

Jorge
Ernesto
Roa

La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

94 /
TEMAS
DE DERECHO
PÚBLICO



INSTITUTO
DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES | CARLOS
RESTREPO
PIEDRAHITA



LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

TEMAS DE DERECHO PÚBLICO N.º 94



JORGE
ERNESTO
ROA

*La función consultiva
de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA

© 2015, JORGE ERNESTO ROA
© 2015, INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA
Calle 12 n.º 1 - 17 este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

ISBN 978-958-710-

Primera edición: marzo de 2015

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: David Alba

Impresión y encuadernación:

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

A mi abuela, por supuesto.



SUMARIO

PRESENTACIÓN	13
PRESENTACIÓN DEL AUTOR	19
AGRADECIMIENTOS	21
INTRODUCCIÓN	23
CAPÍTULO PRIMERO	
LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	27
I. Los debates y el origen de la función consultiva en la Convención Americana de Derechos Humanos	28
II. Concepto	33
III. El objeto de la función consultiva	34
III.I. La Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos	34
III.I.I. La facultad de interpretar otros tratados de derechos humanos incluye disposiciones de tratados que no tienen por objeto proteger derechos humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Carta de la Organización de Estados Americanos	35
III.I.II. La competencia para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos	40
III.II. Compatibilidad de legislación interna con la Convención Americana de Derechos Humanos	43

IV.		
Legitimación		47
IV.I.		
Los Estados miembros de la OEA		47
IV.II.		
Los órganos del capítulo x de la Carta de la OEA		48
IV.III.		
Situación especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos		50
V.		
Procedimiento		52
V.I.		
La participación de los Estados miembros de la OEA		53
V.II.		
La participación de los órganos de la OEA		56
V.III.		
Intervenciones de la sociedad civil y los “amicus curiae”		58
VI.		
Diferencia con la función contenciosa		63
CAPÍTULO SEGUNDO		
LA COMPETENCIA CONSULTIVA EN LAS VEINTIUNA PRIMERAS OPINIONES CONSULTIVAS PROFERIDAS		
		67
I.		
Límites a la competencia consultiva		68
II.		
Asuntos objeto de consulta que se encuentran pendientes de decisión en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos		70
III.		
Consultas que encubren un caso contencioso		75
IV.		
Consultas que requieren interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos o de tratados de derechos humanos y compatibilidad de derecho interno		77
V.		
Posibilidad de reformular o cambiar las preguntas hechas por el Estado u órgano consultante		79

VI.	
Consultas que carecen de contexto	81
VII.	
Consultas que se refieren a hechos o prácticas de los Estados y en las que órganos consultan la compatibilidad de medidas internas	83
VIII.	
Desistimiento de la consulta por parte del Estado u órgano consultante	87
IX.	
Consultas que se hacen mediante la formulación de preguntas indeterminadas	90
X.	
Consultas que incluyen aspectos sobre los cuales la Corte Interamericana es competente y aspectos sobre los que no lo es	92
CAPÍTULO TERCERO	
LAS FISURAS DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
I.	95
La indeterminación de los efectos de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	96
II.	
La ampliación de la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	100
III.	
Relaciones entre la función consultiva y la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	106
III.I.	
El uso de las opiniones consultivas en el procedimiento contencioso	107
III.II.	
Uso de la jurisprudencia contenciosa en las opiniones consultivas	113

III.III.		
Modificaciones al procedimiento contencioso a través de las opiniones consultivas		117
IV.		
Implementación de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados		121
IV.I.		
Obligaciones de los Estados en las opiniones consultivas		122
IV.II.		
Opiniones que declaran la (in)compatibilidad de normas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos		128
IV.III.		
Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana		130
V.		
La función consultiva y la doctrina del control de convencionalidad		136
VI.		
La función consultiva, el diálogo judicial y la Corte Interamericana como un tribunal constitucional		141
CONCLUSIONES		149
BIBLIOGRAFÍA		151
ANEXO		
CUADROS RESUMEN DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS		163

PRESENTACIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que sucede con otros tribunales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene una competencia dual: resuelve asuntos contenciosos mediante sentencias e interpreta instrumentos internacionales o de derecho interno mediante opiniones consultivas.

Hasta enero de 1987, y desde el inicio de sus funciones en junio de 1979, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había emitido ocho opiniones consultivas y aún no se había pronunciado de fondo en ningún caso contencioso. En esas primeras decisiones la Corte sentó importantes cimientos sobre aspectos esenciales de su funcionamiento y, en general, sobre la operación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Desde entonces y hasta diciembre de 2014, el trabajo de la Corte se ha invertido. Las veintiuna opiniones consultivas emitidas contrastan con las casi tres centenas de decisiones proferidas en el procedimiento contencioso.

De manera paralela, los intereses académicos e investigativos sobre el funcionamiento de la Corte y, en general, del sistema se han concentrado en aspectos sustanciales o estructurales del procedimiento contencioso. El énfasis ha migrado hacia temas como el contenido de los derechos humanos y sus formas de reparación, las vicisitudes del procedimiento contencioso y la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana en el ámbito interno de los Estados, entre otros.

Sin embargo, la centralidad de los pronunciamientos consultivos es innegable. Muchas de las consideraciones de las primeras opiniones consultivas se mantienen y han sido referencia autorizada en los casos contenciosos. Ni qué decir de la actualidad y vigencia de los pronunciamientos sobre los derechos de niñas y niños, y de trabajadoras y trabajadores migrantes, o sobre la colegiatura obligatoria de periodistas. Se podría afirmar que las opiniones consul-

tivas han determinado, una a una, periodos completos de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El presente texto, titulado *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, es la segunda edición de una memoria de investigación escrita por JORGE ERNESTO ROA ROA y publicada por la Universidad Externado de Colombia. La versión actual está organizada en tres capítulos y cada uno responde a una finalidad concreta. El primero es una exposición de la historia y las bases normativas de la función consultiva; el segundo, un recuento sistemático de los elementos de la competencia consultiva definidos por la propia Corte Interamericana a lo largo de sus opiniones consultivas, y el tercero, una visión crítica de algunos problemas (fisuras, como las denomina el autor) que comprometen una posible ampliación de la competencia consultiva, a la que se suma cierto grado de indeterminación sobre los efectos de dichas opiniones. El texto concluye con un interesante análisis sobre las consecuencias de los dos problemas, primero, en lo que concierne a la relación entre los procedimientos consultivo y contencioso, y segundo, en lo relativo a la implementación de las opiniones por parte de los jueces nacionales.

La anterior metodología permite una lectura independiente de cada capítulo, bien conducida por la recapitulación que se encuentra al inicio de cada uno. No obstante, la exposición invita a la lectura completa del texto porque el segundo capítulo contrasta la información del primero, y el tercero hace lo propio con la de los dos capítulos anteriores.

Uno de los principales aportes del texto es que proporciona a la comunidad académica, a los jueces nacionales, a los usuarios del Sistema Interamericano y a quienes integramos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una visión retrospectiva, estructural y sistemática de la función consultiva. Una pausa en el tiempo para preguntarse: ¿qué función consultiva querían los Estados en la Conferencia Interamericana? ¿Qué hizo de su función consultiva la propia Corte Interamericana? ¿Qué ventajas y qué problemas

puede tener la distancia entre las respuestas a la primera y la segunda pregunta?

Adicionalmente, en esta segunda edición, el texto se enriquece con una referencia expresa a dos temas de vibrante actualidad en el ámbito del Sistema Interamericano: el control de convencionalidad y el diálogo judicial en escenarios de constitucionalismo multinivel.

Sobre el primero, el autor destaca la inclusión de los pronunciamientos consultivos dentro del parámetro de convencionalidad, como una forma de reducir la indeterminación de los efectos de las opiniones consultivas; por supuesto, a favor de una tesis fuerte sobre su fuerza vinculante. Respecto del diálogo judicial, desde la primera edición, el texto sugería que una de las consecuencias de las fisuras de la función consultiva era, precisamente, impedir una conversación institucional fluida entre la Corte Interamericana y los jueces nacionales respecto de las opiniones consultivas. En la presente edición, el autor discute las dimensiones dialógicas de la función consultiva con base en un estudio empírico sobre la aplicación de las opiniones consultivas por parte de la Corte Constitucional de Colombia. Añade a su vez interesantes reflexiones sobre los límites de la analogía entre la función consultiva y el control de constitucionalidad.

Esta segunda edición no se limita a una mera actualización de la versión anterior sino que incluye una referencia transversal a la recién emitida Opinión Consultiva 21 sobre los derechos de las niñas y los niños en el contexto de la migración. El autor parece sugerir la relevancia de este último pronunciamiento para la comprensión de la función consultiva en general, y su importante papel para lograr una protección efectiva de los derechos de las niñas y los niños migrantes en todos los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano.

Por último, es de destacar el valor del ejercicio de resumir de forma concisa y esquemática el contenido de cada una de las veintiuna opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana hasta la fecha (diciembre de 2014).

La pulcritud de la síntesis suma razones para considerar este texto como herramienta idónea de difusión de los pronunciamientos consultivos.

Por lo anterior, la editorial de la Universidad Externado de Colombia, el director de la investigación, profesor JUAN CARLOS UPEGUI, y el autor del libro *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aciertan al ocupar un espacio poco explorado por los académicos y sobre el cual la bibliografía especializada es todavía escasa. En el ámbito interamericano se advertía la ausencia de un texto que ilustrara el funcionamiento de la función consultiva, sintetizara aspectos intrínsecos de la competencia consultiva y aventurara una visión crítica sobre el ejercicio de la función.

También es un acierto que JORGE ERNESTO ROA ROA haya dedicado sus esfuerzos al estudio de la función consultiva de la Corte Interamericana. En la Universidad Externado de Colombia, ROA ha demostrado un interés especial por la protección de los derechos humanos en los tribunales internacionales. Sus pesquisas sobre el Sistema Interamericano y sobre los sistemas de justicia constitucional, aunadas a una curiosidad intelectual siempre encendida, le han permitido dar cuenta de algunas particularidades, a nivel de detalle, sobre las complejas interacciones entre la Corte Interamericana y los jueces nacionales en lo que respecta al valor normativo o axiológico de las opiniones consultivas.

Finalmente destaco el espíritu crítico del autor, del que el texto es un ejemplo en sí mismo. El Sistema Interamericano y, en concreto, la función consultiva de la Corte Interamericana son un escenario valioso para la protección de los derechos humanos susceptible de mejora. En esta empresa común son centrales las contribuciones de la academia, la sociedad civil y los Estados para su fortalecimiento.

Como juez y actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resalto el valor de los aportes investigativos de quienes, desde la academia o la sociedad civil, dedican esfuerzos al estudio del funcionamiento del

tribunal interamericano y de su jurisprudencia, aportan visiones críticas y alternativas, y contribuyen a difundir el trabajo que hace el tribunal de San José. Estoy seguro de que el libro de JORGE ERNESTO ROA ROA suscitará nuevas preguntas e incitará discusiones en distintos ámbitos, incluido, es mi intuición, el de las intensas y prolíficas deliberaciones al interior de la propia Corte Interamericana.

HUMBERTO SIERRA PORTO
Presidente de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos



PRESENTACIÓN DEL AUTOR

La primera publicación de *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* corresponde al texto que presenté como resultado de mi investigación para optar al título de abogado de la Universidad Externado de Colombia. El jurado, compuesto por los profesores NÉSTOR OSUNA, ALEXEI JULIO ESTRADA y BERNARDO VELA ORBEGOZO, le confirió la máxima calificación y recomendó la publicación de la tesis. El Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y el Comité Editorial de la Universidad aprobaron la recomendación del jurado y el texto fue publicado, en 2011, en el número 59 de la colección de tesis de grado.

La edición que se publica tres años después, en la colección *Temas de Derecho Público*, incorpora una actualización jurisprudencial y bibliográfica. Además, se incluyen cambios con base en los comentarios, críticas y sugerencias que recibió el texto en diferentes seminarios en los que fue presentado, y por parte de lectores o colegas que amablemente me hicieron llegar sus consideraciones.

Por esto último, debo especial agradecimiento a ADRIANA MURO (Universidad Iberoamericana de México), JUAN CAMILO RIVERA (Universidad del Rosario) y ANDRÉS GUTIÉRREZ (Universidad Externado de Colombia). Así como a los participantes en el seminario de profesores de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona: AÍDA TORRES, MARIBEL GONZÁLEZ, ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ, HÉCTOR LÓPEZ BOFILL, JOAN SOLANES MULLOR, JOAN ROSELLÓ, MARC CARRILLO, RAFAEL BUSTOS y VÍCTOR FERRERES COMELLA.

También recibí los comentarios de quienes participaron, en 2013, en la 44.^a Sesión Anual de Estudio del Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo. Agradezco especialmente a ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (Corte Internacional de Justicia), MANUEL VENTURA ROBLES (Corte Interamericana de Derechos Humanos), ELIZABETH SALMÓN GARATE (Pontificia Universidad

Católica del Perú), ALDANA ROHR (Universidad de Buenos Aires) y DAMIÁN GONZÁLEZ (Universidad de Buenos Aires).

