



Orientación sexual, margen de apreciación, derechos de las niñas y los niños, no discriminación, derecho a la educación y cuestiones procesales ante la Corte Interamericana: Debates en torno al Caso Niña “X” y sus padres Vs. La República de Muykyta (CEJA 2012)*

*Óscar Parra Vera, Alexandra Sandoval Mantilla y Patricia Tarre Moser***

Resumen

En el año 2012 se elaboró un caso hipotético para el “Concurso Eduardo Jiménez de Aréchega” (CEJA), denominado el “Caso niña “X” y sus padres Vs. la República de Muykyta”, en el cual se quisieron explorar diversos debates a los cuales actualmente se enfrenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales como los casos relacionados con los derechos de la comunidad LGTBI, tensiones entre el derecho a la libertad de expresión y la prohibición de discriminación, desarrollo de algunos derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a la educación y otros conflictos relacionados con asuntos procesales del desarrollo de los casos contenciosos ante la Corte. Para dicha competencia se realizó, a su vez, una “Guía para Jueces”, en la cual se expusieron los principales argumentos que los concursantes podían desarrollar durante la competencia, así como una recopilación no exhaustiva de fuentes que podían ser aplicadas para la resolución del caso. El presente artículo es una sistematización corta de los debates y fuentes que fueron expuestos en la “Guía para Jueces”.

* Agradecemos a Florian Huber por su colaboración en la elaboración del bench memorandum. Asimismo, agradecemos a Valeria Tiffer y Fernanda Jiménez por la ayuda y apoyo brindado en todo el proceso de elaboración del caso hipotético y de la “Guía para Jueces”.

** Los autores son actualmente Abogado y Abogadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica.

Abstract

In 2012 a hypothetical case was elaborated for the “Eduardo Jiménez de Aréchega” Moot Court (CEJA), under the name of “Niña “X” and her parents Vs. the Republic of Mnykyta case”, in which different debates the Interamerican Court of Human Right is currently confronting were explored, such as cases related to the rights of the LGBT community, tensions between freedom of speech and the prohibition to discriminate, the development of some economic, social and cultural rights such as the right to education and other conflicts related with procedural aspects of the contentious cases before the Court. For said competition, a “Bench Memorandum” was elaborated, and it included the main arguments the contestants could bring forward throughout the competition, as well as a non-exhaustive set of sources which could be applied for the resolution of the present case. This article is a short systematization of the debates and sources which were exposed in the “Bench Memorandum”.

Asuntos procesales

A. Excepciones Preliminares

En el caso hipotético el Estado presentó tres excepciones preliminares relacionadas con la violación del derecho a su defensa, la falta de competencia *ratione materia* en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño y con los artículos 6 y 9 de la Convención Belém do Pará, y la falta de agotamiento de recursos internos.

B. Violación del derecho de defensa del Estado

Ambos órganos del sistema interamericano son autónomos e independientes¹. La Corte Interamericana ha establecido que “no actúa, con

¹ Cfr. *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC 19/05 del 28 de noviembre de 2005*. Serie A No. 19, párr. 25.

respecto a la Comisión, en un procedimiento de revisión, de apelación u otro semejante. Su jurisdicción plena para considerar y revisar *in toto* lo precedentemente actuado y decidido por la Comisión, resulta de su carácter de único órgano jurisdiccional de la materia. En este sentido, al tiempo que se asegura una más completa protección judicial de los derechos humanos reconocidos por la Convención, se garantiza a los Estados Partes que han aceptado la competencia de la Corte, el estricto respeto de sus normas². La Corte ha establecido además que “el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades”, siempre y cuando se conserve un adecuado equilibrio entre las partes³.

Al interponer una excepción preliminar de este tipo, el Estado tiene la carga de demostrar la existencia de un error grave en el procedimiento ante la Comisión y que dicho error haya “afectado o vulnerado el derecho de defensa del Estado”⁴. En el caso *Niña X y sus padres* se presentaron dos situaciones sobre las cuales el Estado pudiese alegar la violación al derecho de defensa: la falta de cumplimiento del requisito de los seis meses de parte del proceso y la inclusión por los representantes de artículos que fueron declarados como no violados en el informe de fondo.

1. Falta de cumplimiento del requisito de los seis meses

² Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 29.

³ Cfr. *Caso Cayara Vs. Perú. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 3 de febrero de 1993. Serie C No. 14, párr. 42.

⁴ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr 67, y *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 31.

La Convención Americana exige como un requisito para que la petición sea admisible que la misma “sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva”⁵. En el presente caso existen tres procesos judiciales relevantes: el amparo contra el programa de televisión, cuya decisión definitiva fue el 10 de junio de 2008, el amparo contra la escuela, cuya decisión definitiva fue el 19 de septiembre de 2008 y el proceso penal contra el señor Lavalle y la señora Martínez, cuyas decisiones definitivas fueron el 4 de enero y 13 de mayo de 2009, respectivamente. La petición fue presentada ante la Comisión el 4 de febrero de 2009. Por lo tanto el proceso del amparo contra el programa de televisión no cumple con el requisito de los seis meses.

Según los hechos del caso, el Estado no alegó ante la Comisión la falta de cumplimiento de este requisito de admisibilidad. En consecuencia, la primera discusión que se genera es si el Estado puede ahora ante la Corte alegar, así sea indirectamente, el incumplimiento de dicho requisito. Por un lado, en 1991 en el caso *Neira Alegría* la Corte estableció que ya que el plazo de los seis meses depende del agotamiento de los recursos internos es el Estado quien tiene que alegar el vencimiento del plazo ante la Comisión⁶. En base a esto, el Estado tendría que haber interpuesto esta excepción preliminar en la etapa anterior a la admisibilidad, la cual es la etapa donde se analizan este tipo de argumentos⁷. Al

no hacerlo en este momento se entiende como una renuncia tácita a la excepción⁸.

Por otro lado, la Corte Europea ha establecido que la existencia de la regla de los seis meses muestra el deseo de las partes contratantes de no someter nuevamente a procesos internacionales decisiones judiciales después de un tiempo indefinido, lo cual no solo es del interés del Gobierno sino también de la seguridad jurídica. Por lo tanto, la Corte Europea ha señalado que tiene que examinar el cumplimiento de este requisito aún si el Estado no presentó una excepción preliminar al respecto⁹. A pesar de las diferentes procesales que existen entre el procedimiento europeo y el interamericano, el mismo razonamiento puede ser aplicable al sistema interamericano¹⁰. En este sentido, se pudiera decir que el requisito de los seis meses no es comparable con el requisito del agotamiento de los recursos internos.

Adicionalmente, para el presente caso es relevante el caso *Grande Vs. Argentina*. En dicho caso existía un proceso penal y un proceso contencioso administrativo, mediante el cual la presunta víctima buscó resarcimiento por presuntos daños causados en el proceso penal. La Corte, al analizar si la Comisión había modificado el objeto de la petición inicial al incluir el proceso penal, señaló que la Comisión solo había verificado el cumplimiento del requisito de los seis meses con respecto al proceso contencioso administrativo, mas no con

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 46 1 (b)

⁶ Cfr. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Serie C No. 13, párr. 30.

⁷ Esto es acorde a lo establecido en el reglamento de la Comisión. Reglamento de la Comisión Interamericana, art. 30 (6).

⁸ Cfr. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Serie C No. 13, párr. 30.

⁹ CrEDH, *Affaire Belaousof et autres c. Grece*, 27 de mayo de 2008, párr. 38.

¹⁰ En este sentido, la Comisión ha establecido que el objetivo del requisito de los seis meses es garantizar “certeza legal y estabilidad”. Cfr. CIDH, *Informe N° 3/04 (Admisibilidad). Petición 12.128, Horacio Verbitsky y otros Vs. Argentina*. 24 de febrero de 2004, párr. 45.

respecto al proceso penal que no los cumplía¹¹. Esta consideración fue una de las tomadas en cuenta por la Corte al decidir no conocer del proceso penal¹². En primer lugar, es necesario resaltar que la Corte no analizó si el Estado había alegado ante la Comisión el incumplimiento del requisito de los seis meses en relación con el proceso penal. Por las particularidades de dicho caso, la Corte habría podido considerar que el Estado estaba impedido de presentar dicho argumento por desconocer que la Comisión incluiría en el Informe de Admisibilidad el proceso penal. No obstante, incluso si la Corte consideraba lo anterior, si el argumento de incumplimiento del requisito de los seis meses fuese realmente equiparable a una excepción de falta de agotamiento de recursos internos, la Corte hubiese tenido que mencionar las razones por las cuales podía entrar a conocer el argumento a pesar de no haber sido presentado previamente ante la Comisión.

