

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos
en el derecho interno
Pedro Nikken

Educación, desarrollo y derechos humanos
Mayra Falck

Certeza jurídica del derecho interamericano de
derechos humanos: avances, reparos y rezagos
Julieta Morales Sánchez

Justicia transicional en las Américas. El impacto del
Sistema Interamericano
Federico Sersale di Cerisano

Algunas reflexiones para la protección del derecho al agua
de los pueblos indígenas ante el
Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
Luis Carlos Buob Concha

Los delitos graves en el sistema procesal
penal mexicano: una violación a la Convención Americana
sobre Derechos Humanos
Carlos Morales Sánchez

El fuero indígena
Rafael Ángel Ramírez Restrepo

Enero - Junio 2013

57

Enero - Junio 2013



REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2013 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: Marisol Molestina.

Portada, diagramación y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y litografía Versailles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación

<i>José Thompson J.</i>	7
El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno	11
<i>Pedro Nikken</i>	
Educación, desarrollo y derechos humanos.....	69
<i>Mayra Falck</i>	
Certeza jurídica del derecho interamericano de derechos humanos: avances, reparos y rezagos	85
<i>Julieta Morales Sánchez</i>	
Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano	115
<i>Federico Sersale di Cerisano</i>	
Algunas reflexiones para la protección del derecho al agua de los pueblos indígenas ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	137
<i>Luis Carlos Buob Concha</i>	
Los delitos graves en el sistema procesal penal mexicano: una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos	175
<i>Carlos Morales Sánchez</i>	
El fuero indígena en Colombia	193
<i>Rafael Ángel Ramírez Restrepo</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 57 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2013, dedicado en esta ocasión al *I Curso Colombiano Interdisciplinario en Derechos Humanos*, que tuvo lugar del 12 al 22 de marzo en Medellín, Colombia, en el marco del 47 Periodo Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este curso fue organizado por el IIDH en conjunto con el mencionado Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Colombiano de Derechos Humanos y varias entidades públicas de la ciudad de Medellín.

Con esta edición del Curso Interdisciplinario, el IIDH, como brazo académico de apoyo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), se propuso retomar – fuera de la sede – un análisis académico del proceso de fortalecimiento del SIDH que tuvo lugar en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a mediados de 2011 y que culminó con la celebración de la Asamblea General Extraordinaria de la OEA, el 23 de marzo de 2013.

En ese sentido, el eje temático del I Curso Colombiano Interdisciplinario fue “Sistema Interamericano de Derechos Humanos: historización, debate actual y perspectivas a futuro”. El objetivo fue generar un espacio académico en el que se discutiera y reflexionara sobre los aspectos políticos del trabajo de los órganos de protección del SIDH, los avances jurisprudenciales y su incorporación en el derecho interno, a partir de su universalidad del Sistema. Así mismo, permitió analizar la importancia e impacto de las actividades de promoción de los órganos del SIDH en el diseño, implementación y monitoreo de políticas públicas con enfoque de derechos, a partir de la obligación de cumplimiento.

A través de las diversas ponencias, paneles y talleres, el eje temático del Curso posibilitó repasar las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, incluyendo el deber de aplicar el control de convencionalidad, estudiar la evolución de los órganos del Sistema con énfasis en sus reformas reglamentarias más significativas y analizar el impacto político de las relatorías especiales, con énfasis en la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Por otra parte, el Curso fomentó espacios de reflexión en otros temas de vigencia internacional que, a su vez, han caracterizado nuestra realidad regional. Así, se analizaron los derechos humanos de las mujeres y la justicia transicional, así como los derechos económicos, sociales y culturales, con énfasis en el derecho a la educación y la educación en derechos humanos.

En este contexto, la edición 57 de la Revista IIDH recopila los artículos académicos desarrollados por algunos de los y las ponentes del Curso, en específico: Pedro Nikken (Venezuela), Mayra Falck (Honduras), Federico Sersale (Argentina) y Julieta Morales (México). Además, se invitó a colaborar a quienes han participado en el Curso Interdisciplinario, involucrándoles en el proceso posterior de esta actividad de formación. Esta es una de las acciones que el IIDH emprende para que el Curso sea el punto de partida de un compromiso por parte de quienes participan en él, con el fin de promover propuestas y/o estudios especializados para el fortalecimiento y promoción de los derechos humanos. En ese sentido, se seleccionaron tres colaboraciones: Luis Carlos Buob (Perú), Rafael A. Ramírez (Colombia) y Carlos Morales (México).

En esta edición se estudiará la internacionalización de los derechos humanos a través de su adopción en el derecho interno de los Estados, incluyendo su aplicación específica por parte de autoridades judiciales y administrativas; se repasará la certeza jurídica del derecho interamericano, tomando en cuenta sus avances, reparos y rezagos; se destacarán los principales logros alcanzados, señalando también aquello que aún es un desafío para el SIDH, tomando en consideración las condiciones de acceso al mismo, la adopción del derecho interamericano en el derecho nacional y los especiales escenarios de vulnerabilidad; se analizará el impacto que

ha tenido la justicia transicional en el SIDH al valorar los aportes que la jurisprudencia interamericana ha desarrollado sobre la materia, desde el acceso a la justicia – tomando en cuenta las deposiciones de amnistía y la jurisdicción penal militar –, hasta el derecho a la verdad y la reparación integral; se valorará la importancia de la educación en derechos humanos con énfasis en cuatro aspectos clave, para que se configure en un eje para promover el desarrollo de forma que trascienda a un círculo de aprendizaje integral de la sociedad. Por otra parte, seremos testigos de una propuesta jurídica sobre cómo amparar la protección del derecho al agua de los pueblos indígenas ante el SIDH, tomando en consideración el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del Sistema Universal, el carácter evolutivo de la jurisprudencia de nuestro sistema regional y la interpretación *pro homine* del texto convencional. Además, nos adentraremos en el sistema penal mexicano y, en específico, en la figura de la prisión preventiva, con el fin de estudiar su compatibilidad o no con lo dispuesto en la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH, haciendo un ejercicio de convencionalidad. Finalmente, se analizará el fuero indígena en Colombia con el fin de determinar la competencia de la justicia ordinaria o indígena con fundamento en la norma y jurisprudencia colombiana y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH al equipo de trabajo de las diversas instituciones que hicieron posible la realización del *I Curso Colombiano Interdisciplinario en Derechos Humanos*, incluyendo a las agencias internacionales de cooperación. Asimismo, agradecemos a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus artículos académicos para esta edición de la Revista, e invitamos a las y los lectores a que también sean partícipes de la discusión sobre temas de relevancia para la comunidad internacional, colaborando con sus contribuciones a esta publicación semestral que desde 1985, acoge artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales que desarrollen y hagan énfasis en la temática de los derechos humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Certeza jurídica del derecho interamericano de derechos humanos: avances, reparos y rezagos