Este texto también fue discutido en la primavera de 2014 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en el marco del seminario sobre *Los retos actuales de la justicia interamericana*. Mi agradecimiento a SABRINA RAGONE por la extraordinaria organización del seminario, por sus comentarios y su gentileza.

También sometí este trabajo a consideración de los miembros del Foro de Jóvenes Investigadores en Derecho del Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid. Agradezco a FABIÁN SALAZAR por la invitación, a MANUEL FERNANDO QUINCHE por compartir ponencia conmigo, a JAVIER GARCÍA ROCA, RAÚL CANOSA y a los demás profesores, investigadores y estudiantes que me escucharon y discutieron conmigo.

El estímulo de todos, sumado al apoyo incondicional de mi familia, de la Universidad Externado de Colombia, de su señor Rector, Dr. JUAN CARLOS HENAO, de la directora del Departamento de Derecho Constitucional, MAGDALENA CORREA, del director del Departamento de Publicaciones, JORGE SÁNCHEZ, y de mi director de investigación de grado, JUAN CARLOS UPEGUI, hicieron posible esta edición.

Finalmente, me honra de manera inmerecida el hecho de que esta segunda edición vaya precedida de una presentación escrita por el señor Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La trayectoria personal y profesional de HUMBERTO SIERRA PORTO ha sido siempre un gran ejemplo para los jóvenes constitucionalistas colombianos, y para los profesores del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia en particular. Mi agradecimiento perenne al profesor y juez SIERRA PORTO, por la deferencia que ha tenido con mi trabajo de investigación al leerlo y presentarlo en esta segunda edición.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero agradecer al Dr. NÉSTOR OSUNA, quien con su confianza y apoyo alentó la elaboración de este trabajo. También a mis profesores del Departamento de Derecho Constitucional, por escuchar mis reflexiones y presionar constantemente la culminación de la tesis. Especialmente, al Dr. ALEXEI JULIO ESTRADA por brindarme la oportunidad de echar a andar mi vocación como constitucionalista.

A LUZ MARINA ÁVILA y PATRICIA DÍAZ, las personas que organizan las vidas de quienes pertenecemos al Departamento de Derecho Constitucional.

A mis amigos del colegio, de la universidad y a los amigos interamericanos. A MARIANA ARDILA, JUAN GUILLERMO GÓMEZ (RIP) y JULIÁN ROBLEDO: me formé en el estudio del derecho a su lado, y su apoyo, las discusiones y la amistad fraterna fueron abriendo el camino.

A mi director de tesis, JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA, titular exclusivo de los aciertos a que haya podido llegar este trabajo y quien me ha honrado –de manera absolutamente inmerecida– con la dirección juiciosa y estricta de esta tesis, con sus enseñanzas de sabio y maestro, con su ejemplo de ser humano intachable y con su invaluable amistad.

Finalmente, a mi madre y a mi familia, pues sin ellas nada sería posible y nada tendría sentido.



INTRODUCCIÓN

Quiero aprovechar este espacio para mencionar los dos aspectos que me llevaron a escribir *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: la justificación y el compromiso.

Las razones académicas que determinaron el tema de la tesis fueron, de un lado, la inexistencia de bibliografía especializada sobre la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, más allá de la simple repetición —en algunos casos más ordenada que en otros— de las consideraciones hechas por la Corte respecto de su propia función¹. De otra parte, la lectura de la totalidad de las opiniones consultivas de la Corte emitidas hasta el momento me permitió concluir que estas han sido y son una veta para el desarrollo de la teoría de los derechos humanos, tanto en el sistema regional como en cada uno de los países que hacen parte del Sistema Interamericano.

Obró también mi convicción de que la academia tiene dos obligaciones inescindibles: hacer trabajos científicos de alta calidad y materializar su compromiso con los problemas y la situación social de su entorno. Respecto de la primera obligación, solo debo decir que he hecho un esfuerzo académico e investigativo, siempre consciente de mis limitaciones y de la posibilidad de mejorarlo. Respecto de la segunda, las situaciones a las que se ve enfrentada la sociedad colombiana y mundial, como la pobreza, la desigualdad, la imposibilidad de acceder a la justicia, la violencia y, en general, las constantes y graves violaciones a los derechos humanos, me permiten afirmar que la *justificación* de cualquier proyecto investigativo en materia de derechos humanos se da por descontada. Cuando los

1. Creo que la afirmación mantiene plena vigencia a pesar de la aparición en 2012 del trabajo de AUGUSTO GUEVARA PALACIOS, *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Barcelona, Bosch, 2012.

trabajos responden a estas dos obligaciones, el escenario es el de una *academia militante*, que, sin excesivas pretensiones, hace verdaderos aportes para la transformación de la sociedad.

El contexto en el que se escribe este trabajo también fue decisivo. Se trata de un momento muy importante para el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, en el que se ha dado inicio a un conjunto de reflexiones sobre el funcionamiento, la eficacia, la importancia y el futuro del sistema: lo que ha dado en denominarse *diálogo interamericano*. Dentro de ese proceso, esta tesis espera ser una modesta voz más en la contribución para el mejoramiento del Sistema².

Para tratar de responder a todos estos objetivos y motivaciones, el trabajo ha sido organizado en tres capítulos. En la primera parte se hace una construcción normativa del origen, concepto y funcionamiento de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la segunda, se muestra la forma como la misma Corte ha ejercido su función consultiva. Finalmente, en la tercera, se hace referencia a dos defectos que se denominan como fisuras y a las consecuencias de estas en el derecho internacional y en el ámbito interno de los Estados. El trabajo combina las perspectivas descriptiva, analítica y crítica en cada capítulo. La investigación concluye con la comprobación de la existencia de una amplia distancia entre la forma como

2. La primera fase del diálogo interamericano se centró en las competencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en especial, los criterios para la concesión de medidas cautelares, la estructura de los informes anuales, la financiación de la Comisión y de su Relatoría Especial para la libertad de expresión. El resultado institucional fue una reforma del Reglamento de la Comisión que entró en vigor el 1.º de agosto de 2013 y una resolución de la Asamblea General de la OEA (AG/RES. 1 (XLIV-E/13) que ordena continuar el diálogo sobre los demás órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. De manera que se trata de un proceso inacabado que puede suscitar debates interesantes y en el que debe prevalecer la intención real de fortalecer el Sistema Interamericano.

fue concebida la función consultiva y la forma como la Corte la ha ejercido, y con la determinación de los efectos de esa separación.

Finalmente, obra en este caso una justificación y un compromiso adicional. La confianza en el Sistema Interamericano, en la Comisión y en la Corte interamericanas. Los antecedentes hacen que esa confianza sea legítima; allí se encuentra la justificación. Las perspectivas son el mejoramiento del Sistema, la protección a las víctimas y, especialmente, la construcción de escenarios donde se valore al ser humano y se respeten y garanticen sus derechos: allí nuestro compromiso.



CAPÍTULO PRIMERO

LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El primer capítulo de este trabajo se propone construir un marco teórico de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹. El punto de partida es una síntesis de los orígenes de esta competencia en los trabajos preparatorios de la Convención Americana de Derechos Humanos²; un análisis normativo de las disposiciones de la Convención y del Reglamento de la Corte que se refieren al desarrollo de la función consultiva, y la interpretación que la propia Corte ha hecho de esas disposiciones.

Este marco teórico constituye lo que se denominará como las bases de la función consultiva. Construirlo permitirá mostrar con claridad, en el segundo capítulo, la forma como la Corte Interamericana subsanó las deficiencias o lagunas de esta regulación, en lo que se llamará la estructura o construcción de la función consultiva. Estas dos ideas llevarán a que, en el tercer capítulo, se haga referencia a la distancia que existe entre los postulados del primer capítulo y los del segundo, es decir, a las fisuras de la función consultiva.

Esta parte se referirá, entonces, a los orígenes de la función consultiva de la Corte, a un concepto de función consultiva, al objeto, la legitimación y la participación de los Estados dentro de los procesos consultivos, y finalizará con las diferencias entre el procedimiento contencioso y el consultivo.

1. En adelante, “Corte Interamericana”, “la Corte” o “Corte IDH”.

2. En adelante, “Convención Americana”, “la Convención” o “CADH”.

I. LOS DEBATES Y EL ORIGEN DE LA FUNCIÓN
CONSULTIVA EN LA CONVENCIÓN AMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS³

El primer proyecto de Convención Americana de Derechos Humanos fue elaborado en 1959 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos⁴. Este proyecto fue el documento base para que la Segunda Conferencia Interamericana de Río de Janeiro (1965) decidiera encargar, al Consejo de la Organización de Estados Americanos, la elaboración de un proyecto de convención que incluyera el proyecto de 1959 con las correspondientes correcciones, actualizaciones y complementos, los proyectos de convención presentados por Chile y Uruguay y el concepto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵.

En 1968, el Consejo de la Organización de Estados Americanos⁶ delegó en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷ la redacción del anteproyecto final de convención⁸. Este fue aprobado por la Comisión en su décimo noveno periodo extraordinario de sesiones⁹ y el Consejo de la OEA lo adoptó como documento de trabajo

3. El autor agradece al Instituto Interamericano de Derechos Humanos y a la profesora PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO por haberle suministrado las copias originales y los documentos digitalizados de las actas e informes de las reuniones de la Conferencia Interamericana Especializada sobre derechos humanos.

4. OEA/Ser.K/I/6/I.2. *Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y documentos*, Washington D.C., Organización de Estados Americanos, Secretaría General.

5. Segunda Conferencia Interamericana, Río de Janeiro, 1965, Resolución n.º XXIV.

6. En adelante, “OEA” o “la Organización”.

7. En adelante, “Comisión Interamericana”, “la Comisión” o “CIDH”.

8. Consejo de la Organización de Estados Americanos, Resol. del 1.º de mayo de 1968.

9. MANUEL E. VENTURA ROBLES y DANIEL ZOVATTO, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: naturaleza*

para la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos¹⁰ que se realizó en San José de Costa Rica en 1969^[11]. Dicha reunión culminó con la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El primer antecedente de la función consultiva de la Corte Interamericana se encuentra en el artículo 53 del proyecto presentado por la Comisión Interamericana a la Conferencia Especializada de 1969. Allí se establecía la facultad de la Corte para interpretar las disposiciones de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, siempre y cuando la consulta fuera hecha por la Asamblea General de la OEA, el Consejo de la OEA o la Comisión Interamericana. En el mismo artículo se incluyó la posibilidad de que los Estados consultaran a la Corte respecto de la compatibilidad de su derecho interno con la Convención Americana u otros instrumentos internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos¹².

Este proyecto recibió los comentarios de República Dominicana, en los que se sugirió modificar la redacción del artículo 53 de manera que se resaltarán las facultades interpretativas de la Corte y se agregara el siguiente título: “Opiniones consultivas”¹³. Sin duda, esta propuesta de

y *principios*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, Civitas, 1989, p. 35.

10. Consejo de la Organización de Estados Americanos, Resolución del 2 de octubre de 1968.

11. La Conferencia fue convocada por el Consejo de la Organización de Estados Americanos, Resolución del 12 de febrero de 1969.

12. OEA/Ser.K/I6/I.2. *Conferencia Interamericana*, cit., p. 31. El texto del artículo propuesto por la Comisión Interamericana es el siguiente: “Artículo 53. La Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; y los Estados partes, acerca de la compatibilidad entre alguna de sus leyes internas y dichos instrumentos internacionales”.

13. *Ibíd.*, p. 84. El texto del artículo propuesto por República Dominicana es el siguiente: “Artículo 53. Opiniones consultivas. La Asam-

modificación constituye el origen del nombre que hoy se usa para los pronunciamientos que hace la Corte Interamericana en ejercicio de su función consultiva. En este aspecto se sigue la denominación dada para la misma función del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el caso de Europa, la competencia consultiva no aparece en el Convenio Europeo de Derechos Humanos aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, sino en el artículo 1.º del Protocolo Adicional 2.º, firmado en Estrasburgo en 1963^[14].

blea General, el Consejo Permanente y la Comisión podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; y la Corte, a solicitud de un Estado Parte, podrá dar opiniones consultivas acerca de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

14. Mediante el Protocolo 2 adicional al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, los Estados miembros del Consejo de Europa establecieron la facultad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para emitir opiniones consultivas. Actualmente, los artículos 47, 48 y 49 del Convenio Europeo regulan el ejercicio de la competencia consultiva del Tribunal Europeo:

“Artículo 47. Opiniones consultivas. 1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos. 2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio. 3. La decisión del Comité de Ministros de solicitar una opinión al Tribunal se adoptará por mayoría de los representantes con derecho a intervenir en el Comité”.

“Artículo 48. Competencia consultiva del Tribunal. El Tribunal resolverá si la solicitud de opinión consultiva presentada por el Comité de Ministros es de su competencia, tal como la define el artículo 47”.

“Artículo 49. Motivación de las opiniones consultivas. 1. La opinión del Tribunal será motivada. 2. Si la opinión no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, todo juez podrá formular una opinión separada. 3. La opinión del Tribunal se comunicará al Comité de Ministros”.

