

AFIRMACIONES Y NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009-2012)

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ*
JULIETA MORALES SÁNCHEZ**

SUMARIO

I. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA JURISDICCIÓN INTERAMERICANA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS. 1. Contenido. 2. Dinámica del Sistema Interamericano. 3. Situación actual. 4. Doctrina y diálogo jurisprudencial. II. REGLAMENTO DE 2009-2010. III. *OPINIÓN CONSULTIVA OC-20/09: JUECES AD-HOC Y JUECES NACIONALES*. IV. CRITERIOS ADOPTADOS EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS CONTENCIOSOS. 1. Violaciones por motivos de género. 2. Control de convencionalidad. 3. Indagación judicial. 4. Vida privada y nuevas tecnologías. 5. Derechos de niños y niñas. 6. Derechos económicos, sociales y culturales. 7. Libertad de expresión. 8. Prisión preventiva. 9. Condiciones de reclusión. 10. Derechos de migrantes no documentados o irregulares. 11. Orientación sexual. 12. Adopción y derechos del niño. 13. Amnistías. 14. Derechos de personas discapacitadas. 15. Fecundación *in vitro* (FIV).

* Ex-juez y ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

** Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctora en Derecho con Mención Honorífica por esta misma Facultad. Consultora del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y miembro (fundadora) del Instituto Colombiano de Derechos Humanos.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA JURISDICCIÓN INTERAMERICANA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

1. Contenido

Anteriormente hemos dado cuenta, con la hospitalidad de este *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, acerca de las afirmaciones y novedades contenidas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte o CorteIDH) en el curso de los años recientes. El último artículo de esta materia aparecido en el *Anuario* informa sobre el período 2007-2009¹. No nos proponemos revisar ahora cada uno de los temas abordados por el Tribunal interamericano, que han sido numerosos y relevantes, siempre en el marco de su «vocación institucional» como jurisdicción de casos paradigmáticos². En el *iter* cumplido en más de tres décadas, a partir de su instalación formal en 1979, la CorteIDH ha formado una extensa y rica jurisprudencia, que concurre a integrar, con aportaciones apreciables, el Derecho interamericano de los derechos humanos.

Nuestro objetivo actual, acotado por naturales requerimientos de tiempo y espacio, es brindar una breve noticia acerca de algunas novedades que conciernen al desempeño de la jurisdicción interamericana en los últimos años, en el marco del Sistema regional en el que actúa, y destacar reformas y criterios emergentes a partir del final de junio de 2009, así como reiteraciones o ampliaciones relevantes de criterios establecidos con anterioridad. Con este propósito desarrollaremos una consideración general introductoria —de la que forman parte estos párrafos—, nos referiremos a las modificaciones al Reglamento de la Corte adoptadas en 2009 y vigentes en 2010 y aludiremos, en forma concentrada, al ejercicio de la función consultiva y a ciertas novedades en decisiones contenciosas entre 2009 y 2012, que desde luego no agotan el vasto conjunto de temas examinados por la CorteIDH en el período al que nos estamos refiriendo. La fecha de cierre de este trabajo es el 31 de diciembre de 2012.

¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, «La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el periodo 2007-2009», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 13, Madrid, 2009, pp. 497-540. Dicho panorama recoge criterios sustentados por la Corte desde el *Caso de la Masacre de la Rochela*, sentencia de 11 de mayo de 2007, hasta el *Caso Reverón Trujillo*, sentencia de 30 de junio de 2009. El presente trabajo analiza las decisiones generadas en el período comprendido entre el 1 de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2012.

² Entre 1987 y 2012, la Corte Interamericana ha emitido 259 sentencias. Resolvió íntegramente —a través de uno o varios pronunciamientos— 160 casos contenciosos. Sobre el carácter paradigmático de sus sentencias, cfr. GARCÍA RAMÍREZ y DEL TORO HUERTA, Mauricio, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Discusiones y transformaciones*, UNAM, Porrúa, México, 2011, pp. 168-170.

2. Dinámica del Sistema Interamericano

Es preciso considerar la circunstancia en la que ahora nos encontramos y que concurre a determinar el porvenir inmediato y mediato de la CorteIDH y, en rigor, de todo el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En diversos momentos, a lo largo de varios lustros, se ha convocado a llevar adelante una revisión puntual y realista del Sistema y, dentro de éste, de la jurisdicción interamericana, que permita identificar sus fortalezas y sus debilidades y mejorar su desempeño al servicio de la causa de los derechos humanos. Es obvio que las condiciones en las que hoy opera el Sistema no son las mismas que prevalecían en su distante origen formal: 1945, año de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz³, reunida en Chapultepec, México, y ni siquiera las que dominaban en 1969, año en que la Conferencia sobre Derechos Humanos, reunida en San José, Costa Rica⁴, aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José⁵ (CADH o Convención Americana).

Entre aquellos años y los días que corren han ocurrido cambios mayores en el panorama de los países americanos, que gravitan, en gran medida, sobre los temas concernientes a derechos humanos. Ante todo, se ha producido un giro sustancial en la vida política iberoamericana —o latinoamericana— y en la integración y la marcha de sus instituciones. El generalizado autoritarismo, de distinto signo, que caracterizó a esta región a lo largo de una buena parte del siglo XX, ha cedido el espacio a un vigoroso movimiento democratizador que se proyecta en la consideración de los derechos humanos en la doble escena nacional e internacional. Los vínculos entre democracia y derechos humanos son evidentes; los ha destacado, por lo que respecta a esta área continental, la propia Organización de los Estados Americanos en la Carta Democrática⁶.

³ Cfr. *Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz. México, 1945*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2003.

⁴ Cfr. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y documentos*, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., rep. 1978.

⁵ La Convención Americana fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, reunida en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. La fecha de suscripción fue el 22 de noviembre de ese año, y entró en vigor el 18 de julio de 1978, una vez que se obtuvo la ratificación o adhesión, en sus casos, de once Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

⁶ La Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001, manifiesta que «la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos» (artículo 7), y señala que «los Estados Miembros (de la OEA) reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio».

Al amparo de esta evolución —que ofrece, por supuesto, luces y sombras, aciertos y errores, esperanzas y frustraciones—, ha caminado el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, dentro de éste, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos: aquélla, con más de medio siglo de actuación, y ésta con poco más de treinta años. Si es verdad que el giro político ha sido espectacular y alentador, en términos generales, también lo es que subsisten problemas importantes y exigencias perentorias. De ahí que estemos siempre ante una obra en marcha, inconclusa, y reconozcamos que los avances alcanzados se encuentran en frecuente riesgo.

3. Situación actual

En los últimos años se ha emprendido, mediante convocatoria formal de los órganos del Sistema, una profunda revisión de éste, que deberá proveer modificaciones y novedades de diversa entidad y naturaleza⁷. Por lo tanto, quien se disponga a examinar el Sistema Interamericano y sus implicaciones en la actividad de los órganos que en él coinciden, inclusive, por supuesto, la Corte Interamericana, deberá seguir este proceso de revisión y tomar en cuenta sus resultados en el corto y en el largo plazos. Seguramente habrá novedades relevantes, encaminadas a mejorar la protección de los derechos y las libertades de los habitantes de América. Este objetivo, en medio de los avatares políticos que pueblan nuestro Continente, permitirá justificar las novedades que aparezcan a partir de ahora.

A ello sirvió, como culminación del proceso mencionado, la 44^a. Asamblea General Extraordinaria de la OEA, reunida el 22 de marzo de

⁷ El 29 de junio de 2011, el Consejo Permanente de la OEA creó un Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyo informe fue adoptado el 25 de enero de 2012 por el Consejo Permanente de la Organización. El 9 de abril de 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos transmitió al Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos el Documento de Posición sobre el Proceso de Fortalecimiento del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. El 15 de febrero de 2013, la Comisión publicó el proyecto de reformas al Reglamento, políticas y prácticas de la Comisión Interamericana, y abrió un período de consulta hasta el 1 de marzo de 2013. La Comisión Interamericana recibió observaciones y comentarios de Estados miembros, sociedad civil y academia sobre el programa integral de reforma que planea efectuar durante el primer semestre del año 2013. Al respecto, véase <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/fortalecimiento.asp>, <http://www.oas.org/es/cidh/fortalecimiento/consulta2013.asp> y <http://www.oas.org/es/cidh/consulta2013/comments.asp>. El Consejo Permanente de la OEA acordó convocar a la Asamblea General Extraordinaria para el 22 de marzo, con el objetivo de concluir el proceso de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Cfr.* Comunicado de Prensa C-023/13, http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-023/13.

2013. Aprobó una resolución que dispone la continuidad en el diálogo sobre la materia, tomando en cuenta los aportes hechos hasta ese momento en el proceso de reflexión y los debates realizados en la propia Asamblea. Se postuló el pleno financiamiento del Sistema a través del Fondo Regular de la OEA. Mientras se alcanza este objetivo, existirá la posibilidad de seguir recibiendo contribuciones voluntarias en el marco de los lineamientos trazados por la Comisión y la Corte, preferentemente sin fines específicos. Se instó a la Comisión a fortalecer todas sus relatorías, provistas con adecuado financiamiento. Igualmente, se reiteró la convocatoria a los Estados miembros de la OEA a ratificar o adherir a los instrumentos interamericanos sobre derechos humanos y reconocer la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH⁸.

La Corte Interamericana ha cumplido un papel de primer orden en la tutela de derechos y libertades en el Continente Americano, conforme a las atribuciones que le asigna la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, y en el ejercicio de su doble competencia primordial: consultiva, que se extiende a todos los países integrados en la Organización de los Estados Americanos que requieran opinión, y contenciosa, que se ejerce con respecto a aquellos que han reconocido esta función para el tratamiento y la decisión de litigios que les conciernen; el número de éstos se ha mantenido invariable en el curso de tres lustros: veintiuno⁹.

Hablamos de las competencias primordiales, consultiva y contenciosa. A éstas es preciso agregar dos competencias en el ámbito jurisdiccional de la Corte, que han adquirido suma importancia y cuyo buen ejercicio contribuye significativamente al régimen tutelar interamericano de los derechos humanos, a saber: preventiva, que se manifiesta en el frecuente dictado de medidas provisionales en situaciones de especial gravedad y urgencia, que pudieran generar daños irreparables¹⁰; y ejecutiva —o supervisora del cumplimiento de las resoluciones judiciales—, cuyo ejercicio sistemático inició la CorteIDH en noviembre de 2007. Tómese en cuenta que en el sistema interamericano no existe un mecanismo de cumplimiento similar al que ofrece el régimen europeo a través del Comité de Ministros¹¹.

⁸ Cfr. http://www.oas.org/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-115/13

⁹ A saber: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

¹⁰ Cfr. REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Margarita, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Temis, IIDH, Bogotá, 2005.

¹¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ y ZANGHI, Claudio, «Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias» en Varios, *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, eds. Javier García Roca, Pablo Antonio Fernández, Pablo Santolaya y Raúl Canosa, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pp. 461 y ss.

Vale mencionar aquí que un Estado —Trinidad y Tobago— denunció hace varios años la Convención Americana y por ello quedó fuera del ámbito de competencia material del Tribunal¹²; y que otro más —Venezuela— lo ha hecho en 2012¹³. Esta segunda denuncia entrará en vigor al cabo de un año contado desde que se depositó el instrumento correspondiente en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos¹⁴. No han faltado voces que insten al Estado venezolano a reconsiderar su decisión y retirar la denuncia formulada, que se mantiene en pie al tiempo de cerrar la elaboración del presente artículo.