*Julieta Morales Sánchez**

1. El Sistema Interamericano a examen

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) es una creación conjunta, es decir, un producto de múltiples esfuerzos nacionales. Los Estados americanos, en ejercicio de su soberanía, han construido un sistema regional que, complementaria y subsidiariamente, reivindica la defensa de los derechos humanos en el Continente.

A pesar de ello, la interacción entre el sistema regional y los nacionales no es fácil. Actualmente tenemos diversos retos: “nacionalizar” el derecho internacional de los derechos humanos, ejercer adecuada y eficientemente el control de convencionalidad y, sobre todo, hacer que en América todas las personas cuenten con un catálogo uniforme de derechos que puedan gozar y ejercer plenamente, independientemente de su nacionalidad.

El Plan Estratégico 2011-2015 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹ (CIDH) recuerda el rol que esta institución

* Investigadora del Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM. Maestra y Doctora en Derecho con mención honorífica por esta misma Facultad. Cuenta con el Certificado de Estudios Avanzados de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha y con el título de Especialista en Derechos Humanos por esta misma Universidad. Socia fundadora del Instituto Colombiano de Derechos Humanos. Investigadora Nacional Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

1 Ver en: <http://scm.oas.org/pdfs/2011/CP26757S-2.pdf>, disponible a 14 de octubre de 2013.

ha tenido frente a gobiernos autoritarios, en las transiciones a la democracia y en la consolidación de la misma. A través de sus recomendaciones relativas a situaciones estructurales, ha desarrollado un rol preventivo esencial para evitar que se produzcan violaciones a los derechos humanos. Así, tiene efectos en el plano estructural, mejorando la arquitectura legal e introduciendo políticas públicas que contribuyen a la construcción de un Estado democrático de Derecho, en el cual todas las personas puedan vivir con dignidad.

También se reconoce que “el SIDH ha fortalecido de manera progresiva la vigencia de los derechos humanos en las Américas. Sin embargo, no obstante los resultados alcanzados, el SIDH continúa enfrentando desafíos que debe resolver en el corto plazo”. Los desafíos del SIDH, según este Plan, son:

- **La universalidad del sistema.** En la región existe, actualmente, un sistema con tres niveles de adhesión, o tres subsistemas:
 - El primero es universal y mínimo para todos los Estados parte cuyos habitantes gozan de la protección de los derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre y la Carta de la Organización de Estados Americanos, bajo la supervisión de la CIDH.
 - El segundo se integra por los Estados parte que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pero no han aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).
 - El tercero, por aquellos que han ratificado la CADH y aceptado la jurisdicción de la Corte IDH.

Esta división del SIDH coloca a millones de personas en una situación de desventaja en cuanto al grado de protección internacional de sus derechos.

- **El acceso a la justicia de las víctimas.** El acceso de las víctimas a un recurso subsidiario efectivo y eficaz no es el ideal. Es

esencial fortalecer el SIDH para lograr que todas las víctimas de violaciones a los derechos humanos que no encuentran soluciones en el ordenamiento interno, puedan acudir subsidiariamente a la CIDH y, posteriormente, a la Corte IDH, para lograr una adecuada reparación de sus derechos.

- **Eficacia del sistema.** Un tercer desafío está relacionado con la eficacia del sistema como mecanismo de protección supranacional de derechos humanos, para lo cual se requiere como condición necesaria, que los Estados parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) cumplan de manera plena y efectiva con las decisiones de la Corte IDH y la CIDH.
- **La eficiencia del sistema: recursos disponibles.** La eficiencia del SIDH está directamente vinculada con la disponibilidad de recursos financieros adecuados para poder operar en función de las demandas de sus usuarios.

El 18 de marzo de 2013, la CIDH aprobó la Resolución 1/13 sobre la Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas. A partir de ella se reforman los artículos 25, 28, 29, 30, 36, 37, 42, 44, 46, 59, 72, 76 y 79 de su Reglamento.

Ese mismo mes, la Asamblea General Extraordinaria de la OEA aprobó la resolución que culmina el proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la CIDH para el fortalecimiento del SIDH. La AG/RES. 1 (XLIV-E/13), Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos resolvió, entre otras cosas:

2. Resaltar que, en el espíritu del mejoramiento constante del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), y con la participación de todas las partes involucradas, mandar al Consejo Permanente continuar el diálogo sobre los aspectos fundamentales para el fortalecimiento del SIDH, teniendo en cuenta todos los aportes realizados por los Estados Miembros, los órganos del SIDH

y la sociedad civil a lo largo del proceso de reflexión, así como los debates durante el presente período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

7. Proponer a la CIDH que, en función del principio de indivisibilidad de los derechos humanos, fortalezca todas sus relatorías [...] sobre la base de un financiamiento adecuado y sin perjuicio de sus otras responsabilidades.

8. Instar a los Estados Miembros de la OEA a que ratifiquen o adhieran, cuando proceda, todos los instrumentos jurídicos interamericanos sobre derechos humanos, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a que acepten, según corresponda, la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A continuación nos centraremos en el derecho interamericano de derechos humanos que, para efectos de este trabajo, se entenderá como el conjunto normativo que se integra por la CADH y la interpretación que de ella ha hecho la Corte IDH. El derecho interamericano de derechos humanos tiene como objetivo dotar de certeza jurídica a la protección de los derechos humanos en América. En ese marco, se analizarán los avances, los reparos y los rezagos, particularmente atendiendo a los casos de México y Colombia.