En segundo lugar, del caso *Grande* se puede inferir que cada proceso judicial que se incluya en la petición tiene que cumplir por sí mismo con el requisito de los seis meses, sin importar la conexidad que exista entre los mismos. Este criterio, sin embargo, no parece estar respaldado por la Comisión Interamericana. La Comisión ha considerado que el requisito de los seis meses no aplica a situaciones donde son aplicables alguna de las excepciones del agotamiento de los recursos internos o “cuando las denuncias se refieren a una situación continua, es decir cuando se aduce que los derechos de la víctima son afectados ininterrumpidamente”¹³. En estos

casos se tiene que evaluar la razonabilidad del tiempo que habría transcrito. Tomando esto en cuenta, otro alegato posible sería que los diferentes procesos judiciales constituirían una situación continuada, que se generó con el programa de televisión, y terminó con el proceso penal, por lo tanto la regla de los seis meses no se puede aplicar a cada proceso sino que la petición se tiene que evaluar como un todo.

Por último, según la jurisprudencia de la Corte, incluso si se considera que la Comisión no ha debido admitir los hechos relativos al primer amparo, se tiene que determinar si esto constituyó un “error grave” y el Estado tiene que demostrar cómo dicho error grave de la Comisión afectó o vulnerado el derecho de defensa del Estado¹⁴.

2. Inclusión en el Informe de Fondo de artículos no declarados admisibles

El Estado pudiese alegar que la inclusión de los artículos de 4, 5, 11, 19 en el Informe del Fondo violó el derecho de defensa del Estado ya que al no haber sido declarados admisibles el Estado no se pudo defender de dichos alegatos. Un alegato similar se presentó en el caso *Furlan y familiares Vs. Argentina* y la Corte determinó que:

[N]i en la Convención Americana, ni en el Reglamento de la Comisión

2003, párr. 59; CIDH, *Informe N° 72/01 (Admisibilidad). Caso 11.804, Juan Ángel Greco Vs. Argentina*. 10 de octubre de 2001, párr. 54, y CIDH, *Informe N° 5/02 (Admisibilidad). Petición 12.080, Sergio Schiavini y María Teresa Schnack de Schiavini Vs. Argentina*. 27 de febrero de 2002, párr. 55.

¹⁴ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 67, y *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 31.

¹¹ Cfr. *Caso Grande Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párrs. 58 a 60.

¹² Cfr. *Caso Grande Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párrs. 58 a 61.

¹³ Cfr. CIDH, *Informe N° 72/03 (Admisibilidad). Petición 12.159, Gabriel Egisto Santillan Vs. Argentina*. 22 de octubre de

Interamericana existe normatividad alguna que disponga que en el informe de admisibilidad se deben establecer todos los derechos presuntamente vulnerados. Al respecto, los artículos 46 y 47 de la Convención Americana establecen exclusivamente los requisitos por los cuales una petición puede ser declarada admisible o inadmisibles, más no impone a la Comisión la obligación de determinar cuáles serían los derechos objeto del trámite. Incluso, el artículo 48 de la Convención permite a la Comisión, después de admitida la petición, en caso de que sea necesario, realizar una “investigación para cuyo eficaz cumplimiento, [podrá] solicitar, y los Estados interesados le proporcionaran, todas las facilidades necesarias”. En este sentido, la Corte consider[ó] que los derechos indicados en el informe de admisibilidad son el resultado de un examen preliminar de la petición que se encuentra en curso, por lo que no limitan la posibilidad de que en etapas posteriores del proceso puedan incluirse otros derechos o artículos que presuntamente hayan sido vulnerados, siempre y cuando se respete el derecho de defensa del Estado en el marco de la base fáctica del caso bajo análisis¹⁵.

C. Falta de competencia Ratione Materiae en relación con la Convención sobre los

Derechos del Niño y con los artículos 6 y 9 de la Convención Belém do Pará

En el caso *Las Palmeras Vs. Colombia* la Corte estableció que la Convención Americana “sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención¹⁶. La excepción a esa regla son “los casos en que otra Convención, ratificada por el Estado, confiere competencia a la Comisión o a la Corte Interamericanas para conocer de violaciones de los derechos protegidos por dicha Convención”¹⁷. Por tanto, la Corte no tiene competencia para declarar una violación a la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a la Convención Belém do Pará, en el caso *Campo Algodonero* el Estado objetó la competencia de la Corte sobre esta Convención. La Corte, realizando una interpretación literal, sistemática y teleológica del artículo 12 de la Convención Belém do Pará¹⁸, concluyó que tenía competencia para analizar posibles violaciones del artículo 7 de dicha convención¹⁹. Asimismo, la

¹⁶ Cfr. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 33.

¹⁷ Cfr. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 34.

¹⁸ El artículo 12 de la Convención Belém do Pará establece: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

¹⁹ Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 77.

¹⁵ Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 52.

Corte concluyó que no tenía competencia para analizar posibles violaciones de los artículos 8 y 9 de la Convención Belém do Pará ya que, *inter alia*, el artículo 12 se refiere solo al artículo 7 de la mencionada Convención²⁰. Al respecto, la Corte destacó que “a partir del principio de interpretación más favorable no se puede derivar un enunciado normativo inexistente”²¹. No obstante, la Corte señaló que esto no significa que “los diversos artículos de la Convención Belém do Pará sean utilizados para la interpretación de la misma y de otros instrumentos interamericanos pertinentes”²².

D. Falta de agotamiento de recursos internos

La Convención Americana establece como requisito de admisibilidad que las presuntas víctimas hayan agotado recursos internos. Las excepciones a dicho requisito son que a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

La Corte ha establecido que los recursos que se tienen que agotar son aquellos que sean adecuados, “dentro del sistema del derecho interno, sea idóneo para proteger la situación jurídica infringida”, y efectivos, “capaz de

producir el resultado para el que ha sido concebido”²³.

E. Debates en torno al margen de apreciación²⁴

Una de los problemas jurídicos a resolver en el caso era el siguiente: ¿hasta qué punto puede revisar la Corte Interamericana como tribunal internacional la decisión y los argumentos del Tribunal Constitucional respecto a la ponderación del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la vida privada en el caso concreto?

Al respecto, cabe resaltar que en casos ante la Corte Interamericana algunos estados han invocado contar con un "margen de apreciación" para decidir este tipo de conflictos de derechos. Esta doctrina del margen de apreciación ha sido desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos desde el caso *Handyside Vs. Reino Unido*²⁵. En dicho caso se afirmó que:

“it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterized by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital

²³ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 63 a 66.

²⁴ Algunos de los componentes de este segmento están basados en Oscar Parra Vera y Florian Huber, “Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: Comentarios al caso *Atala Riffo y Niñas*”, en Armin Von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales-Antoniuzzi (coords.), *Igualdad y Orientación Sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012.

²⁵ *Case Of Handyside V. The United Kingdom* (Application no. 5493/72), 7 December 1976, párrs. 48, 49.

²⁰ Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No, 205, párr. 80.

²¹ Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No, 205, párr. 79.

²² Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No, 205, párr. 79.

forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them. [...] it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context. [...] Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. [...] Nevertheless, Article 10 para. 2 (art. 10-2) does not give the Contracting States an unlimited power of appreciation [...].

En un caso reciente²⁶, el Tribunal Europeo precisó lo siguiente en relación con esta doctrina:

a number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State when determining any case under Article 8 of the Convention [right to private life].