Esta última gestión sirve al propósito —hasta ahora no alcanzado— de ir adelante en la verdadera universalidad (o «regionalidad», si se prefiere decirlo así) del Derecho interamericano convencional en materia de derechos humanos. Es evidente que la Convención Americana (Pacto de San José) aún se halla lejos de conseguir esta cobertura natural, que anhelaron sus autores, y que tampoco han alcanzado los protocolos de la Convención sobre derechos económicos, sociales y culturales¹⁵ y pena de muerte¹⁶, y los tratados que cubren grandes cuestiones específicas que vienen al caso en este ámbito: tortura¹⁷, desaparición forzada¹⁸, no violencia contra la mujer¹⁹ y no discriminación de discapacitados²⁰.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha ganado influencia y penetración en un buen número de países, que admiten, cada

¹² Trinidad y Tobago notificó la denuncia al Secretario General de la OEA el 26 de mayo de 1998.

¹³ La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela fue comunicada al Secretario General de la OEA el 10 de septiembre de 2012. *Cfr.* http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12.

¹⁴ El artículo 78 de la Convención dispone: «1. Los Estados parte podrán denunciar esta Convención (...) mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes. 2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención, en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto».

¹⁵ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador», de 17 de noviembre de 1988.

¹⁶ Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la pena de muerte, de 8 de junio de 1990.

¹⁷ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 9 de noviembre de 1985.

¹⁸ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994.

¹⁹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, «Convención de Belém do Pará», de 9 de junio de 1994.

²⁰ Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de 7 de junio de 1999.

vez con mayor amplitud y firmeza, la fuerza vinculante de los criterios emitidos por ese Tribunal, sobre todo en asuntos contenciosos. Volveremos sobre este punto al referirnos al denominado «control de convencionalidad», un tema cada vez más explorado en el área latinoamericana, de lo que México da buen ejemplo, sobre todo a partir de 2011²¹. En varias sentencias de la CorteIDH se hace notar el progreso observado en la admisión nacional del carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana²², que constituye una notable manifestación de la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos.

El Tribunal interamericano ha mantenido a muy buen ritmo el despacho de los asuntos que le incumben²³. No enfrenta, propiamente, problemas de rezago en ese despacho; los planteamientos de carácter contencioso mantienen un flujo razonable y retienen la condición esencial de la Corte a la que antes nos referimos: tribunal para casos paradigmáticos, llamado a establecer los criterios que los tribunales domésticos y otros órganos nacionales deberán recoger hacia el interior de los Estados. Entenderlo y practicarlo así ha sido un rasgo característico y un gran acierto del Sistema Interamericano, que debiera mantenerse.

En ocasiones se ha dicho que la Corte Interamericana no es un tribunal permanente, y que debiera serlo. Esta afirmación, que desde luego no compartimos, se instala sobre el hecho de que los jueces integrantes de la Corte no se hallan permanentemente reunidos en la sede, ni sesionan sin interrupción, como cuerpo colegiado, a lo largo del año. Se pierde de vista que la permanencia de un tribunal depende de la continuidad en el ejercicio de sus atribuciones. Esto ocurre, rigurosamente, en la Corte Interamericana. No hay períodos de suspensión en el desempeño de las funciones del Tribunal, aunque sólo se reúna periódicamente (con creciente frecuencia y por lapsos mayores). Otra cosa es la pertinencia de que el Tribunal se halle constituido con mayor número de jueces, para beneficio de la representatividad continental del organismo, y cuente con mayores recursos económicos, que se reflejarían en la planta de colaboradores de la Corte.

²¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2ª ed., Porrúa, UNAM, México, 2012, pp. 245-274.

²² En este sentido, *cfr.*, p. ej., *Caso Cabrera García y Montiel Flores*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 224-233, cuyas consideraciones sobre este punto reiteran varias sentencias posteriores.

²³ En el año 2012 el promedio de duración en el procesamiento de casos en la Corte fue de 19.2 meses. En el año 2011 el promedio fue de 16.4 meses. La Corte explicó que en 2012 la duración se vio incrementada debido a la diligencia probatoria realizada *in situ* en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, cuya tramitación ante la CorteIDH tuvo una duración excepcional: 26 meses. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2012*, http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/spa_2012.pdf.

No sobra mencionar el gran esfuerzo hecho por la Corte Interamericana, a partir de 2004, por incrementar fuertemente su presencia y su relación con los Estados americanos. A este respecto destacan los períodos de sesiones desarrollados fuera de la sede de la Corte (San José, Costa Rica). En 2004 se realizó por primera vez un período de sesiones «externo»: la Corte sesionó públicamente en Asunción, Paraguay. Y a partir de entonces lo ha hecho, con frecuencia y excelentes resultados, en otros países americanos²⁴. Esta es una significativa y plausible experiencia, que también debe retenerse.

Como es sabido, la jurisdicción interamericana se halla gobernada por la multicitada Convención Americana, de 1969, que no ha incorporado ningún cambio desde aquel año. Asimismo, la jurisdicción a la que ahora nos referimos se halla sujeta al Estatuto —un documento esencialmente orgánico— expedido por la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos²⁵. Finalmente, cuenta con otro instrumento normativo de gran relevancia, particularmente en asuntos del procedimiento: el Reglamento que dicta y revisa la propia Corte²⁶. Merced a esta atribución normativa, el Tribunal ha podido incorporar novedades de primer orden en el marco de la jurisdicción interamericana, entre ellas la nueva presencia de la Comisión Interamericana en el procedimiento contencioso, la participación en éste de la víctima de la violación y la denominada defensoría pública interamericana. De todo esto nos ocuparemos, *infra*, en un apartado específico sobre el actual Reglamento de la Corte.

Conviene señalar desde ahora que la víctima carece de acción procesal directa ante la Corte. Ésta se halla en manos de la Comisión Interamericana —mediante «sometimiento» de casos— y de los Estados partes en la Convención que han admitido la competencia contenciosa de aquélla.

²⁴ La Corte ha realizado períodos extraordinarios de sesiones en Paraguay (2005), Brasil (2006), Argentina (2006), El Salvador (2006), Guatemala (2007), Colombia (2007), Honduras (2008) Uruguay (2008), México (2008), República Dominicana (2009), Chile (2009), Bolivia (2009), Perú (2010), Ecuador (2010), Panamá (2011), Colombia (2011), Barbados (2011), Ecuador (2012) y Colombia (2013). *Cfr.* Saavedra Alessandri, Pablo, y Pacheco Arias, Gabriela, «Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América», en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA, Mireya, (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.

²⁵ El Estatuto vigente fue aprobado por Resolución 448 de la Asamblea General de la OEA en su Noveno Período de Sesiones, octubre de 1979

²⁶ El artículo 61 CADH dispone: «La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento». En los mismos términos, el artículo 39 por lo que toca a la Comisión Interamericana.

Las opiniones se han dividido en torno a la conveniencia de que la víctima pueda comparecer directamente ante la Corte, a la manera del sistema europeo. Por ahora ha prevalecido la opinión contraria, en cuyo favor militan buenas razones prácticas, que se traducen, en último análisis, en beneficio de la justicia interamericana y, por este medio, de la protección de los derechos del individuo. Empero, hay puntos de vista en sentido diferente. El tema —que reviste importancia superlativa para el futuro del Tribunal y para el buen desempeño de la jurisdicción interamericana— requiere un examen detallado que no podríamos abordar ahora. Se trata de un punto diferencial, de suma relevancia, entre los sistemas europeo y americano.

4. Doctrina y diálogo jurisprudencial

Es importante observar que la bibliohemerografía acerca de la jurisdicción interamericana sigue aumentando. Ésta es objeto de constante examen y comentario en los países del área, e incluso en otros países. Hoy día se dispone de importantes estudios comparativos sobre los sistemas interamericano y europeo²⁷, cuyas afinidades y diferencias han sido frecuentemente analizadas por los estudiosos de esta materia a lo largo de las últimas décadas. En fechas recientes han aparecido numerosas obras acerca de la jurisdicción interamericana en general y en torno a temas especiales de su interés y competencia²⁸.

Generalmente, la obra de la CorteIDH ha merecido comentarios elogiosos, que consideramos justos, pero también han aparecido cuestionamientos

²⁷ Así, Varios, *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano...*, *op. cit.*

²⁸ Entre los libros publicados en Europa en el período al que se refiere este artículo figura la excelente obra de Laurence BURGORGUE-LARSEN y Amaya ÚBEDA DE TORRES, inicialmente en francés: *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, con versiones al español: *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2009, y una versión ajustada, en inglés: *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, N.Y., 2011. Igualmente, Varios, *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour Interaméricaine, pionnière et modèle?*, dirs. Elisabeth LAMBERT ABDELGAWAD et Kathia MARTIN-CHENUT, Société de Législation Comparée, Paris, 2010. En la literatura hispanoamericana, véase MONTERISI, Ricardo D., *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2009; NASH ROJAS, Claudio, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, Porrúa, México, 2009. De GARCÍA RAMÍREZ, *cfr. El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, Porrúa, México, 2011, y en coautoría con Mauricio DEL TORO HUERTA, *México ante la Corte...*, *op. cit.* A la bibliografía de esta materia, se sumará una importante obra colectiva, de muy próxima aparición, *La América de los Derechos*, coordinada por Edgar CORZO y editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

que es preciso conocer y tomar en cuenta²⁹. No sobra utilizar como patrón de referencia, a la hora de practicar las evaluaciones —ciertamente indispensables, realizadas con objetividad—, el acierto y la utilidad de la elaboración jurisprudencial de la Corte y su influencia en la tutela concreta de los derechos humanos. En tiempo reciente, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile ha puesto en curso un *Boletín* sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana³⁰.

Todavía es mucho mayor la atención que la Corte Interamericana ha prestado a la jurisdicción europea y a otros sistemas de justicia internacional que la que ha recibido por parte de éstos. Históricamente, la CorteIDH ha mirado con frecuencia hacia esos sistemas, cuyos pronunciamientos son constantemente invocados en las decisiones interamericanas. En los últimos tiempos, la jurisdicción interamericana ha incursionado con plausible decisión en el «diálogo jurisprudencial» con órganos nacionales de justicia de países americanos, que tienen en su haber notables progresos en la medida en que se desenvuelve, con fuerza y competencia, la justicia constitucional. Esta versión de la llamada *cross fertilization* se observa en algunas resoluciones de la CorteIDH, informadas por la reflexión sobre determinadas decisiones de la justicia doméstica³¹.

II. REGLAMENTO DE 2009-2010

Como antes manifestamos, el Reglamento de la Corte, emitido por ésta conforme a las facultades que le atribuye el Pacto de San José, constituye el instrumento más dinámico, con mayor aptitud de actualización, entre los mandamientos que regulan el ejercicio jurisdiccional del Tribunal. Gracias al Reglamento, así como a las sentencias de la Corte que interpretan los preceptos del conjunto normativo, el desempeño del Tribunal se ha mantenido al día y en constante progreso.

A partir de 1980, la CorteIDH ha contado con varios reglamentos³². Estos implican, en esencia, revisiones más o menos profundas de la nor-

²⁹ Cfr. los artículos que figuran en la importante obra colectiva *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2011.

³⁰ Cfr. <http://www.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/93.pdf>.

³¹ Cfr. al respecto el *Voto razonado* del juez Sergio García Ramírez en el *Caso Albán Cornejo*, del 22 de noviembre de 2007, párrs. 25-31; asimismo, la referencia de la Corte Interamericana a la posición de la Suprema Corte de Justicia de México a la que aludiremos, *infra*, al comentar el criterio de aquélla en el *Caso Atala Riffo y Niñas*.