2. Cuestionamientos al derecho internacional de derechos humanos: los problemas de la recepción nacional

A pesar de que pareciera que la relación entre derecho internacional y derecho interno está claramente definida y por tanto, la interacción es fácil y con fronteras limitadas, la realidad muestra lo contrario. El reconocimiento del derecho internacional generalmente se produce en los textos constitucionales pero, en algunas ocasiones, no se hace con la claridad deseada. Ante esta situación los órganos de justicia constitucional tienen que interpretar las disposiciones de la Ley Fundamental.

El contexto para que el derecho internacional de los derechos humanos se reconozca plenamente a nivel interno, como parte integrante del orden jurídico nacional – es decir, como lo que es – enfrenta diversos obstáculos, sobre todo los que la realidad impone al goce y ejercicio de los derechos: pobreza, desigualdad, inseguridad, injusticia, impunidad y corrupción. En la actualidad, y aunque se aprecia una apertura hacia la jurisprudencia de la Corte IDH, en América existen algunas “tensiones” entre el orden internacional y el nacional.

En el SIDH se han planteado casos de denuncia de la CADH y de retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH. El 26 de mayo de 1998, la República de Trinidad y Tobago comunicó al Secretario General de la OEA su decisión de denunciar la CADH, de conformidad con el artículo 78 de la misma².

En junio de 1999, la Corte Suprema de Justicia del Perú declaró inejecutable la sentencia de reparaciones de la Corte IDH en el caso *Loayza Tamayo*, de noviembre de 1988. A raíz de esta resolución y del caso *Castillo Petrucci y otros*, en julio de 1999, el Congreso peruano aprobó por 60 votos a favor, un proyecto impulsado por el expresidente Alberto Fujimori, mediante el cual se decide el retiro con efecto inmediato del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH (Resolución Legislativa 27152). En enero de 2000, el Congreso del Perú adoptó la Resolución Legislativa 27401, que pidió restablecer para Perú, a plenitud, la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Por otra parte, en Venezuela, con la Constitución de 1999, se impulsó un cambio fundamental en materia de derechos humanos³.

2 Ver: [http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html#Trinidad y Tobago](http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html#Trinidad%20y%20Tobago), disponible a 14 de octubre de 2013.

3 A través de la consagración de diversas disposiciones, tales como la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones de derechos humanos (artículo 23), la adopción de medidas de acción positiva (artículo 21), la existencia de derechos no enumerados (artículo 22), el amparo por el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales

Este país había amenazado con denunciar la CADH después de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró inejecutable una sentencia de la Corte IDH a favor de tres exjueces – el 18 de diciembre de 2008, Expediente No. 08-1572⁴.

Además, la Sala Constitucional venezolana solicitó al gobierno que denunciara la CADH al expresar que

[...] con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana, con el fallo objeto de la presente decisión.

Posteriormente, y a raíz de otro caso, el 10 de septiembre de 2012 el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela comunicó mediante nota oficial al Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, que denunciaba la CADH.

El Secretario General de la OEA lamentó la decisión y manifestó su esperanza de que en el año que debía transcurrir para que dicha decisión se hiciera efectiva, como lo establece el artículo 78⁵,

sobre derechos humanos (artículo 27), la investigación y sanción de los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades (artículo 29), la obligación del Estado de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables (artículo 30), entre otros.

4 El máximo tribunal venezolano expresó que “esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana, del 5 de agosto de 2008, en la que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B.; con fundamento en los artículos 7, 23, 25, 138, 156.32, el capítulo III del título V de la Constitución de la República y la jurisprudencia parcialmente transcrita de las Salas Constitucional y Político Administrativa”. Ver: <http://www.scribd.com/doc/10450842/Sala-Constitucional>, disponible a 14 de octubre de 2013.

5 De acuerdo a la CADH, artículo 78, “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

el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela pudiera reconsiderar su decisión⁶. La denuncia se materializó en septiembre de 2013. El caso que desató la controversia fue el de *Díaz Peña*, cuya sentencia fue emitida por la Corte IDH el 26 de junio de 2012⁷.

Por otro lado, en diferentes latitudes hay apertura al SIDH. Así, la Constitución peruana, en su artículo 205, precisa que agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales de los cuales ese país es parte. Aunque cabe recordar que incluso cuando no existen disposiciones similares en otras constituciones, el sistema opera con el solo reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH que haya hecho el país en cuestión, como es claro.

En suma, el diálogo entre jurisdicciones en América, en términos generales, no ha sido ni es sencillo.

En la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales, celebrada el 8 y 9 de noviembre de 2012 en México, se afirmó que en los sistemas legales de nuestros países y en el marco de las competencias respectivas de nuestros tribunales, el desarrollo jurisprudencial de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos tiende a reforzar y potenciar su protección. Así mismo, se recordó que la proliferación de criterios interpretativos exige de los tribunales constitucionales nacionales intensificar un diálogo jurisdiccional en torno a sus distintas experiencias, que permita armonizar el derecho nacional con el internacional.

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”.

6 Ver: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12, disponible a 14 de octubre de 2013.

7 La sentencia completa puede verse en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_244_esp.pdf, disponible a 14 de octubre de 2013.

3. Control de convencionalidad

El control de convencionalidad es un ejercicio que verifica la compatibilidad de leyes, actos o sentencias de autoridades nacionales con los tratados internacionales. En este apartado se abordarán dos preguntas vinculadas a éste: ¿quién debe ejercerlo? y ¿sobre qué tipo de normas nacionales se debe ejercer? Procederemos sólo a vislumbrar una posible respuesta para cada una de las interrogantes.

a. ¿Quién debe ejercerlo?