- *Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted.*
- *Where, however, there is no consensus within the Member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider.*

- *[...] by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the "exact content of the requirements of morals" in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them.*

Este tema ha sido objeto de algunas reflexiones en jurisprudencia reciente del tribunal interamericano. Por ejemplo, en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, algunas de las decisiones citadas por la Corte respecto a la orientación sexual como "otra condición social" fueron emitidas en fechas posteriores a la decisión de la Corte Suprema de Chile. Esto ha generado algunas críticas respecto a si el tribunal interamericano ha impuesto un "consenso" que no existía en la región o en Chile en aquel momento –y en la actualidad-. Este tipo de críticas podrían esgrimirse en relación con la mayoría de la jurisprudencia de la Corte. Así por ejemplo, en casos como el de la masacre de *Barrios Altos*, el Tribunal profirió una decisión que era contraria a la práctica de varios Estados que habían tolerado algunas formas de amnistías frente a graves violaciones de derechos humanos. En otros casos, como el caso *Furlan*, la Corte analizó los impactos de la demora de un proceso civil finalizado en 2002 en un niño con discapacidad y su familia. Para ello utilizó, entre otros aspectos, el "modelo social de la discapacidad" establecido en la Convención sobre Discapacidad adoptada en Naciones Unidas en 2007. Se podría establecer un listado mucho más amplio de ejemplos. Consideramos acertada la práctica de la Corte de establecer la interpretación más favorable para los derechos humanos según el estado de la discusión en el derecho internacional y comparado al momento en el que

²⁶ Case Of A, B and C V. Ireland (Application no. 25579/05), GC, 16 December 2010, párr. 232.

se tiene que decidir un determinado caso. Teniendo en cuenta la crítica situación de derechos humanos en la región, es legítimo y conveniente que la Corte Interamericana desarrolle un importante nivel de liderazgo en aquellos aspectos relevantes para revertir problemas estructurales, por ejemplo, en temáticas como discriminación. Dicho liderazgo puede justificar que la Corte establezca ciertos mínimos que deberían ser tenidos en cuenta por las autoridades locales, siempre y cuando su argumentación sea la más rigurosa y exhaustiva posible.

Creemos que en la sentencia del caso *Atala* la Corte responde a las exigencias de esta carga de argumentación en la fijación de principios cuando no existe un consenso específico en la región. En efecto, el Tribunal Interamericano utilizó conceptos, definiciones y decisiones de otros sistemas de protección y de Altas Cortes en el derecho comparado que reflejan claramente una tendencia de los últimos 20 años respecto a la necesidad de ampliar la protección de las minorías sexuales. Asimismo, ante el mencionado reparo del Estado de la presunta falta de consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación en el momento de los hechos ocurridos, la Corte resaltó que:

la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a

abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”.

Cuando hizo alusión a la discriminación histórica y estructural en esta materia, la Corte señaló que, de acuerdo a diversas fuentes del derecho internacional y comparado, esta discriminación contra la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales (en adelante “LGTBI”) es inaceptable porque, en primer lugar, la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona. En este punto, la Corte se refirió a un segmento del fallo en el que se retoma el caso *Clift* de la Corte Europea²⁷ para señalar que “no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia”²⁸ y que no se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente”, bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida²⁹.

En segundo lugar, la Corte señaló que la comunidad LGTBI ha sido discriminada históricamente y es común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad. En tercer lugar, el Tribunal precisó que dicha comunidad constituye una minoría a la que le resulta mucho más difícil remover las discriminaciones en

²⁷ El T.E.D.H. señaló en el *Caso Clift V.s. Reino Unido*, (No. 7205/07), Sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57 que: “the Court has considered to constitute ‘other status’ characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent. Thus in *Salgueiro da Silva Mouta*, [...] it found that sexual orientation was [“undoubtedly covered”] by Article 14”.

²⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 139.

²⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 139.

ámbitos como el legislativo, así como evitar repercusiones negativas en la interpretación de normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia. En cuarto lugar, la Corte señaló que la orientación sexual no constituye un criterio racional para la distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Cabe resaltar que en otro apartado de la sentencia, al valorar las reparaciones procedentes, la Corte señaló que éstas debían tener una vocación transformadora de dicha situación de discriminación histórica y estructural, de tal forma que las reparaciones tuvieran un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI³⁰.

Teniendo en cuenta estas características y alcance que tiene la discriminación histórica y estructural contra los grupos LGTBI es posible justificar que no se pueda reducir o limitar los alcances de la decisión de la Corte IDH respecto a este grupo en situación de vulnerabilidad bajo el argumento de que no existe un “consenso” regional sobre el alcance de algunos derechos bajo la Convención Americana. Es cierto que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha buscado balancear la protección de los derechos y el consenso europeo. Esta postura se explica por el contexto en el cual la mayoría de los Estados partes de la Convención Europea de Derechos Humanos tenían democracias establecidas, por tanto las violaciones de derechos humanos que se conocen desde entonces no se han relacionado con graves atrocidades o regímenes autoritarios (dos excepciones son los casos relacionados con graves violaciones de derechos humanos cometidos en los conflictos armados de Chechenia y el sur este de Turquía).

Sin perjuicio de ello, el margen de apreciación, que ha tenido diversos significados en la doctrina y en su uso jurisprudencial, y ha sido calificado a veces como “el ‘producto’ más controvertido de la Corte Europea de Derechos Humanos”³¹, considerando que ofrece “un nivel de revisión europea que es menos profunda que la revisión que la Corte tiene derecho a hacer sobre la base de su ‘jurisdicción plena’”³². En algunos casos se ha criticado esta doctrina porque, a partir de su utilización, la Corte Europea ha decidido casos con hechos similares pero bajo un diferente estándar³³. Doctrina reciente ha evaluado a profundidad el alcance de esta metodología de análisis de los casos, fundamentando su posible legitimidad e idoneidad en ciertas circunstancias³⁴.

También es posible señalar que la Corte Interamericana, en casos como *Castañeda Gutman Vs. México*, implícitamente ha adoptado una idea tácita de margen de apreciación al considerar que los Estados parte pueden diseñar distintos modelos de regulación del derecho a ser elegido, tomando en consideración el derecho comparado aplicable³⁵. Asimismo, en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, al estudiar las garantías judiciales de artículo 8 de la Convención, en particular el

³¹ Sébastien van Drooghenbroeck, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme. Prendre l’idée simple au sérieux, p. 527.

³² Johan Callewaert, *Quel avenir pour la marge d’appréciation?*, en P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold y L. Wildhaber (ed.), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, p. 149.

³³ Para una crítica de la jurisprudencia europea en este sentido, respecto a los casos de libertad de expresión, ver Alexandra Sandoval Mantilla, *The use of the margin of appreciation in cases concerning freedom of expression: A comparison between the use of the concept in the Inter-American Court and the European Court of Human Rights*, (LLM Thesis in Human Rights and Criminal Justice – Utrecht University, 2010).

³⁴ Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012.

³⁵ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 138 a 205.

³⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 267.

derecho a recurrir la sentencia, la Corte consideró que si bien los Estados tienen un “margen de apreciación” para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo³⁶. En otros casos el nivel de deferencia hacia las determinaciones en el ámbito interno ha sido considerable y se ha reconocido que algunas autoridades locales pueden estar en mejor posición para efectuar ciertas determinaciones probatorias³⁷.

Sin embargo, es difícilmente aceptable un argumento de deferencia respecto a grupos que históricamente han estado en una situación de vulnerabilidad y opresión. Más aún cuando el hecho internacionalmente ilícito (la sentencia de la Corte Suprema) reproducía algunos de los elementos que más han caracterizado dicha vulnerabilidad histórica. Por supuesto, ello debe argumentarse y la Corte, a nuestro juicio, cumplió con esa carga. Es posible que en otros temas la deferencia y una argumentación rigurosa sobre margen de apreciación pueda tener una justificación en el marco de los principios de subsidiariedad y complementariedad. Empero, respecto a una discriminación por orientación sexual, aceptar la deferencia puede implicar tolerar que una mayoría pueda seguir reproduciendo la exclusión contra una minoría históricamente oprimida, haciendo nugatorio el rol que un sistema internacional de protección tenga que jugar en casos de esta naturaleza. Más aún cuando la misma Corte Interamericana ha establecido que

la prohibición de discriminación es una prohibición de *jus cogens*³⁸.

Cabe resaltar que el Tribunal Europeo ha establecido un margen de apreciación amplio en casos de diferencia de trato al señalar que, en principio, una diferencia de trato solamente es discriminatoria:

“if it has no objective and reasonable justification, that is if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”³⁹, lo cual implica que

³⁸ Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101. Esta caracterización de la prohibición de discriminación como prohibición de *jus cogens* ha sido criticada por autores como Gerald Neuman, al señalar que “the Court cited a wide range of international instruments prohibiting discrimination in a variety of contexts, or on the basis of a number of different criteria. But, even taking these instruments at face value, the fact that many forms of discrimination are internationally forbidden does not demonstrate that all forms of discrimination violate a fundamental value of the international community”. Ver. Gerald Neuman, Gerald L. Neuman, *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, 19 EJIL 101 (2008). Sin embargo, el *Caso Atala* muestra el valor argumentativo de tal determinación de la Corte Interamericana si se circunscribe su análisis a la discriminación histórica contra ciertos grupos y por qué no puede ser admisible un margen de apreciación en tales casos.

