

De la mutación a la manipulación convencional

From conventional mutation to conventional manipulation

Francisco Vázquez-Gómez Bisogno

Universidad Panamericana, México

<https://orcid.org/0000-0002-2054-7199>

fvazquez@up.edu.mx

Recibido: 06 - 05 - 2026

Aceptado: 19 - 06 - 2026

Publicado en línea: 25 - 07 - 2026

Cómo citar este texto

Vázquez-Gómez-Bisogno, F. (2026). De la mutación a la manipulación convencional. *Ratio Decidendi*, año 3, n. 3, 1-29. <https://doi.org/10.21555/rd.2026.3835>

RESUMEN

No debemos olvidar que “el único límite y control eficaz que ha funcionado, a efecto de lograr que los jueces (...) cumplan con un método jurídico suficientemente razonado, es el peso de la opinión pública” razón de más para exponer a lo largo de estas líneas las diversas manipulaciones convencionales en que incurrieron los jueces de la CoIDH integrantes de la postura mayoritaria en el *Caso Artavia Murillo (Fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica*, mismo que por su trascendencia y efectos sociales hemos tomado de ejemplo para postular y explicar el cuarto elemento de nuestra “teoría de la argumentación convencional”.

Palabras clave: Argumentación convencional; Manipulación convencional; Interpretación evolutiva; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Artavia Murillo.

ABSTRACT

We should not forget that “the only effective limitation and control that has succeeded in ensuring that judges (...) adhere to a sufficiently reasoned legal methodology is the weight of public opinion.” This is all the more reason to examine, throughout these pages, the various forms of conventional manipulation employed by the judges of the majority

in the Artavia Murillo et al. (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica. Given the significance of that case and its social impact, we have chosen it as the example through which to propose and explain the fourth element of our theory of conventional argumentation.

Keywords: Conventional argumentation; Conventional manipulation; Evolutionary interpretation; Inter-American Court of Human Rights; Artavia Murillo Case.

CONTENIDO

1. Planteamiento general: el Caso Artavia Murillo (Fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica. 2. Sobre la relación lenguaje-derecho: Enfoque instrumentalista vs. Enfoque constitutivo. 2.1. El significado común y usual del lenguaje: un primer límite en la argumentación convencional. 2.2. El “enfoque instrumentalista” vs. el “enfoque constitutivo”. 2.3. El “enfoque constitutivo” en la argumentación convencional: sus incoherencias, riesgos y peligros. 3. El “enfoque instrumentalista” y el “test de mutabilidad”: las cuatro dimensiones interpretativas dentro de la argumentación convencional. 4. El “intérprete artífice” vs. el “intérprete artero”: ¿Mutación o Manipulación convencional? 5. Referencias.

“Cuando las palabras pierden su significado, el pueblo pierde su libertad.” (Hayek, 1990, pp. 173)

Confucio

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL CASO ARTAVIA MURILLO (FECUNDACIÓN IN VITRO) Y OTROS VS. COSTA RICA.

Tomando como punto de partida las advertencias que el economista inglés Friedrich Hayek realiza en la obra intitulada *La fatal arrogancia: los errores del socialismo*, y concretamente en el capítulo VII de la misma, el cual lleva por título “Nuestro envenenado lenguaje”, y a partir de las cuales, citando a Confucio como prolegómeno de su análisis, afirma...

Hoy la humanidad se encuentra dividida en dos grupos hostiles, uno de los cuales siembra expectativas que la realidad no puede colmar. Se trata de un conflicto que no puede dirimirse a través del consenso, dado que cualquier concesión a un error “de hecho” dará lugar indefectiblemente a la creación de nuevas e irrealizables expectativas. La ética anticapitalista, sin embargo, no cesa en su empeño. Sigue impulsando sin desmayo a la gente a rechazar precisamente aquellas instituciones que garantizan incluso su propia supervivencia. En nombre de la libertad se conculca la propiedad plural, la inviolabilidad de los contratos, la competencia, la publicidad, el beneficio e incluso la moneda. Empecinados en el ilusorio convencimiento de que el hombre puede alcanzar a través de la razón cuanto demandan nuestros innatos instintos, quienes así argumentan se han convertido de hecho en una peligrosa amenaza para la civilización (Hayek, 1990, pp. 189-190).

Ahora bien, es importante precisar que la advertencia realizada no es problema privativo de los ideólogos socialistas, ya que hoy pareciera ser un proceder común el que los conceptos y sus significados sean desnaturalizados —consciente o inconscientemente— sin el mayor reparo en cualquier ámbito e independientemente de la ideología económica o política que se

defienda. Es más, teniendo en cuenta lo anterior, al analizar el *Caso Artavia Murillo (Fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) concluyó que

El embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana [y] que la “concepción” en el sentido [de tal] artículo (...) tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención [siendo] posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 264).

En simples y llanas palabras la “concepción” ya no es la “concepción”. Por tanto, es que me animé a postular el presente análisis como respuesta a la generosa e inmerecida invitación del Dr. Gustavo Garduño, como una reflexión de lo que puede pasar con el Derecho si no advertimos algunos límites en la teoría general de la argumentación jurídica.

Lo anterior es así debido a que a través de una votación mayoritaria en el seno del Tribunal Interamericano, se obligó al Estado costarricense a adoptar las medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición de practicar la fecundación in vitro (FIV) con el fin de que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos, aún y cuando los artículos 2.1 y 4.1 de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) son lo suficientemente claros en afirmar que “para los efectos de [la] Convención, persona es todo ser humano...” y que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida (...) en general, a partir del momento de la concepción”, lo que además, es fortalecido por el artículo 21 de la Constitución de aquel país, al disponer que “la vida humana es inviolable”.

Cabe destacar que, sobre el particular, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica afirmó que:

El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. [...] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo [ya que] las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos —voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta— viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 76).

Es en tal contexto que la afirmación de Confucio recobra una relevancia sustancial, ya que pareciera ser que nos enfrentamos a un caso que se torna paradigmático de la misma: “cuando las palabras pierden su significado, el pueblo pierde su libertad”. No por nada, sobre tal interpretación mayoritaria, en voto disidente el juez Eduardo Vio Grossi manifestó que

Aunque parezca obvio, se puede afirmar que el artículo 4.1 de la Convención constata o consagra el derecho “toda persona” o “ser humano”, sin distinción alguna y que, además, ya existe, a que se le respete “su” vida. Es decir, toda la citada disposición, todas sus frases, así como, por lo demás, toda la Convención, conciernen solamente a la “persona” o “ser humano”, esto es, exclusivamente a sus derechos y no a otros intereses o entidades¹.

Ello nos lleva a adentrarnos al ámbito ciertamente importante de la filosofía del lenguaje, toda vez que resulta por demás paradójico que se pueda arribar a conclusiones tan divergentes respecto de normas que —al menos lingüística, semántica y sintácticamente— no tienen ambigüedad.

Para efectos de desarrollar adecuadamente el análisis que propongo en esta entrega, será fundamental recordar que una primera y muy básica regla de la argumentación convencional consiste en que las palabras de la Convención deben interpretarse según el sentido común y usual (Vázquez-Gómez-Bisogno, 2010, pp. 289-322), ya que dar a sus conceptos un sentido absurdo o rebuscado configuraría —parafraseando a Sagüés— una manipulación convencional (Sagüés, 2006, pp. 165-178).

Tomando como ejemplo histórico la interpretación perversa que Oliver Cromwell pretendió darle al concepto de “meses” utilizado en el *Instrument of Government* inglés de 1653, al señalar que su sentido era el de meses “lunares” y no el de meses “solares” como era (y es) el uso común y usual de ese vocablo², hoy podemos concluir que la CoIDH, al resolver el *Caso Artavia Murillo (Fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica*, desatendió esa primera y básica regla de la argumentación constitucional/convencional a la que me he referido. Por lo cual, tal y como en el pasado el concepto de “meses” había sido objeto de una manipulación, la pretensión del Tribunal Interamericano fue que los conceptos de “persona”, “ser humano”, “en general” y “concepción” fueran objeto de una maniobra similar.

Hoy, una vez que conocemos la sentencia, procederemos a explicar por qué considero que la CoIDH, lejos de realizar una legítima mutación convencional, incurrió en una manipulación de la Convención Americana.

Para este propósito, será fundamental tener como premisa que

En definitiva (...) la conducta manipulativa implica, de ordinario, un uso doloso de algo (...) El “uso” o utilización de la [Convención] implica reducirla a la condición de objeto o herramienta manejada por el manipulador. Éste, en vez de servir a la [Convención], se sirve de ella [procurando] hacer pasar gato por liebre [convencional, articulando] un montaje argumentativo destinado a retorcer o desnaturalizar a la cláusula [convencional] apartándola [así] de su sentido genuino (Sagüés, 2006, p. 166-167).

1 Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, pp. 56)

2 Tal documento constitucional inglés señalaba, en la parte que interesa, lo siguiente: “ni el próximo Parlamento que se convoque, ni ningún Parlamento posterior, será, durante el lapso de cinco meses, a contar desde el día de su primera reunión, suspendido, prorrogado o disuelto, sin su propio consentimiento” El fin de tal manipulación consistió en que al ser los meses lunares de menos días que los meses solares, Cromwell pudiera disolver al poder legislativo unos días antes de los que realmente habían sido establecidos como límite (Sagüés, 2006, p. 165).

En contrapartida a las manipulaciones convencionales, habrá que tener en cuenta lo que la doctrina ha denominado con el nombre de “mutaciones constitucionales”, que aplicado al ámbito de desarrollo de la presente investigación bien podremos denominarlas “mutaciones convencionales” que no son otra cosa sino los “cambios no formales que operan en el correr de la historia de una Constitución [o Convención], sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto” (Da-Silva, 1999, párr. 8). Ahora bien, como especie de este género, la doctrina hace referencia a las mutaciones de construcción judicial o naturaleza jurisdiccional, que son “las producidas por interpretación de los términos de la Constitución [o Convención], de tal modo que los preceptos obtienen un contenido distinto de aquel con el que en principio fueron pensados” (Da-Silva, 1999, párr. 15).

Así las cosas, es evidente que una manipulación convencional, al no ser lo mismo que una mutación convencional, resulta una conducta que no puede ni debe tolerarse bajo ninguna circunstancia, es más, el jurista, pero sobre todo el juez convencional, deben saber advertirlas para rechazarlas, no por capricho, sino porque lo que hoy nos puede parecer un cambio intrascendente, mañana con las mismas prácticas manipulativas puede generar verdaderos fraudes, estafas, perversiones o ilegítimas mutaciones convencionales.

Recordemos que el juego del equilibrio de poderes es muy delicado y frágil, ya que uno de los factores que más gravemente puede contribuir a la disfuncionalidad de todo sistema político, jurídico, social, económico o axiológico, es la tarea mal cumplida por los tribunales (Vigo, 2003, p. 221). Por ello, si esta es una de las razones por las que el juez constitucional y convencional debe ser el primero en combatir las manipulaciones convencionales, también será un argumento para afirmar que debe ser el primero en no formularlas. Luego, resulta fundamental que los juristas ejerzamos un control sobre sus resoluciones.

No debemos olvidar que “el único límite y control eficaz que ha funcionado, a efecto de lograr que los jueces (...) cumplan con un método jurídico suficientemente razonado, es el peso de la opinión pública” (Zaldívar-Lelo-de-Larrea, 1991), razón de más para exponer a lo largo de estas líneas las diversas manipulaciones convencionales en que incurrieron los jueces de la CoIDH integrantes de la postura mayoritaria en el *Caso Artavia Murillo (Fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica*, mismo que por su trascendencia y efectos sociales hemos tomado de ejemplo para postular y explicar el cuarto elemento de nuestra “teoría de la argumentación convencional”.

Es por lo anterior que estoy convencido —al igual que Orozco— en que el hecho de que

Los tribunales resuelvan conforme con razones y sean capaces de explicarlas constituye, a juicio de Dworkin, uno de los rasgos más reconocidos de la jurisdicción, del cual depende la legitimidad de la jurisdicción como instrumento gubernamental (...) esto es lo que Hamilton tenía en mente cuando en *El Federalista* escribió, que si bien el poder judicial no tiene el poder de la espada, ni el poder de la bolsa, tiene el poder del discernimiento (judgement). Y hablar de discernimiento es hablar de razón, razonabilidad, de argumentación jurídica convincente (Orozco-Henríquez, 2007, p. 315).