En un primer momento, las sentencias en torno a control de convencionalidad de la Corte IDH establecían que éste era obligación del Poder Judicial, órganos del Poder Judicial, jueces o juzgador. Sin embargo, en sentencias de la etapa más reciente, se ha referido al control de convencionalidad como función de “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, expresión que parece extender considerablemente el ámbito subjetivo de esa función. Este punto es relevante en virtud de que la Corte IDH ha reiterado la función del control de convencionalidad en sede interna al afirmar que

[...] solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención *en ejercicio efectivo del control de convencionalidad*, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte⁸.

En 2011, se sostuvo que en toda instancia democrática, “debe primar el control de convencionalidad, *que es función y tarea de cualquier*

⁸ Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C No. 259, párr.144.

autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”⁹. Posteriormente, en 2012, la Corte IDH reforzó la idea del Estado como principal garante de los derechos humanos, que ha “adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que *todas las autoridades y órganos de un Estado Parte* en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad”¹⁰.

La Corte IDH ha empezado también a verificar el debido ejercicio del control de convencionalidad en sede interna. Así, ha determinado que

[...] no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional¹¹.

En 2013, la Corte IDH amplió aún más la obligación a nivel nacional al incluir expresamente al Poder Ejecutivo en el caso *Mendoza y otros v. Argentina*.

En discurso pronunciado por el Presidente de la Corte IDH, Diego García Sayán, el 7 de octubre de 2013, se sostuvo que el concepto de control de convencionalidad “es un ingrediente muy importante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En más de veinte casos contenciosos, este Tribunal se ha pronunciado sobre distintos aspectos del Control de la Convencionalidad y tocado este tema en decisiones que atañen a más de la mitad de los Estados partes de la Convención Americana de los Derechos Humanos”. Por lo que resaltó que el control de la convencionalidad “le da un ingrediente

9 Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239. Énfasis agregado.

10 *Ibidem*, párr. 142. Énfasis agregado.

11 Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 177.

de derecho interamericano a las decisiones jurisdiccionales nacionales de enorme relevancia”¹².

No obstante la aparente ampliación de autoridades responsables del ejercicio del control de convencionalidad, en ese mismo discurso del juez García Sayán se hizo un llamado a la cautela y se refrendó que no puede permitirse que cualquier autoridad decida no aplicar una norma porque así le parece:

Lo que la Corte Interamericana ha enfatizado, que es que ese ejercicio de control de la convencionalidad, está esencialmente dirigido a la función judicial y, en segundo lugar, a que se haga dentro del marco de las respectivas competencias de cada cual, regulaciones que corresponde establecer a las normas internas, a las normas constitucionales y legislativas de cada uno de los países.

Sin desconocer los riesgos que puede implicar un mal ejercicio del control de convencionalidad, circunscribirlo a las autoridades judiciales puede parecer inconsistente, sobre todo porque se aleja el sentido de la línea jurisprudencial de la misma Corte IDH y porque limita el objetivo del control.

A continuación se anexa un comparativo que refleja la evolución de criterios de la Corte IDH, vinculados primordialmente a México:

12 Ver en: <http://www.corteidh.or.cr/mexico/garcia.pdf>, disponible a 14 de octubre de 2013.

<p>Caso Radilla Pacheco (2009)</p> <p>339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.</p>	<p>Caso Fernández Ortega y otros (2010)</p> <p>236. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Cfr. el mismo párrafo en <i>Caso Rosendo Cantú y otra v. México</i>, párr. 129).</p>	<p>Caso Cabrera García y Montiel Flores (2010)</p> <p>225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.</p>	<p>Caso Mendoza y otros (2013)</p> <p>221. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Ahora bien, si se sostiene que todas las autoridades deben ejercer el control de convencionalidad – es decir, verificar que una norma, acto de autoridad o sentencia no contravenga un tratado internacional – es claro que se tendrían que establecer los efectos de dicho control. Las opciones básicamente son dos: 1) no aplicación en el caso concreto, y 2) declaratoria general de inconstitucionalidad o no convencionalidad. Si se decidiera que el control de convencionalidad, en esta hipótesis, se ejercería por autoridades administrativas y no sólo jurisdiccionales, la opción más viable quizás podría ser la no aplicación en el caso concreto.

A raíz de la reforma constitucional de 2011¹³, según lo dispuesto por el artículo 1o. constitucional y el expediente Varios 912/2010, en México todas las autoridades deben observar el principio *pro persona* y, en este ejercicio, valorar, comparar y sopesar dos o más normas o interpretaciones para finalmente elegir aquella que mejor proteja a la persona o al derecho humano en el caso concreto. Como consecuencia del ejercicio de este principio, las autoridades en cada caso concreto aplican la norma o la interpretación que mejor o más ampliamente protege el derecho y, por lo tanto, no aplican la norma o interpretación que era más desfavorable (o menos favorable) al derecho humano.

Aunque es claro que aquí existen matices, ya que el control de convencionalidad verifica la no contravención a los tratados internacionales y el principio *pro persona* permite la prevalencia del dispositivo normativo más benéfico, se podría llegar a considerar que en ambos casos el efecto es la no aplicación, en el control de convencionalidad, porque la norma no aplicada contraviene instrumentos internacionales; en el principio *pro persona* porque la norma no aplicada es más desfavorable al goce y ejercicio de los derechos humanos.

13 Para ahondar sobre los contenidos e implicaciones de esta relevante reforma *cfr.* García Ramírez, Sergio, y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, segunda ed. Porrúa, UNAM, México, 2012.

b. ¿Sobre qué tipo de normas nacionales se debe ejercer?

Resulta pertinente preguntar si es posible plantear la no convencionalidad de un precepto constitucional. La discusión en torno a este tópico puede resolverse al recordar que en el caso *Radilla Pacheco v. México* se analizó la compatibilidad del artículo 13 constitucional con la CADH. Aunque en este caso concreto la Corte IDH, al ejercer el control de convencionalidad en sede internacional, señaló la compatibilidad entre ambos dispositivos, el resultado pudo ser distinto, o puede serlo en el futuro, por lo que podría existir una condena de la Corte IDH en el sentido de reformar la Constitución mexicana. Si el control de convencionalidad en sede externa es posible, el control de convencionalidad de la Constitución en sede interna también debería ser una opción factible que libre a México de una futura responsabilidad internacional.