³⁹ C.E.D.H., Casos "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" Vs. Belgium, Sentencia de 23 de Julio de 1968, párr. 10; Marckx Vs. Bélgica, (No. 6833/74), Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 33; Abdulaziz, Cabales y Balkandali Vs. Reino Unido, (No. 9214/80; 9473/81; 9474/81), Sentencia de 28 de mayo de 1985, párr. 72; KarlHeinz Schmidt Vs. Alemania, (No. 13580/88), Sentencia de 18 de julio de 1994, párr. 24; Gaygusuz Vs. Austria, (No. 17371/90), Sentencia de 16 de septiembre de 1996, párr. 42; Petrovic Vs. Austria, (No. 20458/92), Sentencia de 27 de marzo de 1998, párr. 30; Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 29; Mazurek Vs. Francia, (No. 34406/97), Sentencia de 1 de febrero de 2000. Final, 1 de mayo de 2000, párr. 48; Willis Vs. Reino Unido, (No. 36042/97), Sentencia de 11 de junio de 2002. Final, 11 de septiembre de 2002 párr. 39.

³⁶ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 161.

³⁷ Ver el *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, donde se respetó la determinación del alcance de la reparación pecuniaria desarrollada por el Consejo de Estado de Colombia; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010, párr. 246.

“the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment”⁴⁰

Sin embargo, el Tribunal Europeo ha precisado que el margen de apreciación es más limitado en casos de discriminación basada en categorías de sexo, nacimiento, nacionalidad, religión, raza y discapacidad. En efecto, en su jurisprudencia desde 1985, la Corte Europea de Derechos Humanos aplica en casos de diferencias de trato basadas en las categorías de sexo⁴¹, nacimiento⁴²,

nacionalidad⁴³, religión⁴⁴, raza u origen étnico⁴⁵, y discapacidad⁴⁶, un escrutinio judicial estricto,

certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. However, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention.”)

⁴² Cfr. C.E.D.H., Caso Marckx Vs. Bélgica, (No. 6833/74), Sentencia de 13 de junio de 1979, párrs. 43, 48; C.E.D.H., Casos Inze Vs. Austria, (No. 8695/79), Sentencia de 28 de octubre de 1987, párr.41; Mazurek Vs. Francia, (No. 34406/97), Sentencia de 1 de noviembre de 2000. Final, 1 de mayo de 2000, párr. 49; Camp y Bourimi Vs. Países Bajos, (No. 28369/95), Sentencia de 3 de octubre de 2000, párr. 38 (“Very weighty reasons would accordingly have to be advanced before a difference of treatment on the ground of birth out of wedlock could be regarded as compatible with the Convention.”); en el mismo sentido, C.E.D.H., Gran Sala, Caso Sommerfeld Vs. Alemania, (No. 31871/96), Sentencia de 8 de Julio de 2003, párr. 93 (“The Court has already held that very weighty reasons need to be put forward before a difference in treatment on the ground of birth out of or within wedlock can be regarded as compatible with the Convention.”).

⁴³ Cfr. C.E.D.H., Caso Gaygusuz Vs. Austria, (No. 17371/90), Sentencia de 16 de septiembre de 1996, párr. 42 (“the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. However, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention.”).

⁴⁴ Cfr. C.E.D.H., Caso Hoffmann Vs. Austria, (No. 12875/87), Sentencia de 23 de junio de 1993, párr. 36 (“Notwithstanding any possible arguments to the contrary, a distinction based essentially on a difference in religion alone is not acceptable.”)

⁴⁵ Cfr. C.E.D.H., Caso Timishev Vs. Rusia, (No. 55762/00 and 55974/00), Sentencia de 13 de diciembre de 2005. Final, 13 de marzo de 2006, párrs. 56 (“Racial discrimination is a particularly invidious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction.”), 58 (“no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures.”), y 59 (“since the applicant's right to liberty of movement was restricted solely on the ground of his ethnic origin, that difference in treatment constituted racial discrimination within the meaning of Article 14 of the Convention”).

⁴⁶ Cfr. C.E.D.H., Caso Glor Vs. Suiza, (No. 13444/04), Sentencia de 30 de abril de 2009. Final, 6 de noviembre de 2009, párrs. 53 (“qu'il existe un consensus européen et universel sur la

⁴⁰ C.E.D.H., Caso Inze Vs. Austria, (No. 8695/79), Sentencia de 28 de octubre de 1987, párr.41; Cfr. Caso Rasmussen Vs. Dinamarca, (No. 8777/79), Sentencia de 28 de noviembre de 1984, párr. 40; Caso "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" Vs. Bélgica (Fondo), (No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), Sentencia de 23 de julio de 1968, párr. 10; Caso Lithgow y otros Vs. Reino Unido (No. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81), Sentencia de 8 de julio de 1986, párr. 177; Caso KarlHeinz Schmidt Vs. Alemania, (No. 13580/88), Sentencia de 18 de julio de 1994, párr. 24; Caso Petrovic Vs. Austria, (No. 20458/92), Sentencia de 27 de marzo de 1998, párr. 30; Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 29; Caso Fretté Vs. Francia, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 40; L. y V. Vs. Austria (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 44.

⁴¹ Cfr. C.E.D.H., Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali Vs. Reino Unido, (No. 9214/80; 9473/81; 9474/81), Sentencia de 28 de mayo de 1985, párr. 78 (“it can be said that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe. This means that very weighty reasons would have to be advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention.”); Cfr. también C.E.D.H., Caso Schuller-Zraggen Vs. Suiza, (No. 14518/89), Sentencia de 24 de junio de 1993, párr. 67; C.E.D.H., Caso Burghartz Vs. Suiza, (No. 16213/90), Sentencia de 22 de febrero de 1994, párr. 27; C.E.D.H., Caso KarlHeinz Schmidt Vs. Alemania, (No. 13580/88), Sentencia de 18 de julio de 1994, párr. 24; C.E.D.H., Casos Van Raalte Vs. Países Bajos, (No. 20060/92), Sentencia de 21 de febrero de 1997, párr. 39, y Willis Vs. Reino Unido, (No. 36042/97), Sentencia de 11 de junio de 2002. Final, 11 de septiembre de 2002 párr. 39 (“The Contracting States enjoy a

exigiendo que el trato diferente no solamente se justifica con base en criterios razonables y objetivos, sino que haya como justificación “razones muy serias” o “razones particularmente serias”.

Cabe resaltar que el Tribunal Europeo ha precisado que existe un margen de apreciación limitado en casos de discriminación por orientación sexual. En el *Caso E.B. Vs. Francia*, ante un trato discriminatorio de personas homosexuales respecto al régimen legal de adopciones, la Corte Europea reiteró que:

[w]here sexual orientation is in issue, there is a need for particularly convincing and weighty reasons to justify a difference in treatment⁴⁷.

Recientemente, en el *Caso Kozak Vs. Polonia* y el *Caso Alekseyev Vs. Russia*, la Corte Europea resumió el test de igualdad en casos de diferencia de trato basada en la orientación sexual:

[W]hen the distinction in question operates in this intimate and vulnerable sphere of an individual's private life, particularly weighty reasons need to be advanced before the Court to justify the measure complained of. Where a difference of treatment is based on sex or sexual orientation the margin of appreciation afforded to the State is narrow, and in such situations the principle of proportionality does not merely require the

measure chosen to be suitable in general for realizing the aim sought; it must also be shown that it was necessary in the circumstances. Indeed, if the reasons advanced for a difference in treatment were based solely on the applicant's sexual orientation, this would amount to discrimination under the Convention⁴⁸

Estándares generales protección y garantía derechos de los niños, niñas y adolescentes

Las violaciones a los distintos derechos que se alegaron en el caso hipotético debían ser analizados a la luz “del *corpus juris* internacional de protección de los niños y las niñas”. Para esto, tanto los representantes como el Estado debieron tener en cuenta los últimos estándares que sobre la materia ha desarrollado la Corte Interamericana en casos recientes, en particular lo establecido en los casos *Furlan y familiares vs. Argentina*, *Forneron e hija vs. Argentina*, *Atala Riffo vs. Chile*, *Contreras y otros vs. El Salvador*, *Gelman vs. Uruguay* y las medidas provisionales de L.M. respecto Paraguay. A continuación, se hace un recuento de los principales estándares que tienen un impacto directo en la forma en que los Estado deben cumplir con su obligación de respeto y garantía cuando los casos se relacionen con niños, niñas y adolescentes.

