta contraria a la solución interamericana, quien resolviendo la cuestión del inicio de la protección del derecho a la vida declaró responsable internacionalmente al Estado costarricense.

Así las cosas, es posible derivar dos cuestionamientos a la aplicación en el tiempo del principio de interpretación evolutiva en cuestiones como la fertilización *in vitro* y el aborto. Por un lado, no parece razonable declarar la responsabilidad internacional del Estado por un hecho pasado de conformidad con estándares posteriores, pues esto, además de contrariar el precepto del derecho intertemporal, va en contra de la estabilidad que también se pretende salvaguardar con dicha doctrina. De esta forma, el surgimiento de nuevos estándares no está vedado, pero su aplicación a hechos pasados, como una sentencia, parece al menos problemático; pues plantea la obligación del Estado de prever desarrollos futuros a nivel jurisprudencial, lo cual puede resultar imposible.

Y por otro lado, tampoco parece del todo correcto que un tribunal regional defina cuestiones altamente controversiales y debatidas en el nivel interno, como el inicio de la vida y el acceso al aborto; siendo de anotar que no es posible ponerse de acuerdo ni dentro del propio Tribunal que toma la decisión. Como lo plantean Dzehtsiarou y O'Mahony, no resulta legítimo el hecho de que sea un tribunal el que defina las condiciones actuales de vida o el consenso existente dentro de los Estados al momento de resolver este tipo de cuestiones, a partir de la interpretación evolutiva (Dzehtsiarou & O'Mahony, 2013). Así, resulta preferible seguir avanzando en la evolución de los estándares de protección de los derechos humanos de forma un

poco más cauta, con nociones como el margen de apreciación, y no señalar la responsabilidad del Estado sobre la base de una respuesta absoluta a cuestiones debatibles.

Sobre este último punto, en lo que respecta a la adopción del margen de apreciación en el sistema interamericano, la doctrina ha sugerido que podría ser una herramienta de gran utilidad para compatibilizar la jurisdicción internacional con la interna evitando, además, una mala comprensión de las realidades nacionales (NÚÑEZ POBLETE, 2012) y se tengan en cuenta las cuestiones sociales y culturales de cada Estado (Barbosa Delgado, 2012). Como lo sugiere el profesor Núñez Poblete, este margen resulta plenamente aplicable al sistema interamericano atendiendo a que: 1) por un lado, es un desarrollo del principio de subsidiariedad que orienta los sistemas regionales de protección de los derechos humanos en la medida en que reconoce que el Estado está en mejor posición para determinar cuáles son las medidas pertinentes para proteger un determinado derecho y 2) por otro lado, el margen de apreciación es una noción que resulta propia de las realidades jurisdiccionales, como un ejercicio de autocontrol que evita la intromisión de los jueces en esferas ajenas a su competencia (NÚÑEZ POBLETE, 2012).

De esta manera, sumándose a la interpretación evolutiva, resultaría relevante la adopción del margen de apreciación en el nivel interamericano, pues resulta una técnica hermenéutica de gran utilidad para cuestiones sensibles en las que no es posible encontrar un consenso dentro de los Estados partes de la Convención y, por lo tanto, no le es posible a la Corte dar una lectura unificada del tratado. Asimismo, es necesario tener en cuenta que esta técnica no evita la lectura evolutiva del tratado, sino que se constituye en un ejercicio de autocontención por parte del tribunal, de manera que se reconozca la soberanía del Estado en sus actuaciones y le permita tomar decisiones que, dentro del marco de respeto por la Convención, estén orientadas a la

mejor y más efectiva protección de los tratados, a partir de las circunstancias sociales y culturales que rodeen un determinado tema en el nivel interno.

Así, antes que definir una cuestión tan debatida como el inicio de la protección del derecho a la vida, el Tribunal podría analizar la posibilidad de deferir esta cuestión a un Estado, de manera que sea este el que determine, sin transgredir los derechos previstos en el tratado, el tratamiento jurídico que se le debe dar a una cuestión que resulta tan sensible.