Sin embargo, una de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia mexicana en la contradicción de tesis 293/2011, resuelta en septiembre de 2013, fue reivindicar la supremacía de la Constitución cuando ésta se encuentra en confrontación con los tratados internacionales, es decir, si los tratados internacionales y la Constitución se confrontan o contradicen, prevalecerá ésta. No obstante lo anterior, como se dijo, se debe recordar que la Corte IDH puede verificar la concordancia del texto constitucional con los tratados internacionales, por lo que en casos en los que la Constitución nacional contravenga tratados internacionales, la Corte IDH puede ordenar su modificación o reforma a fin de hacerla compatible con la normativa convencional. Así, la Corte IDH, cuando algún caso concreto llegue a su conocimiento, podría revertir la decisión de la Suprema Corte mexicana en la contradicción de tesis 293/2011.

4. Avances, reparos y rezagos

a. Fuero militar

Es abundante la jurisprudencia interamericana sobre el fuero militar¹⁴. En los Estados democráticos la jurisdicción penal militar tiende a reducirse en tiempo de paz, e incluso a desaparecer. Por ello, si un Estado resuelve conservarla, su empleo debe ser mínimo, cuando resulte estrictamente necesario y siempre sujeto a los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno¹⁵. Ha de tener alcance restrictivo y encaminarse a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. El Tribunal supranacional ha señalado que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar¹⁶.

14 Los casos contenciosos atendidos y resueltos por la Corte IDH que se relacionan con el fuero militar (y, eventualmente, con otras cuestiones), son: *Caso Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997; *Caso Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 1998; *Caso Castillo Petrucci y otros v. Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999; *Caso Cesti Hurtado v. Perú*, sentencia del 29 de septiembre de 1999; *Caso Durand y Ugarte v. Perú*, sentencia del 16 de agosto de 2000; *Caso Cantoral Benavides v. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000; *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000; *Caso Las Palmeras v. Colombia*, sentencia del 6 de diciembre de 2001; *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003; *Caso 19 Comerciantes v. Colombia*, sentencia del 5 de julio de 2004; *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004; *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005; *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006; *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006; *Caso La Cantuta v. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006; *Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia*, sentencia del 11 de mayo de 2007; *Caso Escué Zapata v. Colombia*, sentencia del 4 de julio de 2007; *Caso Zambrano Vélez y otros v. Ecuador*, sentencia del 4 de julio de 2007; *Caso Tiu Tojín v. Guatemala*, sentencia del 26 de noviembre de 2008; *Caso Usón Ramírez v. Venezuela*, sentencia del 20 de noviembre de 2009; *Caso Radilla Pacheco v. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009; *Caso Fernández Ortega y otros v. México*, sentencia 30 de agosto de 2010; *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

15 Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco*... párr. 272.

16 *Cfr. Caso Castillo Petrucci y otros*... párr. 128; *Caso Durand y Ugarte*... párr. 117; *Caso Cantoral Benavides*... párr. 112; *Caso Las Palmeras*... párr. 51; *Caso*

La Corte IDH ha establecido que la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, tomando en cuenta el carácter de estos hechos y el bien jurídico que lesionan¹⁷. A propósito de la violación de derechos humanos, se ha pronunciado en jurisprudencia constante¹⁸ sobre la falta de competencia de la jurisdicción penal militar. Dada la naturaleza del bien jurídico lesionado en tales hipótesis, dicha jurisdicción no es competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de aquellas violaciones; ese fuero sólo puede actuar con respecto a militares en activo y por la comisión de delitos o faltas que por su naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

El procesamiento de los responsables de violaciones a derechos humanos corresponde a la justicia ordinaria¹⁹. La intervención de la justicia ordinaria no depende de la gravedad de las violaciones cometidas, sino de la naturaleza de éstas y del bien jurídico que se pretende proteger a través de la ley penal y el correspondiente enjuiciamiento. Para observar la garantía del juez natural es irrelevante

19 Comerciantes... párr. 165; *Caso Lori Berenson Mejía...* párr. 142; *Caso de La Masacre de Mapiripán...* párr. 202; *Caso Palamara Iribarne...* párrs. 124 y 132; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello...* párr. 189; *Caso Almonacid Arellano y otros...* párr. 131; *Caso La Cantuta...* párr. 142; *Caso de la Masacre de la Rochela...* párr. 200; *Caso Escué Zapata...* párr. 105; *Caso Tiu Tojin...* párr. 118; *Caso Radilla Pacheco...* párr. 272; *Caso Fernández Ortega y otros...* párr. 176; y *Caso Rosendo Cantú y otra...* párr. 160, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores...* párr. 197.

17 *Cfr. Caso de la Masacre de la Rochela...* párr. 200, y *Caso Escué Zapata...* párr. 105.

18 *Cfr. Caso Durand y Ugarte...* párrs. 116-117 y 125-126; *Caso Cantoral Benavides...* párrs. 112-114; *Caso Las Palmeras...* párrs. 51-53; *Caso 19 Comerciantes...* párrs. 165, 166, 167, 173 y 174; *Caso Lori Berenson Mejía...* párrs. 141-145; *Caso de la Masacre de Mapiripán...* párr. 202; *Caso Palamara Iribarne...* párrs. 139 y 143; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello...* párrs. 189 y 193; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)...* párrs. 53-54 y 108; *Caso La Cantuta...* párr. 142; *Caso de la Masacre de La Rochela...* párr. 200; *Caso Escué Zapata...* párr. 105; *Caso Zambrano Vélez y otros...* párr. 66; *Caso Tiu Tojin...* párrs. 118-120; *Caso Usón Ramírez...* párrs. 108-110; *Caso Radilla Pacheco...* párrs. 272-273; *Caso Fernández Ortega y otros...* párr. 176; *Caso Rosendo Cantú y otra...* párr. 160; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores...* párrs. 197-199.

19 *Cfr. Caso Durand y Ugarte...* párr. 118; *Caso La Cantuta...* párr. 142; y *Caso de la Masacre de la Rochela...* párr. 200.

la fecha en que sucedieron los hechos violatorios; lo importante es la eficaz protección de la persona humana conforme al objeto y fin de la CADH²⁰.