La propuesta de República Dominicana fue sometida a consideración de la Conferencia Especializada Interamericana. Durante esta reunión, la función consultiva fue discutida por la Comisión Segunda, que se ocupó de la aprobación y redacción de los artículos de la Convención relativos a los órganos de protección y a las disposiciones generales. En el informe que rindió a la plenaria de la Conferencia, dicha comisión manifestó que había hecho una reforma de fondo, consistente en extender la legitimación para solicitar consultas ante la Corte sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos, a los órganos enumerados en el capítulo x de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires y a los Estados miembros de la OEA¹⁵.

En la tercera sesión de la Conferencia Interamericana del día 21 de noviembre de 1969 se aprobó el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, por dieciocho votos y una abstención. La plenaria ratificó el texto del artículo de la función consultiva que había presentado la Comisión Segunda, pero cambió el número del artículo y agregó la numeración que actualmente conocemos¹⁶.

De esta síntesis histórica se puede concluir que la función consultiva de la Corte gozó de la aprobación y el acuerdo absoluto de los Estados que participaron en la Conferencia Interamericana de 1969; sin oposición destacable a su exis-

15. OEA/Ser.K/I6/I.2. *Conferencia Interamericana*, cit., p. 392. El texto del artículo aprobado por la Comisión es el siguiente: “Artículo 65. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo x de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

“La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

16. *Ibíd.*, p. 457.

tencia y funcionamiento, y con la certeza de la importancia de la función que se estaba asignando a la también recién creada Corte Interamericana.

Sin embargo, vale la pena resaltar el gran cambio que se introdujo por la Conferencia Interamericana, en el sentido de permitir que todos los órganos del capítulo x de la Carta de la OEA y los Estados miembros puedan consultar a la Corte sobre la interpretación de la Convención Americana y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos. Esta modificación, que no apareció en ninguno de los anteproyectos, ni en las observaciones hechas por los Estados, resulta además de innovadora muy importante porque significó poner la función consultiva al servicio de los Estados y no solo de unos pocos órganos de la OEA. Es este un reflejo de la intención originaria del Sistema Interamericano de reconocer en los Estados no solo a los obligados a responder por las violaciones a los derechos humanos, sino escenarios para la garantía, el desarrollo y la plena protección de los derechos humanos.

Esa modificación ha sido entendida por la Corte Interamericana como una “marcada tendencia extensiva”¹⁷ de su función consultiva y como una manifestación del propósito de dotar a la Corte de una competencia de consulta superior a todo antecedente en el derecho internacional. La Corte se ha remitido en varias ocasiones a los trabajos preparatorios y a las actas de la Conferencia Interamericana que aquí se comentaron, para precisar el contenido, el alcance y los efectos de su competencia consultiva. De todas las referencias destaca la realizada en la Opinión Consultiva 1 de 1982, en la que precisamente la Corte fue consultada sobre el origen de la expresión “otros tratados” que aparece en el texto del artículo 64 CADH.

17. CORTE INTERAMERICANA, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 1, párr. 17.

El texto final y actualmente vigente del artículo 64 es el siguiente:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo x de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

II. CONCEPTO

Aunque no hay una definición exacta de la función consultiva, se puede construir su concepto normativo a partir de una lectura del artículo 64 CADH y de la definición de dos elementos: el objeto y la legitimación para elevar consultas ante la Corte.

De acuerdo con su objeto, la función consultiva de la Corte Interamericana puede definirse como la facultad que tiene este tribunal para interpretar: 1) la Convención Americana; 2) todos los tratados que tengan por objeto la protección de los derechos humanos, de los cuales sea parte al menos un Estado americano; 3) las disposiciones de tratados internacionales que, a pesar de no tener como objeto general la protección de los derechos humanos, tengan en su contenido referencias a la protección de los derechos humanos y de los cuales sea parte, al menos, un Estado americano, y 4) la compatibilidad del derecho interno de un Estado americano con alguno o algunos de los anteriores instrumentos internacionales.

De acuerdo con la legitimación para consultar a la Corte, en las hipótesis 1, 2 y 3, que corresponden al artículo 64.1

CADH, la Corte puede ser consultada por cualquiera de los Estados americanos o por alguno o algunos de los órganos del capítulo X de la Carta de la OEA; en la hipótesis 4, que corresponde al artículo 64.2 CADH, la Corte solo puede ser consultada por un Estado miembro de la OEA.

Aunque el texto de la Convención parece claro en los dos aspectos –objeto y legitimación–, es importante integrar la interpretación literal del artículo 64 con las consideraciones hechas por la Corte en el desarrollo de su función consultiva respecto de estos dos elementos.

III. EL OBJETO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA

La determinación de la amplitud o de los alcances de la competencia de un juez o tribunal está dada –entre otros aspectos– por el universo de disposiciones que está facultado para conocer, aplicar e interpretar, bien sea para resolver un conflicto o para emitir un concepto u opinión. En el caso de la Corte Interamericana, la misma Convención establece el grado de amplitud de la función consultiva. Esa definición convencional no ha sido pacífica, en parte por su redacción original y en buena medida por las dificultades propias de las consultas presentadas.

Esta situación ha llevado a la Corte a pronunciarse mediante opiniones consultivas sobre la interpretación del objeto de su propia función. Para reseñar las precisiones que la Corte ha hecho, se mantendrá la estructura del artículo 64 CADH para ocuparse, en primer lugar, de la Convención y los tratados de derechos humanos y, en segundo lugar, de la compatibilidad del derecho interno.

iii.i. La Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos

Aunque parece haber claridad en la redacción del texto del artículo 64.1 de la Convención Americana que establece la competencia consultiva de la Corte Interamericana para

interpretar la Convención y otros tratados de derechos humanos, fueron precisamente estos dos elementos del objeto de la función consultiva los que ocuparon la primera atención de la Corte. En efecto, las opiniones consultivas 1 y 2 de 1982 se encargaron de precisar cada uno de estos elementos de la competencia consultiva.

iii.i.i. La facultad de interpretar otros tratados de derechos humanos incluye disposiciones de tratados que no tienen por objeto proteger derechos humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Carta de la Organización de Estados Americanos

En la Opinión Consultiva 1 de 1982, la Corte interpretó la expresión “o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, utilizada por el artículo 64 CADH. En este caso, la Corte estableció el universo de tratados internacionales a los que se refiere el artículo y la forma como debe interpretarse la locución “Estados americanos”.

Respecto del primer interrogante, la Corte planteó dos concepciones sobre su función consultiva: una que denominó *amplia* y otra de carácter *estricto*¹⁸. De acuerdo con la primera, la Corte es competente para interpretar, en ejercicio de la función consultiva, “todo tratado concerniente a la protección de los derechos humanos del cual sean partes uno o más Estados americanos”¹⁹. De acuerdo con el criterio estricto de interpretación, la Corte solo es competente para interpretar tratados de derechos humanos diferentes de la Convención, siempre y cuando sean “adoptados dentro del marco o bajo los auspicios del Sistema Interamericano”²⁰.

18. *Ibíd.*, párr. 32.

19. *Ibíd.*

20. *Ibíd.*

La diferencia de universos es notable. La Corte decidió acoger el criterio amplio de interpretación y establecer que su función consultiva puede recaer sobre todo tratado de derechos humanos ratificado por un Estado americano²¹.

Una vez resuelta esta cuestión, la Corte aclaró qué entendía por “*Estados americanos*”. Allí también hubo dos interpretaciones. La primera señalaba que la expresión se refería a aquellos Estados que habían firmado la Convención Americana y ratificado la competencia de la Corte. La segunda, que por “*Estados americanos*” debía tenerse a todos aquellos que fueran miembros de la OEA, sin importar que hubiesen firmado la CADH o ratificado la competencia de la Corte; es decir, también aquellos que potencialmente puedan ratificarla o adherir a ella²².

La Corte adoptó la segunda interpretación con base en tres argumentos principales. En primer lugar, entendió que en el espíritu de la Convención existía una tendencia a la integración de los sistemas regionales con el Sistema Universal de protección de los derechos humanos²³, que conduce a la decadencia de la distinción entre universalismo y regionalismo²⁴. En segundo lugar, advirtió que no existía razón alguna para excluir un tratado de su competencia interpretativa, por el solo hecho de que haya sido ratificado por un Estado que no sea parte del Sistema Interamericano o porque no sea un tratado adoptado con el auspicio del Sistema Interamericano²⁵. Finalmente, consideró que la intención de la Conferencia Interamericana que suscribió la CADH fue la de dotar a la Corte de la competencia consultiva más amplia posible²⁶, lo que obliga a hacer una interpretación restringida de los límites que pretendan imponerse a su competencia.

21. *Ibíd.*, párr. 48.

22. *Ibíd.*, párr. 35.

23. *Ibíd.*, párr. 41.

24. *Ibíd.*, párr. 40.

25. *Ibíd.*, párr. 48.

26. *Ibíd.*, párr. 46.

En resumen, la Corte se declaró competente para interpretar todos los tratados que tengan por objeto la protección de los derechos humanos, siempre y cuando estos hayan sido ratificados por al menos uno de los Estados miembros de la OEA.

En este mismo punto, la Corte también se ha declarado competente para interpretar una o algunas de las disposiciones de un tratado internacional que no tiene por objeto la protección de los derechos humanos, bajo la condición de que las disposiciones objeto de consulta sí conciernan a la protección de los derechos humanos. En la Opinión Consultiva 16, el Estado de México solicitó a la Corte referirse a algunas disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Ante esta solicitud, los Estados Unidos manifestaron que la Corte Interamericana carecía de competencia porque, de acuerdo con el criterio de ese país, la Convención de Viena es un tratado multilateral del tipo tradicional y no un tratado de derechos humanos, ni concerniente a la protección de los derechos humanos.

La Corte consideró que su competencia sobre disposiciones de tratados que no tienen por objeto la protección de los derechos humanos deriva de la existencia de disposiciones concretas dentro de un tratado que sí conciernen a la protección de los derechos humanos. Por esta razón, en casos como el de la opinión solicitada por el Estado de México, la Corte contestó la petición, con independencia del objeto principal del tratado que contenía las disposiciones consultadas²⁷.

La facultad para interpretar otros tratados de derechos humanos también ha servido para que la Corte Interamericana se declare competente para interpretar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adoptada

27. CORTE INTERAMERICANA, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1.º de octubre de 1999. Serie A n.º 16, párr. 76.

por la Novena Conferencia Americana realizada en Bogotá en 1948. Esta declaración fue aprobada mediante una resolución de la Conferencia, que no fue concebida –ni en su redacción ni en su aprobación– como un tratado internacional. La Corte ha reconocido que la Declaración no es un tratado internacional, sin embargo, en la Opinión Consultiva 10 de 1989, consideró que de ese hecho no deriva la incompetencia de la Corte para “emitir una opinión que contenga interpretaciones de la Declaración Americana”²⁸.

La justificación de su competencia en el caso de la Declaración Americana obedece a las siguientes razones. En primer lugar, para la Corte es relevante que la Convención se remita a la Declaración Americana en el preámbulo y en el literal d) del artículo 29. De allí deriva la conclusión de que la interpretación de la Convención por vía consultiva puede requerir que la Corte interprete también la Declaración Americana²⁹. Además, la Corte consideró que la condición jurídica de la Declaración Americana debe ser valorada a partir del momento actual del Sistema Interamericano y no desde el momento en que fue suscrita, habida cuenta de la evolución que ha tenido el Sistema Interamericano³⁰. En ese sentido, la Corte estableció que la aplicación de la Carta de la OEA requiere necesariamente un proceso de integración de las disposiciones de la propia Carta con las contenidas por la Declaración Americana. Finalmente, la Corte manifestó que la Asamblea General de la OEA, al decidir que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para todos los Estados miembros de la OEA³¹, hace una interpretación autorizada de la

28. CORTE INTERAMERICANA, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A n.º 10, párr. 35.

29. *Ibíd.*, párr. 36.

30. *Ibíd.*, párr. 37.

31. *Ibíd.*, párr. 42.

misma, que le concede ciertos efectos jurídicos que la Corte puede interpretar³².

Por esta misma vía, la Corte se declaró competente para interpretar la Carta de la OEA. Así lo estableció desde la Opinión Consultiva 10 de 1989, en la que manifestó que “la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1”. Sin embargo, en esa oportunidad no expuso las razones de su competencia sobre la Carta de la OEA. Aunque se trata de una inexcusable omisión de la Corte, es plausible considerar que se debe a que en esa opinión consultiva se refirió como punto central a la Declaración Americana y no a la Carta de la OEA.

En la Opinión Consultiva 16 de 1999, la Corte tampoco explicó por qué se consideraba competente para interpretar la Carta de la OEA, a pesar de que en esta consulta sí se incluían aspectos relativos a la Carta. La Corte se limitó a repetir las consideraciones hechas en la Opinión Consultiva 10 de 1989³³. Solo en la Opinión Consultiva 18 de 2003, la Corte Interamericana manifestó que su competencia para interpretar la Carta de la OEA derivaba de la “relación de dicha Carta con el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos”³⁴, y agregó que esto permite que las opiniones de la Corte alcancen a todos los Estados miembros de la OEA y no solo a aquellos que son parte de la Convención; con lo cual se presta un mejor servicio a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos³⁵.