Capítulo 5: Conclusiones

Habiéndose realizado el estudio de la jurisprudencia de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos en donde se ha utilizado el principio de interpretación evolutiva, considerando el examen que se efectuó sobre los casos relacionados con la fertilización *in vitro* y el aborto, tanto en el nivel interamericano como europeo, y teniendo en cuenta el análisis que se llevó a cabo respecto al derecho intertemporal y su relación con la lectura evolutiva de los tratados; es momento de dar una respuesta a la pregunta de si ¿el desarrollo interpretativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos realizado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos impacta la aplicación de este tratado en el tiempo de forma que amplía el contenido obligacional pactado inicialmente por los Estados?

A manera de síntesis, y de conformidad con lo que se ha esbozado en varios puntos de este trabajo, el interrogante planteado debe ser respondido de forma positiva. Lo anterior, debido a que la manera en la cual ha sido aplicada la interpretación evolutiva por parte de la Corte Interamericana amplía los contenidos obligacionales inicialmente aceptados por los Estados y, como se detallará más adelante, les impone el deber de cumplir con estándares creados a nivel jurisprudencial con posterioridad a los hechos juzgados. En otras palabras, la forma en el que el tribunal interamericano ha venido utilizando el principio de interpretación evolutiva ha ampliado

el contenido obligatorio aceptado por los Estados y los ha declarado responsables internacionalmente por estándares inexistentes al momento de ocurridos los hechos objeto de reproche. Así, pudo observarse como dentro del caso de Artavia Murillo en contra de Costa Rica, el Tribunal interamericano fijo un estándar de interpretación del artículo 4 de la Convención Americana y, dentro del mismo pronunciamiento, declaró la responsabilidad internacional del Estado por una sentencia proferida en el año 2001, once años antes del pronunciamiento internacional.

Si bien este proceder del tribunal interamericano podría generar obligaciones excesivamente onerosas para los Estados parte del sistema, la determinación de esta circunstancia requeriría de un estudio diferente al aquí propuesto, pues demandaría el análisis de la capacidad de cumplimiento que tienen los Estados frente a los contenidos obligacionales ampliados generados por la labor interpretativa de la Corte. Así las cosas, para un futuro estudio, podría definirse si la ampliación de los contenidos obligacionales aceptados inicialmente por los Estados, a partir de los fallos de la Corte Interamericana, les impone una carga excesivamente onerosa de cumplir.

De esta manera, el trabajo hasta aquí realizado puede condensarse en las siguientes conclusiones generales.

1. Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos se han convertido en una herramienta de suma importancia a partir de la prioridad con la que los Estados han venido asumiendo el cumplimiento de las obligaciones que los tribunales les imponen a través de sus pronunciamientos. Es por esta razón que resulta fundamental continuar con el desarrollo de los estándares de protección de los derechos humanos sin minar la confianza y credibilidad que estas instancias internacionales han adquirido frente a los Estados, pues es sobre esta base que los

Estados se han avocado al acatamiento de sus obligaciones. Es decir, debido a los crecientes esfuerzos de los diferentes gobiernos por satisfacer sus obligaciones en materia de derechos humanos impuestas por las diferentes sentencias proferidas en su contra, es de vital importancia que los tribunales regionales no cometan arbitrariedades en sus fallos que puedan destruir el compromiso estatal que se ha construido a través de los años.

2. Como herramienta para avanzar en la evolución de los estándares en materia de derechos humanos, que está de acuerdo con los criterios de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, surge el principio de interpretación evolutiva; criterio que establece que los tratados en materia de derechos humanos son instrumentos vivos y, como tal, deben interpretarse de conformidad con las condiciones actuales de vida y siguiendo la evolución de los tiempos. Este derrotero resulta de vital importancia, pues el hecho de que esté relacionado con la interpretación del tratado que establece las obligaciones que tienen los Estados, hace que contribuya a la definición del alcance de los deberes estatales y, además, evita que el tratado se convierta en letra muerta (Ambrus & Wessel, 2015). Es decir, el principio de interpretación evolutiva es esencial dentro de la responsabilidad del Estado, porque es a través suyo que se leen los tratados y, consecuentemente, se determinan las obligaciones del Estado y se declara su responsabilidad.