Por ello, en palabras de Wróblewski, “la interpretación [convencional] debe presentarse como una decisión interpretativa apropiadamente justificada” (Wróblewski, 1985, p. 144).

En suma, más allá de que estemos o no de acuerdo con las conclusiones a las que arribe un tribunal convencional, Perogrullo afirmaría que su buena reputación y aceptación social, y por lo tanto su legitimación, dependerá de la racionalidad interpretativa y argumentativa de sus sentencias y fallos.

Es por todo lo anterior que me he propuesto, a lo largo de estas líneas, analizar la resolución en comento, a fin de tomar conciencia de la forma en cómo el Tribunal Interamericano

abordó un tema harto complicado, lo cual, dicho sea de paso, exigía del mismo una resolución sólidamente argumentada y estructurada. Sin embargo, tal y como se verá, lo anterior no se actualizó en demérito directo de la legitimación que, como último intérprete de la CADH, pretende conseguir.

En este propósito, estructuraré el estudio a partir del análisis de diversos tópicos que nos permitan esclarecer las diferencias entre las mutaciones y las manipulaciones convencionales y, sobre todo, que nos permitan postular lo que aquí denomino como el “test de mutabilidad”, una aportación que puede servir para configurar una “teoría de la argumentación convencional”.

2. SOBRE LA RELACIÓN LENGUAJE-DERECHO: ENFOQUE INSTRUMENTALISTA VS. ENFOQUE CONSTITUTIVO

2.1. El significado común y usual del lenguaje: un primer límite en la argumentación convencional

Según el *Diccionario de la Lengua Española*, una “perogrullada” es esa verdad o certeza que, por notoriamente sabida, es necedad o simpleza el decirlo; por lo que comenzaré disculpándome con usted Lector, debido a que el título del presente apartado resulta un ejemplo perfecto de ello. Sin embargo, también quiero señalar que existen verdades que, a pesar de ser evidentes, en ocasiones suelen ignorarse por error o por dolo, de ahí que nunca estará por demás —en honor a dichas verdades— apelar de vez en vez a Perogrullo para recordarlas.

No por nada, al hablar de los problemas de la argumentación constitucional o convencional, pero, sobre todo, al preguntarse cómo debe interpretarse la Constitución, García-Belaunde comenzará por señalar que tal función significa asignar un sentido a una determinada cláusula, para lo cual será necesario realizar una operación múltiple que puede desdoblarse en varias etapas. La esencial y más básica de estas etapas consiste en lo que él denomina “ingreso lingüístico”.

El profesor peruano señala que

Toda interpretación debe empezar por el texto escrito, ya que el derecho es un conjunto de prescripciones que se expresan en un lenguaje (...) Por tanto, la primera labor es ver qué nos dice el lenguaje: hay dos posibilidades, que el lenguaje diga algo, o que no diga nada. Si no dice nada, no hay problema; si algo dice, tenemos que tomar ese elemento y seguir adelante (García-Belaunde, 2006, p. 3431).

De ahí que partamos de la idea de que ejercer el control de convencionalidad implica comenzar por leer el texto de la CADH, a fin de indagar si el problema que se nos presenta está, de una u otra manera, previsto en las cláusulas convencionales. De esta forma, “la relevancia del análisis del lenguaje para la interpretación es incuestionable, dado que constituye el primer paso hacia la comprensión del significado de un enunciado” (Huerta, 2008, p. 290).

Con el objeto de ilustrar de mejor manera a lo que me he referido, me permitiré apelar al discurso anecdótico, mismo que resultará ser ciertamente ejemplificativo para conseguir tal propósito. Con motivo de los *Foros de Debate sobre la Reforma Energética* realizados en el Senado de la República durante los meses de mayo, junio y julio de 2008, se llevó a cabo una mesa de discusión en la que participaron, entre otros, los doctores Luis Javier Garrido Platas y Miguel Carbonell. Tal mesa se desarrolló el día 22 de mayo del año antes referido, y tuvo como propósito llevar a cabo un análisis constitucional de las iniciativas presentadas por el Ejecutivo federal en dicha materia. Me permito hacer referencia al debate que sostuvieron los

juristas antes mencionados debido a que su contenido permite advertir la trascendencia de ese “ingreso lingüístico” que debe indefectiblemente estar presente en todo proceso interpretativo.

Me refiero a una de las intervenciones de Garrido Platas, quien estando en contra de las iniciativas presentadas por el Ejecutivo en materia energética, señaló que eran inconstitucionales, y lo que es más, manifestó que su formulación incluso configuraba el delito de traición a la patria, a lo que Carbonell manifestó lo siguiente:

Dice el Dr. Garrido que no nos gusta la palabra “neoliberal” o que a otros sí les gusta, es que ese es el asunto doctor, aquí no venimos a decir si nos gusta o no la ideología neoliberal o la ideología que pone en manos del Estado el quehacer económico del país (...) eso será objeto de una valoración política (...) pero no venimos a eso esta mañana. La mejor forma de respetar la Constitución —así lo entiendo yo— es leerla, no azuarla nada más como un fetiche, sino ver sus palabras, comprenderla, desentrañar su significado. Nos ha dicho que todas las iniciativas son inconstitucionales, nos ha dicho que el texto completo viola la Constitución pero no ha mencionado un solo artículo de ese texto (...) no hemos visto ningún argumento de su parte que confronte un texto concreto, redactado en lenguaje natural—como no puede ser de otra manera— con el texto de la Constitución, a mí me serviría mucho que me ilustrara, yo aprendería mucho de Usted si Usted fuera capaz de decirme qué artículos de la iniciativas (...) violan la Constitución y cuáles son los argumentos para sostener ese punto de vista³

De los anteriores comentarios vertidos por Carbonell, quiero parafrasear una sola de sus ideas: “La mejor forma de respetar la Convención Americana es leerla, no azuarla como un fetiche, sino ver sus palabras, comprenderla, desentrañar su significado”. Es por ello que, al inicio de esta reflexión, hice referencia a que una de las primeras, y quizá de las más perversas prácticas manipulativas en las que puede incurrir el operador jurídico, es la consistente en “dar a las palabras de la [Convención] un sentido absurdo o rebuscado” (Sagüés, 2006, p. 167), ilustrando tal artilugio con el magnífico ejemplo de Oliver Cromwell y el Instrument of Government inglés de 1653.

Asimismo, y con base en lo anterior, señalé que un primer y muy básico principio de la argumentación consiste en que las palabras de la Convención deben interpretarse según su sentido común y usual⁴, de ahí que en el apartado anterior establecí que para cumplir con tal principio, el proceso interpretativo debe iniciar mediante el “ingreso lingüístico” en el entendido de que la relevancia del análisis del lenguaje para la interpretación es incuestionable dado que constituye el primer paso hacia la comprensión del significado de un enunciado y a sabiendas de que la mejor forma de respetar la CADH es leerla, no azuarla como un fetiche, sino ver sus palabras, comprenderla, desentrañar su significado.

De esta forma, es dentro de la etapa del “ingreso lingüístico” dónde el intérprete debe ineludiblemente echar mano de los denominados argumentos lingüísticos a fin de comenzar a

3 Debido a que no contamos con versión taquigráfica de tales intervenciones, obtuvimos el contenido de las mismas a partir de los videos que de dicha mesa de debate se encuentran publicados. (http://www.youtube.com/user/fvazquez0510#p/c/9B49624EC2385ACC/1/CUIHk_AwSAU; http://www.youtube.com/user/fvazquez0510#p/c/9B49624EC2385ACC/0/1mS_wBRz2tJg)

4 Cabe señalar que este principio básico de la interpretación fue sostenido desde 1886 por la Corte Suprema de EE.UU., al señalar que: “Words in a constitution, as well as words in a statute, are always to be given the meaning they have in common use unless there are very strong reasons to the contrary. We find no such reasons in this case, and as an exemption from taxation is a privilege in the popular sense of that term, we feel ourselves compelled to decide that both the Tennessee and Alabama Company and the Central Southern Company were granted such an exemption by their charters, notwithstanding the contrary opinion of the Supreme Court of Tennessee, which, although entitled to great respect, is not binding upon us as authority under the circumstances of this case” (Tennessee v. Whitworth, 117 U.S. 139 [1886], <http://supreme.justia.com/us/117/139/case.html>).

esclarecer el sentido y alcance de las normas jurídicas. Los argumentos lingüísticos son —principalmente— los semánticos y los sintácticos.

Por lo que hace a los “argumentos sintácticos”⁵, líneas arriba ya hicimos referencia a lo sostenido por el juez Eduardo Vio Grossi, en el sentido de que el artículo 4.1 de la CADH, al disponer que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida y que tal derecho estará protegido, en general, a partir del momento de la concepción”, no hace otra cosa sino consagrar el derecho de “toda persona” o “ser humano”, sin distinción alguna, a que se le respete “su” vida, es decir, que toda la sintaxis de la citada disposición, todas sus frases, así como, por lo demás, toda la Convención, conciernen solamente a la “persona” o “ser humano”, esto es, exclusivamente a sus derechos y no a otros intereses o entidades, por lo que resulta del todo absurdo pretender excluir de su protección a los concebidos.

Ahora bien, por lo que hace a los “argumentos semánticos”⁶, es decir, aquellos que “se refieren al significado de las expresiones utilizadas, las cuales pueden tener un significado de uso común o técnico [debe decirse que] la regla es que generalmente prevalece el [significado de uso] común, salvo cuando se trate de una materia especial que requiera de términos técnicos” (Huerta, 2008, p. 306), como sería por ejemplo el caso de normas relativas a las telecomunicaciones, bioseguridad, bioética, metrología, etc.

Es por esto que el juez Vio Grossi, en el mismo voto disidente, afirmarí más adelante que

Con relación al sentido y alcance de las palabras “y, en general” que utiliza el mencionado artículo 4.1, habría que tener presente, por de pronto, que la Convención no le da a dicho término un sentido especial, por lo que habría que recurrir al sentido corriente de los de los mismos.

Esta última regla, es decir, la que consiste en que debe prevalecer en la argumentación el significado común y usual de los vocablos, no es arbitraria o caprichosa. Tal regla cobra una especial importancia cuando somos capaces de comprender —con Aulis Aarnio— que

Las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje (citado por Aguirre-Román, 2008, p. 142).

Así, si el Derecho se expresa siempre a través del lenguaje, el no atender al mismo, a su significado común, es decir, el no realizar correctamente ese abordaje lingüístico como etapa primaria en el proceso argumentativo atendiendo a las categorías y reglas semánticas y sintácticas que desarrolla la gramática, puede orillarnos a dejar al lenguaje en una posición muy vulnerable ante las posibles modificaciones arteras, arbitrarias o sinsentido que respecto de los significados de las palabras llegue a realizar el juez, el legislador, el jurista, o cualquier operador jurídico, poniendo así en grave riesgo al más básico sustento que posee el quehacer de todos aquellos que nos dedicamos al desarrollo de la ciencia jurídica: el lenguaje.

Es por ello que el jurista debe ser uno de los primeros profesionales que con vigoroso ímpetu debe velar por el adecuado desarrollo y comprensión objetiva del lenguaje, ya que, sin él, o bien, con un lenguaje envenenado —en términos de Friedrich Hayek— de criterios subjetivos o relativos, el derecho no podrá expresarse eficazmente.

5 “Sintaxis” Parte de la gramática que enseña a coordinar y unir las palabras para formar las oraciones y expresar conceptos (RAE, 2014).

6 “Semántica” Estudio del significado de los signos lingüísticos y de sus combinaciones, desde un punto de vista sincrónico o diacrónico (RAE, 2014).

2.2. El “enfoque instrumentalista” vs. el “enfoque constitutivo”

Cuando mencionamos que para realizar correctamente el “ingreso lingüístico” el intérprete debe partir de criterios gramaticales, significa que debe tener una mirada objetiva de la innegable y estrecha relación existente entre el lenguaje y el derecho. Pero, ¿a qué nos referimos con una mirada objetiva de tal relación? Este tema ha sido, sin lugar a dudas, objeto de un sinnúmero de reflexiones en el ámbito de la filosofía del lenguaje, por lo que para poder contestar esta interrogante lo primero que debemos hacer es puntualizar cuáles son los dos principales enfoques que explican esta relación. Nos referimos al “enfoque instrumentalista” y al “enfoque constitutivo”.