La asunción de competencia por parte de la justicia militar con respecto a un asunto que debe conocer la justicia ordinaria afecta el derecho al juez natural y, por lo mismo, vulnera el debido proceso²¹, íntimamente ligado al derecho de acceso a la justicia²². El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial²³. Por esto último, queda en entredicho la posición de los juzgadores castrenses sometidos a una línea de mando militar; igualmente, se cuestiona su condición de órganos imparciales cuando intervienen en el enjuiciamiento de quienes entran en contienda con la fuerza militar²⁴.

La Corte IDH también ha establecido que la jurisdicción militar no se extiende a personas que fueron militares pero ya se han retirado de las fuerzas armadas²⁵.

A pesar de la claridad con la que se ha regulado esta materia en el ámbito interamericano, existen todavía reparos y retrocesos.

La CIDH calificó como un “grave retroceso” en materia de derechos humanos la reforma constitucional por la cual se modifican los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia y

20 *Cfr. Caso 19 Comerciantes...* párr. 173; *Caso de la Masacre de La Rochela...* párr. 200; y *Caso Vélez Restrepo y Familiares*, Sentencia de 3 de septiembre de 2012, párr. 244.

21 La Corte ha indicado, en múltiples ocasiones, que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. *Cfr. inter alia, Caso Castillo Petrucci y otros...* párr. 128; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores...* párr. 197.

22 *Cfr. Caso Castillo Petrucci y otros...* párr. 128; *Caso Palamara Iribarne...* párr. 143, y *Caso Tiu Tojin...* párr. 118.

23 *Cfr. Caso Ivcher Bronstein...* párr. 112; *Caso 19 Comerciantes...* párr. 167; *Caso Escué Zapata...* párr. 101; y *Caso Radilla Pacheco...* párr. 273.

24 *Cfr. Caso Cantoral Benavides...* párr. 114; *Caso Lori Berenson...* párr. 145; y *Caso Las Palmeras...* párr. 53.

25 *Caso Cesti Hurtado...* párrs. 144-151.

se amplía significativamente el alcance de la jurisdicción penal militar, ya que, aunque la reforma excluye del fuero militar a crímenes de lesa humanidad, el genocidio y una serie de graves violaciones a los derechos humanos (la reforma hace referencia a desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado), otras graves violaciones a los derechos humanos serían conocidas por la jurisdicción militar, por ejemplo, crímenes de guerra y detenciones arbitrarias²⁶. La Corte Constitucional colombiana se pronunciará en torno a la constitucionalidad de esta reforma.

Por otro lado, se encuentra el caso de México. La Corte IDH ha emitido cuatro sentencias en contra de los Estados Unidos Mexicanos instruyendo la reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar: casos Radilla Pacheco, Inés Fernández, Valentina Rosendo y Cabrera García y Montiel Flores. A pesar de ello, la reforma no se ha producido. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia mexicana, en seguimiento al criterio de la Corte IDH, en el expediente Varios 912/2010 de julio de 2011, sostuvo: “el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles”²⁷. En los meses de agosto y septiembre de 2012, la Suprema Corte de Justicia conoció trece casos vinculados al fuero militar, turnados al más alto tribunal en virtud de la instrucción contenida en el Expediente *Varios 912/2010*. Los asuntos ventilados en tal virtud por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia fueron: amparos en revisión 133/2012, 134/2012, 770/2011, 60/2012, 61/2012, 62/2012, 63/2012, 217/2012, 252/2012, 224/2012, conflictos competenciales 38/2012 y 60/2012 y amparo directo 15/2012. En todos se ellos se sostuvo que frente a violaciones de derechos humanos nunca puede operar el fuero militar.

b. Fecundación *in vitro*

Uno de los temas recientes en la jurisprudencia interamericana es el empleo de medios tecnológicos para asegurar o facilitar la formación

26 Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/004.asp>, disponible a 14 de octubre de 2013.

27 Expediente *Varios 912/2010* (engrose), párr. 44.

de una familia, cuando no es posible conseguirlo sin el auxilio de la ciencia. Es el caso de la fecundación *in vitro* (FIV), que la Corte IDH abordó en sentencia reciente, con relación a ciertas decisiones legales y judiciales del Estado de Costa Rica²⁸. Al examinar esta materia, el Tribunal reiteró el amplio alcance de la noción de libertad contenida en el artículo 7 de la 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 caso referido 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 entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica²⁹.

El dispositivo normativo analizado por la Corte IDH fue el artículo 4, derecho a la vida, de la CADH

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

En el examen de este tema, la Corte IDH 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 o unánime. 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 CADH a propósito de la tutela de la vida³⁰, por lo que antes de que el embrión se implante en el útero no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la CADH.

28 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) v. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

29 *Ibidem*, párrs. 142-144 y 147.

30 *Ibidem*, párrs. 185-187.

Al amparo de una interpretación histórica y sistemática de este ordenamiento, no resulta procedente otorgar al embrión el estatus de persona³¹. Así se refirió al principio de protección gradual e incremental – y no absoluta – de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión, como se dijo, no puede ser entendido como persona. 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 IDH se detuvo en el estudio de la palabra “en general”, que emplea el artículo 4.1 de la 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 este caso, “dicho objeto y fin implica que no puede alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos”³². 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”³³. 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 infertilidad³⁴.

En esta materia, y al pronunciarse la Corte IDH sobre la “concepción”, es conveniente hacer referencia al caso del Distrito Federal en México. En 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó una reforma al Código Penal para el Distrito Federal que establece una nueva definición de aborto y despenaliza la interrupción del embarazo para las mujeres que lo hagan y las personas que las auxilien, antes de que se cumplan las primeras doce semanas de gestación. El tipo penal de aborto en el Distrito Federal reformado quedó en los siguientes términos:

31 *Ibidem*, párrs. 223 y 264.

32 *Ibidem*, párrs. 263 y 272.

33 *Ibidem*, párr. 272.

34 *Ibidem*, párr. 314.