Debido a esta particular importancia, la doctrina se ha ocupado de señalar que, si bien es necesaria una lectura dinámica de los instrumentos en materia de derechos humanos, no es menos cierto que debe hacerse de forma responsable, pues una interpretación evolutiva en donde la intención de las partes era no permitir una evolución de los términos puede ser tan nociva como una interpretación estática en situaciones donde la voluntad de los Estados es permitir la evolución del concepto (TORP HELMERSEN, 2013a). En otras palabras, si bien es un derrotero

interpretativo importante, su uso debe hacerse de forma limitada (Arato, 2010; Merkouris, 2015; TORP HELMERSEN, 2013a). Así, desde mi punto de vista, es posible acoger los límites que Panos Merkouris ha planteado al principio de interpretación evolutiva, que son los siguientes: 1) el *ius cogens*, 2) el principio de no retroactividad en la aplicación de los tratados, 3) las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y 4) el hecho de que la interpretación no puede equivaler a la revisión del tratado (Merkouris, 2015).

En otras palabras, dentro del trabajo no se pretende desconocer la importancia del principio de interpretación evolutiva como herramienta hermenéutica para el avance en la protección de los derechos humanos; sin embargo, se plantea su empleo conjunto con otras herramientas del derecho internacional como el consenso, el margen de apreciación y el derecho intertemporal. Es decir, si bien debe reconocerse que la lectura dinámica del tratado ha representado conquistas importantes para las víctimas, la propuesta es que estas conquistas se hagan de forma más cautelosa y de manera que los razonamientos de la Corte se encuentren blindados a partir del acompañamiento de los precitados elementos del derecho internacional.

3. En el nivel del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la interpretación evolutiva fue utilizada por primera vez en su Opinión Consultiva 10 de 1989, y fue utilizada para la resolución de un caso relacionado con la fertilización *in vitro* en el año 2012. Dentro de este sistema, a partir de la interpretación evolutiva, la Corte Interamericana ha estado inclinada a la creación de nuevas obligaciones estatales con base en el texto original del tratado, declarando la responsabilidad internacional de los Estados con fundamento en los deberes desarrollados en el nivel jurisprudencial, incluso cuando los estándares aplicados son definidos dentro del mismo pronunciamiento en el que se declara la violación; situación que fue

fuertemente criticada por parte del juez Vio Grossi en su voto disidente respecto al caso de Ángel Alberto Duque contra el Estado Colombiano.

De manera específica, en lo que tiene que ver con la fertilización *in vitro*, el Tribunal resolvió la cuestión acerca del inicio de la protección del derecho a la vida y, consecuentemente, declaró la responsabilidad internacional del Estado por haber prohibido dicho tipo de procedimientos médicos; negándose, además, a aplicar la noción del margen de apreciación como lo solicitó el Estado dentro del procedimiento. Este pronunciamiento, partiendo de la base de que el derecho a la vida no es absoluto y, por lo tanto, admite excepciones en casos de conflicto con los derechos de la mujer, abre la puerta para obtener un pronunciamiento a favor del aborto dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; fundamentación que le valió algunas críticas de la doctrina, llegando a señalarse que, a partir de los errores cometidos en esta sentencia, la Corte había menoscabado su credibilidad (DE JESÚS, 2014).