El “enfoque instrumentalista” posee una perspectiva de la relación lenguaje-derecho, según la cual

“El derecho usa al lenguaje (...) pues el lenguaje [es] un instrumento necesario para la efectiva aplicación del derecho (...) De cierta forma, detrás de este modo de concebir la relación lenguaje-derecho, [subyace] la idea según la cual el lenguaje es un instrumento que sirve para expresar la realidad del mundo y transmitir información acerca de ella. [En suma, para este enfoque] los legisladores [y demás operadores jurídicos deberán utilizar] un lenguaje natural, como el castellano, hablado por sus súbditos, ya que generalmente están interesados en comunicar sus directivas en la forma más eficaz posible, la cual obviamente no conseguirán si emplearan un idioma extranjero o un lenguaje privado [o un lenguaje desnaturalizado] (Aguirre-Román, 2008, p. 143).

Como puede observarse, la explicación que de la relación lenguaje-derecho nos aporta el enfoque instrumentalista, es una visión objetiva-realista del mundo y sus fenómenos, ya que el derecho como instrumento de ordenación social utiliza al lenguaje como medio de comunicación, y éste a su vez, expresa la realidad y transmite información de ella, es decir, se mira al lenguaje como un instrumento para describir la realidad. De esta forma es posible distinguir el acto interpretativo-argumentativo del derecho del acto creativo del mismo, ya que derecho y lenguaje, aunque son inescindibles, no son lo mismo. En suma, y para los efectos de este estudio, este enfoque le permitirá al intérprete realizar el “ingreso lingüístico” del proceso interpretativo de manera objetiva, a partir del paradigma del realismo “jurídico clásico”, debido a que la corrección o incorrección de esta etapa dependerá de una medida que de algún modo no dependa del pensamiento o del querer del intérprete (*vgr.* el lenguaje y sus reglas, los significados comunes y usuales, la semántica, la sintaxis, etc.) (Massini-Correas, 2006, p. 34).

Por su parte, el “enfoque constitutivo” concibe la relación lenguaje-derecho partiendo de la sutil, pero radical diferencia, de que “el lenguaje no es un instrumento (...) del derecho ni este último es algo que se exprese mediante el lenguaje. El derecho es constituido en el lenguaje y por el lenguaje [ya que] detrás de esta concepción (...) subyace una determinada concepción de la relación “lenguaje-realidad”, según la cual es el lenguaje el que construye lo real (Aguirre-Román, 2008, p. 146)⁷, es decir, para este enfoque no hay relación, sino identificación entre el derecho y el lenguaje. En suma, el derecho es lenguaje.

7 Resulta ejemplificativo del enfoque constitutivo lo que en la teoría jurídica se denomina el paradigma del “constructivismo jurídico”, según el cual —en palabras de Raúl Cervantes— “el poder constructivo de las palabras se vuelve notorio cuando nos damos cuenta que por medio de ellas vamos diseñando, incluso, el mundo físico que nos circunda. En la descripción que hacemos de un objeto —continúa Cervantes— hacemos uso de diversos signos lingüísticos que, de ser compartidos por otro hablante competente en el mismo lenguaje que el del emisor, da como resultado una serie de convenciones lingüísticas entre ellos que van dibujando lo que es el “mundo real”. En cualquier caso, el sentido de las palabras que utilizamos para “describir” un objeto no se desprende ni se deriva de una realidad objetiva, sino del significado que convencionalmente le hemos asignado en el proceso de comunicarnos con otros para referirnos a los objetos, hechos y fenómenos del mundo exterior” (Cervantes-Andrade, 2016, pp. 45-46).

Así, para este enfoque la relación lenguaje-derecho aporta una visión subjetiva-conventionalista del mundo y sus fenómenos, debido a que al ver al derecho como lenguaje mismo, y al mirar a éste como un elemento clave en la constitución de la realidad, será el derecho y quienes dicen el derecho los que puedan en última instancia constituir lo real. Por ello es que se diga que “este enfoque explica la creación e interpretación del lenguaje jurídico a partir de un elemento [denominado] “comunidad jurídica” [conformada por] aquellos que se apropian o producen el lenguaje que es el derecho” (Aguirre-Román, 2008, p. 148-149), con lo que se hace depender al derecho de los legisladores e intérpretes. En contrapartida al enfoque instrumentalista, y para los efectos de este estudio, el enfoque constitutivo le permite al intérprete, o no realizar el “ingreso lingüístico”, o bien, realizarlo, pero de una manera subjetiva a partir del paradigma del “relativismo jurídico”, debido a que la corrección o incorrección de esta etapa dependerá de una instancia a su vez dependiente del pensar o del querer del mismo intérprete (*vgr.* emociones de los jueces o magistrados, ideologías, intereses personales o particulares, percepciones propias de la realidad social, etc.) (Massini-Correas, 2006, p. 34).

2.3. El “enfoque constitutivo” en la argumentación convencional: sus incoherencias, riesgos y peligros

Más allá de las diferencias que en el ámbito teológico puedan sostenerse con Erasmo de Rotterdam, será una frase atribuida al filósofo holandés la que nos permitirá comenzar a advertir los riesgos del enfoque constitutivo de la relación lenguaje-derecho. Afirmaría el *Rotterdamus*, en la obra intitulada *Opúsculos Juveniles* que aquellos que

Se apresuran a conocer las cosas, descuidan el aliño y la policía de las palabras, toman un atajo barrancoso y sufren grandes quebrantos. Dado que las cosas no se conocen sino por los signos de las voces, el que desconoce la eficacia del lenguaje a cada paso anda a ciegas en el conocimiento de las cosas y es lógico que sufra alucinaciones y delirios.

Es por ello que se diga que:

Erasmo sabe la importancia que tiene el conocimiento de la realidad, de las cosas, para el hombre. Éstas constituyen el objetivo principal de la aproximación cognitiva humana. Todo lo demás guarda relación y está en dependencia de esta actividad fundamental, como es el caso de las palabras, el lenguaje, que no son sino el instrumento, el medio por el que se llega al conocimiento de las cosas, [por lo que] Erasmo, ya en su tiempo, tuvo muy clara la relación que existe entre palabras y cosas en el proceso de conocimiento y se posicionó en la buena dirección —una relación instrumental— que más tarde fue puesta de manifiesto por teóricos del lenguaje y psicoanalistas (Cf. Martinet:1984 y Saussure: 1993) (Monreal-Pérez, 2010, p. 147).

No por nada

La posibilidad de conocer lo que las cosas son y nombrarlas pasa por el camino de reconocer que son previas e independientes del conocimiento humano. De no ser así —afirma Platas Pacheco— el realismo filosófico es general, y el jurídico en particular sería imposible, pues el pensamiento, que es el único medio disponible para conocer el mundo, quedaría encerrado en sí mismo, crenado y recreando realidades, sin contar con la auténtica. [De esta forma, resulta evidente] lo que los conceptos nombran, de hecho, está en la realidad y prueba de ello es que puede ser nombrado, de manera que los entes existen con independencia del sujeto que las nombra, reconocer que la existencia de las cosas no depende del sujeto que las

conoce, es tomar una postura objetiva frente al ser, es decir, es centrarse en la existencia del objeto con independencia del sujeto” (Platas-Pacheco, 2004, pp. 43-44).

En razón de lo anterior, y sin incurrir en análisis maniqueos, considero necesario advertir que debido a que en el enfoque constitutivo subyace una visión subjetiva-convencionalista de la realidad, y por lo tanto del derecho, el lenguaje con sus conceptos, juicios y raciocinios, terminan por reducirse a lo que la “comunidad jurídica” y sus integrantes, por acuerdo o por imposición, quieran que sean o que signifique, lo que genera al menos dos incoherencias y una advertencia ciertamente relevantes:

- i) que si las “proposiciones interpretativas fueran meramente subjetivas, carecería de todo sentido racional discutir o debatir acerca de la corrección o incorrección de una determinada interpretación” (Platas-Pacheco, 2004, p. 37), lo que resulta a todas luces irreal debido a que si algo se actualiza en el foro jurídico es un amplio debate en torno a la interpretación de las normas;⁸
- ii) que si todas “las interpretaciones tuvieran el mismo valor jurídico [por ser subjetivas] no sería necesario recurrir ni a juicios, ni a jueces, ni a alambicadas argumentaciones, ni al asesoramiento de abogados, sino bastaría con efectuar un simple sorteo entre las posibles proposiciones interpretativas (...) es claro que esto significaría, lisa y llanamente, la desaparición de las prácticas jurídicas y su sustitución lisa y llana por el azar o el capricho del brujo de la tribu” (Massini-Correas, 2006, p. 38).
- iii) que si el derecho es en sí mismo lenguaje, el intérprete judicial o el legislador, por ejemplo, no encontrarían límite alguno en el lenguaje que deben interpretar, ya que su misma interpretación, al ser lenguaje, y éste, al ser en sí mismo derecho, puede justificada o injustificadamente constituir lo real, y con ello, variar, modificar o cambiar a contentillo la significación de las palabras y los vocablos, tirando así por la borda aquel básico principio argumentativo consistente en que las palabras de la Convención deben interpretarse según su sentido común y usual.

Un sencillo —por no decir pueril ejemplo— nos permitirá advertir mejor a lo que me he estado refiriendo. Es evidente que el derecho cuando se expresa a través de normas jurídicas tiene como finalidad obligar, prohibir o permitir. Ahora bien, para que una norma pueda imponer una obligación, debemos partir por aceptar que ese vocablo, el de “obligación”, tiene un significado objetivo que no es otro sino el de “imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre” (RAE, 2014). Luego, sólo partiendo de su significado objetivo es que sin mayores problemas podamos saber de lo que estamos hablando cuando una norma es imperativa. Pero ¿qué pasaría si por conveniencia, artificio, capricho, o incluso por convención “democrática”, se le diera el significado que tiene el vocablo “permiso”, es decir, ¿qué pasaría si por “obligación” se entendiera una “licencia o consentimiento para hacer o decir algo”? (RAE, 2014).

Quizá una primera respuesta nos llevaría a contestar que no pasaría nada, sobre todo si el cambio se derivó de un acuerdo “mayoritario”. Sin embargo, tal contestación no atendería el grave riesgo que corre la ciencia jurídica, ya que, si podemos cambiar a contentillo los conceptos y el lenguaje que utiliza el derecho para expresarse, ¿podría existir una mínima

8 Será el mismo Massini quien, respecto de la incapacidad que posee el mero subjetivismo de explicar el inevitable desacuerdo jurídico en torno a las interpretaciones divergentes, afirme que la existencia de tal desacuerdo “implica que existe, al menos en principio, la posibilidad de superarlo, lo que a su vez supone la existencia de un criterio conforme al cual establecer cuándo una afirmación supera la controversia, criterio que no puede reducirse a las opiniones subjetivas de cada uno de los contendientes, ya que ello implicaría la imposibilidad misma de la superación del desacuerdo. Es inexcusable remitirse, por lo tanto, a un criterio [que trascienda] a las subjetividades de los querellantes, para alcanzar la resolución de las controversias entre las diferentes y divergentes interpretaciones jurídicas”, es decir, a un criterio objetivo, el cual, para efectos de nuestro análisis sería el lenguaje mismo pero concebido desde el enfoque instrumentalista (Massini-Correas, 2006, p. 38).

certeza en torno al alcance y contenido de cualquier norma jurídica?, o más bien tendríamos forzosamente que preguntarle a un juez, o a dos, o a tres, qué es lo que prescribe la norma. Así, si desproveemos al lenguaje de su base objetiva (por mucha o poca que sea), estamos al mismo tiempo desproveyendo al derecho de su primera y más básica certeza: el significado común y usual del lenguaje.

En suma, ¿será válido que a través de una ley, una sentencia, o cualquier otro acto jurídico —como lo es por ejemplo un contrato— pudiésemos determinar que un triángulo es una figura de cuatro lados o que una compraventa es el contrato según el cual las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto?, ¿puede una medida legislativa o una interpretación judicial desnaturalizar una palabra al punto de hacer que signifique algo diferente?, ¿será conveniente reconocerle sin límite alguno ese poder a los intérpretes judiciales o a la “comunidad jurídica” en su conjunto?

No, en definitiva, considero que responder afirmativamente a las preguntas antes realizadas nos acercaría a riesgos de magnitudes insospechadas, debido al ya comentado empoderamiento de que han sido objeto los tribunales constitucionales y convencionales en la actualidad; es decir, la fórmula: “CoIDH” + “intérprete último de la Convención” + “enfoque constitutivo de la relación lenguaje-derecho”, generan sin duda un resultado de alto riesgo.