- Los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso

nécessité de mettre les personnes souffrant d'un handicap à l'abri de traitements discriminatoires”), y 84 (“la nécessité de lutter contre la discrimination envers les personnes handicapées et de promouvoir leur pleine participation et intégration dans la société. Partant, la marge d'appréciation des Etats parties dans l'établissement d'un traitement juridique différent pour les personnes handicapées s'en trouve fortement réduite”).

⁴⁷ C.E.D.H. Caso E.B. Vs. Francia, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 91.

⁴⁸ C.E.D.H., Caso Kozak Vs. Polonia, (No. 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Final, 2 de junio de 2010, párr. 92; Caso Alekseyev Vs. Russia, (No. 4916/07, 25924/08 y 14599/09), Sentencia de 21 de octubre de 2010. Final, 11 de abril de 2011, párr. 108.

concreto⁴⁹. Lo anterior constituye un avance reciente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por cuanto implica que ya no se entiende que en el artículo 19 de la Convención se encuentran consagrados los derechos de los niños y las niñas, sino que estos son titulares y, por tanto, pueden ejercer todos los derechos que se consagran en la Convención Americana, por lo que el artículo 19 contiene entonces es una obligación de protección especial, mas no un derecho subjetivo como tal.

- Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia⁵⁰.
- Respecto del interés superior del niño, la Corte reiteró que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades⁵¹.
- Asimismo, la Corte reiteró que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal⁵². En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito

administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso⁵³. Los anteriores estándares señalados son una muestra de que la Corte Interamericana ha acogido e implementado en el marco de su jurisprudencia la doctrina de protección integral de la niñez.

Libertad de expresión

En el caso hipotético, uno de los principales argumentos con los que contaba el Estado para su defensa, era que había actuado de conformidad con la Convención Americana, ya que su accionar tenía la finalidad de proteger el derecho a la libertad de expresión. Efectivamente, los estándares desarrollados por la Corte Interamericana con relación a dicho derecho eran cruciales para la resolución del caso. A continuación se realiza un recuento de los principales estándares y controversias que debían ser tenidos con cuenta por las partes.

A. Diferencias entre información y opinión

La Corte Interamericana no ha tenido oportunidad de desarrollar estándares amplios sobre el derecho a rectificación (Art. 14 de la Convención Americana), ya que no se han presentado casos contenciosos al respecto. La

⁴⁹ Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121, y Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 125

⁵⁰ Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 65 y Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 48.

⁵¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párrs. 56 y 60, y Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile, párr. 108.

⁵² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, párr. 17.

⁵³ Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile, párr. 199, y Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 102

única oportunidad en que se ha pronunciado al respecto fue en la Opinión Consultiva No. 7 de 1986 sobre la “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta”. En dicha opinión, la Corte manifestó que:

El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención y de "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..." En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos⁵⁴.

Asimismo, el Tribunal señaló que:

Si se leen conjuntamente los artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención, todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin. Este criterio justifica la conclusión de que el concepto de "ley", tal como lo utiliza el artículo 14.1, comprende todas las medidas dirigidas a regular el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Pero si se tratara de restringir el

derecho de rectificación o respuesta u otro cualquiera, sería siempre necesaria la existencia de una ley formal, que cumpliera con todos los extremos señalados en el artículo 30 de la Convención⁵⁵.

Respecto al tipo de expresión que puede ser rectificado, la Corte no se ha manifestado sobre este punto. Sin embargo, el Tribunal ha indicado que las opiniones emitidas por una persona no “pueden considerarse ni verdaderas ni falsa”, por lo que “la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor”⁵⁶.

Por otra parte, la Relatoría Especial para la libertad de expresión ha indicado que:

En particular, el test estricto de necesidad a ser aplicado exige que, en todo caso, el Estado escoja para reparar el daño los medios menos costosos para la libertad de expresión. En tal medida, en primer lugar, se debe apelar al derecho de rectificación o respuesta que está consagrado expresamente en el artículo 14 de la Convención Americana. Sólo en caso de que ello sea insuficiente para reparar el daño que se ha causado, podrá apelarse a la imposición de responsabilidades jurídicas más costosas para quien abusó de su derecho a la libertad de expresión, y con ello generó un daño cierto y grave sobre derechos de otras personas o bienes

⁵⁴ Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 28

⁵⁵ Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 32

⁵⁶ Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 93.

*jurídicos especialmente tutelados por la Convención Americana*⁵⁷.

B. Límites libertad de expresión vs. Discriminación

Tanto la Corte Interamericana como la Comisión han manifestado que: “la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población”⁵⁸.

Sin embargo, el artículo 13.5 de la Convención establece que “[e]stará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Hasta el momento, la Corte Interamericana no ha tenido la oportunidad de desarrollar este tema.

Se entiende que una de las limitaciones válidas al derecho a la libertad de expresión es el denominado “discurso de odio”, el cual no necesariamente puede ser discriminatorio pero genera discriminación a un grupo determinado de personas. No obstante, el nivel de prueba que es necesario para fundamentar que se está frente a este tipo de discursos, es alto. Al respecto, la Relatoría Especial para la libertad de expresión ha señalado que:

La CIDH ha indicado, siguiendo reiterada doctrina y jurisprudencia internacional en la materia, que la imposición de sanciones por el abuso de la libertad de expresión bajo el cargo de incitación a la violencia (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional) debe tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos⁵⁹. Si no fuera así, se estaría admitiendo la posibilidad de sancionar opiniones, y todos los Estados estarían habilitados para suprimir cualquier pensamiento u expresión crítica de las autoridades que, como el anarquismo o las opiniones radicalmente contrarias al orden establecido, cuestionan incluso, la propia existencia de las instituciones vigentes.

⁵⁷ Informe Anual de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2009, párr. 109.

⁵⁸ Informe Anual de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2009, párr. 32. Además, Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113; Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 105; Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

⁵⁹ Informe Anual de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2009, párr. 59. Al respecto, ver los siguientes casos del Tribunal Europeo: Karatas v. Turquía [GC], no. 23168/94. ECHR 1999-IV; Gerger v. Turquía [GC], no. 24919/94, 8 de julio de 1999; Okçuoglu v. Turquía [GC], no. 24246/94, 8 de julio de 1999; Arslan v. Turquía [GC], no. 23462/94, 8 de julio de 1999; Erdogdu v. Turquía, no. 25723/94, § 69, ECHR 2000 – VI. Asimismo: Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 77.

Asimismo, en la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la no discriminación, también es necesario tener en cuenta que discursos como el religioso y aquellas que expresan **la propia orientación sexual y la identidad de género**, “han de gozar de un especial nivel de protección por expresar un elemento integral de la identidad y dignidad personales”⁶⁰.

C. Proporcionalidad de la decisión del Tribunal Constitucional

La Corte Interamericana ha reiterado que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto⁶¹. Por ello, la Corte ha indicado que:

*El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa*⁶².

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la Relatoría Especial ha establecido que los tres requisitos que se deben observar con el fin de establecer si una limitación

a la libertad de expresión es acorde con la Convención o no, son los siguientes:

*(1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr.*⁶³

Interpretación más favorable del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos respecto a la Convención Americana

En el caso hipotético se planteó una discusión sobre si la forma en que se encuentra establecido el derecho a la libertad de expresión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sería más favorable a la Convención Americana, por cuanto en esta última se indica que no se permite la censura previa, mientras que en el pacto no se hace referencia sobre algún tipo de censura.

Respecto a la comparación que es posible realizar tanto del Pacto Internacional como del Convenio Europeo con la Convención Americana en materia de libertad de expresión, la Corte Interamericana ha establecido que:

La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de

⁶⁰ Informe Anual de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2009, párr. 57

⁶¹ Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 43

⁶² Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 43 y Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120.

⁶³ Informe Anual de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2009, párr. 68.

*expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas*⁶⁴.

Asimismo, la Corte ha indicado que:

*El artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa*⁶⁵.