32. *Ibíd.*, párrs. 43 y 47.

33. CORTE INTERAMERICANA, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1.º de octubre de 1999. Serie A n.º 16, párr. 36.

34. CORTE INTERAMERICANA, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párr. 57.

35. *Ibíd.*, párr. 58.

iii.i.ii. La competencia para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos

Menos problemática resulta la competencia consultiva de la Corte sobre la Convención Americana. Sin embargo, se precisará el ámbito de esa competencia y los efectos de las opiniones consultivas en que la Corte interpreta la Convención respecto de Estados que han realizado reservas a ese tratado internacional, no han ratificado la competencia de la Corte o no son parte de la Convención.

La Corte es la “intérprete última de la Convención Americana”³⁶. Como tal, ese tribunal ha considerado que su competencia consultiva sobre este instrumento internacional es de la mayor amplitud e incluye toda parte o aspecto del mismo, sin que se pueda excluir alguna disposición de la Convención. En la Opinión Consultiva 20 de 2009, la Corte estableció que su interpretación de la Convención tiene plena autoridad y comprende todas las disposiciones de la misma, incluso aquellas de carácter procesal³⁷. Esto quiere decir que la Corte no acepta ningún tipo de distinción entre las disposiciones de la Convención, ni limitaciones a su competencia interpretativa respecto de ese instrumento internacional.

Sin embargo, merecen una referencia especial los casos de Estados que: 1) han ratificado la Convención pero con la formulación de reservas; 2) no han ratificado la competencia de la Corte, y 3) no son parte de la Convención.

En la Opinión Consultiva 2 de 1982, la Corte fue consultada sobre el momento en que se considera que un Estado es parte de la Convención, en los casos en que el Estado ha

36. CORTE INTERAMERICANA, Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154, párr. 124. CORTE INTERAMERICANA, Caso La Cantuta *vs.* Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162, párr. 173.

37. CORTE INTERAMERICANA, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009. Serie A n.º 20, párr. 18.

ratificado o adherido a ese tratado internacional pero ha formulado una o algunas reservas. Las reservas son declaraciones unilaterales de un Estado con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado³⁸.

En el caso de la Convención, la Corte manifestó que existe un régimen flexible de reservas. Los Estados pueden hacer cualquier tipo de reserva, siempre y cuando sea compatible con el objeto y fin de la Convención; es decir, compatible con la protección de los derechos humanos³⁹.

De acuerdo con el artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por tratarse de un tratado multilateral, la vigencia de la Convención Americana para uno de los Estados que la ratifique o adhiera formulando reservas está condicionada a la aceptación que hagan los demás Estados parte de la Convención de esas reservas. Sin embargo, la Corte Interamericana negó esa posición y estableció que para todos los Estados que ratifiquen o adhieran a la Convención esta entra en vigencia desde el mismo momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión.

Para la Corte, la Convención no es un tratado que establezca un intercambio recíproco de derechos entre Estados, ni fue creada para el beneficio de las partes⁴⁰. Se trata de un instrumento internacional de protección de los derechos humanos que crea obligaciones, no en relación con otros Estados, sino con los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción⁴¹. Por estas razones, no habría justificación para mantener suspendida la posibilidad de protección

38. JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, 1994, p. 110.

39. CORTE INTERAMERICANA, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 2, párr. 26.

40. *Ibíd.*, párr. 27.

41. *Ibíd.*, párr. 29.

del individuo y de sus derechos humanos, en espera de la aceptación de las reservas hechas por alguno de los países miembros.

Aún más, de acuerdo con la Corte, en aquellos casos en que sea consultada sobre un tratado respecto del cual un Estado haya hecho una reserva, la competencia consultiva se amplía, para que la Corte emita dictámenes respecto de las reservas que fueron formuladas al instrumento consultado⁴².

La Corte también consideró que los efectos de sus opiniones consultivas se extienden a Estados que no han ratificado la competencia de la Corte. En la Opinión Consultiva 3 de 1983, la Corte manifestó que, a diferencia del procedimiento contencioso, el procedimiento consultivo no requiere del consentimiento de los Estados⁴³ y no existen razones para extender los requisitos del procedimiento contencioso al procedimiento consultivo⁴⁴.

Finalmente, la Corte estableció su competencia para pronunciarse, mediante opiniones consultivas vinculantes para los Estados, aun cuando estos no sean parte de la Convención. En la Opinión Consultiva 16, la Corte consideró que no era relevante que uno de los Estados (Estados Unidos) no fuera parte de la CADH, por cuanto la consulta se refería a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, tratado del cual sí era parte el Estado que objetó la competencia consultiva de la Corte en ese caso⁴⁵. Además, en esa misma opinión, la Corte manifestó que no era dable limitar su competencia consultiva al conjunto de Estados que ratificaron la Convención Americana, porque eso im-

42. CORTE INTERAMERICANA, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A n.º 3, párr. 45.

43. *Ibíd.*, párr. 22.

44. *Ibíd.*, párr. 23.

45. CORTE INTERAMERICANA, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1.º de octubre de 1999. Serie A n.º 16, párr. 39.

plicaría prestar los servicios consultivos a un número muy reducido de Estados⁴⁶.

En la Opinión Consultiva 18 de 2003, la Corte debió referirse al mismo punto. En ese caso, la interpretación que se solicitaba sí estaba relacionada directamente con disposiciones de la Convención. Por esta razón, la Corte no pudo apelar al argumento señalado en la Opinión Consultiva 16 y se limitó a declarar que “todo lo que se señala en la presente opinión consultiva se aplica a los Estados miembros de la OEA [...] independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o algunos de sus protocolos facultativos”⁴⁷.

iii.ii. Compatibilidad de legislación interna con la Convención Americana de Derechos Humanos

El numeral segundo del artículo 64 CADH establece la posibilidad de que un Estado solicite a la Corte un pronunciamiento respecto de una norma de derecho interno. La Opinión Consultiva 4 de 1984 fue la primera que se emitió en ejercicio de esta competencia.

Sobre este elemento de la competencia consultiva de la Corte vale la pena precisar los siguientes tres aspectos: 1) la interpretación de la expresión “legislación interna” del artículo 64, tanto en la jerarquía del derecho interno que puede interpretar la Corte como en la posibilidad de interpretar derecho interno no vigente; 2) los límites de la competencia consultiva en estos casos, y 3) los efectos de una opinión consultiva que apruebe o desapruuebe las normas internas consultadas.

En primer lugar, la Corte estableció que la expresión “legislación interna” del artículo 64 significa que este tribunal se puede pronunciar, a solicitud de un Estado, respecto de

46. *Ibíd.*, párr. 41.

47. CORTE INTERAMERICANA, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párr. 60.

cualquier norma de derecho interno, incluyendo leyes en sentido formal o material y la misma Constitución Política del Estado que la consulta⁴⁸. Además, la Corte consideró que puede emitir opiniones respecto de normas internas no vigentes, como en los casos de proyectos de ley⁴⁹ o proyectos de reforma constitucional⁵⁰.

Este último aspecto suscita algunos problemas, especialmente porque la posibilidad de que la Corte Interamericana se pronuncie sobre proyectos de ley o de reforma constitucional abre la puerta a que el procedimiento consultivo sea utilizado por los Estados para entorpecer el debate político interno; mediante el impulso u obstáculo que la opinión de la Corte pueda representar para la reforma no aprobada. Sin embargo, la Corte decidió que la forma de evitar una instrumentalización de su competencia consultiva es examinar, en cada caso, que la consulta no afecte el resultado del proceso legislativo interno. El tribunal descartó, *ab initio*, cerrar la puerta a Estados que de buena fe optaran por consultar a la Corte sus proyectos de reforma⁵¹.

48. CORTE INTERAMERICANA, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4, párr. 14.

49. En la Opinión Consultiva 12 de 1991 la Corte es consultada por el Estado de Costa Rica sobre la compatibilidad de un proyecto de ley con la CADH. Aunque la Corte no resuelve la consulta por considerar que podría desvirtuar la función consultiva al interferir con procesos contenciosos ante la CIDH, consideró que de no haberse dado esa situación habría sido competente para pronunciarse sobre normas aún no vigentes, como el proyecto de ley consultado. Cfr. CORTE INTERAMERICANA, Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A n.º 12, párr. 30.

50. En la Opinión Consultiva 4 de 1984 la Corte avaló unas disposiciones y rechazó otras, de un proyecto de reforma constitucional en el Estado de Costa Rica.

51. CORTE INTERAMERICANA, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4, párr. 30.

En segundo lugar, la Corte establece que la amplitud de su competencia consultiva en los casos de compatibilidad del derecho interno con la CADH se extiende hasta donde lo exijan las necesidades de protección de los derechos humanos. Para respaldar esta interpretación, declara que el fin último de esta competencia es lograr el cumplimiento del principio de efecto útil de los derechos humanos en el orden interno⁵².

Para la Corte, la función consultiva se trata de un servicio que el tribunal presta a los Estados. Es una forma de coadyuvar para que estos cumplan con sus obligaciones internacionales, sin someterlos a las cargas propias del procedimiento contencioso⁵³. Por esa razón, los límites a la función consultiva en estos casos son: 1) la declaración de responsabilidad internacional de un Estado por incompatibilidad de una norma interna con la Convención se hace en el procedimiento contencioso y no en el consultivo⁵⁴; 2) no procede hacer un examen de la compatibilidad de la legislación interna con la Convención con fines académicos⁵⁵; 3) no se pueden consultar casos contenciosos encubiertos⁵⁶; 4) la función consultiva no puede entorpecer el procedimiento político interno, y 5) la Corte no puede pronunciarse respecto de los procedimientos internos establecidos para la aprobación de una norma o sobre la

52. *Ibíd.*, párr. 25.

53. CORTE INTERAMERICANA, Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A n.º 12, párr. 22.

54. CORTE INTERAMERICANA, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A n.º 14, párr. 22.

55. *Ibíd.*, párr. 27.

56. CORTE INTERAMERICANA, Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A n.º 12, párr. 28. CORTE INTERAMERICANA, OC-14/94, cit., párr. 19.

forma como alguna fue aprobada. Esta competencia está reservada a los órganos del orden interno⁵⁷.

Finalmente, los efectos de una opinión consultiva que declara la compatibilidad o incompatibilidad de una norma interna con la Convención no han sido definidos. Por tratarse de un pronunciamiento en ejercicio de la competencia consultiva, debe decirse que su resultado no es más que una opinión no vinculante para los Estados. Sin embargo, este aspecto es muy preocupante porque puede dar lugar a los siguientes interrogantes para los que aún no hay respuesta:

Cuando una norma sea declarada incompatible con la Convención, situación ante la cual la Corte no puede obligar por vía consultiva al Estado a derogarla, ¿debería tramitarse por vía contenciosa una petición para declarar la responsabilidad del Estado por la expedición o aplicación de esa norma?

Cuando un proyecto de reforma legal o constitucional sea declarado compatible con la Convención, ¿implica que la norma vigente en ese momento es incompatible con la Convención?, ¿son las dos normas compatibles?, ¿cuál de las dos es más compatible: la vigente o el proyecto de reforma?, o, ¿qué sucede cuando un proyecto de reforma es declarado incompatible con la Convención y aun así es aprobado por el Estado?, ¿debe iniciarse en este caso el procedimiento contencioso de declaración de la responsabilidad internacional?

Como se verá más adelante, la trascendencia de la mayoría de estas preguntas aumenta si se considera que la propia Corte ha declarado que todas sus opiniones consultivas son un parámetro para el control de convencionalidad que deben realizar los Estados miembros de la OEA⁵⁸.

57. *Ibíd.*, párr. 29.

58. Corte Interamericana, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21, párr. 31.

De manera que con estos interrogantes que la Corte debe resolver, queda planteado el primer elemento –objeto– de la función consultiva de la Corte; en adelante se hará referencia a la legitimación para iniciar el procedimiento consultivo.

IV. LEGITIMACIÓN

Uno de los aspectos novedosos de la función consultiva de la Corte Interamericana es la forma como fue diseñada la posibilidad de iniciar el procedimiento consultivo, en lo que se refiere a los sujetos que se encuentran legitimados para hacerlo. En esta parte se ha dividido en tres la legitimación para solicitar opiniones ante la Corte: en primer lugar, los Estados; en segundo lugar, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA; y, finalmente, la situación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

iv.i. Los Estados miembros de la OEA

Los Estados miembros de la OEA son los únicos sujetos que tienen plena legitimación para iniciar el procedimiento consultivo⁵⁹. Estos pueden consultar a la Corte Interamericana respecto de la interpretación tanto de un tratado de derechos humanos y de la Convención (art. 64.1) como de su derecho interno (art. 64.2). Los demás órganos tienen legitimación para solicitar consultas sobre la interpretación de la Convención y de tratados, pero no respecto del derecho interno de un Estado.