El riesgo tal y como lo hemos advertido se hizo presente en el caso que me he dispuesto a analizar. Como lo hemos referido anteriormente, el caso en cuestión tiene como punto de inflexión el entendimiento de cuatro conceptos que aparecen claramente en las siguientes disposiciones de la CADH, disposiciones las cuales, atendiendo al contenido del artículo 1º de la Constitución mexicana, son cláusulas de nivel constitucional. Tales normas son las siguientes:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 4. Derecho a la vida

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.

En este sentido, y siendo aún más concretos, si “toda persona” es “todo ser humano”, el punto fino de la discusión se traslada a lo que debe entenderse por “concepción”, ya que será a partir de ese momento que podamos hablar de ser humano y de persona y, por ello, de la existencia de un titular de los derechos reconocidos en la CADH.

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez Eduardo Vio Grossi, con cierto dejo de ironía, afirmaba que la CoIDH no debe de interpretar lo que desea, sino lo que el derecho expresa, señalando además que a la CoIDH no le corresponde asumir un papel creativo al realizar su función, y menos ante conceptos que son lo suficientemente claros y precisos, al punto de que, ya en otras resoluciones, así lo ha interpretado. Lo señaló así:

Ciertamente, los comentarios incluidos en este voto disidente se han hecho considerando, no lo que el intérprete desea, sino lo que el Derecho expresa. Igualmente,

se ha tenido en cuenta que a la Corte le corresponde interpretar y aplicar la Convención⁹ y no asumir la función que le compete a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ ni la función normativa, la que le corresponde a los Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar la Convención¹¹. Y, final y especialmente, se ha tenido presente que de lo que se trata es precisar lo que la voluntad de los Estados expresaron en la Convención y acuerdos y práctica posteriores, de suerte de poder exigirles aquello a lo que efectivamente se comprometieron¹²¹³.

Luego, entrando ya al análisis del concepto “concepción”, referiría lo siguiente:

El término “concepción” empleado por el artículo 4.1 de la Convención jurídicamente debería ser interpretado, más allá de cualquier otra consideración, como la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Eso fue y no otra cosa, en lo que se convino en 1969, al suscribirse la Convención y ese es todavía jurídicamente el sentido de tal término e incluso parte muy importante, por no decir mayoritaria (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, notas 266 a 284), de la ciencia médica así también lo estima (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 79 y ss), [razón por la cual la jurisprudencia de la propia CoIDH] ha estimado a los no nacidos como “hijos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, párr. 292) y “bebé” hijos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, párr. 67, x)¹⁴.

Ante lo cual, la postura mayoritaria de la CoIDH respondía desde la perspectiva del enfoque constitutivo de la siguiente manera:

Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 186).

9 Art. 62.3 de la Convención: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

10 Art. 41, primera frase, de la Convención: “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos”.

11 Art.76. 1 de la Convención: “Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención” y Art. 39 de la Convención de Viena: “Norma general concerniente a la enmienda de los tratados. Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa”.

12 Art.2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante la Conv. de Viena: “Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

13 Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 1 y 2).

14 Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, pp. 9 y 11).

Nótese que, a pesar de que la propia CoIDH acepta que el óvulo fecundado da paso a una célula diferente con la información genética suficiente para el desarrollo de un ser humano, reconociéndole el estatus de “embrión”¹⁵, termina por negar esta realidad para optar por un entendimiento del vocablo “concepción” que le permita arribar a la conclusión de que un embrión sin implantación no es ser humano, en la medida de que sus posibilidades de desarrollo son nulas, lo cual resulta del todo absurdo. Atendiendo a un “argumento lógico y apagógico”¹⁶, de llevar al absurdo tal proposición, también habría que afirmarse que un recién nacido en el desamparo, por no poder procurarse por sí mismo el alimento y por no encontrarse en un ambiente adecuado para su desarrollo, no debería ser considerado persona y, por lo tanto, no debiera ser considerado titular de los derechos que reconoce la CADH.

Esta interpretación de la CoIDH, no sólo resulta semánticamente cuestionable, sino que vulnera el principio de “efecto útil” (*Effet Utile*)¹⁷, ampliamente reconocido en el derecho internacional:

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

Según este principio, las cláusulas de un tratado deben interpretarse de tal manera que produzcan sus efectos y no resulten vanas o superfluas. Al redefinir la “concepción” como sinónimo de “implantación”, la Corte vacía de contenido la frase “y, en general, a partir del momento de la concepción” del artículo 4.1. Si el embrión sólo es protegido tras implantarse (lo cual ya es técnicamente un proceso de gestación), la mención expresa a la “concepción” como hito jurídico se vuelve una palabra muerta en el texto convencional, despojándola de la función protectora autónoma que los Estados redactores le otorgaron.

Este activismo de la Corte Interamericana contrasta significativamente con la doctrina del margen de apreciación aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Ante dilemas ontológicos y bioéticos donde no existe un consenso claro entre los Estados (como el inicio de la vida o la naturaleza del embrión), el Tribunal de Estrasburgo ha optado históricamente por la prudencia, reconociendo que los Estados tienen cierta libertad para definir estos conceptos según sus tradiciones y valores internos (v.gr., casos A, B y C vs. Irlanda o Vo vs. Francia). Mientras el tribunal europeo respeta el pluralismo axiológico de sus miembros, la CoIDH, mediante el enfoque constitutivo, impone una definición única y semánticamente forzada que ignora las particularidades constitucionales de los Estados americanos, como es el caso de Costa Rica.

Nótese cómo el enfoque constitutivo de la relación lenguaje-derecho, lejos de intentar acercarse y conocer la realidad que da sustento al vocablo “concepción”, parte de éste para luego pretender constituir lo real. Así

la visión de esta filosofía considera al mundo como una máquina, donde existe una interpretación de la historia como punto de vista subjetivo —es decir, desde el sujeto—, de manera que las ideas personales tienen preferencia sobre la reali-

15 “Embrión” En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo (RAE, 2014).

16 El “argumento lógico” es aquel que debe regir el razonamiento jurídico (especialmente el judicial) a efecto de que se respeten los primeros principios de la lógica o las reglas que regulan la inducción, la deducción, etc. Por su parte, el “argumento apagógico” es aquel que se emplea principalmente para descartar alternativas en tanto ellas suponen admitir un absurdo o algo irracional por su disvaliosidad, su ineficacia o su imposibilidad. Este argumento deriva en cierta forma de la ley de Duns Scoto, es decir, aquella que sostiene que si se demuestra la falsedad de una de las consecuencias ello conlleva la falsedad de la hipótesis a las que ellas remiten (Vigo, 2009, p. 234-235).

17 Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

dad. El problema fundamental al que se enfrenta el lenguaje dentro del [enfoque constitutivo] es precisamente esa prioridad de lo mental (Platas-Pacheco, 2004, pp. 12-13).

Así, lejos de preguntarse por la esencia de lo que hace a un ser vivo un ser de la especie humana (“es o no un embrión con la información genética suficiente para el desarrollo de un ser humano”), atribuyen tal categoría atendiendo a elementos extrínsecos del propio ser vivo al que se refieren (“se encuentra o no en un ambiente adecuado para su desarrollo”). De esta forma se genera un absurdo aún más evidente: ¿cómo determinar la esencia de “algo” —eso que hace que ese “algo” sea eso y no otra cosa— fuera de ese “algo”?

Para desnudar aún más la falacia, bastaría con formular la siguiente pregunta: el concebido... ¿es persona y por ello titular de derechos por el hecho de pertenecer a la especie humana o por el hecho de encontrarse en un ambiente adecuado para su desarrollo? No hay duda que de contestar a esta interrogante en los términos planteados por la CoIDH, muchos de los que ahora leen estas líneas quizá no tendrían la suerte de pertenecer a ese grupo selecto de individuos considerados “persona”.

Asimismo, vemos que la CoIDH justifica su proceder, en gran medida, en lo que ella misma denomina “interpretación evolutiva”, al señalar que:

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.

(...)

En el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 245 y 246).

De esta forma la CoIDH defiende una idea, según la cual, los conceptos jurídicos no tienen que estar atados, ni al uso milenario, ni a la etimología, ni al diccionario, lo cual resulta ciertamente provocativo. Sin embargo, es de advertirse que la afirmación envuelve un claro menosprecio por el lenguaje y sus categorías fundamentales, como lo es la “etimología”¹⁸, lo cual se sustenta claramente en el enfoque constitutivo, y nos lleva a repensar nuevamente en los riesgos de tal enfoque. ¿Se puede tirar por la borda a la etimología cuando ésta es la especialidad lingüística que explica el origen de las palabras, la razón de su existencia, de su significación y de su forma?

Antes de responder, quizá sea conveniente replantear la interrogante: ¿sería posible la comunicación entre los seres humanos si desecháramos de esa manera la etimología? Si respondiéramos afirmativamente a estos planteamientos, ¿esa respuesta qué significaría: un “sí”¹⁹ o un “no”²⁰? La pregunta es más que oportuna debido a que sin una explicación etimológica del significado del concepto “afirmativo”²¹, decir eso o decir “negativo”²², daría igual, o lo que es peor, no sabríamos qué sentido tiene nuestra contestación.

18 “Etimología” 1. f. Origen de las palabras, razón de su existencia, de su significación y de su forma. 2. f. Especialidad lingüística que estudia el origen de las palabras consideradas en dichos aspectos (RAE, 2014).

19 “Sí” (Del lat. *sic*). Expresa afirmación (RAE, 2014).

20 “No” (Del lat. *non*). Para negar, principalmente respondiendo a una pregunta (RAE, 2014).

21 “Afirmativo” (Del lat. *affirmativus*). Que denota o implica la acción de afirmar [dar por cierto algo] (RAE, 2014).

22 “Negativo” (Del lat. *negativus*). Que incluye o contiene negación o contradicción (RAE, 2014).

Otra cosa muy distinta es que aceptemos la diferencia existente entre los “intérpretes arqueólogos”²³ y los “intérpretes artífices”²⁴, diferencia respecto de la cual ya me he referido en otras publicaciones, señalando que debe analizarse cuidadosamente qué postura debe asumir el operador jurídico ante el caso concreto, atendiendo, claro está, al margen de maniobra o “brecha interpretativa”²⁵ que le otorgue el texto convencional objeto de la interpretación, para luego optar por buscar respuestas hechas y dadas por los Estados Parte al momento de celebrar el tratado internacional de que se trate (intérpretes arqueólogos), o bien, buscar respuestas novedosas para solucionar los casos presentes, en el entendido de que la Convención es un documento vivo y dinámico (intérpretes artífices), pero sin desconocer que es, al final de cuentas, un documento expresado a través de lenguaje escrito (Vázquez-Gómez-Bisogno, 2009, pp. 201-221).

Luego, es lógico que los conceptos jurídicos, sin desatender a su significado, a su etimología y a su razón de ser, puedan ser adaptados a fin de lograr su evolución. Así por ejemplo resulta razonable que en el caso *Weems vs. United States* 217 U.S. 349 (1910), la Corte Suprema de EE.UU. haya establecido que, ante conceptos abiertos, el intérprete constitucional no debe atender al significado anacrónico de las palabras, sino que debe optar por su adecuación histórica. De esta forma, y a pesar de que a *Paul Weems* había sido condenado por la Corte Suprema de Filipinas a una pena de 12 años de prisión y trabajo forzado con grilletes por la falsificación de un documento público, resultaba lógico que la Corte Suprema de EE. UU determinara que la 8ª Enmienda de la Constitución, la cual prohíbe las “penas crueles”, debía ser interpretada de forma evolutiva, ya que lo que no era cruel en 1791 (vgr. utilización de grilletes), podía ser considerado como tal en 1910²⁶. Así fue cómo los jueces de la Corte Suprema norteamericana asumían una posición de “intérpretes artífices”, utilizando como método para ello a la interpretación “histórica-progresiva”, método sobre el cual volveré en un momento.