³² El primero fue aprobado en el III Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980; el segundo, en el XXIII Período Ordinario de Sesiones, realizado del 9 al 18 de enero de 1991; el tercero, en el XXIV Período Ordinario de Sesiones: 9 a 20 de septiembre de 1996; el cuarto, en el XLIX Período Ordinario de Sesiones, del 16 al 25 de no-

mativa original del Tribunal: pasos adelante, conforme a la experiencia y a los requerimientos y expectativas observados en cada etapa de la práctica jurisdiccional. Hoy día (febrero de 2013, aun cuando las restantes referencias contenidas en este artículo tienen como límite el mes de diciembre de 2012), se cuenta con un reglamento emitido al final de 2009 y vigente al inicio de 2010, llamado a regir sobre los procedimientos abiertos a partir de esta última fecha³³.

En la preparación de la reforma que culminó en 2009, anunciada de tiempo atrás y practicada en dos etapas de «diálogo y reflexión», se optó por llevar a cabo una amplia e intensa consulta entre los «actores» del Sistema Interamericano, que permitió a la Corte escuchar, analizar y tomar en cuenta planteamientos formulados y sostenidos por la Comisión Interamericana —con cuyos representantes hubo constante diálogo por parte de los jueces y la secretaría general de la Corte—, los Estados partes en la Convención y sujetos a la competencia contenciosa del Tribunal, los organismos de la sociedad civil —especialmente aquellos que cuentan con mayor presencia y experiencia en el trabajo regular del Tribunal—, académicos y otros opinantes, entre éstos las defensorías públicas y el ombudsman de diversos países americanos. Es así que la Corte consideró que su nuevo Reglamento «es producto de la comunicación constructiva, participativa y transparente entre ésta y los diferentes actores y usuarios del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos»³⁴.

No es nuestro propósito describir con detalle todas las modificaciones aportadas por el Reglamento de 2009. Nos referiremos a las más destacadas, que ponen de manifiesto las necesidades advertidas en el momento del cambio normativo y los objetivos de corto y mediano plazo atendidos por el Tribunal, que constan en la exposición de motivos correspondiente³⁵. Un tema fundamental —o «el» tema principal— de la reforma ha sido el pa-

viembre de 2000, y reformado en el LXI Período: 20 de noviembre a 4 de diciembre de 2003 y en el LXXXII Período: 19 a 31 de enero de 2009. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, Secretaría de la CorteIDH, San José, Costa Rica, 2010.

³³ El Reglamento fue aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Tiene fecha del 24 de noviembre de 2009. El artículo 78 previene que entrará en vigor el 1 de enero de 2010. El artículo 79.1 previene: «Los casos contenciosos que ya se hubiesen sometido a la consideración de la Corte antes del 1º de enero de 2010 se continuarán tramitando, hasta que se emita sentencia, conforme al Reglamento anterior».

³⁴ «Exposición de motivos de la reforma reglamentaria», Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos...*, *op. cit.*, p. 193. También puede verse en http://www.corteidh.or.cr/regla_esp.pdf.

³⁵ «Exposición...», Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos...*, *op. cit.*, pp. 193-197.

pel de la Comisión Interamericana ante la jurisdicción regional de los derechos humanos. En este sentido destaca una doble vertiente sujeta a consideración: por una parte, el perfil y la actividad de la Comisión como parte «formal» en el proceso sobre derechos humanos; por la otra, su misión como custodio del orden público interamericano, misión que debió ser reconsiderada en el reglamento tanto en sí misma como a la luz del papel asumido por la víctima y su representante en el proceso a partir de anteriores reformas reglamentarias y prácticas del Tribunal.

El Reglamento en vigor reduce la actividad de la Comisión en actuaciones que conciernen, propiamente, a una parte procesal, aunque retiene en el haber de aquélla, por mandato de la Convención, la potestad de plantear casos contenciosos ante el Tribunal. La Corte señala: «La principal reforma que el nuevo Reglamento introduce es el papel de la Comisión en el procedimiento ante la Corte»³⁶. Consecuentemente, destaca la función representativa del orden público interamericano, órgano del Sistema. El protagonismo procesal recae, cada vez más, en la víctima y sus representantes, a tal punto que sólo éstas, como regla general, pueden aportar pruebas sobre puntos en controversia.

La Comisión plantea ante la Corte el pronunciamiento jurisdiccional en torno a una controversia, ya no por medio de una demanda —así denominada—, sino a través de la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana, en el que constan las cuestiones que deberá atender la jurisdicción³⁷. Al tiempo de la audiencia ante la Corte, la Comisión formula la primera presentación del tema *sub judice*, ponderando sus aspectos esenciales y las consecuencias que de ellos derivan, y expone las consideraciones finales que estima pertinente. Son las partes materiales —Estado y víctimas—, en cambio, quienes proponen pruebas, interrogan a testigos y peritos y formulan alegatos³⁸. Así, la Comisión deja de tener una posición dual ante la Corte, la de representante de víctimas y la de órgano del sistema.

El Reglamento, que hoy día regula específicamente tanto el procedimiento en casos planteados ante el Sistema por promociones individuales como el correspondiente a litigios «interestatales»³⁹ recoge las definiciones establecidas por la Corte a propósito de jueces *ad-hoc* y jueces nacionales del Estado que comparece en el proceso⁴⁰. No desarrollaremos aquí este punto, cuya presentación figura *infra*, en el apartado correspondiente

³⁶ *Id.*, p. 194.

³⁷ Artículo 35.

³⁸ *Cfr.* artículos 35, numeral 1, inciso f), 46, numeral 1 y 50-52.

³⁹ Artículo 36.

⁴⁰ Artículos 19 y 20.

a la *Opinión Consultiva 20/09*, opinión que analizó este tema y lo llevó a las definiciones que informan tanto el Reglamento como la nueva práctica de la Corte.

Ha sido preocupación constante de la Corte, expuesta en diversos foros, e inquietud permanente del Sistema Interamericano, la situación que guardan las víctimas que desean acceder a la tutela internacional, pero no pueden hacerlo por carecer de patrocinio competente y suficiente. En el orden interno, esta cuestión encuentra algún alivio a través de la defensoría pública o de oficio. No ha sido así en el orden internacional americano, en el que la representación o el apoyo a víctimas han quedado a cargo de organizaciones de la sociedad civil, ciertamente esforzadas y bien calificadas, que no están en condiciones, sin embargo, de brindar su auxilio a todas las personas que pudieran requerirlo.

La carencia de una defensoría pública que permita el acceso de un mayor número de víctimas a la tutela jurisdiccional se ha enfrentado por la doble vía del ombudsman que asiste a la víctima, no obstante que dicho órgano forma parte del Estado demandado, y de la defensoría pública, también órgano del Estado⁴¹. En una etapa más avanzada de este desarrollo, el Reglamento de la Corte ha incorporado la novedosa figura del «defensor interamericano», que aquélla puede designar —con base en la colaboración que brinde la Asociación Interamericana de las Defensorías Públicas— para que asuma la representación de la víctima en el curso del proceso interamericano⁴². Desde luego, se requiere disponer de sustento económico para la operación de este novedoso participante. La labor del Defensor Interamericano debe complementarse con el «Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos»⁴³.

Otros temas acogidos en la reforma reglamentaria de 2009, en los que no nos detendremos ahora, corresponden a la reformulación de plazos para favorecer la diligencia procesal, el empleo de nuevas tecnologías que faci-

⁴¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, «Ombudsman y tutela interamericana de los derechos humanos», en Varios, *El ombudsman en el Sistema Internacional de Derechos Humanos: contribuciones al debate*, coord. Guillermo ESCOBAR ROCA, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, pp.79-99, y en *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, CNDH*, México, año 1, número 3, 2006, pp. 53-74.

⁴² Artículo 37: «En casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación del caso».

⁴³ La Asamblea General de la OEA dispuso la creación de un Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (AG/RES/2426 de 3 de junio de 2008) y el Consejo Permanente aprobó un Reglamento para el funcionamiento de dicho Fondo (CP/RES. 963 de 11 de noviembre de 2009). A su vez, la CorteIDH emitió un Reglamento sobre el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, el 4 de febrero de 2010. La Comisión Interamericana cuenta con un Reglamento sobre este mismo asunto, vigente desde el 1 de marzo de 2011.

liten las comunicaciones en el desarrollo del enjuiciamiento, la presentación de escritos de *amicus curiae*, que han sido numerosos y valiosos para el conocimiento del Tribunal, la designación de representantes comunes, la elaboración de *affidavits* ante fedatario público, la oportunidad en la presentación de pruebas y otros extremos que han aparecido y recibido soluciones diversas en la práctica del Tribunal.

III. OPINIÓN CONSULTIVA OC-20/09: JUECES AD-HOC Y JUECES NACIONALES

En la primera etapa del funcionamiento de la Corte IDH hubo diversos requerimientos de opinión formulados por la Comisión Interamericana o por Estados partes en la Organización de los Estados Americanos, en número mayor que el de los casos contenciosos sometidos al Tribunal⁴⁴. En la actual etapa se han invertido los términos: son cada vez más frecuentes las demandas —o sometimientos— de litigios y cada vez menos las solicitudes de opinión consultiva⁴⁵.

Con todo, la función consultiva sigue siendo una vertiente muy destacada en el desempeño jurisdiccional —*lato sensu*— de la Corte. Ha contribuido a establecer la jurisprudencia interamericana en torno a grandes cuestiones que atañen a la definición y tutela de los derechos humanos (principio de legalidad, pena de muerte, libertad de expresión, estados de excepción, situación de los menores de edad, migrantes indocumentados, *inter alia*). Este es un rasgo relevante de la jurisdicción interamericana, que establece otro punto de diferencia con su correspondiente europea.

En el curso de los años recientes, la Corte se ha pronunciado dos veces en opiniones consultivas, y ha declinado algunas solicitudes de opinión⁴⁶. La primera, por la fecha en que fue requerida y emitida, queda

⁴⁴ Entre el 24 de septiembre de 1982 y el 6 de octubre de 1987, la Corte expidió nueve opiniones consultivas. En cambio, las primeras tres sentencias sobre excepciones preliminares se dictaron el 26 de junio de 1987, y las primeras tres sobre puntos de fondo (no reparaciones, que llegaron más tarde) lo fueron el 29 de julio de 1988 (*Caso Velásquez Rodríguez*), el 20 de enero de 1989 (*Caso Godínez Cruz*) y el 15 de marzo del mismo 1989 (*Casos Fairén Garbí y Solís Corrales*), conocidos como «casos hondureños», en función del Estado demandado. *Cfr.* <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> y <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

⁴⁵ La Corte IDH sólo ha emitido dos opiniones consultivas entre 2005 y 2009, a las que *infra* nos referiremos: *OC-19/05*, de 28 de noviembre de 2005, acerca de la legalidad en el ejercicio de atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y *OC-20/09*, de 29 de septiembre de 2009, en torno a la interpretación del artículo 55 de la Convención Americana (jueces *ad hoc* y jueces nacionales del Estado demandado).