Debates en torno a la justiciabilidad del derecho a la educación en el Sistema Interamericano⁶⁶

En el caso hipotético se podía alegar la violación del derecho a la educación a la luz de lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana y el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”). Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 13, ha establecido diversas obligaciones en cabeza del Estado, particularmente respecto a la salvaguarda

de algunos elementos esenciales de este derecho: Disponibilidad, Accesibilidad, Aceptabilidad y Adaptabilidad.

En el caso se debatía sobre la permanencia en el sistema educativo y la obligación de inspección, vigilancia y control de las instituciones educativas privadas. Entre los problemas jurídicos a analizar se encontraban: ¿el derecho a la permanencia en el sistema educativo se relaciona con obligaciones de medio u obligaciones de resultado? El sólo hecho de que X saliera del sistema educativo ¿vulnera el derecho a la permanencia?

Estos son aspectos que también se relacionaban con los otros derechos en controversia. El caso hipotético se relacionaba con obligaciones con efecto inmediato frente al derecho a la educación. En efecto, la obligación de inspección, vigilancia y control es de exigibilidad inmediata, dado que hace parte de las obligación de adoptar medidas frente a este derecho, sin que pare ello importen los problemas de carácter presupuestal u otro tipo de obstáculos que enfrente un determinado Estado. Según las diversas Observaciones Generales del Comité DESC, constituyen obligaciones inmediatas, entre otras, la obligación de adecuar el marco legal, la obligación de producir y publicitar información y la obligación de proveer recursos judiciales y otros recursos efectivos.

Ni la Comisión ni la Corte han declarado una violación directa del derecho a la educación en el marco de un caso contencioso. La jurisprudencia interamericana ha involucrado el derecho a la educación como parte del contenido normativo de derechos como el derecho a la vida, el derecho a la integridad, los derechos del niño, entre otros. Asimismo, construcciones jurisprudenciales sobre el proyecto de vida de las víctimas han permitido reivindicar el derecho a la educación en diversos casos sobre reparaciones.

⁶⁴ La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 50

⁶⁵ La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 45

⁶⁶ Algunos apartados de este segmento son tomados de ver Oscar Parra Vera, María Aránzazu Villanueva Hermida y Agustín Enrique Martín, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*, San José, IIDH/UNFPA, 2008. También se puede consultar este libro para un mayor desarrollo sobre estas temáticas.

La Comisión ha declarado la admisibilidad de casos relacionados con el derecho a la educación consagrado en el Protocolo de San Salvador⁶⁷, ha impulsado soluciones amistosas⁶⁸ y ha proferido medidas cautelares en amparo de este derecho⁶⁹. Además, en sus Informes sobre países, la Comisión ha recomendado la adopción de ajustes en la política educativa de los Estados Partes⁷⁰ y ha reivindicado la interdependencia e indivisibilidad entre derechos civiles y derechos sociales⁷¹.

⁶⁷ En una denuncia sobre la situación de adolescentes encarcelados en Sao Paulo, la Comisión proferió un informe de admisibilidad donde se admitió el caso por la violación del artículo 19 de la Convención y el artículo 13 del Protocolo de San Salvador. CIDH, Informe No. 39/02, Admisibilidad, Petición 12.328, Adolescentes en Custodia de la FEBEM, Brasil, 9 de octubre de 2002.

⁶⁸ CIDH, Informe No. 32/02, Petición 12.046, *Mónica Carabaotes Galleguillos*, Solución Amistosa, Chile, 12 de marzo de 2002. Cabe anotar que en este caso no se invocó directamente el derecho a la educación, sin embargo, se relacionaba con la expulsión de una estudiante debido a su condición de embarazo. En la solución amistosa se acordó la concesión de una beca para cursar educación superior.

⁶⁹ En el Caso de las niñas Yean y Bosico, la Comisión otorgó medidas cautelares para evitar que fueran expulsadas de República Dominicana y para que Violeta Bosico no fuera privada del derecho de asistir a clases y de recibir la educación que se brinda a los demás niños de nacionalidad dominicana. CIDH, Informe Anual 1999.

⁷⁰ En su Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, la Comisión recomendó, entre otras cosas, c) tomar medidas adicionales para proporcionar oportunidades educativas y laborales a las personas en prisión preventiva. Además, en este informe se analizó la disparidad en el acceso de la mujer a la educación frente a los hombres, disparidad que se vislumbra en todos los niveles.

⁷¹ “La violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de derechos civiles y políticos. En efecto, una persona que no recibe adecuado acceso a la educación puede ver mermada su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad de expresión. [...] Esta situación puede darse en diferentes grados, según la medida de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, pudiendo sostenerse en términos generales que a menor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, habrá un menor disfrute de los derechos civiles y políticos.” Ver CIDH, Informe sobre Nicaragua, 2001.

Por su parte, la Corte Interamericana se ha referido al derecho a la educación en casos relacionados con menores de edad y en diversas sentencias sobre reparaciones. En el *Caso de los Niños de la Calle*, la Corte señaló que subyace a los artículos 4 y 19 de la Convención la protección del acceso a condiciones de vida que garanticen una existencia digna, lo cual incluye el acceso a la educación para las niñas y los niños⁷².

En su *Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, la Corte analizó la educación como parte del derecho a una vida digna de los niños, de tal forma que la realización del derecho a la educación hace parte de las medidas especiales de protección de los niños y se encuentra entre los derechos reconocidos a éstos en el Artículo 19, toda vez que esto “favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”⁷³.

Una línea de argumentación similar se encuentra en el *Caso del Instituto de Reeducación del Menor*, donde la Corte analizó la situación de un centro que albergaba, en condiciones inhumanas, a niños infractores de la ley. La Corte declaró que el Estado paraguayo era responsable internacionalmente por la violación a los derechos a la vida y a la dignidad personal en relación con los artículos 1.1 y 19, entre otras violaciones. Es relevante señalar que la Corte consideró que una correcta interpretación de los artículos 4 y 19 de la Convención, debía hacerse a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un

⁷² Corte I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

⁷³ Corte I.D.H., Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 84.

comprendido *corpus juris* internacional de protección de los niños. Se concluyó entonces que el Estado tiene la obligación de proveerlos de asistencia de salud y de educación, para asegurar que la detención no destruya sus proyectos de vida. La Corte reiteró el papel del derecho a la educación como parte del derecho a un proyecto de vida.⁷⁴ Se señalaron entonces las deficiencias de maestros y recursos en los programas educativos disponibles para menores detenidos en circunstancias inaceptables. Debe resaltarse que los representantes de las víctimas solicitaron que se declarara violado el artículo 26 de la Convención sobre desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. La Corte determinó que ello no era procedente y que lo pertinente había sido analizado en las violaciones declaradas.

En el *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, la Corte señaló que la vulnerabilidad generada por la carencia de nacionalidad y personalidad jurídica tuvo como consecuencia que la niña Violeta Bosico, al no contar con su acta de nacimiento, tuviera que estudiar durante un tiempo en una escuela nocturna para mayores de 18 años. La Corte señaló que este hecho agravó su situación de vulnerabilidad toda vez que no recibió la protección especial a que era acreedora como niña, de estudiar en el horario que le era adecuado, en compañía de niños de su edad, y no con personas adultas. Se declaró entonces la violación de los artículos 3 y 18 en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención⁷⁵. En este, como en otros casos⁷⁶, la Corte ordenó como

reparación que se su ascendencia u origen.

A. Debates sobre la justiciabilidad directa a partir del artículo 26 de la Convención Americana⁷⁷

La Convención Americana está conformada por un Preámbulo y tres partes. La primera parte se titula “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y se divide en cinco capítulos: el primero enuncia los deberes de los Estados y el segundo refiere a derechos civiles y políticos. El tercer capítulo se titula “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y contiene solo un artículo, el artículo 26, al que se le tituló “Desarrollo Progresivo”. Al hablar sobre DESC, el Pacto de San José hace una remisión a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en

al señor Cantoral, quien era estudiante universitario de biología, se le otorgara una beca de estudios superiores o universitarios con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija. En el Caso Aloeboetoe y otros, la Corte ordenó a Suriname que “se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada (...). La Corte consideró que, como parte de la indemnización, Suriname está obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994”. En el Caso Myrna Mack Chang, la Corte ordenó al Estado el otorgamiento de una beca anual con el nombre de Myrna Mack Chang, que cubriera el costo total de un año de antropología en una universidad de prestigio nacional, la cual debe ser otorgada permanentemente todos los años. En el Caso Gómez Paquiyauri también se otorgó, como reparación, una beca de estudios universitarios a la hija del señor Gómez. En el Caso del Instituto de Reeducción del Menor, la Corte ordenó al Estado la implementación de un programa de educación y asistencia vocacional dirigido a los ex internos del centro. En el Caso de la Masacre de Plan de Sánchez, la Corte ordena la adopción de un programa de educación en favor de las víctimas y los habitantes de la aldea y de otras aldeas aledañas afectadas por los hechos, en el plazo de cinco años contados a partir de la publicación de la sentencia. En el Caso de La Cruz Flores, la Corte ordenó el otorgamiento de una beca de estudios para que la víctima, quien se desempeñaba como médica al momento de su detención, se actualizara y capacitara profesionalmente.