Por otra parte, en sede del sistema europeo, el Tribunal utilizó por primera vez la interpretación evolutiva en el marco del caso Tyrer en contra del Reino Unido en el año de 1978, y conoció de casos relacionados con la fertilización *in vitro* en el 2011 y con el aborto en 2008 y 2012. A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Europeo fue enfático en señalar que la interpretación evolutiva no podía llevar al reconocimiento de nuevos derechos no contemplados dentro del Convenio, como el derecho al aborto, optando en su lugar, por analizar los casos que le fueron presentados a partir de las garantías reconocidas de forma expresa dentro del tratado. Adicionalmente, el Tribunal Europeo ha desarrollado dos conceptos relacionados con la interpretación evolutiva: por un lado, la noción de consenso dentro de las partes contratantes a partir de la cual, si existe un acuerdo dentro de los Estados partes es posible hacer uso de la interpretación evolutiva; y, por otro lado, el margen de apreciación, que permite a los Estados

cierto grado de autonomía al momento de definir cuestiones que se encuentran por fuera del consenso. Así, en sede europea, la interpretación evolutiva está necesariamente ligada a la intención dentro de los Estados contratantes, de tal suerte que, si existe un consenso entre estos, es posible leer de forma dinámica el tratado.

De esta forma, si bien ambos sistemas hacen uso de la interpretación evolutiva, el sistema interamericano es más proclive a un uso amplio del derrotero, a partir de la creación de nuevos derechos y la resolución de cuestiones álgidas a nivel social; mientras que, por su parte, el Tribunal Europeo tiene un uso un poco más conservador de la interpretación dinámica y permite a los Estados un margen de apreciación en cuestiones especialmente controversiales.

4. El principio de interpretación evolutiva, como es usado dentro del sistema interamericano, no encaja dentro de la noción del derecho intertemporal, pues parece establecer responsabilidad internacional de los Estados a través de la aplicación retroactiva de los estándares creados a nivel jurisprudencial. Así, no solo no juzga los hechos de conformidad con el derecho vigente al momento de su ocurrencia, sino que, además, declara la responsabilidad internacional del Estado dentro de la misma sentencia que fija el estándar que fundamenta la condena. Este punto, fue resaltado por parte del juez Vio Grossi en su voto disidente respecto a la sentencia del caso de Ángel Alberto Duque en contra de Colombia, oportunidad en la que el magistrado manifestó cómo la Corte había declarado la responsabilidad internacional del Estado a partir de una obligación inexistente al momento de la ocurrencia de los hechos.

Así las cosas, la Corte Interamericana parece exigirle a los Estados, a través de pronunciamientos como el del caso de Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, la obligación, por un lado, de prever los estándares jurisprudenciales que se van a desarrollar a futuro y actuar

de conformidad con estos, y, por el otro, de resolver en el nivel interno cuestiones altamente debatidas a partir de un pronunciamiento judicial en sede internacional.

Es precisamente este tipo de providencias las que pueden minar la delicada confianza que ha venido fundamentando el cumplimiento de los Estados hacia las obligaciones que les imponen los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, pues, en la medida en que la Corte asigna obligaciones imposibles a los Estados y declara su responsabilidad internacional por decisiones internas sobre cuestiones altamente debatidas, puede verse afectada la legitimidad de esta instancia internacional y, consecuentemente, evidenciarse un retroceso dentro de las prioridades estatales acerca del cumplimiento de las obligaciones impuestas por estos tribunales internacionales. Como un ejemplo al respecto, en el caso *Artavia Murillo*, el Tribunal Constitucional Costarricense, basándose incluso en la misma Convención Americana, determinó prohibir la fertilización *in vitro*, tema que aún es objeto de debate en muchos Estados, y, sin embargo, la Corte declaró la responsabilidad internacional de Costa Rica y le impuso la obligación de cambiar su ordenamiento de conformidad con la interpretación evolutiva del tratado. En este escenario, como se expondrá más adelante y como se ha sugerido a lo largo del texto, la Corte Interamericana habría podido optar por aplicar otros elementos del derecho internacional como el consenso, el margen de apreciación y el derecho intertemporal. Así, la Corte podía haberse abstenido de declarar la responsabilidad del Estado costarricense por la sentencia proferida en el año 2001 y, en su lugar, determinar que al momento de proferirse el pronunciamiento interno no existía un consenso alrededor de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y, consecuentemente, ese asunto era un tema que entraba dentro del margen de apreciación del Estado, evitando establecer un estándar y declarar la responsabilidad del Estado en una misma sentencia por una actuación judicial ocurrida varios años antes del