Esta es sin duda una clara manifestación del sentido de la función consultiva. Al contrario del procedimiento contencioso, en el que se busca la determinación de la

59. Los Estados que han realizado consultas y han obtenido respuesta de la Corte son: Argentina (OC-13-20-21), Brasil (21), Chile (OC-15), Colombia (OC-10), Costa Rica (OC-04-05-07-12), México (OC-16-18), Paraguay (21), Perú (OC-01), Uruguay (OC-06-09-13-21) y Venezuela (OC-19).

responsabilidad de los Estados, en el procedimiento consultivo los Estados se ubican en el plano de la garantía y satisfacción de los derechos humanos en su orden interno, en la búsqueda de absolver dudas interpretativas y en el deseo de hacer legislación compatible con el *corpus iuris* del Sistema Interamericano.

Esta amplia legitimación de los Estados confirma la tesis de la Corte Interamericana, de acuerdo con la cual la función consultiva no es más que un servicio que el tribunal está en condición de prestar a los Estados y órganos del sistema, con el fin de colaborar para que cumplan con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En el mismo sentido, se puede afirmar que la solicitud de opinión consultiva que hace un Estado es una manifestación implícita de voluntad afirmativa para cumplir con esas obligaciones⁶⁰.

iv.ii. Los órganos del capítulo x de la Carta de la OEA

Los órganos enumerados en el capítulo x de la Carta de la OEA⁶¹ tienen una legitimación sujeta a dos límites. De

60. No es descartable que un Estado consulte a la Corte con la expectativa de que la interpretación que esta haga de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos sea menos estricta y, en ese sentido, la consulta no corresponda estrictamente con la finalidad enunciada. No obstante, la tesis se refiere a que el acto internacional de la petición de consulta a la Corte por parte de un Estado demuestra el reconocimiento e interés del Estado por la precisión en el objeto de sus obligaciones, que implica también una mayor determinación del grado de responsabilidad internacional ante el incumplimiento.

61. De acuerdo con la reforma a la Carta de la OEA realizada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, los órganos serían los establecidos en el artículo 53. La OEA realiza sus fines por medio de: a) la Asamblea General; b) la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; c) los consejos; d) el Comité Jurídico Interamericano; e) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; f) la Secretaría General; g) las conferencias especializadas, y h) los organismos especializados.

Se podrán establecer, además de los previstos en la Carta y de acuerdo con sus disposiciones, los órganos subsidiarios, organismos y las otras entidades que se estimen necesarios.

una parte, solo pueden consultar sobre la interpretación de tratados de derechos humanos o de la Convención⁶², y, de otra, solo pueden consultar a la Corte sobre materias que se relacionen con su competencia.

La Corte interpretó que la expresión “en lo que les compete” utilizada por el artículo 64 CADH exige que en las solicitudes formuladas por uno de los órganos de la OEA este demuestre un *interés legítimo institucional*. La determinación de ese interés legítimo se hace comprobando la existencia de una relación directa entre la materia objeto de consulta y las funciones establecidas en la Carta de la OEA, las funciones establecidas en el acto constitutivo o en la práctica legal del organismo correspondiente⁶³.

De acuerdo con la Corte, esta limitación es razonable porque, a pesar de que la función consultiva es un servicio que presta a todos los integrantes del Sistema Interamericano, su objeto es ayudar a los organismos en el cumplimiento de sus funciones⁶⁴. No tendría sentido que un órgano consultara, y mucho menos que la Corte respondiera una solicitud de opinión en la que el órgano no demostrara la utilidad de esta para el cumplimiento de sus funciones; requisito que se satisface con el denominado *interés legítimo institucional*.

La Corte realiza dos verificaciones cuando recibe una solicitud de opinión proveniente en un órgano de la OEA. La primera de carácter formal, para comprobar que sea uno de los órganos que se enumeran en el capítulo x de la Carta de la OEA. En segundo lugar, un análisis material

62. CORTE INTERAMERICANA, OC-14/94, cit., párr. 22.

63. CORTE INTERAMERICANA, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 2, párr. 14.

64. CORTE INTERAMERICANA, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17, párr. 34.

del objeto de la consulta y su relación con la competencia funcional del órgano que la consulta. Verificados esos dos aspectos, procede a analizar el fondo de la consulta.

Sin embargo, aunque la Corte es la encargada de realizar esa verificación, la carga de probar la legitimidad de la consulta recae sobre el organismo que la consulta. De acuerdo con el numeral tercero del artículo 70 del Reglamento de la Corte⁶⁵, cuando un órgano de la OEA –distinto de la Comisión Interamericana– inicia el procedimiento consultivo para buscar la interpretación de la Convención, debe precisar las razones en virtud de las cuales la materia de la consulta pertenece al ámbito de sus competencias. Si no logra demostrarlo o existe un principio de duda, la Corte puede abstenerse de absolver la consulta. De acuerdo con el artículo 71 del Reglamento de la Corte, la misma regla se aplica cuando el órgano de la OEA solicita la interpretación de un tratado de derechos humanos⁶⁶.

iv.iii. Situación especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Aunque la Comisión Interamericana es uno de los órganos enumerados en el capítulo x de la Carta de la OEA, el régimen de legitimación que la Corte Interamericana estableció para la Comisión difiere totalmente del comentado con anterioridad⁶⁷.

Para la Corte, la Comisión juega un papel muy importante dentro del Sistema Interamericano y sus funciones son

65. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 70: “Interpretación de la Convención [...] 3. Si la iniciativa de la Opinión Consultiva es de otro órgano de la OEA distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el numeral anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia”.

66. *Ibíd.*, artículo 71: “Interpretación de otros tratados [...] 2. Si la solicitud emana de uno de los órganos de la OEA, se señalará la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia”.

67. La Comisión Interamericana solicitó de manera exitosa a la Corte Interamericana las opiniones consultivas 02-03-08-11-14 y 17.

esenciales para la protección de los derechos humanos. Por esta razón, la Corte considera que la Comisión, aunque no puede consultar sobre el derecho interno de un Estado, en tratándose de la interpretación de tratados de derechos humanos y de la Convención no está sujeta a límite alguno⁶⁸.

De acuerdo con la Corte, la Comisión goza de un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas en las hipótesis del artículo 64.1 CADH⁶⁹. Sin embargo, las razones para respaldar esa decisión no están claras. Los argumentos de la Corte oscilan entre presumir la existencia del *interés legítimo institucional* en todas las consultas hechas por la Comisión y el argumento de la existencia de una excepción que la Corte establece a favor de la Comisión. En ambos casos, los fundamentos son la amplitud de las funciones establecidas para la Comisión y su importancia central en el Sistema Interamericano.

Sin embargo, el criterio definitivo de la Corte es que la Comisión goza de un pleno y legítimo interés para consultarla sobre materias de promoción y observancia de los derechos humanos⁷⁰. Eso quiere decir que todas las consultas elevadas por la Comisión respecto de la interpretación de un tratado de derechos humanos o de la Convención están eximidas de satisfacer el requisito del *interés legítimo institucional* y, por ende, no se realiza la verificación de la relación entre las competencias de la Comisión y el objeto de la materia que se consulta.

68. CORTE INTERAMERICANA, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 2, párr. 16.

69. CORTE INTERAMERICANA, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A n.º 8, párr. 8.

70. CORTE INTERAMERICANA, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A n.º 11, párr. 11.

Esta decisión puede ser criticada porque establece un privilegio para la Comisión que no tiene sustento en la Convención, debido a que el artículo 64 no distingue entre los órganos del capítulo x de la Carta de la OEA. El privilegio de la Comisión tampoco encuentra respaldo en la Carta de la OEA, ni en los reglamentos de la propia Comisión o de la Corte.

Sin embargo, como se analizará más adelante, la práctica del procedimiento consultivo demuestra que las consultas realizadas por la Comisión han contribuido en alto grado al desarrollo de la garantía de los derechos humanos en el continente, al esclarecimiento en la interpretación de disposiciones problemáticas de tratados de derechos humanos y de la misma Convención, y al fortalecimiento de la protección de los individuos en los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano.

V. PROCEDIMIENTO

El procedimiento que se surte ante la Corte Interamericana para las opiniones consultivas tiene un carácter relativamente reglado. A pesar de que los artículos 70 a 75 del Reglamento de la Corte establecen un conjunto de disposiciones aplicables especialmente a la función consultiva, estas han resultado insuficientes para resolver las cuestiones de procedimiento que surgen en el trámite ante la Corte.

Ante este vacío, el Reglamento optó por remitir a las normas que se aplican al procedimiento contencioso, en todos aquellos casos en que esa integración normativa sea compatible⁷¹. Es decir, al procedimiento consultivo se le aplican las normas especiales, más todas las del procedimiento

71. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 74: “Aplicación analógica. La Corte aplicará al trámite de las opiniones consultivas las disposiciones del título II de este Reglamento en la medida en que las juzgue compatibles”.

contencioso que resulten pertinentes; situación que, a nuestro juicio, en lugar de resolver la deficiencia da lugar a muchas discusiones.

Por esa razón, la Corte en las mismas opiniones consultivas ha delimitado y precisado las etapas del proceso, las diferentes formas de intervención, las audiencias y hasta la estructura de sus opiniones. Aquí se hará referencia a las disposiciones reglamentarias sobre procedimiento y a las precisiones que sobre estas ha hecho la Corte en las veintiuna opiniones consultivas emitidas, especialmente en lo que se relaciona con la intervención de los Estados, los órganos de la OEA y la sociedad civil.

v.i. La participación de los Estados miembros de la OEA

La intervención de los Estados en el procedimiento consultivo es una fuente de legitimidad⁷² e introduce un componente de pluralismo en la función consultiva de la Corte Interamericana⁷³. Muchos de los pronunciamientos hechos por los Estados son recogidos en las opiniones consultivas y se convierten en parte de la interpretación que hace la Corte de la Convención o de un tratado de derechos humanos.

72. Cfr. ROBERTO NIEMBRO ORTEGA, “Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales”, en *Estudos avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, ARMIN VON BOGDANDY, FLÁVIA PIOVESAN y MARIELA MORALES ANTONIAZZI (coords.), Elsevier, Campus Jurídico, 2013, pp. 112-140.

73. Hasta la Opinión Consultiva 21, los Estados que han participado con observaciones escritas u orales en el proceso consultivo de la Corte son: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Uruguay y Venezuela.

El número de Estados que interviene en los procedimientos consultivos⁷⁴ demuestra un aumento del interés de estos por el desarrollo del Sistema Interamericano y una intención de influir en las decisiones que toma la Corte en ejercicio de la función consultiva. Aunque la participación depende de la materia consultada y de la posible afectación directa o indirecta de los intereses de cada Estado, vale la pena referirse a: 1) las consultas en las que pueden intervenir; 2) la forma como participan, y 3) los fundamentos y objetivos de esa participación de los Estados en el proceso consultivo.

Los Estados que pueden intervenir en el procedimiento consultivo son todos los que hacen parte de la OEA, con independencia de si hacen parte de la Convención o de si han ratificado la competencia de la Corte⁷⁵. Sin embargo, no pueden participar en todo tipo de consultas. Su intervención se encuentra limitada a aquellos casos en que se solicite la interpretación de la Convención o de un tratado de derechos humanos. No pueden intervenir en los casos en

74. En la Opinión Consultiva 1/82 intervinieron seis Estados, mientras que en la Opinión Consultiva 18/2003 intervinieron trece.

75. Es el caso de Estados Unidos, que intervino con observaciones escritas y orales en las audiencias dentro de los procedimientos de las opiniones consultivas 16 de 1999 y 18 de 2003. La intervención de dicho Estado fue muy importante en estos casos, porque además de defender su política migratoria, la Corte comprobó en el caso de la Opinión Consultiva 16 de 1999, sobre el derecho de asistencia consular, que ese Estado había defendido la garantía de este derecho para sus nacionales en un proceso contencioso ante la Corte Internacional de Justicia (caso del personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán de 1979-1980) y que ahora en el proceso consultivo ante la Corte Interamericana negaba la condición de derecho humano de la asistencia consular. Ante la contradicción del Estado en dos escenarios internacionales, la Corte Interamericana entiende que debe prevalecer la posición del Estado que más proteja los derechos humanos, en este caso, la que acepta la asistencia consular como un derecho humano que hace parte de las garantías del debido proceso legal. Cfr. CORTE INTERAMERICANA, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1.º de octubre de 1999. Serie A n.º 16, párr. 61 y voto concurrente del juez Antonio Cançado Trindade, párrs. 16 a 22.

que un Estado solicita a la Corte estudiar la compatibilidad de normas internas con la Convención⁷⁶.

Esta prohibición fue creada por la Corte con la finalidad de evitar que uno o varios Estados influyan en los asuntos internos de otro Estado. Para la Corte es loable que un Estado decida someter su legislación interna a examen bajo el parámetro de la Convención, y por esa razón una garantía mínima es que se impida que los demás Estados se pronuncien en esos casos⁷⁷.

Hay dos formas como los Estados pueden intervenir en el procedimiento consultivo. De una parte, mediante las observaciones escritas que se envían a la Secretaría de la Corte en las que se pronuncian sobre el objeto de la consulta. También pueden participar en las audiencias, cuando la Presidencia de la Corte las programe y se encuentren convocados. La lectura de las opiniones consultivas permite concluir que en algunos casos solo son convocados a participar de manera oral en las audiencias los Estados que han enviado observaciones escritas, y en otros se permite la participación posterior en calidad de observadores de Estados que no lo hicieron por escrito⁷⁸. Esto lleva a pensar que en cada oportunidad es la Presidencia de la Corte la que decide sobre la intervención de un Estado⁷⁹.