⁴⁶ La declinación de más reciente fecha se produjo el 27 de enero de 2009, acerca del planteamiento de la Comisión Interamericana sobre castigo corporal de niños. El Tribunal estimó que ya había fijado su criterio a este respecto, particularmente en la *OC-17/02*.

fuera de este panorama⁴⁷. La segunda se produjo en el período que nos ocupa. Habrá una tercera, que se halla en trámite, cuya decisión llegará en fecha posterior al cierre de este trabajo⁴⁸. Sólo nos referiremos, pues, a la segunda, que reviste notable importancia en la medida en que modificó radicalmente un uso de la Corte, observado a lo largo de varias décadas, y suscitó posiciones diversas y a veces enfrentadas entre los actores del Sistema: algunos Estados, que sostuvieron un punto de vista diferente del que finalmente acogió la Corte, y la Comisión Interamericana, varios académicos e instituciones de la sociedad civil, que manifestaron un parecer coincidente con el que adoptaría el tribunal.

La *Opinión Consultiva OC-20/09*, solicitada por el Estado Argentino y emitida el 29 de septiembre de 2009, tuvo a la vista dos cuestiones importantes para la integración y las decisiones de la Corte Interamericana. En efecto, se examinó tanto la pertinencia de conservar la figura del *juez-ad hoc* como miembro del Tribunal, designado por un Estado demandado cuando en la composición ordinaria de la Corte no figurase ningún juez con la nacionalidad de aquél, como la de que el juez nacional del Estado demandado, miembro titular del Tribunal, participara en el conocimiento y la decisión de litigios en los que ese Estado figurase como parte.

Conviene señalar que la respuesta a ambas cuestiones había sido afirmativa: en muchos casos hubo designación de *juez-ad hoc* (por el Estado demandado, nacional de éste o de otro Estado), designación convocada y aceptada por la Corte —frente a una posición adversa de la Comisión Interamericana—⁴⁹; y regularmente los jueces de la nacionalidad del Estado sujeto a juicio, ya integrados regularmente en la Corte, mantuvieron su presencia en el Tribunal, participaron en deliberaciones y votaron las resoluciones respectivas. Esta última situación comenzó a variar en los últimos tiempos⁵⁰.

⁴⁷ Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-19/05* de 28 de noviembre de 2005.

⁴⁸ El 7 de julio de 2011, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, países del Mercosur, presentaron solicitud de opinión consultiva sobre la situación migratoria de niñas y niños y la de sus padres a la luz de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la CADH y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

⁴⁹ *Cfr.* el cuestionamiento del juez *ad hoc* en García Ramírez, «La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. Actualidad y perspectivas», *Revista Mexicana de Política Exterior* (México, no. 54, junio de 1998, pp. 116-149); reproducido en *Estudios jurídicos*, del mismo autor. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 279 y ss.

⁵⁰ Desde el 7 de mayo de 2009, el juez García Ramírez invocó su nacionalidad para separarse del conocimiento de asuntos concernientes a México. Posteriormente declinó conocer de casos de la misma procedencia, y presentó los escritos correspondientes a la Corte o a su Pre-

La solicitud argentina cuestionó a fondo la persistencia del juez-*ad hoc*. La Corte Interamericana hizo notar que esta figura tiene raíz en el procedimiento que se sigue ante la Corte Internacional de Justicia y se halla vinculada a litigios en que los Estados actúan como partes, no así en contiendas entre individuos y Estados, como las que regularmente atiende el Tribunal de derechos humanos.

Al volver sobre el artículo 55 de la Convención Americana, la CorteI-DH consideró que el juez *ad hoc*, concebido como lo había hecho la práctica interamericana —que no constituye, por cierto, una costumbre internacional vinculante, en el sentido estricto de este concepto—, no responde adecuadamente al principio de igualdad entre las partes procesales y debe ser objeto de aplicación restringida: sólo en casos contenciosos originados en una comunicación interestatal⁵¹, esto es, en asuntos en que los litigantes son dos Estados, cuando en la Corte figura un juez con la nacionalidad de una de las partes y no existe otros juez con la nacionalidad de la contraparte procesal.

Acertadamente, la Corte desechó la idea de que la presencia de jueces *ad-hoc* se justificaría por el mejor conocimiento que éstos tienen acerca de las circunstancias y el derecho propios del Estado llamado a juicio, del que son nacionales. En efecto, los jueces no intervienen en la Corte a título de peritos o expertos en una situación o una regulación particular (para ello, el Tribunal puede y debe designar profesionales que asuman esa función); y tampoco es debido aceptar informaciones de jueces *ad hoc* en la deliberación interna del Tribunal, sin conocimiento y audiencia de la contraparte⁵².

Por lo que hace a los jueces que ordinariamente forman parte de la Corte, ésta expresó su parecer desfavorable a la intervención en casos relacionados con el Estado cuya nacionalidad ostentan. En muchos casos —señaló el Tribunal— «los jueces titulares se han inhibido de participar cuando han ostentado la nacionalidad del Estado demandado». Esta tendencia —siguió diciendo— «revela un creciente consenso en cuanto a que los jueces nacionales no deben participar en el conocimiento de estos casos»⁵³.

En fin de cuentas, la OC-20 señaló, por unanimidad de los jueces integrantes del Tribunal, que la facultad de los Estados de nombrar juez-*ad hoc* «se restringe a aquellos casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales (artículo 45 de la CADH), y que no es posible deri-

sidencia: 4 de mayo de 2008, 16 de junio de 2009, 28 de agosto de 2009 y 1 de septiembre de 2009. Estas peticiones fueron resueltas favorablemente por el Tribunal.

⁵¹ Cfr. OC-20/09, *cit.*, punto resolutivo 1.

⁵² Cfr. *Id.*, párr. 76.

⁵³ *Id.*, párr. 81.

var un derecho similar a favor de los Estados Partes en casos originados en peticiones individuales (artículo 44 de dicho tratado)». Por lo que hace al otro punto analizado, la determinación del Tribunal fue enfática: «el juez nacional del Estado demandado no debe participar en casos contenciosos originados en peticiones individuales»⁵⁴.

IV. CRITERIOS ADOPTADOS EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS CONTENCIOSOS

1. Violaciones por motivos de género

Si nos atenemos rigurosamente al período jurisprudencial establecido para los fines de este panorama, deberíamos omitir la referencia a la aplicación directa, por parte de la Corte, de la Convención de Belém do Pará, de 9 de junio de 1994. El primer caso en el que se planteó esta cuestión fue el correspondiente al *Penal Castro y Castro*, fallado en 2006. Anteriormente, el Tribunal había aplicado la Convención Americana, por supuesto, y los tratados del área relativos a tortura y desaparición forzada, no así el concierne a violencia contra las mujeres, tema y rótulo de la Convención de Belém do Pará, que es el instrumento interamericano acerca de derechos humanos que cuenta con el mayor número de Estados parte⁵⁵.

No existía una opinión favorable, fuerte y suficiente, sobre la competencia material de la Corte en lo que respecta a este último tratado. En el aludido *caso Castro y Castro* se despejó el problema y se aceptó la competencia del Tribunal para conocer asuntos derivados de la violación del artículo 7º de la Convención de Belém, que fija deberes para los Estados, destinados a combatir la violencia contra las mujeres, y reconoce derechos de éstas, en correspondencia con aquéllos. El punto de la competencia quedó ampliamente examinado en el voto particular de un juez participante en la sentencia de aquel caso⁵⁶.

Ahora nos referimos a este tema para incluir en la presente noticia un caso de la mayor relevancia y trascendencia, conocido como *Campo Algodonero*⁵⁷, en torno al cual existen obras y artículos importantes y reflexio-

⁵⁴ *Id.*, punto resolutivo 2.

⁵⁵ Treinta y dos Estados americanos han ratificado o adherido a la Convención.

⁵⁶ *Cfr. Voto razonado* del juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Castro Castro*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrs. 2-32.

⁵⁷ *Cfr. Caso González y otras (Campo Algodonero)*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Este caso se vincula a la desaparición y muerte de tres mujeres mexicanas, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodón de Ciudad Juárez el 6 de noviembre de 2001. Se responsabiliza al Estado por: la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la carencia de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia

nes numerosas⁵⁸, que concurren a fortalecer la protección de los derechos humanos de las mujeres. Ha quedado asegurada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana la aplicabilidad directa de la Convención de Belém do Pará en lo que respecta a hechos que vulneran el conjunto de deberes —y correspondientes derechos— contenidos en el artículo 7° de ese instrumento, aplicabilidad que se ha afianzado a través de las decisiones correspondientes a otros casos de fechas más recientes, en que vinieron a cuentas violaciones a derechos de mujeres indígenas⁵⁹.

En la sentencia de *Campo Algodonero* adquirió extraordinaria relevancia el criterio de «género» en el tratamiento de los derechos de las mujeres, con todo lo que ello implica. Fue importante el pronunciamiento de la Corte en relación con la perspectiva de género aplicable a las investigaciones de hechos de esta naturaleza y a la actuación de las autoridades que intervienen en ellas⁶⁰.

Ahora estimamos pertinente destacar una novedad más en aquella sentencia, que fortalece el rumbo general de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de consecuencias jurídicas de la conducta ilícita, regularmente conocidas bajo el rótulo de «reparaciones». Ese rumbo —que contribuye al perfil característico de esta jurisdicción— se ha caracterizado por la atención a los factores estructurales de la violación, es decir, las causas de la infracción, no sólo las manifestaciones de ésta.

En la especie, la sentencia avanzó en tal sentido al ordenar al Estado acciones adecuadas para combatir los patrones discriminatorios y violentos que persisten en ciertos sectores sociales y que concurren a generar violaciones por motivos de género⁶¹.

de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la omisión de respuesta de las autoridades frente a la desaparición, la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos, así como la denegación de justicia y carencia de reparación adecuada.

⁵⁸ Cfr. Varios, *Feminicidio. El fin de la impunidad*, dir. Fernando MARIÑO, coords. Amparo Alcoceba Gallego y Florabel Quispe Remón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. En esta obra figuran varios artículos acerca del *Caso Campo Algodonero* y sus características y aportaciones. El capítulo IV lleva el siguiente rubro: «La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Campo Algodonero* y su carácter rupturista e innovador» (pp. 281 y ss.). En esta obra, cfr. GARCÍA RAMÍREZ, «Violación de derechos de mujeres y violencia de género en la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos», pp. 225 y ss. Del mismo autor, cfr. «Panorama de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. Ordenamiento, desarrollo y atribuciones», en *Derechos humanos y conflictos internacionales*. Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2006, Universidad del País Vasco, España, pp. 121-209.

⁵⁹ Nos referimos a los siguientes casos, concernientes a México: *Caso Fernández Ortega y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, y *Caso Rosendo Cantú y otra*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

⁶⁰ Cfr. *Caso González y otras (Campo Algodonero)*, cit., párr. 455.

⁶¹ Cfr. *Id.*, párr. 543.

La Corte señaló que el estereotipo de género se refiere a «una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente»⁶². Así, «es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes; situación que se agrava cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas» que pueden perjudicar la vida de las personas y estigmatizar las actividades que éstas realizan⁶³. Por ello «la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer».

La decisión de la Corte reviste interés especial porque no sólo plantea la acción del Estado en las filas de sus funcionarios y servidores⁶⁴, como ha sido tradicional en las sentencias de la CorteIDH, sino también en relación con el conjunto social mismo, es decir, con personas que no se hallan sujetas a la autoridad inmediata del poder público ni son directamente responsables por las transgresiones al Derecho internacional de los derechos humanos, pero figuran eficientemente en la circunstancia, el contorno, la fuente de las violaciones. Se trata, en suma, de actuar sobre algo que va más allá del comportamiento oficial de los agentes del Estado: actuación sobre la sociedad y su cultura, que engendra violaciones. No es sencilla la obligación impuesta al Estado por la jurisdicción interamericana, pero ciertamente es necesaria: va a la raíz de los problemas.