⁷⁷ Este segmento se basa en Oscar Parra Vera, *Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante el Sistema Interamericano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 67 ps.

⁷⁴ Corte I.D.H., Caso Instituto de Reeducción del Menor. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

⁷⁵ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

⁷⁶ La Corte ha adoptado medidas relacionadas con la garantía del derecho a la educación en muchas de sus órdenes sobre reparaciones. En el Caso Cantoral Benavides, al reparar pecuniariamente el daño al proyecto de vida, la Corte ordenó que

adelante “Carta de la OEA”), adoptada en 1948 y modificada en 1967. El artículo 26 consagra lo siguiente:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la [OEA], reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

La determinación del alcance del artículo 26 ha generado diversos debates doctrinales. El más importante de ellos es si la Convención Americana permite la justiciabilidad directa de los derechos sociales. Algunas posiciones consideran que el énfasis en el desarrollo progresivo de estos derechos les priva de justiciabilidad, de tal forma que habría que entenderlos exclusivamente como objetivos programáticos. Posiciones que consideran que el artículo 26 no incluye derechos sociales, hacen énfasis en el proyecto presentado por la Comisión Interamericana ante la Conferencia Interamericana especializada de 1969 –que no incluía estos derechos–⁷⁸ y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como “estándar de no justiciabilidad”⁷⁹.

Es posible rechazar estos argumentos al señalar que todos los derechos, sean civiles y políticos o

sociales, son prestacionales –en el sentido de que involucran obligaciones de hacer -obligaciones positivas- y que todos son programáticos –dependen de políticas públicas que los desarrollan –por ejemplo las políticas relacionadas con administración de justicia –hacer tribunales, etc., en cuanto al debido proceso. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia⁸⁰ ha precisado que “la condición de ‘prestacional’ no se predica de la categoría ‘derecho’, sino de la ‘faceta de un derecho’. Es un error categorial hablar de ‘derechos prestacionales’, pues, [...] todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales.” Al respecto, dicho Tribunal Constitucional señaló que:

3.3.6. Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–). Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. [...]

⁷⁸ Craven, Matthew, “Economic, Social and Cultural Rights” en Harris, David y Livingstone, Stephen, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, 1998, pp. 297-306.

⁷⁹ Cavallaro, James y Schaffer, Emily, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Ibid.*, pp. 225 a 227 y 267 a 269.

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

3.3.8. *La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse.”*

3.3.9. *Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan’.”*

La obligación de desarrollo progresivo es entonces aplicable tanto a derechos civiles como a derechos sociales y, tal como lo han señalado Cass Sunstein y Stephen Holmes, todos los derechos y

libertades generan importantes costos presupuestarios⁸¹.

Asimismo, a través del *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú*⁸², la Corte IDH precisó que el artículo 26 consagra derechos económicos, sociales y culturales exigibles a los cuales son aplicables las obligaciones de respeto y garantía (prevención, protección y cumplimiento). El énfasis en las obligaciones que se derivan de los derechos sociales será fundamental para analizar la responsabilidad internacional específica respecto a este tipo de derechos. La Corte interpretó los trabajos preparatorios de la Convención Americana y resaltó que diversos delegados pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso “hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales”.

B. ¿Es posible atribuir responsabilidad internacional por la violación del derecho a la educación debido a los actos de un colegio privado? Responsabilidad Internacional por actos de particulares

En el caso hipotético era pertinente argumentar que la educación debe concebirse como un servicio público esencial, razón por la cual existen fuertes argumentos para considerar que a los docentes de instituciones privadas se les puede

⁸¹ Stephen Holmes y Cass Sunstein, *El Costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI / Igualitaria, 2011.

⁸² Corte I.D.H., *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.*

endilgar responsabilidad en similar forma que a los funcionarios públicos, teniendo en cuenta la naturaleza de la función que desempeñan.

El artículo 1.1 de la Convención impone una obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos por dicha convención. La Corte ha interpretado que la primera de estas obligaciones se refiere al deber estatal de abstenerse de violar derechos humanos⁸³, mientras que la obligación de garantizar se refiere al “deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁸⁴.

Por lo tanto, en el marco de esta segunda obligación un Estado puede llegar a ser internacionalmente responsable por un acto inicialmente realizado por particulares. En este sentido, la Corte también ha establecido que los Estados deben asegurarse que los particulares actúen acorde a la Convención⁸⁵, sin que esto signifique que cada vez que un particular actúe de otra manera el acto sería imputable al Estado. Por el contrario, para que un acto sea imputable es necesario que el Estado haya incumplido con su

obligación de tomar acciones para prevenir, investigar, sancionar y, de ser posible, reparar el daño causado. Estas obligaciones son de medio y no de resultado, por lo que se le exige al Estado es actuar con debida diligencia. La Corte ha utilizado esta interpretación como base al analizar casos donde las acciones fueron inicialmente cometidas particulares. A continuación se resumirá, a modo de ejemplo, la forma como la Corte ha puesto en práctica esta interpretación en algunos casos.

1. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela

La Corte determinó que el Estado había incumplido con su deber de prevenir hechos de violencia de particulares en contra de periodistas y trabajadores del canal Globovisión, ya que, estando las víctimas en una situación vulnerable, funcionarios públicos realizaron pronunciamientos reiterados donde caracterizaban a los trabajadores de Globovisión como enemigos de la revolución, del pueblo venezolano, entre otros. La Corte determinó que “dichos pronunciamientos de altos funcionarios públicos propiciaron, o al menos contribuyeron a acentuar o exacerbar, situaciones de hostilidad, intolerancia o animadversión por parte de sectores de la población hacia las personas vinculadas con ese medio de comunicación”, lo cual implicaba una omisión en el deber del Estado de prevenir los hechos de violencia⁸⁶.

2. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia

La Corte consideró que el Estado había incumplido con su obligación de garantizar por la

⁸³ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165.

⁸⁴ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

⁸⁵ Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

⁸⁶ Cfr. Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 160.

falta de prevención de la masacre cometida por grupos paramilitares, sobre los cuales el Estado tenía una responsabilidad de supervisión acentuada por haberlos creado inicialmente. Para analizar dicho deber de prevención la Corte consideró que, a pesar de no estar probado que el Estado tenía conocimiento previo del día y hora que se realizaría el ataque a la población de Pueblo Bello, si el Estado hubiese estado adoptando las previsiones razonables en la zona, que había sido declarada de emergencia, hubiese tenido que darse cuenta del movimiento de los grupos paramilitares hacia y desde la población de Pueblo Bello⁸⁷. La Corte además tomó en cuenta la existencia de un retén militar en la zona.

3. Caso Pueblo Indígena Kicha de Sarayaku Vs. Ecuador

La Corte consideró que el Estado incumplió con su deber de garantizar el derecho a la vida al poner en riesgo la vida del Pueblo Indígena Kicha de Sarayaku por permitir que una empresa colocara explosivos en la zona. Al analizar dicha obligación, la Corte estableció que “deb[ía] establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que razonablemente podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”. La Corte analizó que el Estado conocía el riesgo en que se encontraban las víctimas, entre otros, porque se habían dictado medidas provisionales al respecto⁸⁸.

4. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México

La Corte consideró que el Estado incumplió su deber de garantizar el derecho a la vida e integridad, al no prevenir el maltrato y muerte de tres mujeres denunciadas como desaparecidas en Ciudad Juárez, dentro de un contexto de violencia contra la mujer, desapariciones y posteriores muertes de mujeres jóvenes, como la víctimas del caso. Al analizar el deber de prevención, la Corte estableció que los deberes del Estado “de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”. En este sentido, la Corte consideró que, a pesar del riesgo en el que se encontraban las mujeres jóvenes de Ciudad Juárez, no era exigible para el Estado la prevención del secuestro de las tres víctimas del caso puesto que no eran lo suficientemente determinables. No obstante, la Corte estimó que al momento en que se denuncia la desaparición de las tres víctimas, tomando el cuenta el contexto existente, surgió un deber de debida diligencia estricta frente a las víctimas ya que se encontraban en un riesgo real inmediato y suficientemente determinado⁸⁹.