pronunciamiento de la Corte; señalando, adicionalmente, que por tratarse de un tema en donde se constata un consenso creciente, la interpretación de la Corte alrededor de la permisibilidad de las técnicas de reproducción asistida podría constituir un criterio para casos posteriores que llegaran a su conocimiento. Mediante este proceder, la Corte aplicaría ambas ramas del derecho intertemporal: por un lado, juzgaría la sentencia de conformidad con el sistema legal vigente al momento de la ocurrencia de los hechos y, por el otro, dejaría abierta la puerta para aplicar un consenso creciente en futuros pronunciamientos que permitiera el avance de la jurisprudencia de forma cautelosa y responsable; dando aplicación, además, a las figuras del consenso y del margen de apreciación.

En otras palabras, declarar la responsabilidad de los Estados con fundamento en estándares recién creados y tratándose de cuestiones altamente controversiales en el nivel social, puede generar una suspicacia en los Estados hasta el punto de producir que estos incurran en un incumplimiento generalizado de las obligaciones impuestas en otras providencias, como consecuencia de la desconfianza generada por este tipo de decisiones.

5. Teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de que los sistemas de protección de los derechos humanos evolucionen con el paso del tiempo, se pueden atender algunos criterios del sistema europeo de forma que no se menoscabe la confianza que se tiene de los Estados en sede interamericana. Si bien no se trata de eliminar del todo la interpretación evolutiva, sí resultan útiles las nociones desarrolladas a nivel europeo como el consenso y el margen de apreciación de los Estados, considerando, adicionalmente, las reglas del derecho intertemporal.

De esta forma, en sede interamericana, podría importarse la noción de consenso desarrollada a nivel europeo, que aunque criticada por cierta parte de la doctrina (Dzehtsiarou & O'Mahony, 2013), utilizada en correcta forma, consulta la intención de los Estados partes y evita

que se resuelvan las cuestiones socialmente debatidas de forma exclusiva a partir un pronunciamiento judicial internacional. Sin embargo, esta importación debe estar acompañada de la aplicación de la figura del consenso por parte de los jueces, pues se trata de algo que debe evidenciarse dentro de los ordenamientos internos de los Estados contratantes de manera clara, sin que el juez tenga la posibilidad de construir, falsear o manipular esta noción para apoyar una determinada interpretación evolutiva.

Sobre el punto del consenso, debe aclararse que la propuesta del texto no es la de someter a la voz de la mayoría el avance en la protección de los derechos humanos de las minorías, sino que se trata de plantear un avance jurisprudencial más cauto y que se apoye en elementos del derecho internacional, de manera que no se deje de lado el hecho de que la Corte Interamericana, además de ser una instancia de protección de los derechos humanos, es una corporación judicial internacional y debe hacer uso de herramientas jurídicas que le permitan, como a su homóloga europea, proteger los derechos humanos de las personas a partir de razonamientos que blinden sus pronunciamientos y que apliquen el derecho en el tiempo de forma correcta.

Asimismo, debería permitírsele a los Estados un determinado margen de apreciación en cuestiones especialmente controversiales, como los temas relacionados con la fertilización *in vitro* y el aborto. Y por último, sería necesario que la Corte aplique de forma correcta el derecho intertemporal, de manera que se juzguen los hechos de conformidad con el sistema legal vigente al momento de su ocurrencia y se mire la evolución del derecho para las actuaciones estatales que continúen aún luego de establecido el estándar pertinente. No se trata de eliminar el principio de interpretación evolutiva, sino de conjugarlo con elementos como el derecho intertemporal, el consenso y el margen de apreciación, tratando así de encontrar un equilibrio entre la necesidad de evolución y la estabilidad necesaria para la continuidad de los sistemas de protección.