2. Control de convencionalidad

El concepto y las implicaciones del «control de convencionalidad» vienen de tiempo atrás, a partir de la aparición de este tema en un voto particular⁶⁵, que posteriormente fue desarrollado y acogido por la jurisprudencia

⁶² *Id.*, párr. 401.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ La CorteIDH reiteró la importancia de la capacitación con perspectiva de género y precisó que ésta «implica no solo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana. En particular, las capacitaciones deben generar que todos los funcionarios reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos». *Id.*, párr. 540.

⁶⁵ *Cfr.* el *Voto concurrente razonado* del juez Sergio García Ramírez a la sentencia sobre el *Caso Myrna Mack Chang*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 27. Posteriormente el mismo Juez observó que «en la lógica del sistema —y en las aspiraciones institucionales de la Corte Interamericana, como elemento de éste— reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno —que son el puente entre el sistema internacional y el nacional—, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los progra-

de la CorteIDH. En la actualidad, la noción del control interno y judicial de convencionalidad ha tenido notable repercusión en el orden jurídico doméstico. Además de que ha sido materia de abundante desenvolvimiento doctrinal⁶⁶, en algunos países constituye uno de los reflejos más interesantes y constructivos —pero también polémicos— de la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos; tal es el caso de México, a partir de la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de este país en 2011, asociada, igualmente, a una amplia reforma constitucional sobre derechos humanos⁶⁷. Se ha dicho que el despliegue del control de convencionalidad implica la conversión de los juzgadores internos en «jue-

mas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional». *Voto concurrente* razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte en el *Caso Tibi*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrs. 3-6.

⁶⁶ En la bibliografía mexicana sobre el tema, *cfr.* GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional...*, *op. cit.*; GARCÍA RAMÍREZ y DEL TORO, Mauricio, *México ante la Corte...*, *op. cit.*; GARCÍA RAMÍREZ, *Control judicial interno de convencionalidad*, Documento de trabajo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011; reproducido en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, coord. Eduardo FERRER MAC GREGOR, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. (FUNDAP), Querétaro, México, 2012, pp. 211 y ss.; en la *Revista Perspectivas en Derechos Humanos. Revista especializada en Derechos Humanos*, Poder Judicial de Oaxaca, diciembre de 2012, pp. 43 y ss. y en *Revista Podium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, no. 39, diciembre de 2011; reproducido y ampliado en *Control judicial de convencionalidad*, Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, México, 2012, ts. I y II en la serie *Monografías* que edita el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Aguascalientes, Aguascalientes, 2012, dos vols. (nos. 50 y 51 de la serie). Para una revisión más amplia de la materia, *cfr.* la obra citada que coordinó Eduardo FERRER MACGREGOR (autor de un notable voto para la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, *cit.*), la obra colectiva *El control de convencionalidad*, coord. Susana ALBANESE, EDIAR, Buenos Aires, 2008, que ofrece varios artículos sobre esta materia; igualmente, *cfr.* HITTERS, Juan Carlos, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación», en *La Ley* (Buenos Aires), 27 de julio de 2009; REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008; VERGOTTINI, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. Pedro J. TENORIO SÁNCHEZ, pról. Javier GARCÍA ROCA, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pp. 111 y ss.; SAGÜES, Néstor Pedro, «El 'control de convencionalidad' como instrumento para la elaboración de un *ius commune interamericano*», en Varios, *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Max Planck Institut, México, 2010, t. II, pp. 449 y ss.

⁶⁷ Para un panorama detallado de esta materia, *cfr.* GARCÍA RAMÍREZ y MORALES SÁNCHEZ, *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, y Varios, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, coords. Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012.

ces interamericanos», lo cual trae consigo una suerte de «desdoblamiento funcional» de los juzgadores⁶⁸.

En este país, el tema que ahora nos ocupa se halla ligado, por motivos circunstanciales, con el renovado rechazo de la jurisdicción militar aplicada a violaciones de derechos humanos, rechazo informado en un ya antiguo criterio del Tribunal interamericano, sobre el que no volveremos ahora, y relacionado con el concepto y las aplicaciones del juez natural y el debido proceso. Se trata de jurisprudencia constante, tardíamente recibida en México.

El control de convencionalidad asignado a los juzgadores nacionales en función de las obligaciones de respeto y garantía que incumben al Estado en su conjunto, y por lo tanto a los órganos de la jurisdicción doméstica, se afianzó en el *Caso Almonacid Arellano*⁶⁹ y se ejerce a partir de dos puntos de referencia: los textos convencionales y la jurisprudencia de la CorteIDH que los interpreta. Se practica *ex officio* por los juzgadores internos, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁷⁰, lo cual supone la aplicación del principio de legalidad en el quehacer de los juzgadores. En algunos pronunciamientos recientes, la CorteIDH alude al control de convencionalidad en manos de diversos órganos que intervienen en la administración de justicia, cosa que podría extender en forma inquietante y no necesariamente benéfica la aplicación de este concepto. Se dice que dicho control incumbe a «los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles»⁷¹.

Aun cuando el Tribunal interamericano se ha referido al control difuso de convencionalidad, no ha determinado, en modo alguno, que este régimen sea el único aplicable a la materia; es posible, por lo tanto, adoptar alguna modalidad de control concentrado si así lo estima pertinente —por motivos prácticos— el Estado que regula esta cuestión en el espacio de sus propias atribuciones, que no se hallan inhibidas o condicionadas por la jurisprudencia interamericana y que debe ponderar el propio Estado⁷².

⁶⁸ Recordamos la expresión «*dédoublement fonctionnel*», que utiliza Georges Scelle. Cfr. la referencia en García Ramírez y Del Toro Huerta, *México ante la Corte Interamericana...*, op. cit., p. 218.

⁶⁹ *Caso Almonacid Arellano y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

⁷⁰ *Caso Radilla Pacheco*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339.

⁷¹ Así, *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, cit., párr. 225. La misma expresión se utiliza en casos posteriores.

⁷² Cfr. las opiniones de SAGÜES, «El control de convencionalidad...» en *La justicia constitucional...*, op. cit., pp. 672 y ss, y SERNA DE LA GARZA, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2007, pp. 281 y ss. Giuseppe de Vegottini afirma enfáticamente: «es sin duda cierto que el mecanis-

3. Indagación judicial

El Tribunal interamericano examinó algún caso en que el juzgador llevó adelante un proceso, que podría culminar en imposición de la pena de muerte (pena capital obligatoria: *mandatory death penalty*), sin que hubiese certeza sobre la existencia de las condiciones que determinarían la procedencia de un juicio de estas características⁷³. La omisión probatoria quedó en la cuenta del defensor. La Corte, sin embargo, reprobó la conducta judicial inconsecuente con el deber del juzgador de considerar la situación del inculpado, aunque no la hubiese alegado o probado el defensor, al menos para acreditar la pertinencia de la vía procesal adoptada⁷⁴. En un voto particular sobre este caso, un miembro de la Corte estimó necesario que el tribunal optase por la indagación de la verdad material por lo menos para resolver sobre la vía procesal admisible, particularmente en casos en que la pasividad judicial podría conducir a consecuencias de suma gravedad, aunque esta diligencia probatoria entrase en colisión con el modelo procesal acusatorio⁷⁵.

4. Vida privada y nuevas tecnologías

La Corte ha considerado los temas que provienen del respeto a la vida privada, reconocido en el artículo 11 CADH, y del empleo de nuevas tecnologías que permiten el acceso a comunicaciones personales y la difusión de éstas. La fluidez informativa, auspiciada por esas tecnologías, constituye un rasgo de la vida moderna que coloca a los particulares en situación de mayor vulnerabilidad. La proscripción de injerencias indebidas se aplica a conversaciones telefónicas, independientemente de su contenido⁷⁶.

mo de la cuestión prejudicial, dada su naturaleza de expediente preventivo, resulta el instrumento más idóneo para asegurar la posibilidad de diálogo entre tribunales estatales y tribunales internacionales». *Más allá del diálogo...*, *op. cit.*, p. 107.

⁷³ *Caso Dacosta Cadogan*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. En la especie, se cuestionó la aplicación de la ley que determina la imposición forzosa de pena de muerte como consecuencia del delito de homicidio, sin tomar en cuenta las circunstancias específicas del delito y los factores atenuantes que pudieran beneficiar al reo, entre ellos la alteración psicológica por uso de alcohol o drogas al momento de cometer el delito.

⁷⁴ *Id.*, párrs. 89-90.

⁷⁵ *Cfr. Voto razonado* del Juez Sergio García Ramírez en la Sentencia del *Caso Dacosta Cadogan*, *cit.*, párr. 18

⁷⁶ *Cfr. Caso Escher y otros*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 114. Este caso surge de una petición presentada el 26 de diciembre de 2000 por las organizaciones *Rede Nacional de Advogados Populares* y *Justiça Global* en nombre de los miembros de las organizaciones *Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda.* y *Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais*, por la intercepción y moni-

Es admisible la injerencia que satisface diversos extremos: a) legalidad, entendida la ley en su doble sentido: formal y material, y considerando, además, que aquélla debe contener reglas claras y detalladas para la práctica de la intervención; b) persecución de un fin legítimo, y c) idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida⁷⁷. Es preciso que ésta se halle debidamente motivada y fundamentada, atendiendo al acervo probatorio disponible y a los argumentos que la justifiquen; el rigor en la motivación y fundamentación sube de punto cuando se trata de medidas adoptadas en procedimientos en los que no es posible observar la garantía de audiencia de la parte afectada⁷⁸.

Transgreden derechos humanos —vida privada, honra, reputación— los agentes del Estado que divulgan conversaciones privadas sin autorización de los interlocutores, como ocurre en la hipótesis de comunicaciones telefónicas que se hallan bajo secreto de justicia⁷⁹.

5. Derechos de niños y niñas

La CorteIDH se ha referido extensamente a la situación jurídica y a los derechos humanos de los niños y las niñas⁸⁰, esto es, de los menores de 18 años de edad, en los términos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, en la *Opinión Consultiva OC-17/02*⁸¹. Además, el Tribunal expidió diversos pronunciamientos en casos contenciosos atinentes a violaciones perpetradas en agravio de menores de edad, en las que pasa revista a numerosos extremos de esta materia⁸². A estas resoluciones se agrega la sentencia del *Caso Masacre de las Dos Erres*⁸³, que motiva este comentario.

toreo ilegal de las líneas telefónicas, llevados a cabo entre abril y junio de 1999 por parte de la Policía Militar del Estado de Paraná, así como la divulgación de las conversaciones telefónicas y la denegación de justicia.

⁷⁷ *Cfr. id.*, párrs. 129-130.

⁷⁸ *Cfr. id.*, párr. 139.

⁷⁹ *Cfr. id.*, párrs. 158 y 164.

⁸⁰ *Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Derechos humanos para los menores de edad. Perspectivas de la jurisdicción interamericana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010.