76. CORTE INTERAMERICANA, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4, párr. 17.

77. *Ibíd.*

78. En la Opinión Consultiva 18 de 2003 los Estados de Uruguay, República Dominicana, Brasil, Panamá, Argentina y Perú estuvieron presentes como observadores en la audiencia del 24 de febrero de 2003.

79. En el trámite de la Opinión Consultiva 21, el presidente de la Corte Interamericana convocó a todos los Estados miembros de la OEA, para que participaran en las audiencias orales que se realizaron los días 9 y 10 de octubre en la Ciudad de México, D. F. Sin duda, este es un mejor criterio porque se convoca a todos los Estados sin importar su participación previa en el trámite de la opinión consultiva. Con este tipo de apertura se permite el mayor grado de intervención de los Estados y se dejan de lado criterios formalistas que excluían de las intervenciones orales a Estados que no habían enviado previamente sus observaciones escritas.

Los fundamentos y objetivos de la intervención de los Estados en el procedimiento consultivo son múltiples. De una parte, se trata de hacer un procedimiento participativo, en el cual puedan estar representados todos los miembros de la OEA y donde se escuchen los criterios interpretativos de todos los Estados. La Corte ha reconocido, además, que a pesar de que no se trata de la atribución de responsabilidad internacional en contra de los Estados, los intereses de estos pueden resultar seriamente afectados de manera directa o indirecta con una interpretación dada en una opinión consultiva⁸⁰.

Para garantizar la defensa de los intereses de los Estados se permite que participen con sus puntos de vista en el trámite de una opinión consultiva. En las observaciones escritas u orales, los Estados pueden realizar objeciones a la consulta formulada, proponer la incompetencia de la Corte para absolverla, solicitar que sean modificadas las preguntas y pronunciarse en cualquier sentido respecto del fondo. Lo más importante de la presentación de las observaciones es que, con independencia de su contenido o de la posición de cada Estado, estos no asumen una posición estricta de defensa como en el procedimiento contencioso, sino que se trata de un aporte a la jurisprudencia consultiva de la Corte.

v.ii. La participación de los órganos de la OEA

Los órganos de la OEA también pueden participar con observaciones escritas u orales en el procedimiento consultivo⁸¹. Esta facultad les permite intervenir, no para solicitar

80. CORTE INTERAMERICANA, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A n.º 3, párr. 24.

81. Los órganos de la OEA que han participado con observaciones escritas u orales en el proceso consultivo de la Corte son: Consejo Permanente (OC-01-02-03), Secretaría General (OC-01-02-03), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OC-01-05-06-2-13-15-16-17-18-19-20 y 21), Comité Jurídico Interamericano (OC-01-02-03-05),

opiniones consultivas, sino para pronunciarse cuando un Estado u otro órgano las han solicitado. Por esa razón, en la intervención mediante observaciones, la expresión “órganos de la OEA” debe ser interpretada en un sentido amplio, es decir, no se circunscribe a los enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA, sino que se extiende a todos los órganos que sean creados en el marco de la Organización Americana.

A la intervención de los órganos de la OEA tampoco puede aplicarse el límite establecido para la solicitud de opiniones referente al *interés legítimo institucional*. Esto quiere decir que los órganos que intervengan lo pueden hacer con independencia de sus funciones, sin que sea necesario que demuestren que el objeto o materia consultada se relaciona con sus actividades regulares o se encuentra dentro del marco de su competencia.

Sin embargo, también están limitados porque no pueden participar en los procedimientos consultivos en los que un Estado solicita a la Corte Interamericana revisar la compatibilidad de una norma interna con la Convención. Los fundamentos de esta prohibición fueron comentados cuando nos referimos a la participación de los Estados.

Cuando la Corte recibe una solicitud de opinión consultiva para casos de compatibilidad de normas internas, omite la notificación a los demás Estados y órganos de la OEA. En algunos procedimientos sustituye la participación de estos últimos por entidades gubernamentales internas del Estado solicitante. Así lo hizo en la Opinión Consultiva 4 de 1984, en la que permitió la intervención del Ministerio de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones, el director del Registro Civil, un diputado y un representante de la Facultad de Derecho la Universidad de Costa Rica. También en la Opinión Consultiva 5 de 1985, en la que permitió la intervención parcial del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica.

Aunque este procedimiento es razonable, consideramos que el reglamento sí permite la intervención de órganos interesados en el estudio de compatibilidad de normas internas con la Convención o tratados de derechos humanos, siempre y cuando se haya consultado y se cuente con la autorización del Estado consultante. Esa es la conclusión que deriva de la lectura del numeral tercero del artículo 73 del Reglamento de la Corte que establece: “3. La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, *lo podrá hacer previa consulta con el agente*” (énfasis nuestro).

No hay justificación para que en este tipo de consultas se permita, al mismo tiempo, la intervención de cualquier persona interesada y se prohíba la intervención de un órgano de la OEA. Sobre todo si se tiene en cuenta que el reglamento no se interesa por la nacionalidad de los intervinientes, lo que quiere decir que no le preocupan razones de intervención extranjera en asuntos internos, como cuando son otros Estados los que pretenden participar en estos procedimientos. También se debe tener en cuenta que la intervención está condicionada a la aceptación que haga el mismo Estado consultante.

Muy importante para el futuro de la función consultiva resultaría que la Corte Interamericana permitiera esta participación, con la debida autorización del Estado correspondiente, y que los países miembros del Sistema Interamericano entendieran las observaciones no como violaciones a su soberanía, sino como una manifestación de cooperación internacional para el cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

v.iii. Intervenciones de la sociedad civil y los “amicus curiae”

Quizás una de las formas de intervención en el proceso consultivo que más lo enriquece y que le confiere el carácter participativo que ostenta son los *amicus curiae*⁸². Los escritos

de *amicus curiae* son presentados, entre otros, por las organizaciones no gubernamentales (ONG), las universidades, los centros

82. Las organizaciones que han participado en el procedimiento consultivo de la Corte son: Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de American University, Washington College of Law; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); American Newspaper Publishers Association; American Society of Newspaper Editors y la Associated Press; Americas Watch Committee y el Committee to Protect Journalists; Americas Watch; Amnistía Internacional; Asociación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos (Asfadess); Asociación por los Derechos Civiles; Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP); Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo; Center for the International Human Rights de la Northwestern University School of Law; Centro de Asesoría Legal del Perú; Centro de Derechos Humanos y Justicia “Bernard and Audre Rapoport” de la Universidad de Texas en Austin; Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello; Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales; Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús; Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres; Centro Estratégico de Litigio Latinoamericano; Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Centro de Justicia Global; Centro por la Acción Legal en Derechos Humanos; Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); Centro por los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario de American University; Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante (CDHIC); Child Law Clinic at University College Cork; Clínica de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Seattle; Clínica de Derechos Humanos del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México; Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito; Clínica Jurídica del Centro de Investigación y Docencia Económicas de la Ciudad de México; Clínica Jurídica para los derechos de inmigrantes y refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; Colegio de Periodistas de Costa Rica; Comisión Andina de Juristas; Comisión Colombiana de Juristas; Comisión Mexicana para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos; Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM); Comité Mundial de Libertad de Prensa; Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos; Consejo Uruguayo para las Relaciones

Internacionales (CURI); Coordinadora Nacional de Derechos Humanos; Coordinadora Nicaraguense de ONG; Death Penalty Focus; Delgado Law Firm; Facultad de Ciencias Políticas y de Derecho de la Universidad de Quebec; Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Argentina; Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Familiares madres y abuelas de detenidos desaparecidos de Mar del Plata; Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos Desaparecidos (Fedefam); Federación Latinoamericana de Periodistas; Fédération Internationale des Éditeurs de Journaux; Fundación Rafael Preciado Hernández; Grupo de Estudio en Derechos Humanos y Litigio Internacional de la Universidad de Caldas; Grupo Jurídico de Antioquia (GJA); Grupo de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes; Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services/Harvard Law School; Human Rights Watch/Americas; Immigration Law Clinic at Southwestern Law School; Instituto de Defensa Legal; Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM); Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ilanud); Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes; Instituto Universitario de Derechos Humanos de México; International Association of Broadcasting; International Commission of Jurists; International Human Rights Institute de DePaul University College of Law; International Human Rights Law Clinic at Washington College of Law - American University; International Human Rights Law Group and the Washington Office on Latin America; International League for Human Rights; International Press Institute; Labor Civil Rights and Immigrants Rights Organizations in the United States; Law Office of Sayre and Chavez; Lawyers Committee for Human Rights; MacArthur Justice Center de University of Chicago Law School; Minnesota Advocates for Human Rights; National Coalition of Hispanic Organizations; Newspaper Guild; Newsweek; Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH); Organización Internacional para las Migraciones (OIM); Organización Justicia Global; Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México; Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana; Programa Venezolano de Educación y Acción en Derechos Humanos (Provea); Red de Profesores de Derecho en Derechos Humanos y Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México; Seminario sobre

de estudio, las oficinas privadas de abogados y defensores de derechos humanos, los colectivos y los académicos, investigadores y defensores de derechos humanos a título personal⁸³.

El reglamento de la Corte define a los *amicus curiae* como “la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula

Sistema Interamericano de derechos humanos y derecho internacional humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana de México; Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación de Inmigrantes y Refugiados (Caref); Servicio Social Internacional (sst); Sociedad Interamericana de Prensa; Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF); The Copley Press Inc; The Institute for Human Rights of the International Legal Studies Program at the University of Denver College of Law and the Urban Morgan Institute for Human Rights of the Cincinnati College of Law; The International Herald Tribune; The Miami Herald; The Wall Street Journal; Universidad de Notre Dame; Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad de Buenos Aires, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Universidades Panamericana de México, Sabana de Bogotá y Privada de San Pedro de Sula; Urban Morgan Institute for Human Rights of the Cincinnati College of Law; USA Today; Washington Office on Latin America; Women’s Link Worldwide; Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools; World Press Freedom Committee.

83. Las personas que, a título personal, presentaron *amicus curiae* en alguna de las veintiuna primeras opiniones consultivas de la Corte Interamericana son: Adele Shank; Alberto Bovino; Alfonso Jiménez Reyes; Antonio Augusto Cançado Trindade; Augusto M. Guevara Palacios; Beatriz M. Ramacciotti; Bonnie Lee Goldstein; Carlos Eduardo García Granados; Carlos Rafael Urquilla; Carlos Roberto Loría Quirós; Elisa de Anda Madrazo; Guillermo José García Sánchez; Héctor Gros Espiell; Jean Terranova; John Quigley; José Trinidad Loza; Juan Pablo Chirinos; Ligia Galvis Ortiz; Luis Peraza Parga; María Elba Martínez; Marcos David Kotlik; Mark Kadish; Modesto Emilio Guerrero; Patricio Kingston; Raúl Emilio Vinuesa; Ricardo Abello Galvis; Robert Steele; William Wright Jr. En el procedimiento de solicitud de la Opinión Consultiva 21 participaron además: Álvaro Francisco Amaya, Beatriz Eugenia Sánchez, Boris Wilson Arias López, Carlos Roberto Muñoz, Ezequiel Heffes, Felipe Franco Gutiérrez, Fernando Alberto Goldar, Iskra Leyva Pavez, Juliana Poveda Clavijo, Julio Esteban Cortés, Luis Peraza Parga, María Elena Vásquez, Óscar Yesid Osorio y Viviana Ordóñez Salazar.

consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”.

El *amicus curiae* es una intervención mediante la cual una persona u organización pone de presente su opinión frente a una consulta formulada a la Corte Interamericana. Los razonamientos de los *amicus curiae* no están sujetos a limitación alguna y pueden ser presentados por cualquier ciudadano o por el representante de la organización, dentro de las fechas señaladas por la Presidencia de la Corte.

Sin embargo, la Corte no tiene un criterio definido respecto de la presentación de escritos de *amicus curiae* en las consultas de compatibilidad de normas internas con la Convención o con tratados de derechos humanos. En la Opinión Consultiva 4 de 1984, la Corte ni siquiera convocó a la presentación de escritos de acompañamiento, sobre la base de que se trataba de un asunto interno del Estado de Costa Rica. Sin embargo, en la Opinión Consultiva 5 de 1985, en la que también se estudiaba la compatibilidad de un proyecto de reforma de la Constitución Política de ese Estado, la Corte recibió once escritos de *amicus curiae*.

Nuestro criterio es que la Corte debe recibir los escritos de *amicus curiae* en toda consulta, incluso en los casos de opiniones consultivas sobre normas internas de un Estado. El hecho de aceptar un escrito de esta clase o de permitir la participación de sus representantes en las audiencias orales no obliga a la Corte a acoger el criterio que se le propone; al contrario, sus opiniones pueden ser una antítesis o una síntesis de los argumentos de quienes hayan intervenido en el proceso.

Aún más, omitir este tipo de intervenciones resultaría un procedimiento irregular porque el artículo 74 del Reglamento de la Corte prevé que esta se encargue de invitar a las personas interesadas en las consultas o de autorizar la participación de quienes voluntariamente lo quieran hacer, siempre y cuando medie consulta previa al agente del Estado consultante.