⁸⁷ Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Reparaciones de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 138 a 141.

⁸⁸ Cfr. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 244 a 249.

⁸⁹ Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No, 205, párrs. 280 a 283.

C. ¿Existe violación de la obligación de inspección, vigilancia y control respecto a la prestación del servicio público de educación?

En el Caso *Ximenes Lopes* contra Brasil⁹⁰, relacionado con la muerte de una persona con discapacidad mental mientras permanecía bajo cuidado de una casa de reposo, la Corte IDH analizó, *inter alia*, la obligación de asegurar una inspección, vigilancia y control en la prestación del servicio de salud. Al respecto, luego de precisar que es posible atribuir la responsabilidad internacional estatal por los actos de terceros que prestan servicios públicos, el tribunal interamericano resaltó “el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicios de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción”, deber que “abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud” (párr. 141).

Estas consideraciones fueron reiteradas en el Caso *Albán Cornejo y otros* contra Ecuador⁹¹, relacionado con un caso de la mala praxis médica. En este fallo el Tribunal señaló que “cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado)” la atribución de responsabilidad puede surgir “por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo” (párr. 119). Además, la Corte señaló

que “al médico le concierne la preservación de valores fundamentales del individuo y de la humanidad en su conjunto” (párr. 133) y que la legislación aplicable a la mala praxis médica tenía que satisfacer la debida realización de la justicia en el caso concreto.

En 2013 la Corte IDH adoptó una importante decisión en estos temas de inspección, vigilancia y control en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En el caso *Suárez Peralta V.s. Ecuador* se analizó un caso de mala praxis médica. La Corte observó que la normativa ecuatoriana al momento de los hechos instituía un marco regulatorio para el ejercicio de las prestaciones médicas, otorgando a las autoridades estatales correspondientes las competencias necesarias para realizar el control de las mismas, tanto en lo que se refiere a la supervisión y fiscalización de los establecimientos públicos o privados, como en la supervisión del ejercicio de la profesión de médico. En razón de lo anterior, la Corte estimó que la autoridad sanitaria nacional poseía ciertas atribuciones administrativas, a través del Código de Salud, para fiscalizar a los prestadores y, en su caso, sancionar las afectaciones derivadas de la práctica médica irregular. No obstante, la Corte consideró que una convocatoria realizada por parte del Estado, mediante la orden General en la que promovió servicios médicos, entre otros, por parte de un médico que atendió a la señora Suárez, generó una situación de riesgo que el propio Estado debía haber conocido. Sobre esta situación, se demostró que se prestó atención médica en un centro de salud público por parte de quien no acreditó estar certificado para el ejercicio de su profesión y que, frente a ello, el Estado no solo permitió sino que además promovió la misma.

Asimismo, la Corte señaló que la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios

⁹⁰ Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

⁹¹ Corte IDH. Caso *Albán Cornejo y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares. Abarca, por tanto, las situaciones en las que se ha delegado el servicio, en las que los particulares brindan el mismo por cuenta y orden del Estado, como también la supervisión de servicios privados relativos a bienes del más alto interés social, cuya vigilancia también compete al poder público. En el caso, la fiscalización y supervisión de la clínica privada no fue realizada con anterioridad a los hechos por las autoridades estatales competentes, lo cual implicó el incumplimiento estatal del deber de prevenir la vulneración del derecho a la integridad personal de la víctima. Respecto de la calidad del servicio, el Estado posee el deber de regular, supervisar y fiscalizar las prestaciones de salud, asegurando, entre otros aspectos, que las condiciones sanitarias y el personal sean adecuados, que estén debidamente calificados, y se mantengan aptos para ejercer su profesión. En el caso Suárez Peralta, el Estado no acreditó la realización de un control a dicha institución privada en forma posterior a los hechos, con motivo del conocimiento de los mismos o derivado del consecuente proceso penal iniciado y las constantes solicitudes de fiscalización y clausura⁹².

En el caso hipotético correspondía aplicar estas obligaciones de inspección, vigilancia y control respecto al *bullying*. El *bullying* es un fenómeno emergente en las últimas décadas, que se ha acentuado con la utilización de nuevas tecnologías como el internet y, particularmente, el *facebook*. En diversos países ha sido verificado el riesgo asociado al *bullying* en algunos centros educativos y los hechos del caso involucran un patrón específico. al respecto. Es posible que el Estado controvierta si realmente es suficiente la información de los hechos como para deducir un contexto, un patrón o una situación estructural

problemática. Los representantes pueden insistir en que la información de antecedentes es suficiente para justificar la aplicación de las obligaciones de protección especial de los niños y las niñas.

No existen muchos desarrollos doctrinales en esta materia. La investigación que hayan desarrollado los equipos será muy valorada en este punto. Por lo pronto, cabe señalar que autores como Dayton y Proffit han señalado que la lucha contra el *bullying* exige desarrollar leyes que contengan una definición de *bullying* suficientemente abierta para no dejar por fuera ningún caso posible, pero que no sea tan abierta que limite la libertad de expresión. Las políticas que se desarrollen deben estar dirigidas a proteger la seguridad y dignidad humana de todos los niños, sin hacer ninguna distinción a la hora de aplicar esa protección. El modelo de protección debe otorgarle a los profesores y oficiales autoridad y poderes suficientes para implementar las leyes anti-*bullying* y contar, además, con un sistema de reportes en el que sea obligatorio reportar los casos de *bullying* pero que se mantenga al informante protegido. Las medidas deben basarse en una cultura de acciones constructivas y prevención, enseñando a los niños la importancia del respeto y la tolerancia, al tiempo que se les debe tratar a ellos con ese mismo respeto. Además se les debe dar la seguridad de que habrá una justa y objetiva revisión de todas las disputas y conflictos⁹³.

En el caso se podía alegar que el Estado había incumplido la obligación de adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas a evitar la estigmatización y situaciones que sean contrarias a la permanencia en el sistema educativo. Además, se podía alegar que el Estado no cumplió con

⁹² Corte IDH, Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, 2013.

⁹³ John Dayton & Anne Proffit Dupre, "A Child's Right to Human Dignity: Reforming Anti-bullying Laws in the U.S. and other Nation", Irish Educational Studies, v28 n3 p333-350, Sep 2009.

obligaciones de aceptabilidad y la adaptabilidad que debieron garantizarse a la niña "X", teniendo en cuenta la alegada discriminación ocurrida. Se consideraría insuficiente la clase de "tolerancia y respeto" que fue implementada. Asimismo, los representantes pueden alegar que una debida inspección, vigilancia y control hubiera permitido conocer la grave situación mucho antes de que ocurrieran los hechos contra X.

Sin embargo, también se podía alegar que sería excesivo atribuirle responsabilidad al Estado por lo ocurrido con la niña X tomando en cuenta que no es previsible la reacción de un niño o niña a estas situaciones en las escuelas. Más aún cuando los actos de discriminación provenían de particulares. Asimismo el Estado resaltaría que reparó adecuadamente lo ocurrido a través de la sanción a los estudiantes y a la profesora, la clase sobre "tolerancia y respeto", la falta de información sobre casos de bullying posteriores a los hechos, y que fue la familia quien retiró a X del colegio. El Estado indicaría que en relación con terceros su obligación de vigilancia es una obligación de medio y no una obligación de resultado. En este sentido, cuando tuvieron conocimiento de graves hechos, las autoridades respectivas actuaron y sancionaron a quien correspondía. En ese sentido, el Estado podía alegar que el control fue efectivo.

Conclusiones

El caso CEJA 2012 ofrece un panorama de debates emergentes en la jurisprudencia interamericana. Apenas en 2012 la Corte Interamericana se pronunció en su primer caso sobre discriminación por orientación sexual y en ese mismo año se inició una Unidad de la Comisión Interamericana en esta materia. En similar sentido, sólo hasta 2012 la Comisión Interamericana inició una Unidad destinada a la supervisión en materia de derechos económicos

sociales y culturales. Este artículo, construido a partir de los problemas jurídicos del caso, ofrece argumentos para desarrollar una interpretación pro persona en estos temas tan polémicos.