Bibliografía

Doctrina

Ambrus, M., & Wessel, R. A. (2015). Between pragmatism and predictability: Temporariness in international law. *Netherlands yearbook of international law* (pp. 3). The Hague: T.M.C. Asser Press. doi:10.1007/978-94-6265-060-2

Anaya, S. J. (1989). Capacity of international law to advance ethnic or nationality rights claims, the. *Iowa L.Rev.*, 75, 837.

Arango, J. P. A. (2007). La interpretación de la convención americana sobre derechos humanos.

Arato, J. (2010). Subsequent practice and evolutive interpretation: Techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 9(3), 443-494.

Barbosa Delgado, F. R. (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el tribunal europeo Y la corte interamericana de derechos humanos: Intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas Y culturales (the limits to the margin of appreciation doctrine at the european court and the inter american court of human rights: Judicial intervention around some rights of the ethnical and cultural minorities). *Revista Derecho Del Estado*, (26)

Barbosa Delgado, F. R. (2012). El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: Entre el estado de derecho y la sociedad democrática. *Acosta Alvarado, Paola Andrea Y Núñez Poblete, Manuel (Coords.), El Margen De Apreciación En*

El Sistema Interamericano De Derechos Humanos: Proyecciones Regionales Y Nacionales, México, UNAM, Instituto De Investigaciones Jurídicas, , 57.

Benavides Casals, M. A. (2009). EL CONSENSO Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Ius Et Praxis*, 15(1), 295-310.

Chía, E. A., & Contreras, P. (2014). ANÁLISIS DE LA SENTENCIA ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Estudios Constitucionales*, 12(1), 567-588.

DE JESÚS, L.,M. (2014). A pro-choice reading of a pro-life treaty: The inter-american court on human rights' distorted interpretation of the american convention on human rights in art avia V. costa rica. *Wisconsin International Law Journal*, 32(2), 223-266.

Departamento de Derecho Internacional, Organización de Estados Americanos. (2015). Tratados multilaterales, convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). estado de firmas y ratificaciones. Retrieved from http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

Dzehtsiarou, K., & O'Mahony, C. (2013). Evolutive interpretation of rights provisions: A comparison of the european court of human rights and the US supreme court.

Elias, T. O. (1980). The doctrine of intertemporal law. *The American Journal of International Law*, 74(2), 285-307. doi:10.2307/2201503

- Fitzmaurice, G. (1957). Law and procedure of the international court of justice 1951-4: Treaty interpretation and other treaty points, the. *British Year Book of International Law*, 33, 203-293.
- Herrera Vacaflor, C. A. Los derechos sexuales y reproductivos a partir de artavia murillo v. costa rica: Un nuevo paradigma para su acceso.
- Higgins, R. (1997). Time and the law: International perspectives on an old problem. *The International and Comparative Law Quarterly*, 46(3), 501-520.
- Irrarázaval, L. A. S. (2013). LA PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA ENTRE PARÉNTESIS. COMENTARIO CRÍTICO A LA SENTENCIA ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA, DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Anuario De Derecho Público*, (1), 383-397.
- Jessup, P. C. (1928). The palmas island arbitration. *The American Journal of International Law*, 22(4), 735-752. doi:10.2307/2188429
- Linderfalk, U. (2011). THE APPLICATION OF INTERNATIONAL LEGAL NORMS OVER TIME: THE SECOND BRANCH OF INTERTEMPORAL LAW. *Netherlands International Law Review*, 58(2), 147-172.
doi:<http://dx.doi.org.ezproxy.unisabana.edu.co/10.1017/S0165070X11200019>
- Martínez Estay, J. I. (2014). Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación: Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. *Estudios Constitucionales*, 12(1), 365-396.