Artículo 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la *décima segunda semana de gestación*. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la *implantación del embrión en el endometrio*.

Artículo 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, *después de las doce semanas de embarazo* (énfasis agregado).

En la Ley General de Salud del Distrito Federal, se dispuso:

Artículo 16 Bis 6. Las instituciones públicas de salud del Gobierno del Distrito Federal, *gratuitamente y en condiciones de calidad, deberán proceder a la interrupción del embarazo* en los supuestos permitidos en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuando la mujer interesada así lo solicite. Para la cual las referidas instituciones públicas de salud deberán proporcionar *información oportuna y veraz* de otras opciones con que cuentan las mujeres además de la interrupción del embarazo, así como las consecuencias en su salud.

Artículo 16 Bis 7. Los prestadores de los servicios de salud a quienes corresponda practicar la interrupción del embarazo en los casos permitidos por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tal interrupción, podrán ser *objetores de conciencia* [...] Será obligación de las instituciones públicas de salud garantizar la oportuna prestación de los servicios y la permanente disponibilidad de personal no objetor de conciencia en la materia.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, presentaron ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación demandas de acción de inconstitucionalidad en contra de estas reformas. En la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007, la Suprema Corte de Justicia mexicana consideró:

- La CADH introduce un dato de relatividad que no existe en otros extremos: “en general”. De aquí se desprende la posibilidad de que la protección a la vida, derecho fundamental, pueda comenzar en otro momento si así lo resuelve el legislador interno.
- Del surgimiento histórico de la CADH observamos que la expresión “en general” tenía como destino específico permitir que los Estados en los cuales se hubiere ya previsto la realización de abortos o en los Estados que posteriormente aceptaran esta legislación, no se diera una condición de violación a las obligaciones que iban a adquirir con la firma y ratificación de dicho tratado.
- México se adhirió a la CADH en 1981 e hizo la siguiente Declaración Interpretativa:

a) Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión “en general”, usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción” ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

También sostuvo la Suprema Corte que cualquier declaración de inconstitucionalidad de su parte equivaldría a una decisión re-penalizadora, la cual sólo podría darse por parte del legislador democrático.

Con una mayoría de ocho votos a favor y tres ministros en contra, se determinó que las reformas realizadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal eran constitucionales, por lo que actualmente la interrupción legal del embarazo (ILE) continúa vigente en el Distrito Federal.

c. 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 IDH 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 derechos³⁵.

En concepto de la Corte IDH, “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas” por la CADH³⁶. 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”³⁷, y no viene a cuentas a la hora de “analizar aspectos relacionados con su buena o mala paternidad o maternidad”³⁸.

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 un modelo “tradicional”; en el mismo sentido se han pronunciado otros órganos internacionales³⁹.

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

35 Corte IDH, *Caso Atala Riffó y Niñas v. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 79-85.

36 *Ibidem*, párr. 91.

37 *Ibidem*, 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., 2/2010, párrs. 263-264.

38 *Ibidem*, párr. 167.

39 *Ibidem*, párrs. 142, 172, 173-175.

de edad que conviven con ellos⁴⁰. Sobre esta ponderación específica la Corte IDH invocó pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de México⁴¹ en torno a la constitucionalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal. 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 parecer⁴².

La Corte IDH consideró que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto, hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad.

En este rubro se debe mencionar que en Colombia, en la sentencia C-577/11 de 26 de julio de 2011, la Corte Constitucional dio un plazo de dos años para legislar el reconocimiento jurídico de las uniones del mismo sexo con exactamente los mismos derechos. “Si el 20 de junio del año 2013 no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia”. El exhorto al Congreso tiene la finalidad de eliminar el déficit de protección, sostuvo la Corte colombiana. El plazo se cumplió y la ley no se emitió; esto ha traído consigo una serie de complicaciones por la celebración, impugnación y anulaciones de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Por otro lado, en México se produjo la reforma legislativa al Código Civil del Distrito Federal. En su artículo 146 se expresa: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la

40 Ibidem, párrs. 110, 121, 127 y 165.

41 Ibidem, párr. 126. La alusión corresponde a la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, párr. 338.

42 Ibidem, párrs. 199-200 y 237.

comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”. Al realizar esta modificación en automático también se reconoció la posibilidad de adoptar para parejas del mismo sexo, ya que el artículo 391 – que no tuvo que modificarse – disponía, “los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo”. En contra de esta reforma se interpuso la acción de inconstitucionalidad 2/2010. La Suprema Corte de Justicia de la Nación validó la constitucionalidad de la reforma que, en el Distrito Federal, permite los matrimonios entre personas del mismo sexo.

d. Género

La Corte IDH se ha pronunciado en 2009 sobre la perspectiva género. Así, 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”. 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 realizan. Por lo que “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”⁴³.

Reiterando la importancia de la capacitación con perspectiva de género, la Corte IDH precisó que ésta

[...] implica no sólo 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 humanos⁴⁴.

43 Corte IDH, *Caso González y otras (“Caso Campo Algodonero”) v. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

44 *Ibidem*, párr. 540.

e. Derechos de migrantes indocumentados o irregulares

En materia de derechos de las personas migrantes existen diversos casos y pronunciamientos de la Corte IDH: las opiniones consultivas OC-16/99 y OC-18/03, el caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, el caso *Vélez Loor v. Panamá* y el caso *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*⁴⁵. De acuerdo éstos, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él a las personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la CADH. No obstante, aún se producen violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes en el Continente americano.

Si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, en todas las políticas, decisiones y acciones que adopten deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes. En este sentido, en octubre de 2013 la CIDH expresó su profunda preocupación ante la sentencia TC/0168, dictada el 23 de septiembre de 2013 por el Tribunal Constitucional de República Dominicana:

Esta sentencia modifica retroactivamente la normativa vigente en el país desde 1929 hasta 2010, lo cual despojaría de la nacionalidad dominicana a decenas de miles de personas nacidas en República Dominicana. En un gran número de casos, estas personas podrían quedar en situación de apatridia, lo cual es violatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, esta sentencia tiene un efecto desproporcionado sobre las personas de ascendencia haitiana⁴⁶.