Pese a que de esta evolución conceptual realizada por la Corte Suprema norteamericana pretendiera justificarse la adaptación de cualquier otro concepto, como por ejemplo, el de “concepción”, considero que debe destacarse que en el caso *Weems*, el operador jurídico adaptó el concepto pero sin desatender al enfoque instrumentalista, es decir, se movió dentro de los límites semánticos y etimológicos de la noción “penas crueles”, ya que si “pena” es un “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta” (RAE, 2014), y “cruel” es aquello que se hace “insufrible, excesivo, sangriento, duro o violento” (RAE, 2014), no cabe duda que el uso de grilletes puede —semántica y etimológicamente hablando— encuadrar en la definición de “pena cruel”, debido a que es factible considerarlo un castigo insufrible, excesivo, sangriento, duro o violento impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. De esta manera el “intérprete artífice” cumple su cometido de considerar a la norma y sus palabras como entes vivos y dinámicos pero sin desnaturalizar conceptos.

Por el contrario, pretender “evolucionar” el concepto de “concepción” señalando que es el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual, antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4º de la CADH, aún y cuando se admita que ya existe un ser humano con la información genética suficiente para desarrollarse como tal, resulta sólo posible a través del enfoque constitutivo. Por ello nos parece evidente que afirmar que

23 “Arqueología” Ciencia que estudia lo que se refiere a las artes, a los monumentos y a los objetos de la antigüedad, especialmente a través de sus restos (RAE, 2014).

24 Artífice” Persona que ejecuta una obra con habilidad o destreza (RAE, 2014).

25 En palabras de Juan Carlos Bayón, podemos decir que “brecha interpretativa” es el espacio (nulo, reducido o amplio) que existe entre el texto constitucional y las decisiones que lo aplican (Bayón, 2000, p. 69).

26 La resolución puede consultarse en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl? court=us&vol=217&invol=349>

los conceptos jurídicos no deban estar sujetos a la etimología resulta ciertamente riesgoso. No por nada, al postular su análisis, el juez Vio Grossi no sólo apela a la etimología, sino, lo que, es más, intenta dilucidar qué realidad es la que el concepto “concepción” intenta significar:

Según la versión de 1956 del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española [18ª ed.], vigente [en 1969], el término “concepción” se entendía como la “acción y efecto de concebir”; el de “concebir” como “quedar preñada la hembra”; el de “preñada” como “dícese de la mujer y de la hembra de cualquier especie, que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre”; el de “preñar” como “emprenar”; el de “emprenar” como “hacer concebir a la hembra”; y el de “fecundar” como “unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser”.

Y casi coetáneamente con la suscripción de la Convención, esto es, en la versión de 1970 del mencionado Diccionario [19ª ed.], el término “preñar” fue entendido como “emprenar, fecundar o hacer concebir a la mujer”. Es de advertir que este significado es recogido en la actualidad [22ª ed.].

Lo anterior significaba, entonces, que se entendía y aún se entiende, que el ser, en la especie, el humano, se origina al “unirse el elemento reproductor masculino al femenino” y cuando ello acontece se entiende que esa “criatura” se encuentra en el “vientre” de la mujer. De allí, pues, que se entendía que los términos fecundar o hacer concebir a la mujer como sinónimos.

En síntesis, para la Convención, la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida o, lo que es lo mismo, que se es “persona” o “ser humano” desde el “momento de la concepción”, lo que ocurre con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. A partir de esto último se tiene, entonces, según aquella, el “derecho... a que se respete (la) vida” de “toda persona” y, consecuentemente, existe la obligación de que se proteja ese derecho.

Una interpretación distinta a la expuesta, ciertamente dejaría sin su sentido natural y obvio las expresiones “a partir de la concepción” que emplea el citado artículo 4.1 y especialmente, no le asignaría sujeto a esta última, y es de toda evidencia que de lo que se trata es de “la concepción” de “toda persona”²⁷

Luego, es claro que la significación del vocablo “concepción” no es caprichosa, sino que encuentra justificación en su etimología: Del lat. “conceptio”, compuesta con el prefijo “con” (unión), el verbo “capere” (agarrar o capturar) y el sufijo “tio” (-ción, acción y efecto), es decir, se refiere a la acción y efecto de concebir, la cual, al hacer alusión a la acción de preñar y fecundar, obvio es que se refiere a la realidad consistente en la unión o captura de la célula reproductora femenina a la masculina para dar origen a un nuevo ser humano.

Debe advertirse que el valor que el enfoque instrumentalista le otorga al lenguaje, con sus conceptos y definiciones, su semántica y su sintaxis, ya ha sido reconocido por la SCJN precisamente al referirse a la interpretación “histórica-progresiva”, la cual, como hemos advertido en el caso Weems, resulta ser una herramienta fundamental de los “intérpretes artífices”.

En jurisprudencia firme, la SCJN ha señalado que este método interpretativo consiste en

Tomar en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional [el ayer], como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación [el hoy], ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico;

27 Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, pp. 8, 9 y 10).

por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000).

Así las cosas, pareciera evidente que sólo a través del enfoque instrumentalista del lenguaje, podrá éste significar un primer y eficiente límite a la argumentación convencional, lo que permite además de alejar toda clase de peligrosas subjetividades y relativismos, la no generación de riesgos innecesarios que se derivan del enfoque constitutivo y que podrían conducirnos a un desbordamiento del poder que hoy ejercen los tribunales constitucionales y convencionales. No olvidemos la frase que, en relación a los jueces de la Corte Suprema de EE.UU., hiciera célebre el juez Jackson: “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra”. Una frase como la anterior deja ver el poder que ostentan los tribunales internacionales, poder el cual, al reconocerles la facultad de drenar el lenguaje, con sus conceptos y definiciones, su semántica y su sintaxis, se vería peligrosamente incrementado. De ahí que hayamos señalado líneas arriba que la fórmula “tribunal convencional” + “intérprete último de la CADH” + “enfoque constitutivo de la relación lenguaje-derecho”, generan un resultado de alto riesgo.

Luego, la pregunta resulta obvia: ¿puede la Organización de Estados Americanos o la CoIDH a través de un tratado o sentencia, respectivamente, modificar la noción común y usual del concepto de “concepción” alterando con ello su naturaleza real, es decir, su esencia?

El juez Eduardo Vio Grossi respondería esta pregunta a partir de la señalización de un criterio que resulta fundamental en materia de argumentación convencional:

De los autos y demás antecedentes se desprende que, al suscribirse la Convención, no se determinó lo que debía entenderse por “concepción” y que tampoco se ha hecho después. Por otra parte, la Convención tampoco le concedió a esa palabra “un sentido especial” y, en particular, no hizo remisión a cómo se entendería según la ciencia médica. La regla aplicable en la especie es, sin duda la del “sentido corriente” de dicho término²⁸.

Es por ello que, de acuerdo al enfoque instrumentalista de la relación lenguaje-derecho, la respuesta a la pregunta planteada tendría que ser en sentido negativo, ya que al ser un enfoque objetivo-realista del mundo y sus fenómenos, es evidente que el derecho (léase “tratado” o “sentencia”) no puede modificar el significado común y usual del lenguaje (léase “concepción”), debido a que éste sólo expresa y transmite información de la realidad (léase “unión o captura de la célula reproductora femenina a la masculina para dar origen a un nuevo ser”).

Por el contrario, conforme al enfoque constitutivo de la relación lenguaje-derecho la respuesta tendría que ser en sentido afirmativo, ya que al ser un enfoque subjetivo-convencionalista del mundo y sus fenómenos, es evidente que el derecho (léase tratado o sentencia) podría modificar el significado común y usual del lenguaje (léase “concepción”), debido a que si el derecho es en sí mismo el lenguaje, el significado de éste dependerá del pensar o del querer del legislador o intérprete judicial (léase “implantación del embrión en el útero femenino”).

Más allá del parecer que podamos tener en torno a la corrección o incorrección de los enfoques de la relación lenguaje-derecho antes descritos, lo que aquí deseamos destacar es que si el enfoque constitutivo permite que el derecho, y por lo tanto el lenguaje, dependan del

28 Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 8).

intérprete judicial en lugar de que este último quede subordinado al derecho y al lenguaje que lo expresa, con tal visión se puede generar un peligro muy concreto para la más básica idea que de convencionalismo (*Rule of law*) se pueda tener, debido a que si el convencionalismo implica, entre otras cosas, que nadie se encuentre por encima del derecho, es decir, que todos los hombres y autoridades, cualquiera que sea su rango o condición, queden sujetos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), y si el derecho se expresa a través del lenguaje, sólo reconociéndole a éste una base objetiva, podrá el derecho ser verdadero límite para el poder²⁹.

Sin embargo, pareciera ser que el enfoque constitutivo de la relación lenguaje-derecho le otorga un “cheque en blanco” a los integrantes de esa “comunidad jurídica” a la que hicimos referencia, lo que resulta ciertamente cuestionable desde el punto de vista del convencionalismo y sus fines, y por lo tanto, desde la perspectiva del *corpus iuris internacional*—conjunto de tratados, convenios, resoluciones y declaraciones que le den armonía al convenio de una norma vinculante en la jurisdicción supranacional— (Ferrer Mac-Gregor et al., 2014, p. 258), ya que lejos de buscar otorgarle “cheques en blanco” a algún tribunal, lo que pretende es propiciar que se reconozcan límites universales al ejercicio de todo poder, y eso es precisamente sobre lo que hasta ahora hemos argumentado: que el lenguaje se constituya en el primer y más básico y elemental límite al poder que ejerce, en este caso, el intérprete judicial.

Sólo a forma de corolario, considero importante responder esta interrogante: ¿por qué debe o puede ser el lenguaje ese primer y más básico límite a la función argumentativa? Aún y cuando lo hemos sostenido de diversas maneras a lo largo de estas líneas, quizá sea conveniente—parafraseando a Kalinowski— señalarlo sintéticamente con la siguiente idea:

Decir que una argumentación convencional es correcta o incorrecta es reconocer que algo está de acuerdo o en desacuerdo con el texto convencional, pero afirmarlo es estimar, y estimar es medir, lo que implica necesariamente el empleo de una medida. Ahora bien: ella no puede ser sino absoluta; una medida relativa no es en realidad una medida y medir sin medida es simplemente una contradicción in adjectio (citado por Vigo, 2003, p. 89).

De esta forma, si la medida para determinar la convencionalidad o inconvencionalidad de algún acto de autoridad es el texto, por ejemplo, de la CADH, y dicho texto se expresa a través del lenguaje, éste no puede sino ser entendido a través del enfoque instrumentalista, ya que es tal enfoque el que posee una visión objetiva-realista del mundo y sus fenómenos, a diferencia del enfoque constitutivo que posee una visión subjetiva-convencionalista. Así,

El problema que existe en la filosofía idealista para efectos del derecho —léase enfoque constitutivo de la relación lenguaje-derecho— radica en que su concentración en la razón deja a un lado la realidad, por lo que sus leyes (o sentencias) están construidas por consensos sin tomarla en cuenta, en un intento de eliminar los límites del objeto, esto provoca la falta de un razonamiento correcto porque el mundo, las leyes y el hombre mismo no existen en una realidad únicamente mental. [En esta lógica] ser libre significa hacerse libre y para ello el hombre tiene que alejarse de las restricciones que [la realidad] le impone (Platas-Pacheco, 2004, p. 15).

29 En torno al concepto y contenido de “constitucionalismo”, Albert Venn Dicey, en su *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), al analizar las características del Estado inglés, el cual debe ser reconocido como una de las primeras naciones en entender y concretar las ideas del constitucionalismo moderno, señalaba que el *Rule of law* es una expresión que comprendía, al menos, tres concepciones afines, pero claramente diferenciables. Al explicar una de ellas sostenía que: “*We mean in the second place, when we speak of the rule of law as a characteristic of our country, not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or conditions, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals*” (Dicey, 1889, p. 189).

No obstante, si a pesar de haber advertido los riesgos que implica el desarrollo del enfoque constitutivo, los juristas optamos por esta visión para entender la relación lenguaje-derecho, luego no le reprochemos al intérprete judicial lo que ha hecho con el derecho al modificar arteralmente el lenguaje, ya que como hemos afirmado, al optar por tal enfoque le habremos entregado un “cheque en blanco” para esos efectos.

Es imperativo reconocer que, los defensores del enfoque constitutivo y la interpretación evolutiva parten de una premisa atendible: la necesidad de que los tratados de derechos humanos funcionen como “instrumentos vivos” capaces de responder a los desafíos de la modernidad.