⁸¹ *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02* de 28 de agosto de 2002

⁸² Así, p. ej., *cfr. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, y Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001; *Caso Bulacio*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003; *Caso Instituto de Reeduación del Menor*. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

⁸³ *Cfr. Caso de la Masacre de las Dos Erres*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Este caso se refiere a la falta de debida dili-

A los derechos de los niños corresponden sendas obligaciones a cargo del Estado, la familia y la sociedad, disposición convencional (artículo 19 CADH) que conduce, por cierto, a conclusiones relevantes: principio de especificidad en la protección de los menores de edad y posible responsabilidad por violaciones a cargo de sujetos no estatales obligados a la adopción de medidas atentas a ese fin. En la sentencia, la Corte examina de nueva cuenta el apotegma del interés superior del niño, entendido como la satisfacción de todos los derechos del menor de edad⁸⁴. En sus consideraciones a propósito de la tutela de los niños, el Tribunal interamericano acoge las medidas de protección a la familia, reconocidas en diversos instrumentos internacionales; alude a las obligaciones del Estado a favor de los niños en el contexto de un conflicto armado interno, que se desprenden del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, y se refiere al derecho al nombre, como elemento básico e indispensable de la identidad de una persona, lo cual se proyecta sobre derechos y deberes de naturaleza registral, entre otros⁸⁵.

6. Derechos económicos, sociales y culturales

El Tribunal ha examinado con detalle el derecho a la propiedad, como facultad de uso y goce de bienes, y la figura de los derechos adquiridos, que se incorporan al patrimonio de las personas⁸⁶. Fue establecido que el derecho a la pensión, adquirido con arreglo a una ley que prevé la situación del pensionista y mediante la observancia de los deberes a cargo de éste, tiene efectos patrimoniales protegidos por el artículo 21 CADH, concerniente al derecho a la propiedad.

En los *Casos Acevedo Buendía y otros y Abril Alosilla y otros*, la Corte toma de nuevo estas cuestiones, cuya importancia es creciente en las circunstancias actuales de varios países latinoamericanos, y reitera la protección anteriormente sostenida con respecto al régimen de pensiones⁸⁷.

gencia en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de la masacre de 251 habitantes del Parcelamiento de Las Dos Erres, la Libertad, Departamento de Petén, ocurrida entre los días 6 a 8 de diciembre de 1982. Dicha masacre fue ejecutada por miembros del grupo especializado de las fuerzas armadas de Guatemala denominados kaibiles.

⁸⁴ *Cfr. id.*, párr. 184.

⁸⁵ *Cfr. id.*, párrs. 71 y 191-192.

⁸⁶ Así, *cfr. Caso Cinco Pensionistas*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003 párr. 102; y *Caso Salvador Chiriboga*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 55.

⁸⁷ *Cfr. Caso Acevedo Buendía y Otros* (Cesantes y Jubilados de la Contraloría). Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1º de julio de 2009; y *Caso Abrill Alosilla y otros*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Marzo de 2011, párrs. 82-85. En el primer caso se analiza la situación de doscientos setenta y tres integrantes de la Asocia-

Igualmente, vuelve sobre la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, que poseen la misma jerarquía y son plenamente exigibles⁸⁸. En el análisis del alcance y la aplicación del artículo 26 CADH, se hizo notar que esta disposición es norma imperiosa, no apenas sugerencia política, y que la valoración de esta materia posee dos dimensiones: por una parte, es preciso observar el principio de progresividad, atendiendo al máximo esfuerzo para conseguirla; por la otra, es necesario rechazar la regresividad, que contraría los postulados y el espíritu del *corpus juris* de los derechos humanos, y que también se halla sujeta al examen de las correspondientes jurisdicciones⁸⁹.

Ahora bien, se ha señalado que el Protocolo de San Salvador restringe la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, la justiciabilidad de los derechos contenidos en ese Protocolo está limitada a los derechos sindicales y al derecho a la educación⁹⁰, y no se extiende al conjunto de derechos consagrados en ese instrumento, de modo que para hacer justiciables otros derechos se requiere una tarea de referencia o integración hermenéutica con otros derechos cuya justiciabilidad no se cuestiona, porque forman parte de la CADH. La Corte ha establecido la conexidad de los derechos reconocidos por la Convención Americana y algunos derechos acogidos en otros instrumentos. Así, ha desarrollado el vínculo entre los derechos a la integridad personal y a la vida y el derecho a la salud, estableciendo que ambos se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana⁹¹.

ción de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República del Perú que vieron afectado su derecho a continuar recibiendo una pensión nivelable desde el mes de marzo de 1993. El segundo caso versa sobre violación del derecho a la protección judicial en perjuicio de 233 miembros del Sindicato de Funcionarios, Profesionales y Técnicos de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima, debido a que el Estado no les habría proveído un recurso efectivo frente a la aplicación retroactiva de decretos que, entre 1991 y 1992, eliminaron el sistema de escala salarial que los regía.

⁸⁸ *Cfr. id.*, párr. 101.

⁸⁹ *Cfr. Voto concurrente* del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del *Caso Acevedo Buendía*, *cit.*, párr. 21 (del Voto).

⁹⁰ Así, en el artículo 19.6 se dispone que «en el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 —sindicación— y en el artículo 13 —educación— fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos».

⁹¹ *Caso Albán Cornejo y otros*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171, párr. 117; y *Caso Ximenes Lopes*, Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 89.

La Corte ha mencionado la afectación que se produce a derechos civiles y políticos (que son aquellos expresamente contenidos en la Convención Americana) por la existencia de una omisión o acción estatal que priva de condiciones adecuadas de subsistencia, salud, trabajo o educación a las personas. Esta conexión pone de manifiesto la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

7. Libertad de expresión

Entre las cuestiones más frecuentadas por la jurisprudencia interamericana figuran las concernientes a la libertad de expresión, en muy diversos ámbitos: contienda política, persecución penal, libre emisión de ideas, ejercicio del periodismo, umbral de protección, etcétera. A este conjunto corresponden algunos pronunciamientos de la CorteIDH en el periodo al que alude el presente artículo, como los *Casos Usón Ramírez*⁹², *Fontevecchia* y *D'Amico*⁹³, *Cepeda Vargas*⁹⁴ y *Vélez Restrepo*⁹⁵.

En la atención al primero de los litigios mencionados, la Corte advirtió que la tipificación del ilícito en el ordenamiento castrense es imprecisa y no constituye, por lo tanto, un fundamento idóneo para tutelar el bien jurídico que se pretende proteger; no es razonable fincar una sentencia sobre esta base; en la especie, se desatendió el principio de proporcionalidad en el empleo del poder punitivo⁹⁶.

En el *Caso Fontevecchia* y *D'Amico*, el Tribunal interamericano reiteró su criterio acerca del umbral de protección de los funcionarios y el in-

⁹² *Caso Usón Ramírez*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Entre otros extremos, en los hechos del caso se hizo ver que el señor Usón Ramírez, militar retirado, fue sujeto a proceso penal por injuria a las fuerzas armadas, a propósito de una declaración televisada en la que se refería críticamente a acontecimientos que eran tema de debate público en el tiempo en que se produjo la declaración.

⁹³ *Caso Fontevecchia* y *D'Amico*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. El caso atañe a la publicación de artículos sobre asuntos de la vida familiar de un expresidente de Argentina: existencia de un hijo no reconocido, relación del exfuncionario con una diputada y relación entre aquél y su hijo.

⁹⁴ Se llevó a la consideración de la CorteIDH la ejecución extrajudicial del entonces senador Manuel Cepeda Vargas, perpetrada en Bogotá el 9 de agosto de 1994, así como la deficiente investigación de los hechos y la sanción de todos los responsables, la obstrucción de la justicia y la falta de reparación adecuada a favor de los familiares.

⁹⁵ Este caso analiza el ataque de miembros del ejército colombiano al periodista Luis Gonzalo 'Richard' Vélez Restrepo el 29 de agosto de 1996, mientras filmaba una manifestación pública. En el curso de ésta, los soldados golpearon a varios manifestantes, hechos que el periodista documentó; posteriormente, fue víctima de amenazas, que se intensificaron cuando pretendió impulsar los procesos judiciales en contra de sus agresores. No hubo investigación diligente.

⁹⁶ *Cfr. Caso Usón Ramírez, cit.*, párrs. 57, 68 y 87.

terés público de las acciones que éstos realizan y que abarca tanto las «actividades oficiales o el ejercicio de (las) funciones» que desempeñan, como otros aspectos de su comportamiento, «que, en principio, podrían estar vinculados a su vida privada pero que revelan asuntos de interés público»⁹⁷, como sucede cuando el funcionario emplea elevados recursos económicos⁹⁸.

En la decisión sobre el *Caso Vélez Restrepo* se reiteró que la libertad de expresión garantiza la difusión de información o ideas, incluso las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población⁹⁹. En una sociedad democrática son imprescindibles las «voces de oposición»; sin ellas no es posible alcanzar acuerdos que reconozcan y atiendan las diferentes visiones que existen en una sociedad¹⁰⁰.

Es posible que la libertad de expresión se vea restringida ilegítimamente por condiciones de *facto* que coloquen a quienes la ejercen en situación de mayor riesgo o vulnerabilidad, directa o indirectamente. Por ello, «el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir violaciones o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación»¹⁰¹.

En el *Caso Cepeda Vargas*, el Tribunal interamericano hizo ver el menoscabo que sufre el pleno ejercicio de la libertad de expresión cuando su titular es víctima de amenazas, agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento¹⁰². Cuando padecen agresiones y amenazas, los periodistas podrían abrigar un razonable temor de que se repitan esos hechos violatorios y «autocensurar» su trabajo en cuanto al tipo de noticias que cubren, la forma de obtener información y la decisión acerca de la difusión de aquéllas¹⁰³.

8. Prisión preventiva

La CorteIDH se pronunció de nueva cuenta¹⁰⁴ en la línea de su jurisprudencia constante en torno a la prisión preventiva, muy frecuentemente utili-

⁹⁷ *Caso Fontevecchia y D'Amico*, cit., párrs. 47, 59 y 60.

⁹⁸ *Id.*, párr. 62.

⁹⁹ *Caso Manuel Cepeda Vargas*, Sentencia de 26 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 172.

¹⁰⁰ *Id.*, párr. 173.

¹⁰¹ *Id.*, párr. 172.

¹⁰² *Caso Vélez Restrepo y Familiares*, Sentencia de 3 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 209.

¹⁰³ *Id.*, párr. 212.

¹⁰⁴ *Caso Barreto Leiva*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de septiembre de 2009. El inculcado fue sometido a un proceso en el que se incurrió en diversas violaciones.

zada en países americanos, que no parece retraerse a pesar de las reclamaciones doctrinales y jurisprudenciales que solicitan mayor moderación en el uso de una medida que riñe claramente con el principio de inocencia y que se conserva en función de la imposibilidad material de sustituirla con ventaja, en determinadas hipótesis, por otros instrumentos no privativos de libertad. Existe abundante jurisprudencia, reunida y clasificada por la CorteIDH, en torno a la privación de libertad, tanto cautelar como punitiva¹⁰⁵.

En suma, se postula que el procesado debe permanecer en libertad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal¹⁰⁶ y consecuentemente se rechaza el empleo de la prisión cautelar con fines de prevención general o prevención especial que corresponden a la pena; es preciso aplicarla en forma excepcional, cuando resulte estrictamente necesaria para asegurar que el imputado «no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia»¹⁰⁷, y considerarla bajo el principio de proporcionalidad: no es pertinente cuando no será posible aplicar, a título de sanción, la privación de libertad y debe cesar cuando ha ido más allá de una duración razonable¹⁰⁸. Si este fuera el caso, existe la obligación judicial de tramitar con especial diligencia los procedimientos en los que aquél se encuentre privado de libertad¹⁰⁹.

9. Condiciones de reclusión

Las pésimas condiciones en que ocurre la privación procesal o penal de libertad quedan constantemente de manifiesto en los hechos que llegan a la atención de la Corte, tanto en relación con violaciones aisladas como a propósito de hechos que vulneran los derechos de múltiples personas, deliberadamente o con suma negligencia. Así ha ocurrido en la etapa jurisprudencial que nos ocupa¹¹⁰.