La práctica de más de seis lustros de función consultiva de la Corte Interamericana demuestra que son los

académicos, los investigadores, los representantes de las víctimas y, en general, los individuos, los más interesados en el fortalecimiento del Sistema Interamericano. Con sus intervenciones coadyuvan a la labor de la Corte para lograr el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. Quienes estudian y quienes sufren las violaciones a los derechos humanos en el continente han encontrado en el procedimiento consultivo una herramienta de manifestación razonada de sus puntos de vista y de transformación de estándares de protección de sus derechos.

VI. DIFERENCIA CON LA FUNCIÓN CONTENCIOSA

Se ha dejado para la parte final de este capítulo el establecimiento de las diferencias entre los procedimientos consultivo y contencioso de la Corte Interamericana. Se trata solamente de resaltar las características que marcan sus límites, ya que el punto de las relaciones entre uno y otro se ha dispuesto para la parte final del trabajo. Sin embargo, la sola lectura de lo que aquí se enunciará va a dilucidar algunos de los conflictos teóricos y prácticos que impiden, en ciertos casos, hacer una distinción entre lo consultivo y lo contencioso.

Desde el inicio de su función consultiva, la Corte se encargó de establecer ciertas características propias del procedimiento de opiniones consultivas que constituyen los linderos con los casos de peticiones individuales o comunicaciones interestatales. La primera de ellas es que en los casos contenciosos la Corte realiza un proceso de aplicación a eventos concretos de las normas de derechos humanos y en el procedimiento consultivo hace un proceso de interpretación en abstracto de estas⁸⁴.

84. Sobre la distinción –no aceptada por unanimidad– entre aplicación e interpretación cfr. JOSÉ JUAN MORESO y JOSEP MARÍA VILAJOSANA,

En el procedimiento contencioso, la función de la Corte es establecer la veracidad de unos hechos denunciados, seleccionar las disposiciones jurídicas que son aplicables a esos hechos, interpretarlas, establecer si procede la imputación de responsabilidad internacional a un Estado parte y emitir una sentencia en la que dispone las medidas de reparación, satisfacción y las garantías de no repetición.

En el caso de las opiniones consultivas, la Corte no considera aspectos fácticos, no resuelve cuestiones de hecho, no determina la existencia o no de unas determinadas prácticas, sino que se limita a emitir su interpretación de una norma jurídica en abstracto o a hacer el análisis de compatibilidad de una norma interna con una internacional⁸⁵.

Adicionalmente, la función consultiva tiene un carácter no litigioso y multilateral. En efecto, mientras que en el procedimiento contencioso existen partes y los Estados, la Comisión y los representantes de las víctimas se ubican en una posición jurídica determinada, en el procedimiento consultivo no existen partes, el juez no se enfrenta a un litigio ni debe pronunciarse sobre un conjunto de pretensiones y excepciones⁸⁶. En el procedimiento consultivo es posible que los Estados u órganos consultantes tengan diferencias sobre la interpretación de las normas consultadas, pero esta situación no los ubica en un contexto de mutuo enfrentamiento desde el punto de vista procesal.

El carácter multilateral del procedimiento consultivo consiste en que este puede ser iniciado por un Estado o por uno de los órganos de la OEA, mientras que el procedimiento

Introducción a la teoría del derecho, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 147-189.

85. CORTE INTERAMERICANA, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A n.º 3, párr. 32.

86. CORTE INTERAMERICANA, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A n.º 15, párr. 25.

contencioso solo puede ser promovido por la Comisión o por un Estado.

Finalmente, en el procedimiento contencioso, la Corte se pronuncia sobre cargos contra un Estado y sobre las pruebas que respaldan esas acusaciones, mientras que en el procedimiento consultivo no puede hacerlo⁸⁷. Aunque en algunos casos admite que se pongan de presente prácticas estatales o ejemplos, la Corte ha manifestado que estos son admisibles solo como una ilustración a la Corte⁸⁸, con el fin de contextualizar la opinión consultiva⁸⁹ y demostrar que la consulta no se trata solamente de una especulación académica⁹⁰.

Aunque en ambos casos la Corte Interamericana actúa como un tribunal de derechos humanos, se guía por los instrumentos internacionales sobre los cuales es competente y hace análisis jurídicos; las diferencias en cuanto a objeto, iniciativa y ausencia de partes son los puntos que marcan los límites entre los dos procedimientos.

87. CORTE INTERAMERICANA, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1.º de octubre de 1999. Serie A n.º 16, párr. 47.

88. CORTE INTERAMERICANA, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17, párr. 35.

89. CORTE INTERAMERICANA, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9, párr. 16.

90. CORTE INTERAMERICANA, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1.º de octubre de 1999. Serie A n.º 16, párr. 49.



CAPÍTULO SEGUNDO

LA COMPETENCIA CONSULTIVA EN LAS VEINTIUNA PRIMERAS OPINIONES CONSULTIVAS PROFERIDAS

El segundo capítulo de este trabajo pretende mostrar la forma como la Corte Interamericana resolvió los problemas jurídicos relacionados con su función consultiva, que surgieron durante los procedimientos de las primeras veintiuna opiniones consultivas emitidas. Es un análisis de la construcción que la misma Corte ha hecho de su competencia consultiva, especialmente, al delimitarla y al establecer normas de procedimiento para eventos no regulados por la Convención o por su propio Reglamento.

La diferencia con la primera parte es patente. Allí se describió la función consultiva desde un análisis normativo, que fue complementado con la interpretación que la Corte hizo de las disposiciones comentadas. Aquí se hará referencia a las reglas que la Corte estableció para casos no previstos y ante los cuales debió pronunciarse para terminar la estructura de su función consultiva. La primera parte puede denominarse como *las bases de la función consultiva*, y esta segunda como la *construcción* de tal función. Agregar a la descripción del primer capítulo el análisis que aquí se presenta, permitirá mostrar un panorama completo de la función consultiva, de manera que en la tercera parte se puedan formular los comentarios y críticas al ejercicio de esa competencia por parte de la Corte.

Los problemas de los cuales se ocupó la Corte fueron de diversa índole. En unos casos puede decirse que se refieren más al procedimiento que al fondo, pero en otros la cuestión es a la inversa. Prescindimos de una clasificación estricta de esos aspectos problemáticos y preferimos referirnos a ellos en orden cronológico.

Los siguientes son los diez problemas que la Corte Interamericana resolvió en las veintiuna opiniones consultivas en estudio: I) límites a la competencia consultiva; II) asuntos

objeto de consulta que se encuentran pendientes de decisión en la Comisión Interamericana; III) consultas que encubren un caso contencioso; IV) consultas que requieren interpretación de la Convención Americana y tratados de derechos humanos junto a compatibilidad de derecho interno (mixtas); v) posibilidad de reformular o cambiar las preguntas hechas por el Estado u órgano consultante; VI) consultas que carecen de contexto; VII) consultas que se refieren a hechos o prácticas de los Estados; VIII) desistimiento de la consulta por parte del Estado u órgano consultante; IX) consultas que se hacen mediante la formulación de preguntas indeterminadas, y x) consultas que incluyen aspectos sobre los cuales la Corte es competente y aspectos sobre los que no lo es.

I. LÍMITES A LA COMPETENCIA CONSULTIVA

Lo primero que la Corte Interamericana hizo en el ejercicio de su función consultiva fue establecer unos límites a su propia competencia. Luego de considerar que su ámbito de competencia tiene una amplitud sin antecedentes en el derecho internacional, la Corte reconoció que esa característica no implica ausencia de límites en su ejercicio¹. De esa manera, la Corte procedió a restringir su función consultiva mediante cinco límites generales.

El primer límite se refiere a que la función consultiva de la Corte tiene por objeto la definición de los compromisos internacionales suscritos únicamente por los Estados que son parte del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. De acuerdo con la Opinión Consultiva 1 de 1982, para la Corte, ni su competencia contenciosa ni

1. CORTE INTERAMERICANA, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 1, párr. 18.

la consultiva pueden alcanzar de manera alguna a Estados que no sean parte del Sistema Interamericano²; entendiendo por estos a aquellos que hacen parte de la OEA.

En el mismo sentido, el segundo límite establece que la Corte no puede interpretar disposiciones relativas al funcionamiento de órganos o instituciones ajenas al Sistema Interamericano. En síntesis, lo que dispuso la Corte es que todo su funcionamiento debe respetar las reglas de competencia internacional, concentrarse en el mejoramiento del funcionamiento de los órganos del Sistema Interamericano y en la definición de las obligaciones, en materia de derechos humanos, de los Estados que pertenecen a ese sistema regional.

El tercer límite señala que, en el ejercicio de su función consultiva, la Corte no puede debilitar o alterar su función jurisdiccional. Esta limitación parte del reconocimiento de que entre la función consultiva y la contenciosa puede haber oposición en algunos casos³, especialmente, si se usa aquella para entorpecer el trámite de un caso contencioso.

De esa misma oposición eventual entre la función consultiva y la contenciosa surge el cuarto límite. La Corte dispuso que el ejercicio de la competencia consultiva no debía alterar, en perjuicio de las víctimas, el sistema de protección de los derechos humanos establecido por la Convención Americana⁴. Esto quiere decir que una solicitud de opinión consultiva que pretenda impedir el acceso de las víctimas al Sistema Interamericano o limitar un estándar de protección de los derechos humanos es improcedente por violar el cuarto límite.

Finalmente, el quinto límite que la Corte estableció a su función consultiva prevé la posibilidad de que ella pueda evaluar, en cada caso, las circunstancias de la consulta y los efectos de esta. Lo anterior significa que la Corte es

2. *Ibíd.*, párr. 21.

3. *Ibíd.*, párr. 23.

4. *Ibíd.*, párr. 24.

la encargada de determinar en qué casos existen razones determinantes para deducir una violación a alguno de los cuatro límites señalados. En esa hipótesis, la Corte puede decidir discrecionalmente la inadmisión de la consulta o abstenerse de absolverla, siempre y cuando lo haga mediante una resolución motivada⁵.

Esta discrecionalidad de la Corte para admitir y resolver consultas precisa que, en cada caso, realice un análisis de los efectos e intenciones de las consultas, para que los límites generales expuestos se apliquen en concreto y la Corte decidida finalmente sobre la admisibilidad o no de la solicitud de consulta⁶.

II. ASUNTOS OBJETO DE CONSULTA QUE SE ENCUENTRAN PENDIENTES DE DECISIÓN EN LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La imposibilidad de que a través del procedimiento consultivo se desvirtúe el procedimiento contencioso o se altere, en perjuicio de las víctimas, el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos es uno de los límites a la función consultiva en los que más hace énfasis la Corte Interamericana. No cabe duda de que este límite se pone a prueba en dos escenarios: de un lado, cuando el objeto de una solicitud de opinión consultiva se confunde con el objeto de controversias que se desarrollan en la Comisión Interamericana y que eventualmente podrían ser sometidas al conocimiento de la Corte; y, de otra parte, cuando a través del procedimiento consultivo se busca que la Corte resuelva de manera encubierta un caso contencioso.

5. *Ibíd.*, párr. 30.

6. CORTE INTERAMERICANA, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6, párr. 11.

La primera hipótesis será estudiada a continuación, y la segunda en el siguiente acápite.

La primera ocasión en que la Corte Interamericana se vio enfrentada a esta situación fue en la Opinión Consultiva 3 de 1983. Es ese caso, la Comisión Interamericana consultó a la Corte sobre las restricciones a la pena de muerte. Durante el procedimiento, la Comisión informó a la Corte que tenía divergencias con el Estado de Guatemala respecto del objeto de la consulta. Al mismo tiempo, el gobierno de ese país solicitó a la Corte que no resolviera la consulta porque una respuesta de ella implicaba asumir una posición respecto de una diferencia entre el Estado y la Comisión.

Aunque en ese momento no existía un caso en la Comisión, la Corte fijó la primera regla en esta materia. Estableció que la existencia de divergencias públicas entre un Estado y la Comisión, respecto de la interpretación de la Convención o de un tratado de derechos humanos, no impide que el Estado o la Comisión soliciten a la Corte una opinión consultiva sobre el objeto de la diferencia.

Esta primera regla parece lógica, pues el fin principal de la función consultiva de la Corte es precisamente la interpretación, con autoridad, de la Convención o de los tratados de derechos humanos. Sin embargo, la Corte debe ser cuidadosa en su aplicación, para evitar resolver por vía consultiva aspectos que son propios del procedimiento contencioso, especialmente, porque este brinda mayores garantías de defensa a los Estados que el procedimiento consultivo.

Posteriormente, durante el trámite de la Opinión Consultiva 5 de 1985, el Estado de Costa Rica expresó que previamente, a instancias de la Comisión y en el marco del trámite de una petición individual que fue conocida como el caso “Schmidt”, había discutido el mismo tema objeto de consulta. Dentro de ese procedimiento el Estado no fue llevado ante la Corte porque la Comisión consideró que el ordenamiento interno de Costa Rica no violaba el artículo 13 CADH.