Sin embargo, la legitimidad de esta evolución encuentra su límite infranqueable en la propia normatividad del lenguaje que le sirve de base. Si bien el derecho debe adaptarse, dicha adaptación no puede consistir en la supresión de elementos esenciales del texto convencional bajo un barniz de progresividad, pues ello no constituye una evolución, sino una ruptura del pacto. El operados jurídico que confunde la “necesidad social” con la “facultad creadora” no solo desnaturaliza conceptos como el de “concepción”, sino que compromete la seguridad jurídica al transformar el sistema de derechos humanos en un esquema de voluntad judicial pura, donde el texto escrito deja de ser una garantía para el ciudadano y se convierte en un simple obstáculo para el juez.

3. EL “ENFOQUE INSTRUMENTALISTA” Y EL “TEST DE MUTABILIDAD”: LAS CUATRO DIMENSIONES INTERPRETATIVAS DENTRO DE LA ARGUMENTACIÓN CONVENCIONAL

Resulta importante precisar que con lo hasta ahora señalado no pretendemos involucionar el desarrollo que ha tenido la interpretación y la argumentación como funciones de los operadores jurídicos, es decir, nuestra propuesta no va en el sentido de retornar a aquellas épocas del “juez autómatas” en que dichos funcionarios no eran “ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no [podían] mitigar la fuerza de la ley misma” (Montesquieu, 1821, p. 251).

Muy por el contrario, somos conscientes de que “interpretar el derecho no es una cuestión [que se limite a] revelar el sentido escondido en los textos jurídicos, o en la labor del investigador o del juez. [Lo que es más, somos partidarios de que] la interpretación siempre está acompañada de un [cierto cariz] creativo, generativo” (Aguirre-Román, 2008, p. 148), ya que pensarlo de otro modo reduce considerablemente el instrumental argumentativo con el que cuenta el intérprete para encontrar respuestas justas y novedosas a las problemáticas actuales, limitando quizá dicho herramental a la utilización del “argumento genético”³⁰ o a la utilización de la “interpretación voluntarista”³¹, y constriñendo al operador jurídico a presentarse frente a todos los casos como un “intérprete albacea”³², es decir, aquel que concibe a las Convenciones y Tratados como testamentos y equiparando su función a la que tiene el albacea: descubrir y llevar a cabo la voluntad del testador; en este caso, la voluntad de los Estados Parte que formularon el texto convencional (Vázquez-Gómez-Bisogno, 2009, p. 205).

30 Tal argumento consiste en “apelar al origen o gestación de por ejemplo una cierta norma o acto, como cuando se traen a colación a favor de un determinado enunciado o premisa los trabajos preparatorios, la exposición de motivos o el modo en que se han comportado las partes en el proceso” (Vigo, 2009, p. 233).

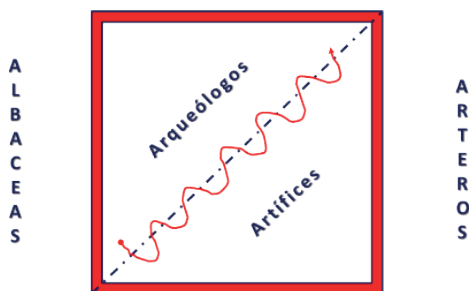
31 Por interpretación voluntarista debe entenderse que “en materia de interpretación de la ley la primera regla consiste en respetar la voluntad del legislador, pues es misión de los jueces dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir a éste (...) para averiguar la voluntad del legislador la Corte [Suprema de Argentina] recomienda, por ejemplo, la consulta a los antecedentes parlamentarios o la exposición de motivos de la ley, [o bien] los despachos de las comisiones legislativas o constituyentes” (Sagüés, 2006, pp. 149-150).

32 “Albacea” Persona encargada por el testador o por el juez de cumplir la última voluntad del finado, custodiando sus bienes y dándoles el destino que corresponde según la herencia (RAE, 2014).

Sin embargo, aún y cuando estamos de acuerdo con el juez Marshall, en el sentido de que “la [Convención] ha sido prevista para perdurar por los siglos de los siglos (...) por lo que debe adaptarse a las diversas crisis de los asuntos humanos” (Friendly y Elliot, 1987, p. 399), tampoco compartimos que esa adaptabilidad, cariz creativo-generativo que puede llegar a tener un proceso interpretativo deba carecer de límites, es decir, lo que aquí intentamos proponer es que, a fin de dotar de contenido a los conceptos abiertos o cláusulas ambiguas de las Convenciones y los Tratados, y partiendo del leguaje como el primer y más básico límite de la función interpretativa, se pueda encontrar un justo medio entre la obediencia irracional al legislador internacional (“intérpretes albaceas”) y el activismo judicial desbordado que puede llevar a un tribunal a realizar funciones que sólo le corresponden a dicho legislador (“intérpretes arteros”)³³. No perdamos de vista que es muy peligrosa la idea auspiciada por cierta doctrina norteamericana de que la Corte es una especie de Poder Constituyente (Vigo 2008, p. 431), lo que, para efectos de nuestro análisis sería tanto como afirmar que la CoIDH es una especie de legislador internacional.

Así las cosas, resulta importante señalar, en primer lugar, que las categorías que hemos apuntado no pretenden diferenciar maniqueamente a los “intérpretes arqueólogos” de los “intérpretes artífices”, a pesar de que son posturas que ciertamente se encuentran en pugna³⁴; y en segundo lugar, que tales categorías sí pretenden estigmatizar a los “intérpretes albaceas” (con sus estatismos irracionales) y a los “intérpretes arteros” (con sus manipulaciones convencionales) advirtiendo las nefastas consecuencias de su proceder interpretativo. Lo anterior se debe a que las dos primeras posturas, a diferencia de estas últimas, se justifican atendiendo al caso que deba resolverse y a la forma en que se encuentre contemplado el concepto abierto o redactada la cláusula convencional que sea objeto de la interpretación.

El esquema que podría ayudarnos a ilustrar lo afirmado sería el siguiente, entendiendo que las posturas que se encuentran dentro del recuadro son las que pueden ser asumidas dependiendo del caso concreto y entendiendo que las posturas que están fuera del recuadro son posturas interpretativas siempre reprobables:



Es decir, habrá ocasiones en que el operador jurídico sí deba limitar el cariz creativo-generativo de su función, debido a que las palabras y el lenguaje de las Convenciones y de los Tratados le conceden una “brecha interpretativa” reducida o nula, y por lo tanto, la obediencia que se tenga en esta circunstancia al mandato formulado por el legislador internacional no podría ser calificado de irracional (“intérpretes arqueólogos”), en el entendido de que

El intérprete [convencional] está para controlar a los poderes (...) en nombre del [legislador internacional], pero no con la libertad de sustituir a éste último, sino

33 “Artero”. Mañoso, astuto herencia (RAE, 2014).

34 En palabras de Vigo, “ese doble juego de lealtades puede tornarse contradictorio: es que por un lado se pretende mirar hacia atrás y respetar una intencionalidad [intérpretes arqueólogos], y simultáneamente se pide descubrir en el texto virtualidades regulativas ignoradas por su autor [intérpretes artífices]” (Vigo, 2006, pp. 3592-3593).

procurando serle racionalmente fiel en sus propósitos esenciales (Vigo, 2006, p. 3594).

No obstante, habrá otros casos en los que el aplicador jurídico pueda y deba echar mano del cariz creativo-generativo de su función, debido a que el lenguaje mismo de las Convenciones y de los Tratados le conceden esa posibilidad (“intérpretes artífices”) y por lo tanto, sea lógico que no tenga una fidelidad estática al legislador internacional, pero advirtiéndolo: **(i)** que debe auto-limitarse para no incurrir en las tramposas maniobras de los “intérpretes arteros” que pretenden, ignorando o violentando cláusulas convencionales, desnaturalizar su texto so pretexto de adecuarlo a la realidad³⁵, y **(ii)** que tampoco debe limitarse irracionalmente como lo hacen los “intérpretes albaceas”, quienes indefectiblemente sólo buscan descubrir la voluntad del legislador internacional.

De esta manera, llegamos a la conclusión de que el operador jurídico se mueve entre cuatro dimensiones interpretativas: **(i)** el estatismo irracional propio de los “intérpretes albaceas”, **(ii)** el estatismo racional propio de los “intérpretes arqueólogos”, **(iii)** la legítima mutación convencional propia de los “intérpretes artífices” y **(iv)** la manipulación convencional propia de los “intérpretes arteros”. La demarcación de tales dimensiones, aunque tenue o difusa, debe ser advertida, pero partiendo de la premisa que cualquiera de las dos dimensiones ubicadas en los extremos, merced de sus resultados, no deben ser exploradas por dicho operador cuando de interpretar conceptos abiertos o cláusulas convencionales ambiguas se trata.

En pocas palabras, el operador jurídico debe saber:

- (i)** cuándo elegir ser un “intérprete arqueólogo” y con ello defender un estatismo racional;
- (ii)** cuándo optar por ser un “intérprete artífice” y con ello desechar al estatismo irracional del “intérprete albacea” para legítimamente mutar el texto de las Convenciones y los Tratados; y
- (iii)** cuándo deja de ser un “intérprete artífice” para convertirse —más bien— en un “intérprete artero” que convierte las mutaciones en manipulaciones convencionales.

Pero en todo caso, el operador jurídico debe ser consciente que la solidez y legitimidad de su función interpretativa será directamente proporcional al éxito que obtenga en diferenciar estas dimensiones y de la corrección o incorrección de su decisión en ubicarse en una u otra.

En palabras de Elías Norbert, de lo que se trata es de

Buscar interpretaciones y caminos que orienten a nuestra conciencia entre la Escala de este “estatismo”, que trata de expresar todo lo histórico como inmóvil y no motivado, y el Caribdis de ese “relativismo histórico” que solamente ve en la historia un cambio continuo, sin penetrar en la ordenación de ese cambio y en la regularidad de las formaciones históricas (Sterling-Casas, 2010, p. 343).

La conocida distinción realizada por Dworkin entre “conceptos” y “concepciones” que le permite al operador jurídico entrever que por estar frente a un “concepto” (formulación general y abstracta) está habilitado para determinar en cada caso su contenido concreto, y que por estar frente a una “concepción” (situaciones individualizadas con un sentido normativo

35 Tal y como se ha expuesto con anterioridad, no debemos olvidar que el “idealismo —léase enfoque constitutivo de la relación lenguaje-derecho— no trata de penetrar en el conocimiento de la naturaleza humana para extraer de él las normas jurídicas o morales concretas que naturalmente se derivan, sino todo lo contrario, de adaptar las normas jurídicas a la realidad, proyecto de suyo irrealizable, porque el sujeto no la crea, únicamente puede conocerla e interactuar con ella; no tiene capacidad mental de construir el mundo desde su propia subjetividad” (Platas-Pacheco, 2004, p. 15).

ya definido) no tiene mayor margen para variaciones, aunque útil, considero que no termina por resolver el problema de fondo. Conforme a ella no se puede —por ejemplo— responder a las siguientes preguntas: ¿cómo debe el operador jurídico dotar de contenido concreto a esos conceptos, cláusulas convencionales ambiguas o lagunas de reconocimiento³⁶ sin ejercer materialmente las funciones del legislador internacional?, ¿debe tener límites al dotar de contenido a tales conceptos, cláusulas convencionales ambiguas o lagunas de reconocimiento?, y si debe tenerlos, ¿cuáles serían éstos?

Reconocemos que la CoIDH —como cualquier otro tribunal internacional— puede realizar la interpretación de las Convenciones y los Tratados, y a través de ella actualizar el texto convencional, aclarar conceptos, significados y determinar el contenido y alcances de ciertos preceptos, pero también somos partidarios de que no puede hacerlo quebrantando o ignorando artículos convencionales ni reformándolos. Todo tribunal internacional debe cuidar con una incansable vocación democrática los límites de su interpretación para no arrogarse las facultades del legislador internacional.

Por ello, ante conceptos abiertos, cláusulas convencionales ambiguas o lagunas de reconocimiento, nuestra propuesta pretende ubicar al “intérprete artífice” y al “intérprete arqueólogo” entre esa Escila representada por la obediencia irracional que los “intérpretes albaceas” le tienen al legislador internacional y el Caribdis representado por el activismo judicial desbordado desempeñado por los “intérpretes arteros”, y que los convierte materialmente en aquel legislador; pero además, aportar luces que le ayuden al operador jurídico a definir cuándo debe ser “intérprete artífice” y cuándo debe ser “intérprete arqueólogo”.