El Tribunal se remitió al estándar establecido en su jurisprudencia acerca de las condiciones carcelarias y el deber de prevención del Estado. En cum-

Estuvo detenido en prisión preventiva con base en indicios de culpabilidad. Esa privación de libertad duró más tiempo del que dispuso, como sanción, la sentencia de condena.

¹⁰⁵ Cfr. *Privación de libertad y condiciones carcelarias. Artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos, San José, C.R., 2010.

¹⁰⁶ *Caso Barreto Leiva*, cit., párr. 121.

¹⁰⁷ *Id.*, párr.111

¹⁰⁸ *Id.*, párr. 122.

¹⁰⁹ *Id.*, párr. 120.

¹¹⁰ *Caso Pacheco Teruel y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Ciento siete reclusos fallecieron en un incendio ocurrido el 17 de mayo de 2012 en la celda 19 del Centro Penal de San Pedro Sula, Honduras, derivado de diversas deficiencias estructurales de ese centro penitenciario, conocidas por las autoridades. Las condiciones de detención en el penal eran lesivas de la dignidad humana.

plimiento del deber de garante, el Estado debe «diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas (que pongan) en peligro los derechos fundamentales de los internos en custodia». Si no lo hace, viola la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad¹¹¹.

10. Derechos de migrantes no documentados o irregulares

El problema de la migración, en general, y de la migración irregular, en especial, que atañe a quienes no satisfacen los requerimientos migratorios de los países de recepción, constituye un asunto de primordial importancia en el mundo entero, y particularmente en algunos espacios del Continente Americano, en los que aparece con características singulares. Esta materia, examinada en diversos instrumentos internacionales frecuentemente invocados por la Corte Interamericana¹¹², fue tema central de una importante *Opinión Consultiva* de este Tribunal: la *OC-18/03*¹¹³, reaparece en algunas sentencias, entre ellas la correspondiente al *Caso Vélez Loor*¹¹⁴, de la que ahora nos ocuparemos, y figura en la solicitud de opinión consultiva número 21, pendiente de emisión, que concentra sus cuestionamientos en la problemática de los niños migrantes.

Queda claro, en los términos de la citada *OC-18*, que las políticas migratorias de los Estados deben respetar los derechos humanos de los migrantes, cuya violación suele permanecer impune en un gran número de casos¹¹⁵. En el ámbito de estas reflexiones se plantea el carácter de las medidas que un Estado puede adoptar para ejercer sus atribuciones migratorias frente a quienes no satisfacen los requerimientos del país receptor para internarse en su territorio. Se ha generalizado el repudio a la criminalización del internamiento irregular, en sí mismo, que se puso de manifiesto en el *Caso Vélez Loor*¹¹⁶. Las medidas restrictivas de libertad que

¹¹¹ *Id.*, párrs. 67-69.

¹¹² La Comisión Interamericana también se ha pronunciado, desde su ámbito de competencia, en torno a este tema. *Cfr.*, entre otros, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*, 2011, <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Migrantes2011.pdf>.

¹¹³ *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003.

¹¹⁴ *Cfr. Caso Veléz Loor*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, fue retenido el 11 de noviembre de 2002 en la República de Panamá, por no portar la documentación necesaria para permanecer en dicho país. En Panamá fue trasladado a una Cárcel y sometido a condiciones de detención pecarías y a torturas. Fue condenado a dos años de prisión por haber infringido las disposiciones del Decreto Ley Número 16 sobre Migración. El 8 de septiembre de 2003 se dejó sin efecto la pena impuesta y Vélez Loor fue deportado a Ecuador.

¹¹⁵ *Id.*, párrs. 97-98

¹¹⁶ *Id.*, párr. 106.

podrían ser aplicadas en un procedimiento migratorio no tendrán carácter punitivo; es preciso considerar la aplicación de medidas alternas a la detención¹¹⁷. Están prohibidas las expulsiones colectivas¹¹⁸.

Si bien es cierto que el Estado receptor puede adoptar medidas conducentes a impedir la migración irregular y favorecer el retorno de los migrantes indocumentados, también lo es que los procedimientos correspondientes deben ser respetuosos de derechos humanos, desarrollarse al amparo del principio *pro persona* y ceñirse a las reglas del debido proceso¹¹⁹. En consecuencia, el juzgador o el órgano administrativo llamado a pronunciarse acerca de la situación del migrante debe estar facultado para disponer la libertad de éste cuando su detención sea ilegal o arbitraria¹²⁰.

El migrante, cuya especial vulnerabilidad ha sido subrayada por la Corte, que por ello ha destacado la necesidad de proveer medios de compensación que le permitan disfrutar de condiciones de igualdad ante la ley¹²¹, tiene derecho a comparecer personalmente ante la autoridad que resolverá, recibir la protección consular que corresponda, disponer de asistencia por parte de un defensor proporcionado por el Estado (que no se confunde con la figura del Ombudsman, cuyo cometido no es, centralmente, la prestación de asistencia jurídica), que le brinde asistencia profesional, oportuna y gratuita, y echar mano de recursos efectivos para combatir las decisiones que le agraven¹²².

En el examen de este asunto se precisó la necesidad de verificar la compatibilidad entre la legislación interna que autoriza detenciones y la Convención Americana; y quedó de manifiesto la subordinación de las medidas domésticas a las condiciones que legitiman una restricción de derechos: legalidad, finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad¹²³. Igualmente, se puso énfasis en la observancia del principio de igualdad y no discriminación, incorporado al *jus cogens*, y por ende se proscribió la adopción de tratos discriminatorios entre nacionales y extranjeros, migran-

¹¹⁷ *Id.*, párrs. 169 y 171.

¹¹⁸ *Caso Nadege Dorzema y otros*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párrs. 168-175. En este caso se analiza el uso excesivo de la fuerza por agentes militares dominicanos en contra de un grupo de migrantes indocumentados haitianos, como consecuencia del cual perdieron la vida siete personas y varias más resultaron heridas. Adicionalmente, algunos migrantes haitianos involucrados en los hechos fueron expulsados sin las garantías debidas. Los hechos del caso fueron puestos en conocimiento de la justicia militar, dentro de la cual los militares involucrados fueron absueltos, a pesar de las solicitudes de los familiares de las víctimas de que el caso fuera remitido a la justicia ordinaria.

¹¹⁹ *Caso Nadege Dorzema y otros*, *cit.*, párr. 154, 159 y 166.

¹²⁰ *Id.*, párrs. 134-137.

¹²¹ *Caso Veléz Loor*, párr. 152.

¹²² *Id.*, párrs. 108-109, 132-134, 145-147 y 152-153.

¹²³ *Caso Veléz Loor*, *cit.*, párr. 166.

tes documentados o indocumentados; es admisible el trato diferente cuando éste sea «razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos»¹²⁴.

En el *Caso Nadege Dorzema y otros*¹²⁵, la Corte se pronunció sobre la prohibición de uso excesivo de la fuerza en contra de migrantes¹²⁶. Por otra parte, en cuanto a la arbitrariedad de la detención a que se refiere el artículo 7.3 de la Convención, la Corte consideró que «nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aún calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad». Así, la arbitrariedad incluye elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad¹²⁷.

La Corte concluyó que carecen de fines legítimos y resultan, en consecuencia, arbitrarias, las detenciones de migrantes que no sirven al propósito de determinar el estatus jurídico de los detenidos o implementar un procedimiento migratorio formal para la deportación o expulsión de aquéllos¹²⁸.

11. Orientación sexual

El tema se examina sobre la base del principio de igualdad ante la ley y no discriminación, integrados en el *jus cogens*, como ha afirmado la Corte en diversas oportunidades. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones dirigidas a crear supuestos de discriminación y han de combatir las situaciones discriminatorias existentes en el ámbito de su jurisdicción. La definición de discriminación considera diversos extremos, entre ellos la denominada «otra condición social», que viene al caso para la reflexión sobre el tema que ahora interesa. Considerando estos supuestos, el Estado debe elegir la alternativa más favorable para la tutela de los derechos¹²⁹.

En el examen de esta materia, la CorteIDH aludió tanto a pronunciamientos de la Asamblea General de los Estados Americanos respecto a la

¹²⁴ *Id.*, párr. 248.

¹²⁵ *Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros., cit.*

¹²⁶ *Id.*, párrs. 85-117.

¹²⁷ *Cfr. Id.*, párr. 133.

¹²⁸ *Id.*, párr. 134.

¹²⁹ *Caso Atala Riffo y Niñas*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 79-85. Los hechos de este caso se relacionan con el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que sufrió Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso que condujo al retiro del cuidado y la custodia de sus tres hijas. El padre de las niñas inició acción en contra de la madre, Atala Riffo, por considerar que su orientación sexual y la convivencia con una pareja del mismo sexo causarían daño a las tres niñas.

protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, como a resoluciones coincidentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³⁰. En concepto de la Corte, «la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas» por la CADH¹³¹. La orientación sexual de una persona «se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones»¹³², y no viene a cuentas a la hora de «analizar aspectos relacionados con su buena o mala paternidad o maternidad»¹³³.

También examinó el Tribunal interamericano el concepto de familia, materia de protección. Sostuvo que la CADH no determina un concepto cerrado de familia, ni protege solamente, al respecto, un modelo «tradicional»; en el mismo sentido se han pronunciado otros órganos internacionales¹³⁴.

En la especie, vino al caso analizar el interés superior del niño llamado a vivir en el seno de una unión integrada por personas del mismo sexo, pero este interés debe ser examinado casuísticamente, a la luz de circunstancias concretas de la vida familiar, y no de preconcepciones a propósito de características de las personas homosexuales y el impacto que éstas pueden tener sobre los menores de edad que conviven con ellos¹³⁵. Sobre esta ponderación específica la Corte IDH invocó pronunciamientos, a los que nos referimos *supra*, de la Suprema Corte de Justicia de México¹³⁶. Ciertamente es relevante el parecer del menor de edad, que debe examinarse en función de la edad y madurez del niño, independientemente de las consideraciones subjetivas de quienes intervienen en la recepción y el estudio de ese parecer¹³⁷.

¹³⁰ *Id.*, párrs. 86-88.

¹³¹ *Id.*, párr. 91.

¹³² *Id.*, párr. 136. En este extremo se alude al criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de México en la Acción de Inconstitucionalidad A.I., 2/20120, 16 de agosto de 2010, párrs. 263-264.

¹³³ *Caso Atala Riffo y Niñas, cit.*, párr. 167.

¹³⁴ *Id.*, párrs. 142, 172, 173-175.

¹³⁵ *Id.*, párrs. 110, 121, 127 y 165.

¹³⁶ *Id.*, párr. 126. La alusión corresponde a la mencionada Acción de Inconstitucionalidad A.I., 2/20120, 16 de agosto de 2010, párr. 338.

¹³⁷ *Caso Atala Riffo y Niñas, cit.*, párrs. 199-200 y 237.