- McLachlan, C. (2005). The principle of systemic integration and article 31(3)(C) of the vienna convention. *The International and Comparative Law Quarterly*, 54(2), 279-319.
- Merkouris, P. (2015). (Inter)temporal considerations in the interpretative process of the VCLT: Do treaties endure, perdure or exdure? *Netherlands yearbook of international law 2014* (pp. 121). The Hague: T.M.C. Asser Press. doi:10.1007/978-94-6265-060-2
- Merkouris, P. (2014). (Inter)temporal considerations in the interpretative process of the VCLT: Do treaties endure, perdure or exdure? *Netherlands Yearbook of International Law*, 45, 121-156. doi:10.1007/978-94-6265-060-2_6
- NÚÑEZ POBLETE, M. (2012). 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. *El Margen De Apreciación En El Sistema Interamericano De Derechos Humanos: Proyecciones Nacionales Y Regionales*, México, DF, Instituto De Investigaciones Jurídicas De La UNAM, , 3-49.
- Pascual-Vives, F. J. (. J. (2013). *El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: Una aproximación consensualista* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.
- Rietiker, D. (2010). The principle of "effectiveness" in the recent jurisprudence of the european court of human rights: Its different dimensions and its consistency with public international law – no need for the concept of treaty sui generis. *Nordic Journal of International Law*, 79(2), 245-277. doi:10.1163/157181010X12668401899039

Ruiz Miguel, A., & Zúñiga Fajuri, A. (2014). Derecho a la vida y constitución: Consecuencias de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos" artavia murillo V. costa rica". *Estudios Constitucionales*, 12(1), 71-104.

Tavernier Paul. (2010). Relevance of the intertemporal law. In J. 1. e. Crawford, A. e. Pellet, S. e. Olleson & K. e. Parlett (Eds.), *The law of international responsibility* (pp. 398). New York: New York : Oxford University Press.

TORP HELMERSEN, S. (2013a). Evolutive treaty interpretation: Legality, semantics and distinctions.

Tratados

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Sentencia Caso Ángel Alberto Duque v. Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Otros, y Rosendo Cantú y Otra vs. México

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015) Supervisión de cumplimiento de Sentencia.
García Lucero vs. Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015) Supervisión de cumplimiento de Sentencia.
Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015) Supervisión de cumplimiento de Sentencia.
Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014) Sentencia Caso Liakat Ali Alibux Vs.
Surinam

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Voto Juez Mac Gregor Caso Rodríguez
Vera vs. Colombia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014) Supervisión de cumplimiento de Sentencia.
Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do araguaia”) vs. Brasil.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013) Supervisión de cumplimiento de Sentencia.
Caso Cesti Hurtado vs. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013) Supervisión de cumplimiento de Sentencia.
Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013) Supervisión de cumplimiento de Sentencia.
Caso Contreras y otros vs. El Salvador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013) Supervisión de cumplimiento de Sentencia.
Caso Gelman vs. Uruguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013) Supervisión de cumplimiento de Sentencia.
Caso Vargas Areco vs. Paraguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013) Sentencia Caso Comunidades
Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs.
Colombia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013) Voto Juez Mac Gregor Caso Suarez Peralta
vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012) Sentencia Caso de Artavia Murillo y otros
v. Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012) Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas Vs.
Chile

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Sentencia Caso del Pueblo Indígena
Kichwa Sarayaku vs. Ecuador

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) Sentencia Caso de Masacre de Santo
Domingo vs. Colombia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011) Voto García Sayan Caso López Mendoza vs.
Venezuela.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010) Sentencia Caso Comunidad Indígena
Xákmok Kásek

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010) Sentencia Caso Vélez Loor vs. Panamá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009) Sentencia Radilla Pacheco vs. Estados
Unidos Mexicanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Sentencia Caso Bueno Alves vs. Argentina