¿Cómo lograrlo? Considero que con lo hasta ahora planteado estamos en posibilidad de proponer lo que hemos denominado: “test de mutabilidad”.³⁷ Esta prueba consiste en aplicar algunos parámetros o criterios que le permitirán al intérprete tomar las definiciones correctas ante las interrogantes señalas, determinando para tal efecto el grado o nivel de mutabilidad de los conceptos abiertos o cláusulas convencionales ambiguas que deba interpretar, o bien, lagunas de reconocimiento que deba llenar.

Veamos:

Paso 1 de 8. toda función interpretativa debe comenzar con un “ingreso lingüístico”, en el entendido de que la relevancia del análisis del lenguaje para la interpretación es incuestionable, dado que constituye el primer paso hacia la comprensión del significado de un enunciado, y a sabiendas de que la mejor forma de respetar las Convenciones y los Tratados es leerlos, no azuzarlos como un fetiche, sino ver sus palabras, comprenderlos, desentrañar su significado;

Paso 2 de 8. dentro del ingreso lingüístico, la primera labor del operador jurídico es ver que nos dice el lenguaje, existiendo dos posibilidades: que el lenguaje diga algo, o que no diga nada. Si no dice nada, no hay problema; si algo dice, tenemos que tomar ese elemento y seguir adelante (García-Belaunde, 2006, p. 3431). Cabe señalar que para lo que aquí nos interesa, si

36 A dicho de Espinoza, las lagunas de reconocimiento se actualizan “por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico (...) Esta falta de determinación se debe a problemas de semántica o ambigüedad de los conceptos generales”, razón por la cual el intérprete judicial debe resolver el problema dotando de contenido a tales conceptos (Espinoza-Espinoza, 2005, p. 170).

37 Esta propuesta la hemos realizado a partir de diversos casos (vgr. *Weems vs. United States* 217 U.S. 349 [1910], Investigación 2/2006 [Caso Lydia Cacho], Controversia constitucional 31/2006 [Resolución de 07 de noviembre de 2007], Controversia constitucional 11/2007 y su Recurso de Reclamación 58/2007 [Resolución del 11 de junio de 2007]) en los que el desiderátum constitucional consistió en el contenido que debe otorgárseles a conceptos constitucionales que la doctrina ha denominado, lagunas de reconocimiento, zonas de penumbra, conceptos abiertos o cláusulas constitucionales ambiguas.

el lenguaje no dice nada, habrá que llenar esas lagunas normativas o silencios convencionales³⁸ a través de la argumentación, pero obvio es que ya no sería aplicable directamente el “test de mutabilidad”, debido a que no habría conceptos abiertos o cláusulas convencionales ambiguas que sean probables candidatas de una mutación. En todo caso, lo que hasta ahora hemos sostenido, debería ser aplicado en la medida de que esa construcción argumentativa a través de la cual se llene la laguna normativa deberá expresarse con lenguaje, lo que nos ubica nuevamente ante la necesidad de tomar una postura en cuanto al enfoque desde el cual entendamos la relación lenguaje-derecho.

Paso 3 de 8. una vez que el operador jurídico haya obtenido ese primer elemento o concepto que arroje el ingreso lingüístico, y a efecto de esclarecer si debe asumir la posición de un “intérprete arqueólogo” o un “intérprete artífice”, debe realizarse el primer nivel del “test de mutabilidad”, consistente en “distinguir en los mandatos [convencionales] aquellos elementos esenciales que necesariamente debe respetar, y los elementos contingentes que puede y debe acomodar al tenor de la cambiante realidad a la que regula” (Vigo, 2003, p. 82).

Paso 4 de 8. si el operador jurídico considera que se encuentra frente a elementos o conceptos esenciales, el “test de mutabilidad” habrá cumplido su cometido, orillándolo a realizar el trabajo de un “intérprete arqueólogo” y a argumentar sus conclusiones en esa dirección, en el entendido de que su función es controlar a los poderes constituidos en nombre del legislador internacional, pero no con la libertad de sustituir a éste último, sino procurando serle racionalmente fiel en sus propósitos esenciales (Vigo, 2006, p. 3594) Cabe señalar que para concluir válidamente lo anterior siempre será recomendable, para que no quede lugar a dudas, recorrer el siguiente paso;

Paso 5 de 8. si el operador jurídico piensa aún que los elementos o conceptos que obtuvo del ingreso lingüístico son contingentes, debemos continuar con el segundo nivel del “test de mutabilidad”, según el cual, deberá analizarse la “brecha interpretativa” con la que cuenta el operador jurídico, para lo cual deberá realizar nuevamente el ingreso lingüístico pero siendo consciente de hacerlo a través del “enfoque instrumentalista” (atender, entre otras cosas, a la semántica, sintaxis, etimología y a la naturaleza o núcleo esencial de tales elementos o conceptos), no por capricho, sino porque es por medio de tal enfoque como el intérprete encuentra en el lenguaje un primer límite a su función, alejándolo así de cualquier tentación por manipular y desnaturalizar los conceptos utilizados por el legislador internacional;³⁹

Paso 6 de 8. con los datos semánticos, sintácticos, etimológicos, así como con el análisis de la naturaleza y núcleo esencial de los conceptos abiertos objeto de interpretación, y que fueron obtenidos del segundo ingreso lingüístico, el operador jurídico deberá entrar al tercer nivel del “test de mutabilidad”, en el que fundamentalmente deberá determinar el grado de mutabilidad de los conceptos abiertos o cláusulas convencionales ambiguas, para lo cual resulta muy conveniente determinar el nivel de determinación o indeterminación semántica o sintáctica (según se trate de conceptos abiertos o cláusulas convencionales ambiguas, respectivamente), identificando cuáles son todas las opciones de significado o sentido posibles dentro de la “bre-

38 *Mutatis mutandi*, es interesante advertir que en torno a los “silencios constitucionales”, el Tribunal Constitucional Peruano ya ha mencionado que “no pueden ser interpretados como tácitas concesiones al legislador, a efectos de que expida regulaciones desvinculadas de la Norma Fundamental. Allí donde las “normas regla” previstas en la Constitución omiten precisiones, la ley o, en su caso, el Reglamento parlamentario están obligados a estipularlas, pero siempre en vinculación directa a las “normas principio” contenidas en la propia Norma Fundamental” (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, expediente N° 0006-2003-AI/TC, 1° de diciembre de 2003).

39 No por nada, Carlos Nino señalará que “no es del todo exagerado sostener que los jueces se encuentran vinculados, en el derecho legislado, no por un conjunto de normas, sino por una serie de oraciones cuyo significado es asignado de acuerdo con ciertas reglas semánticas y sintácticas, las haya tomado o no en cuenta el propio legislador” (Citado por Aguirre Román, 2008, p. 146).

cha interpretativa” con la que cuenta, teniendo en claro que la regla es que debe prevalecer el significado o sentido de uso común, salvo cuando se trate de materias especializadas;⁴⁰

Paso 7 de 8. si del marco determinado por el lenguaje, con sus conceptos y significados, su semántica y su sintaxis, el operador jurídico se da cuenta que no tiene “brecha interpretativa”, o que ésta es muy limitada, es decir, que los elementos o conceptos obtenidos a través del ingreso lingüístico no pasaron satisfactoriamente el tercer nivel del “test de mutabilidad”, deberá auto-restringirse para regresar con humildad al cuarto paso antes señalado, desarrollando entonces un papel de “intérprete arqueólogo”, y de esta forma, desenvolver su función dentro de la dimensión de los estatismos racionales a fin de no incurrir en la tentación de convertirse materialmente en legislador internacional, pero haciendo uso quizá, si es que hay justifica-

40 Resulta muy ilustrativo para este paso dentro del “test de mutabilidad”, referirnos a la controversia constitucional 28/2002 resuelta por la SCJN, en la cual, analizando el concepto abierto de “órganos de gobierno” del Distrito Federal al que hace referencia el artículo 105, fracción I, inciso k, la SCJN determinó reconocer que las Delegaciones Políticas del Distrito Federal poseen legitimación activa para ser demandantes en dichos procesos constitucionales, aún y cuando la CPEUM no lo contemple expresamente. Es evidente que tal concepto abierto le otorga una “brecha interpretativa” muy extensa al operador jurídico, ya que la indeterminación semántica del mismo es muy amplia, al punto de que, posteriormente, en la controversia constitucional 31/2006, la SCJN decidiera reconocer también dicha legitimación al Tribunal Electoral del Distrito Federal. Así, ante una “brecha interpretativa” tan extensa, el intérprete artífice puede hacer uso de su ingenio y actualizar el texto de la Constitución, ya que no hacerlo lo convertiría en un intérprete albacea, generando con ello un estatismo constitucional irracional. No obstante, el grado o nivel de indeterminación semántica o sintáctica de los conceptos abiertos o cláusulas constitucionales ambiguas no siempre será así de amplio (vgr. El concepto de “edad” contenido en el artículo 1º constitucional, el de “matrimonio” contemplado en el artículo 30 constitucional, el de “vacaciones” mencionado en el artículo 123 constitucional, etc.)

Explicado este punto del “test de mutabilidad” a partir de ejemplos en sede nacional, podrá entenderse mejor regresando al caso que hemos venido analizando. En otra de las partes de su voto disidente, el juez Eduardo Vio Grossi señaló, en relación con el concepto de “concepción”, que: “la Sentencia no tiene en cuenta que, no habiéndole dado la Convención a cada uno de esos términos “un sentido especial” en que constara “que tal fue la intención de las partes” de la misma [Art. 31.4 de la Convención de Viena] ni habiendo tampoco hecho remisión, para estos efectos, a la ciencia médica, lo que corresponde es atenerse al “sentido corriente” que se le atribuye a tales términos, que no es otro que el sentido natural y obvio expresado en el fija el diccionario, el que, como ya se indicó, entiende por concepción la unión del óvulo con el espermatozoide.

“No corresponde, pues, para valorar o entender el sentido y alcance de los referidos términos, recurrir a la ciencia médica, toda vez que no es lo que esta última entienda como “concepción”, sino lo que los Estados Partes de la Convención entendieron por ello y que, se reitera, se expresa en el sentido corriente de esa palabra, expresada en el diccionario, el que, por lo demás y como también ya se indicó, coincide con la postura que, sobre la materia tiene parte muy relevante, quizás la mayoritaria [Notas 265 a 3284 de la Sentencia], de la ciencia médica. Lo que ésta exprese es válida en la medida en que haya sido incorporada en el Derecho o éste se remita o reenvíe a ella, lo que, empero, no acontece en el presente caso.

“Sobre el particular, es menester adicionalmente llamar la atención acerca de que la Sentencia afirma que “algunas”... “que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena”... “pueden ser asociadas a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones”,... “concepciones” que “no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”.

“Tal afirmación es correcta. Empero, no se condice con la posición que en definitiva asume la Sentencia en esta materia. Efectivamente, mientras reprocha que la Resolución del Estado que motivó esta causa haya optado “por una de las posturas científicas sobre este tema para definir desde cuando se consideraba que empezaba la vida” y que “...entendiera “que la concepción sería el momento en que se fecunda el ovulo y asumió que a partir de ese momento existía una persona titular del derecho a la vida”, ella opta por otra de las posturas, a saber, aquella que diferencia “dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación” y que consecuentemente sostiene que “sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción.” (Véase: Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, pp. 13 y 14.

ciones para ello (*vgr.* lagunas axiológicas)⁴¹, de lo que la doctrina ha denominado “sentencias exhortativas” o “sentencias admonitorias”⁴²;

Paso 8 de 8. pero si el operador jurídico advierte que dentro del marco determinado por el lenguaje, con sus conceptos y significados, su semántica y su sintaxis, puede adecuar el elemento o conceptos obtenidos del ingreso lingüístico, deberá entonces convertirse en un “intérprete artífice”, haciendo cuanto esté a su alcance para interpretar de manera funcional y progresiva las Convenciones y los Tratados, potenciando al máximo el cariz creativo o generativo de dicha función, pero sin desconocer, claro está, ese marco previamente determinado por el lenguaje. Es decir, debe cuidar no extralimitarse ampliando de más la “brecha interpretativa” o margen de maniobra que le otorga el lenguaje.