12. Adopción y derechos del niño

En el *Caso Forneron e hija*¹³⁸, el Tribunal interamericano ponderó los derechos del padre en relación con su hijo, cuya custodia reclama y de la que se pretende privarlo a través de un prolongado procedimiento de adopción; los derechos del hijo en su condición de niño y al amparo del principio de «interés superior», y los inherentes a la protección de la familia, independientemente de que en ésta figure un solo progenitor. La Corte reiteró que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes en otro sentido, y que en esta circunstancia debe estarse al interés superior del niño, cuya evaluación se sujeta a los comportamientos parentales específicos, sin atender a especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas¹³⁹. No es aceptable la idea de que se lesiona el interés del niño si queda a cargo de un solo padre¹⁴⁰. Para evitar la pérdida de vínculos familiares positivos y el establecimiento de nuevos vínculos fundados solamente en el curso del tiempo, es preciso que los procedimientos administrativos sobre esta materia se desarrollen con diligencia y celeridad excepcionales¹⁴¹. En la especie, el padre biológico vio afectados sus derechos; también hubo violación a la protección de la familia.

13. Amnistías

Durante el período que comprende este artículo se emitieron dos sentencias en las que se examina el problema de las amnistías que impiden la investigación y el enjuiciamiento por violaciones graves a derechos humanos: *Casos Gomes Lund*¹⁴² y *Gelman*¹⁴³. Este ha sido un tema recurrente

¹³⁸ *Caso Forneron e hija*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de abril de 2012. Una niña fue entregada por su madre a un matrimonio, en guarda preadoptiva, sin consentimiento del padre biológico, quien no tuvo acceso a su hija pese a las numerosas instancias formuladas a este respecto ante autoridades del Estado. Las autoridades judiciales establecieron la adopción simple de la niña a favor del matrimonio guardador, considerando la relación establecida con ella en el curso del tiempo y dejando de lado los derechos reclamados por el padre biológico.

¹³⁹ *Id.*, párrs. 47-50 y 99.

¹⁴⁰ *Id.*, párr. 98.

¹⁴¹ *Id.*, párr. 51.

¹⁴² *Cfr. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Los hechos del caso ocurrieron durante el régimen militar que gobernó Brasil entre 1964 y 1985. En este contexto surgió un movimiento de resistencia llamado *Guerrilha do Araguaia*, que contaba con setenta personas, aproximadamente. El Estado procuró reprimir y eliminar a la guerrilla, lo cual logró en 1974. El 28 de agosto de 1979 fue aprobada la Ley número 6.683/79 que concedió amnistía a los perpetradores de la represión citada.

¹⁴³ *Cfr. Caso Gelman*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Los hechos analizados se presentaron durante la dictadura cívico-militar que gobernó Uruguay en-

en los pronunciamientos de la Corte¹⁴⁴, que ya cuenta con una jurisprudencia clara y constante sobre la materia; así, por ejemplo: *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Almonacid Arellano y otros*). Las amnistías y otras figuras penales o procesales han sido mencionadas por algunos Estados como obstáculos para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos¹⁴⁵. Estas objeciones se refirieron, inicialmente, a las denominadas «autoamnistías», emitidas por los gobiernos en los que actuaban los propios responsables de las violaciones, para asegurar la impunidad de éstas.

La Corte Interamericana, la Comisión Interamericana, algunos órganos de las Naciones Unidas y otras instancias universales y regionales de protección de los derechos humanos, así como tribunales supremos y cortes constitucionales americanas, se han pronunciado sobre la incompatibilidad de las disposiciones de amnistía a propósito de violaciones graves al Derecho internacional con quebranto de las correspondientes obligaciones de los Estados¹⁴⁶. El Tribunal interamericano rechazó, por este motivo, las disposiciones de la ley de amnistía expedida en Brasil, señalando que carece de efectos jurídicos¹⁴⁷. Asimismo, la Corte hizo notar que este rechazo no se restringe sólo a las llamadas «autoamnistías». Más que al proceso de adopción de la ley y a la autoridad que la emitió, el reproche se dirige a la *ratio legis* misma, como cuestión de fondo¹⁴⁸. Por ende, comprende amnistías, autoamnistías o acuerdos políticos que tengan la misma finalidad o produzcan el mismo resultado.

entre 1973 y 1985, en el marco de prácticas sistemáticas de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia en colaboración con autoridades argentinas, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la llamada «Operación Cóndor». El 22 de diciembre de 1986, el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848) que concedió amnistía a los miembros de las fuerzas que violaron derechos humanos. Tras la promulgación de la Ley de Caducidad, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay sostuvo la constitucionalidad de la Ley. La caducidad de la ley y la previsión constitucional de esta caducidad no fueron aprobadas popularmente en la vía de referéndum.

¹⁴⁴ Cfr. «Dos temas de la jurisprudencia interamericana: 'proyecto de vida' y amnistía», en GARCÍA RAMÍREZ, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, Ed. Porrúa, México, 2003, pp. 247 y ss.

¹⁴⁵ *Caso Gomes Lund*, cit., párr. 147; y *Caso Gelman*, cit., párr. 195.

¹⁴⁶ *Caso Gomes Lund*, cit., párrs. 139-172; *Caso Gelman*, cit., párrs. 127-147 y 215-224. La CorteIDH ha reiterado que «son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos». *Caso Gelman*, cit., párr. 225.

¹⁴⁷ *Caso Gomes Lund*, cit., párr. 174.

¹⁴⁸ *Id.*, párr. 175; y *Caso Gelman*, cit., párr. 229.

El hecho de que una ley que pretende efectos de amnistía haya sido aprobada en un régimen democrático, e incluso cuente con el respaldo proveniente de un referéndum o un plebiscito, no desvanece la ilegitimidad de aquélla ante el Derecho internacional¹⁴⁹. La legitimidad está condicionada por las normas y obligaciones en materia de derechos humanos. El ámbito de lo «susceptible de ser decidido» por la mayoría de los ciudadanos se halla limitado infranqueablemente por los derechos humanos. Todas las autoridades —no sólo las judiciales— deben atender estos límites y ejercer al respecto un control de convencionalidad¹⁵⁰.

14. Derechos de personas discapacitadas

Anteriormente se ha pronunciado el Tribunal en torno a los derechos de los discapacitados y a los deberes del Estado con respecto a estos sujetos vulnerables, tanto cuando aquél asume inmediatamente la custodia y el tratamiento correspondientes, como cuando lo delega en terceras personas que actúan en nombre o por encargo del poder público¹⁵¹.

En el *Caso Furlan y Familiares*¹⁵², la CorteIDH recuerda que la discapacidad —tema de la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, de 1999— no se define exclusivamente a partir de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, sino también guarda relación con las barreras o limitaciones que obstruyen el ejercicio efectivo de los derechos humanos. El Estado debe actuar para la participación de las personas con discapacidad en todas las esferas de la sociedad y la eliminación de cualquier discriminación asociada con aquélla; en esto juega un papel fundamental el acceso a la justicia¹⁵³.

Las obligaciones de los Estados en esta materia se hallan sujetas a la observancia de los estándares internacionales sobre medidas especiales de protección. En este campo es preciso proveer condiciones de igualdad en el desarrollo del debido proceso legal, reconociendo y resolviendo, a través de medidas de compensación, los factores de desigualdad real en que se hallan los menores de edad y las personas con discapacidad¹⁵⁴.

¹⁴⁹ *Caso Gelman*, párr. 238.

¹⁵⁰ *Id.*, párr. 239.

¹⁵¹ P. ej., *Caso Ximenes Lopes*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2006.

¹⁵² *Caso Furlan y Familiares*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Este caso aborda la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas, quienes incurrieron en una demora excesiva en la resolución de un proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de un niño y, posteriormente, adulto con discapacidad.

¹⁵³ *Id.*, párrs. 133-135 y 268.

¹⁵⁴ *Id.*, párr. 268.

15. Fecundación *in vitro*

Han llegado a la Corte Interamericana las grandes cuestiones que animan el debate y las determinaciones del Estado, la sociedad y el individuo, a menudo complejas y dolorosas, en el marco de la bioética; la tutela de la vida —y, por supuesto, de la calidad de la vida— propone arduos problemas, al igual que el encuentro entre derechos de diversa naturaleza, siempre respetables y sujetos a protección diligente; no son sencillos ni menores los temas que surgen a propósito de las más importantes decisiones personales, adoptadas en ejercicio de la libertad, que conciernen a la vida, la salud, la integridad, la familia. En América podríamos contar —como se ha solicitado— con un instrumento vinculante, a la manera de otras regiones del mundo, que oriente sobre la tutela de los derechos humanos a la luz de la bioética¹⁵⁵.

Entre estas cuestiones figura el empleo de medios tecnológicos para asegurar o facilitar la formación de una familia, cuando no es posible conseguirlo sin el auxilio de la ciencia, y la consecuente toma de decisiones que se hallan sujetas, todavía, a la presión del debate público. Es el caso de la fecundación *in vitro* (FIV), que la Corte Interamericana abordó, en relación con ciertas decisiones legales y judiciales del Estado de Costa Rica, en una sentencia reciente¹⁵⁶. Al examinar esta materia, el Tribunal reiteró el amplio alcance de la noción de libertad contenida en el artículo 7 CADH: «derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones». Igualmente, se refirió al respeto a la vida privada, que abarca la autonomía personal, y reconoció que «la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada». En el asunto *sub judice* —advirtió la Corte— concurren diferentes aspectos de la vida privada, relacionados con el derecho a fundar una familia, preservar la integridad física y mental y amparar los derechos reproductivos del individuo. Existe una conexión

¹⁵⁵ Cfr. Varios, *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética. Experiencias y expectativas*, coords. Ingrid BRENA SESMA y Gérard TEBOUL, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009.

¹⁵⁶ *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro)*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. El Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 1995 regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en Costa Rica. La FIV fue practicada entre 1995 y 2000 y en ese lapso nacieron quince niños. El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. La Corte Suprema de Costa Rica declaró inconstitucional el citado decreto, mediante sentencia de 15 de marzo de 2000. En virtud de esta decisión de la Sala Constitucional se prohibió en Costa Rica la fecundación *in vitro*. Por ello algunas personas interrumpieron el tratamiento médico que habían iniciado o viajaron a otros países para acceder a la FIV.

entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica¹⁵⁷.

En el examen de este tema, el Tribunal interamericano incluyó las diferentes lecturas del término «concepción» y la controversia acerca del momento en que inicia la vida humana, acerca del cual no existe una definición pacífica. La Corte consideró que la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer cierra el ciclo que permite entender que se ha producido la concepción, palabra utilizada por el artículo 4 de la Convención Americana a propósito de la tutela de la vida¹⁵⁸. Al amparo de una interpretación histórica y sistemática de este ordenamiento, no resulta procedente otorgar al embrión el estatus de persona¹⁵⁹. En todo caso, los Estados disponen —como lo acredita el Derecho comparado— de un margen de apreciación para definir el inicio de la vida, y por lo tanto, de la protección vinculada con aquél.

La Corte se detiene en el estudio de la palabra «en general», que emplea el artículo 4.1 CADH, a propósito de la concepción y la protección de la vida, y estima que el objeto y fin de esta cláusula es «permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto». En la hipótesis *sub judice*, «dicho objeto y fin implica que no puede alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos»¹⁶⁰. La Corte concluye que «la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar»¹⁶¹. Estos derechos se verían anulados si la ponderación sobre las limitaciones admisibles y la importancia de la protección del embrión llevara a negar el acceso a la FIV de quienes sólo por este medio pudieran resolver su infertilidad¹⁶².

¹⁵⁷ *Cfr. id.*, párrs. 142-144 y 147.

¹⁵⁸ *Cfr. id.*, párrs. 185-187.

¹⁵⁹ *Cfr. id.*, párrs. 223 y 264.

¹⁶⁰ *Cfr. id.*, párrs. 263 y 272.

¹⁶¹ *Id.*, párr. 272.

¹⁶² *Cfr. id.*, párr. 314.