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006) Sentencia Caso Baldeon García vs. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006) Sentencia Caso de las masacres de Ituango
Vs. Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Sentencia Caso de la Comunidad Indígena
Sawhoyamaya vs. Paraguay

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Sentencia Caso Claude Reyes v. Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Sentencia Caso de la Comunidad Indígena
Yakye Axa vs. Paraguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) Sentencia Caso Caesar vs. Trinidad y
Tobago

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) Sentencia Caso de la Masacre de Mapiripan
vs. Colombia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) Sentencia Caso de Las Hermanas Serrano
Cruz vs. El Salvador

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004) Sentencia Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004) Sentencia Caso Ricardo Canese vs.
Paraguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Sentencia Caso de los Hermanos Gómez
Paquiyauri vs. Perú

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Sentencia Caso Tibi vs. Ecuador

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003) Sentencia Caso Cinco Pensionistas v. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Sentencia Caso de la Comunidad Mayagna
(Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Sentencia Caso Bámaca Velásquez v.
Guatemala

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999) Sentencia Caso de los “Niños de la Calle”
(Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999) Opinion Consultiva 16

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989) Opinion Consultiva 10

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985) Opinion Consultiva 5

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014) Sentencia Caso Mocanu y otros contra Rumania

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2013). Sentencia Caso Söderman vs Suecia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2013) Sentencia Caso Janowiec y otros contra Rusia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2012) Sentencia Caso P y S vs. Polonia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2012) Sentencia Caso Stafford vs. Reino Unido.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2011) Sentencia Caso R.R. vs. Polonia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2011). Sentencia Caso S.H. y otros vs. Austria.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2011) Sentencia Caso Bayatyan Armenia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010). Sentencia Caso A, B y C vs. Irlanda

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010). Voto Jueces Malinverni y Kolver Caso Schalk
and Kopf vs. Austria

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009). Sentencia Caso Scoppola vs. Italia (No. 2)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009). Sentencia Caso Kemevuako vs. Países Bajos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009). Sentencia Caso Brauer vs. Alemania

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009) Sentencia Caso Micallef vs. Malta

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2008) Sentencia Caso Demir y Baykara vs. Turquía.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2007) Sentencia Caso Vilho Eskelin y otros vs.

Finlandia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2007). Sentencia Caso Emonet vs. Suiza

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2007) Sentencia Caso Khamidov vs. Rusia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2005) Sentencia Caso Öcalan vs. Turquía.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2005) Sentencia Caso Hirst vs. Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2005) Sentencia Caso Mamatkulov y Askarov vs.

Turquía.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2005). Sentencia Caso P.M. vs. Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2005) Sentencia Caso Leyla Sajin vs. Turquía.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2004) Sentencia Caso Vo. vs. Francia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2003). Sentencia Caso L y V vs. Austria

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2003) Voto jueces Costa, Ress, Türmen, Zupančič

Caso Hatton y otros vs. Reino Unido.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002) Sentencia Caso Christine Goodwin vs. Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002) Sentencia Caso I vs. Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002) Sentencia Caso Kingsley vs. Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002). Voto jueces Casadevall, Bonello y Kovler, Caso Kingsley vs. Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002) Sentencia Caso Meftah y otros contra Francia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002) Sentencia caso Societe Colas Est y otros vs. Francia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2001). Sentencia Caso Ferrazzini vs. Italia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2000) Sentencia Caso Mazurek vs. Francia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2000). Sentencia Caso Maaouia vs. Francia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1999). Sentencia Caso T vs. Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1999) Sentencia Caso V vs. Reino Unido.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1999). Sentencia Caso Selmouni vs. Francia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1996) Sentencia Caso Gustafsson vs Suecia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1995) Sentencia Caso Loizidou vs. Turquía

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1990). Sentencia Caso Cossey vs. Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1989). Sentencia Caso Soering vs. Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1989). Voto Juez Garlicki Caso Soering vs. Reino Unido

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1979) Sentencia Caso Marckx vs. Bélgica

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1978). Sentencia Caso Tyrer vs. Reino Unido