De esta manera, nótese como no se pretende convertir al “intérprete artífice” en un “intérprete albacea”, ni sujetarlo indefectiblemente a realizar la labor de un “intérprete arqueólogo”, ya que su mirada de la cláusula convencional no consistirá en observarla irracionalmente como un testamento en donde su función se reduce a la del albacea, ni mucho menos en sólo descubrir respuestas ya hechas y dadas por el legislador internacional; pero tampoco se convertiría en un “intérprete artero”, el cual, a través de la construcción de montajes argumentativos, ignora, retuerce o desnaturaliza las cláusulas o conceptos convencionales víctimas de la manipulación, apartándolos de su sentido genuino, si tienen uno solo, o de sus sentidos razonablemente posibles, si admiten varias lecturas (Sagüés, 2006, pp. 166-167).

Es decir, de lo que trata nuestra propuesta es, en simples y llanas palabras, de establecer esa medida que nos permita identificar en qué momentos estamos frente a un irracional estatismo producto del trabajo del “intérprete albacea”, en qué momentos debemos auto-limitarnos para producir un estatismo racional producto del trabajo del “intérprete arqueólogo”, en qué momentos podemos y debemos optar por la legítima mutación convencional producto del trabajo del “intérprete artífice”, y cuándo estamos en presencia de una peligrosa manipulación convencional o ilegítima mutación convencional⁴³ producto del trabajo del “intérprete artero”.

Hasta lo ahora dicho, es claro que los estatismos irracionales producto del trabajo de los “intérpretes albaceas” resultan ser más fácilmente identificables debido a que al realizar su

41 Las “lagunas axiológicas” son aquellas que se presentan cuando sí existe una norma que resulta aplicable al caso concreto, sin embargo, dicha norma no lo regula de manera conveniente. Esto suele ocurrir debido a que el Poder Constituyente no tiene la capacidad de prever, con plena exactitud, la forma en que los casos que pretende regular se actualizarán. Según el mismo Guastini, una laguna axiológica “es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero que –según la opinión del intérprete– está reglado de forma “axiológicamente inadecuada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta” (...) Dicho de otra forma (...) “no es un caso sin solución, sino más bien un caso con una mala solución” (Guastini, 2006, p. 278).

42 Ante este tipo de circunstancias el intérprete judicial no podría legítimamente mutar el sentido del texto constitucional sin desnaturalizarlo, convirtiéndose con ello en Poder Constituyente, y atentando contra su función de ser guardián último de la Constitución. No obstante, se considera que ante casos como el descrito, en los que existan conceptos abiertos o cláusulas constitucionales ambiguas que produzcan lagunas axiológicas, el intérprete puede echar mano de las “sentencias exhortativas” o “sentencias admonitorias”, según las cuales, en el ámbito del control constitucional abstracto de leyes, “...el tribunal constitucional desestima la pretensión impugnatoria frente a una ley, considerándola, pues, constitucional, pero, al mismo tiempo, con ellas se pretende (...) desencadenar la actuación del Poder Legislativo [dejando] entrever claramente que las dudas de constitucionalidad por parte del juez que planteo la cuestión de inconstitucionalidad son fundadas...”, lo que aplicado al ámbito de nuestro análisis significaría que el intérprete judicial manifieste en su parte considerativa que un precepto legal fue declarado constitucional debido a que el texto de la Ley Fundamental no le deja margen de maniobra para decidir en sentido contrario, pero que existen dudas razonables para considerar que es el propio texto constitucional el que está generando la falla o laguna axiológica, por lo que sería recomendable proceder a su reforma (Brage-Camazano, 2005, pp. 391-392).

43 Cabe señalar que para autores como Allan R. Brewer-Carías, las manipulaciones constitucionales que realizan los tribunales constitucionales terminan por configurar lo que él denomina “ilegítimas mutaciones constitucionales”, ya que son los procesos interpretativos a través de los cuales se “ha falseado el contenido de la Constitución, mediante una “mutación” ilegítima y fraudulenta de la misma” (Brewer-Carías, 2010, p. 325).

labor, éstos reducirán considerablemente su herramienta argumentativo e interpretativo, como ya decíamos, a la utilización de sólo argumentos genéticos o interpretaciones voluntaristas. Luego, lo que considero relevante de esta propuesta consiste precisamente en delinear algunos parámetros que permitan precisar, más bien, cuándo es correcto o incorrecto asumir la posición de los “intérpretes arqueólogos” o de los “intérpretes artífices”; pero sobre todo, cómo advertir los momentos en que el trabajo de estos últimos comienza a convertirse en las manipulaciones o ilegítimas mutaciones convencionales producto del trabajo de los “intérpretes arteros”. Es decir, la identificación de esa Escila representada por la obediencia irracional que tienen los “intérpretes albaceas” al legislador internacional resulta ciertamente sencilla, siendo el verdadero problema el lograr diferenciar esa *Caribdis* representada por el activismo judicial desbordado que realizan los “intérpretes arteros”.

4. EL “INTÉRPRETE ARTÍFICE” VS. EL “INTÉRPRETE ARTERO”: ¿MUTACIÓN O MANIPULACIÓN CONVENCIONAL?

En conclusión, no resulta arbitrario, caprichoso o escrupuloso proteger al lenguaje de embates arteros como los descritos, ya que en ello nos jugamos dos asuntos fundamentales: (i) la pérdida del más indispensable de los elementos objetivos con que cuenta la ciencia jurídica: el lenguaje; y (ii) el irreflexivo y creciente empoderamiento de los tribunales convencionales, los cuales, dentro del DIDH juegan un papel decisivo.

No perdamos de vista ni un solo momento que —parafraseando al justice Hughes— hoy en día “todos estamos bajo la [Convención], pero los jueces [convencionales] dicen qué es la [Convención]”⁴⁴. Bajo tal esquema, ¿será conveniente reconocerles a los jueces el poder que conlleva el enfoque constitutivo de la relación lenguaje-derecho?

En lo personal considero que no, y advertimos que, de hacerlo, el poder creciente del Órgano judicial se desbordará, tal y como ocurrió con el Órgano legislativo en el Estado liberal (s. XIX), o el Órgano ejecutivo en el Estado social (s. XX). La historia es cíclica debido a que los grandes principios siempre terminan por actualizarse; no olvidemos, pues, aquel proclama por Lord Acton: “el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente”⁴⁵.

5. REFERENCIAS

- Aguirre-Román, J. O. (2008). La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico. *Opinión Jurídica*, 7(13), 139-162.
- Bayón, J. C. (2000). Derechos, democracia y constitución. *Discusiones*, (1), 65-94. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2000.2378>
- Brage-Camazano, J. (2005). *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Brewer-Carías, A. R. (2009). La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional: La inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad. En *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo: Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas* (pp. 319-362). FUNEDA.

44 Charles Evans Hughes, antes de ser el decimoprimer chief justice de la Corte Suprema norteamericana, señalaba textualmente en 1907 (siendo gobernador de Nueva York): “*We live under a Constitution; but the Constitution is what the judges say it is*” (Hughes, 1971, p. 3483).

45 La frase fue acuñada por John Emerich Edward Dalkberg Acton, quien al no estar de acuerdo con las doctrinas que atribuyeron en el s. XIX infalibilidad al Papa y al Rey, sobre la base de que tienen una presunción a su favor, señaló que, más bien, si hay alguna presunción es en contra de los ostentadores del poder, ya que dicha presunción se incrementa en la medida en que lo hace el poder. De ahí que dijera: “*Power tends to corrupt; absolute power tends to corrupt absolutely*” (Sheldon, 2001, p. 4).

- Cervantes-Andrade, R. (2016). *El constitucionalismo de principios: Un enfoque desde el constructivismo jurídico*. Tirant lo Blanch.
- Da-Silva, J. A. (1999). Mutaciones constitucionales. *Cuestiones Constitucionales*, (1), 3-24. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.1999.1.5561>
- Dicey, A. V. (1889). *Introduction to the study of the law of the constitution* (3.ª ed.). Macmillan. (Obra original publicada en 1885)
- Espinoza-Espinoza, J. (2005). *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil Peruano de 1984: Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (2.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ferrer-Mac-Gregor, E., Martínez-Ramírez, F., & Figueroa Mejía, G. A. (Coords.). (2014). *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional* (Vol. 1). UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Friendly, F. W., & Elliot, M. J. H. (1987). *Frenos y contrapesos del poder: El ejemplo de los 200 años de la Constitución americana*. Tesys-Bosch.
- García-Belaúnde, D. (2006). La interpretación constitucional como problema. En E. Ferrer Mac Gregor, E. (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional* (Vol. IV). Porrúa
- Guastini, R. (2006). Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. *Análisis Filosófico*, 26(2), 277-293.
- Hayek, F. A. (1990). *La fatal arrogancia: Los errores del socialismo* (L. Reig Albiol, Trad.). Unión Editorial.
- Huerta, C. (2008). Interpretación constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor & A. Zaldívar Lelo de Larrea (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (Vol. 6: Interpretación constitucional y jurisdicción electoral). UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Hughes, C. E. (1971). *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. Fondo de Cultura Económica.
- Massini-Correas, C. I. (2006). Sobre el objetivismo en la interpretación jurídica. En G. Tenorio Cueto (Coord.), *Humanismo jurídico: Ensayos escogidos* (p. 34). Porrúa-Universidad Panamericana.
- Monreal-Pérez, J. L. (2010). *El desarrollo de las lenguas vernáculas, el uso de la lengua y el arte de traducir en la tradición humanista renacentista y en el humanismo reformador europeo* [Tesis doctoral, Universidad de Murcia].
- Montesquieu. (1821). *Del espíritu de las leyes* (Libro XI, Cap. VI).
- Orozco-Henríquez, J. J. (2007). Justicia constitucional y desarrollo democrático en México. En Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*.
- Platas-Pacheco, M. del C. (2004). *Filosofía del derecho: Lógica jurídica*. Porrúa.
- Sagüés, N. P. (2006). *La interpretación judicial de la Constitución* (2.ª ed.). Lexis Nexis.
- Sheldon, G. W. (2001). *Encyclopedia of political thought*. Facts on File.
- Sterling-Casas, J. P. (2010). Hacia una reivindicación de la hermenéutica: Filosofía del lenguaje y de la comprensión jurídica. *Revista Jurídica de Derecho Público*, (3), 333-374.
- Vázquez-Gómez-Bisogno, F. (2010). El matrimonio en la Constitución mexicana: Apuntes para demostrar la inconstitucionalidad del matrimonio homosexual. *Ars Iuris*, (43), 289-322.
- Vázquez-Gómez-Bisogno, F. (2009). Intérpretes arqueólogos vs. intérpretes artífices: El caso Lydia Cacho. Un relato de las disputas dentro del máximo tribunal mexicano a la luz de la interpretación constitucional. *Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, (12).
- Vigo, R. L. (2009). Argumentación constitucional. En M. Bonilla Solís & J. C. Tron Petit (Coords.), *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*. Porrúa.
- Vigo, R. L. (2008). Constitucionalización y neoconstitucionalismo: Riesgos y prevenciones. En E. Ferrer Mac-Gregor & A. Zaldívar Lelo de Larrea (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (Vol. 6: Interpretación constitucional y jurisdicción electoral). UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Vigo, R. L. (2006). Directivas de la interpretación constitucional [verificada con ambigüedad de fuente — posible confusión entre tres compilaciones distintas de Ferrer Mac-Gregor; verificar con el autor]. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Derecho procesal constitucional* (5.ª ed., Vol. 4, pp. 3592-3594). Porrúa.
- Vigo, R. L. (2003). *De la ley al derecho*. Porrúa.
- Wróblewski, J. (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Civitas.
- Zaldívar Lelo de Larrea, A. (1991). Breves notas sobre la naturaleza de la interpretación constitucional [discrepancia de año entre fuentes: 1990/1991 según la fuente consultada; verificar en portada del ejemplar físico]. En *Estudios jurídicos en homenaje a Manuel Herrera y Lasso*. Escuela Libre de Derecho.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 28 de noviembre). *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 257.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004, 8 de julio). *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 110.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 25 de noviembre). *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 160.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2000). Interpretación histórica tradicional e histórica progresiva de la Constitución (Tesis P/J. 61/2000). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XI, 13. No. Registro: 191,673. TMX28.084.
- Tennessee v. Whitworth, 117 U.S. 139 (1886).
- Tribunal Constitucional del Perú. (2003, 1 de diciembre). *Expediente N.º 0006-2003-AI/TC* [Sentencia, caso 65 Congresistas de la República].
- Weems v. United States, 217 U.S. 349 (1910).

Tratados

- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*.
- Organización de las Naciones Unidas. (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.