45 Para ahondar en éstos, ver: Morales Sánchez, Julieta, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano*, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011.

46 Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/073.asp>, disponible a 14 de octubre de 2013.

El caso refiere a Juliana Deguis Pierre, nacida en República Dominicana de padres haitianos, y registrada como dominicana al nacer. “La sentencia del Tribunal Constitucional decidió que Juliana Deguis Pierre no cumple con los requisitos para ser registrada como dominicana, y que esta interpretación debe aplicarse en forma retroactiva, despojándola de su nacionalidad”. Adicionalmente, el tribunal instruyó a las autoridades realizar una “auditoría de los registros de nacimientos desde el 21 de junio de 1929, a fin de identificar casos similares y despojar también a estas personas de su nacionalidad dominicana”⁴⁷.

La decisión del Tribunal Constitucional también es contraria a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, que estableció que

[...] el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron⁴⁸.

Como puede verse, el diálogo entre jurisdicción nacional e internacional todavía es limitado en esta materia. Los criterios internacionales no han permeado a nivel local.

f. Derechos económicos, sociales y culturales

La Corte IDH ha recordado la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. Se ha dicho que todos deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y ser exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello⁴⁹. Sin embargo, la justiciabilidad de

47 Ibidem.

48 Ibidem.

49 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) v. Perú*, sentencia de 1 de julio de 2009, párr. 101.

los derechos previstos por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, está limitada, en el propio instrumento, a los derechos sindicales y al derecho a la educación, y no se extiende al conjunto de derechos consagrados en ese instrumento. Así, para hacer justiciables otros derechos económicos, sociales y culturales, la Corte IDH ha tenido que vincularlos con los derechos civiles y políticos – por ejemplo, violaciones al derecho a la salud que pueden afectar el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Desde la Declaración y Plataforma de Acción de Viena de 1993, ha quedado claro que los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y, por tanto, existe la obligación estatal de protegerlos y garantizarlos. Así, no hay ninguno por encima ni más importante que otro. Bajo esta premisa, una afectación a los derechos económicos, sociales y culturales puede vulnerar derechos civiles y políticos, por la evidente interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Sin desconocer que numerosos derechos económicos, sociales y culturales requieren de prestaciones positivas, también se debe considerar que numerosos derechos civiles y políticos no pueden ejercerse ni alcanzar su plenitud sin una prestación positiva del Estado (constitución del entramado electoral, formación de policías y dotación de infraestructura o equipo para la seguridad o para la impartición de justicia). Por ello, la observancia adecuada de los derechos civiles y políticos en muchas ocasiones también es de realización progresiva, como la que se acredita a los derechos económicos, sociales y culturales. Unos y otros están interrelacionados y se identifican. Lo anterior desacredita el argumento de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, que en ocasiones ha sido empleado por los Estados para desatender o violentar estos derechos.

La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el SIDH es un rubro que debe fortalecerse urgentemente.

5. Conclusiones

De manera provisional, se pueden plantear las siguientes conclusiones:

- La jurisprudencia interamericana ha tenido un impacto emblemático y progresivo en materia de derechos humanos.
- La Corte IDH ha sentado las bases de seguridad jurídica hemisférica con relación a los estándares mínimos de protección.
- No hay duda de que los fallos de la Corte IDH, en especial los apartados de reparaciones, representan lo más cercano a lo que ha sido llamado “corte activista”.
- Aunque sus sentencias se refieran a o resuelven casos concretos, se busca que las reparaciones tengan un efecto de aspersion o *erga omnes*.
- Las sentencias de la Corte IDH plantean lineamientos de políticas públicas desde la óptica de la no repetición.
- Se ha venido trabajando en una línea continua de progresividad y estandarización en la aplicación de los tratados de derechos humanos como derecho interno.
- Los criterios son re-orientadores y vinculantes. La interpretación de la CADH que realiza la Corte IDH da certeza jurídica.
- Al ser reconocidos dichos criterios como vinculantes, en mayor o menor medida se generan efectos sobre las políticas públicas y la legislación. En México, en la citada contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte decidió que todas las sentencias emitidas por la Corte IDH son vinculantes para los jueces nacionales.
- Los Estados han ido atendiendo las sentencias y ejerciendo, en mayor o menor medida, el control de convencionalidad. En ocasiones se ha producido un déficit de recepción que afecta la vigencia de los derechos humanos en América.

- La interpretación da certeza a los derechos y explica a los Estados cuáles son sus atribuciones.
- Los Estados se han ido ciñendo al SIDH; de esta forma todos saben cuáles son sus facultades y límites.

6. Desafíos

- El primer desafío es la universalización. Los tratados básicos del SIDH todavía no cuentan con aceptación universal ni el sistema es realmente americano.
- El acceso *de jure* y *de facto* a garantías nacionales, así como el acceso a la justicia internacional, es indispensable para reducir las violaciones de derechos humanos.
- La pobreza y realidad social de América (desempleo, subempleo, trabajo precario, injusticia, desigualdad, impunidad, corrupción, entre otros) imponen límites a los derechos humanos, exponen a las personas a situaciones de vulnerabilidad y propician violaciones a los derechos humanos.
- Generar la recepción de los criterios internacionales al interior de los países miembros.
- Eficacia del sistema como mecanismo de protección supranacional de derechos humanos.
- La Corte IDH en ocasiones no llega a ser tan clara en sus pronunciamientos o en sus alcances (ejemplo, control de convencionalidad) y ello puede producir problemas de recepción interna. Precisamente se trata de que tanto la población como el gobierno tengan certeza de sus deberes, derechos y límites, así como de los mecanismos para su debido ejercicio y defensa.
- Hay que edificar un sistema realmente capaz de garantizar que todos los Estados protejan, prevengan y reparen las violaciones a los derechos humanos, con base en parámetros uniformes para

todas las personas en América. Se debe recordar que el derecho interamericano de derechos humanos es un catálogo de mínimos esenciales que el conjunto de países debería de cumplir, sin excusas, matices ni restricciones.