Para la Corte, esa solicitud de consulta era admisible porque no desvirtuaba el procedimiento contencioso. Los argumentos principales de la Corte fueron, en primer lugar, que la petición individual había sido puesta bajo su conocimiento y, por otra parte, que el Estado no derivaba ninguna ventaja legal de la resolución de la consulta⁷. Además, la Corte asumió que la actitud del Estado era loable ya que, a pesar de haber tenido la razón en el caso concreto, decidió someterlo al procedimiento consultivo de la Corte, y de esa forma completó todos los mecanismos de protección de los derechos humanos establecidos por la Convención⁸.

Sin embargo, esta decisión de la Corte es muy polémica. A pesar de que en la Opinión Consultiva 5 la Corte ratificó los criterios que la Comisión había aplicado para decidir la petición individual del caso “Schmidt”, no se pueden descartar las consecuencias de una opinión consultiva que contraríe la decisión de la Comisión. Además de ser una hipótesis no regulada, crearía una colisión que implicaría intervenciones inadecuadas e inconvenientes de la Corte en las decisiones de la Comisión.

En la Opinión Consultiva 12 de 1991 se produjo el primer caso en el que la Corte Interamericana aplicó una regla de abstención parcial de opinión por interferencia en el procedimiento contencioso. Costa Rica consultó a la Corte sobre una reforma constitucional que proyectaba realizar, con el fin de establecer la garantía judicial de “recurrir los fallos ante un juez o tribunal superior” (segunda instancia) dispuesta en el artículo 8.º CADH. La Comisión informó a la Corte que bajo su conocimiento se encontraban nueve casos en los que se acusaba a Costa Rica por violación del

7. CORTE INTERAMERICANA, 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 n.º 5, párr. 23.

8. *Ibíd.*, párr. 26.

artículo 8.º CADH⁹. Los procedimientos estaban suspendidos porque el Estado había solicitado un plazo para realizar la referida reforma constitucional.

De acuerdo con el criterio de la Corte, aunque la opinión consultiva podría ayudar al Estado de Costa Rica a adecuar sus normas internas a la disposición del artículo 8.º CADH¹⁰, una respuesta a las preguntas que el Estado había formulado constituiría una solución encubierta a un asunto litigioso, que aún no se había sometido al conocimiento de la Corte. Además, desconocería los derechos de las víctimas de los casos que se tramitaban ante la Comisión y desvirtuaría el procedimiento contencioso¹¹. Por esas razones, la Corte decidió no responder la consulta formulada por el Estado de Costa Rica.

Las dos reglas mencionadas fueron moderadas por la Corte en la Opinión Consultiva 13 de 1993. Allí los Estados de Argentina y Uruguay consultaron a la Corte sobre las atribuciones de la Comisión, especialmente, sobre algunos criterios que la Comisión había aplicado en procesos anteriores y a otros que aún estaban pendientes de una decisión de la propia Comisión.

La Corte decidió que la consulta era admisible porque el hecho de que se trajeran al procedimiento consultivo casos que ya habían sido decididos por la Comisión era una evidencia de que la opinión consultiva prestaría alguna utilidad para la protección de los derechos humanos, tendría una aplicación concreta y no constituiría una simple especulación académica¹². Para la Corte, la existencia de

9. CORTE INTERAMERICANA, Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A n.º 12, párr. 24.

10. *Ibíd.*, párr. 29.

11. *Ibíd.*, párr. 28.

12. CORTE INTERAMERICANA, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A n.º 13, párr. 17.

casos pendientes de decisión ante la Comisión no impide que aquella se pronuncie por medio de una opinión consultiva respecto de la materia que allí se discute, siempre y cuando compruebe previamente que no se desvirtúa o afecta el procedimiento contencioso¹³.

La conclusión hasta ahora es que la Corte puede emitir opiniones consultivas sobre materias que están pendientes de decisión en la Comisión, siempre y cuando la opinión consultiva no interfiera en la decisión de los casos que se encuentran ante la Comisión. Este criterio es de difícil aceptación, pues es previsible que los criterios que la Corte establezca en su opinión consultiva influyen en el trabajo de la Comisión y serán utilizados por los Estados o peticionarios para defender sus propias causas.

La última oportunidad en la que la Corte se refirió a este punto fue en la Opinión Consultiva 16 de 1999. En esa ocasión, el Estado de México consultó a la Corte sobre la interpretación y aplicación, en los Estados americanos, de la asistencia consular a los inmigrantes, establecida en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Durante el trámite, la Comisión informó que estaba pendiente de decisión el caso “Santana”, que involucraba un supuesto incumplimiento de la garantía mencionada. Además, se pusieron de presente algunos casos que se tramitaban ante la Corte Internacional de Justicia contra Estados americanos por la misma materia.

Para la Corte Interamericana, el pronunciamiento hecho en la opinión consultiva sobre el artículo 36 de la Convención de Viena no puede ser considerado como una referencia a los hechos denunciados en el caso pendiente de decisión en la Comisión Interamericana¹⁴. Además, la Corte

13. *Ibíd.*, párr. 19.

14. CORTE INTERAMERICANA, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1.º de octubre de 1999. Serie A n.º 16, párr. 52.

Interamericana aclaró que los casos ante la Corte Internacional de Justicia no afectaban o limitaban su competencia consultiva¹⁵. Por esas razones la Corte Interamericana admitió y resolvió la consulta.

Respecto de la primera parte, se reitera el error de la Corte Interamericana. Aunque es cierto que en la opinión consultiva no se tienen en cuenta los aspectos fácticos concretos de los casos que están pendientes de decisión en la Comisión, no es cierto que la opinión consultiva y la interpretación de la Corte no afecten o interfieran en esos procedimientos. Es plausible pensar que tanto el Estado como el peticionario utilizarán y pretenderán hacer valer el criterio de la Corte ante la Comisión.

Respecto de las relaciones entre las solicitudes de opinión que se tramitan ante la Corte Interamericana y los casos contenciosos ante la Corte Internacional de Justicia no hay razones para alejarse del criterio de la Corte Interamericana. Debe mantenerse la regla de acuerdo con la cual se limita la función consultiva cuando se encuentran pendientes de decisión casos ante la Corte Internacional.

III. CONSULTAS QUE ENCUBREN UN CASO CONTENCIOSO

Lo primero que se debe advertir es que la Corte Interamericana no se ha enfrentado a una solicitud de opinión consultiva que encubra un caso contencioso. Sin embargo, se aborda este punto porque la afirmación de algunos Estados sobre esa posibilidad llevó a que la Corte fijara las reglas con las cuales debe proceder ante esa eventualidad.

En la Opinión Consultiva 14 de 1994, la Comisión consultó a la Corte sobre la responsabilidad de los Estados por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la

15. *Ibíd.*, párr. 61.

Convención. Para ilustrar la solicitud, la Comisión hizo referencia a unas disposiciones de la Constitución Política del Perú de 1979. Esta situación obligó a la Corte a fijar las razones por las cuales una opinión consultiva, en este caso, no constituiría, al mismo tiempo, una declaración de responsabilidad internacional del Estado peruano por su legislación interna.

Para la Corte les claro que los casos contenciosos no se pueden presentar por medio de solicitudes de opinión consultiva y que toda consideración o hecho que genere la consulta escapa a esta competencia de la Corte¹⁶. De manera consecuente con este criterio, la Corte estableció que la Comisión no podía pretender que la Corte Interamericana declarara que la Constitución peruana representaba una violación de la Convención, ni intentar que la Corte así lo resolviera en una opinión consultiva. Para esos propósitos, la Comisión debió usar el procedimiento contencioso¹⁷. Por esa razón, la Corte aceptó la referencia a la Constitución de Perú como una simple consideración hecha por la Comisión para ilustrar su solicitud.

En la Opinión Consultiva 15 de 1997, sobre los informes de la Comisión Interamericana, la Corte fijó una regla adicional para las solicitudes que podrían encubrir un caso contencioso. La Corte señaló que ella misma debe ser especialmente cuidadosa para evitar que la respuesta a una de las preguntas formuladas en la solicitud de opinión consultiva resulte en una solución encubierta a un caso contencioso¹⁸. También ordenó que en la decisión de ad-

16. CORTE INTERAMERICANA, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A n.º 14, párr. 27.

17. *Ibíd.*, párr. 28.

18. CORTE INTERAMERICANA, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A n.º 15, párr. 37.

misibilidad de las consultas se pondere entre la protección de los derechos humanos y la seguridad jurídica, que son dos de los valores que sustentan la confianza en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos¹⁹.

IV. CONSULTAS QUE REQUIEREN
INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN
AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
O DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS
Y COMPATIBILIDAD DE DERECHO INTERNO

Una hipótesis no regulada por la Convención Americana ni por el Reglamento de la Corte Interamericana se produce cuando un Estado incluye, en una misma consulta, una solicitud de interpretación de la Convención o de un tratado de derechos humanos junto al examen de compatibilidad de normas internas. Esto sucedió en la Opinión Consultiva 5 de 1985, en la que el Estado de Costa Rica le solicitó a la Corte una interpretación de los artículos 13 y 29 CADH, pero en relación con una disposición interna (Ley 4420 del 22 de septiembre de 1969)²⁰.

Ante una petición de consulta que combina las posibilidades establecidas en el artículo 64.1 y 64.2 CADH, las cuales, como se vio en el capítulo precedente, difieren totalmente en sus procedimientos porque la primera interesa y permite la intervención de todos los Estados y órganos del Sistema Interamericano, al paso que la segunda interesa principalmente y permite la intervención exclusiva del

19. *Ibíd.*, párr. 39.

20. Las dos preguntas formuladas por el Estado de Costa Rica fueron las siguientes: ¿está permitida o comprendida la colegiatura obligatoria del periodista y del reportero entre las restricciones o limitaciones que autorizan los artículos 13 y 29 CADH?, y ¿existe o no compatibilidad, pugna o incongruencia entre aquellas normas internas y los artículos citados de la Convención?

Estado consultante, la solución de la Corte es separar los procedimientos²¹.

La separación de los procedimientos implica que la Corte profiere una sola opinión consultiva en la que responde a los cuestionamientos formulados tanto de interpretación de la Convención como de compatibilidad de derecho interno. No obstante, en el primer caso realiza audiencias en las que permite la participación de otros Estados y de órganos interesados en el objeto de la consulta que hagan parte del Sistema Interamericano²², mientras que en el segundo caso admite la intervención exclusiva de organismos internos y representantes del Estado consultante²³.

Esta solución es sin duda muy útil, en la medida en que la Corte Interamericana mantiene su competencia sobre la consulta y la responde en procedimientos separados pero no excluyentes; lo que permite que haya un menor desgaste en su propio trabajo y que al mismo tiempo se garantice el derecho del Estado a que otros agentes no intervengan en sus asuntos internos.

En muchos casos este tipo de consultas refleja una realidad: los Estados consultan a la Corte para determinar actuaciones del orden interno, pero lo hacen en virtud de lo establecido en el artículo 64.1 CADH, ante la ausencia de normas internas para proponer el examen de compatibilidad del artículo 64.2 o para evitar un pronunciamiento directo de la Corte sobre sus normas internas.

21. CORTE INTERAMERICANA, 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 n.º 5, párr. 6.

22. En este caso se admitió la intervención de la Comisión Interamericana.

23. En audiencia separada se permitió la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, del Colegio de Periodistas de Costa Rica y de la Sociedad Interamericana de Prensa.

V. POSIBILIDAD DE REFORMULAR O CAMBIAR
LAS PREGUNTAS HECHAS POR EL ESTADO
U ÓRGANO CONSULTANTE

A pesar de que los Estados u órganos que consultan a la Corte Interamericana, con el fin de que este tribunal emita una opinión consultiva, tienen la carga de claridad en la formulación de los interrogantes, en muchas ocasiones este requisito no se cumple. Esta situación condujo a que la Corte declarara que dentro de su competencia consultiva está la posibilidad de reformular las preguntas planteadas en las solicitudes de consulta.

En la Opinión Consultiva 7 de 1986, la Corte estableció que dentro de la competencia otorgada por el artículo 64 CADH y de acuerdo con la redacción de la solicitud de consulta, la Corte puede precisar, esclarecer o incluso reformular las preguntas que le sean planteadas, con el fin de tener claridad en el punto de partida respecto de aquello por lo que se le está preguntando²⁴.

En este caso, el Estado de Costa Rica consultó a la Corte sobre la interpretación de las obligaciones que derivan del derecho de rectificación y respuesta establecido el artículo 14 CADH y la aplicación de ese derecho en el ámbito interno del Estado de Costa Rica. La Corte reformuló la pregunta con el argumento de que la consulta implicaba dos objetos diferentes, de los cuales solo tenía competencia para pronunciarse sobre el primero, declarándose incompetente para emitir una opinión consultiva respecto del segundo²⁵.

En la Opinión Consultiva 16 de 1999, en la que el Estado de México consultó a la Corte sobre el derecho de asistencia consular establecido en el artículo 36 de la

24. CORTE INTERAMERICANA, 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 n.º 7, párr. 12.

25. *Ibíd.*, párr. 14.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte ejerció nuevamente esta facultad, si bien en esa ocasión no se limitó a reformular los interrogantes planteados por el Estado consultante, sino que agregó unos supuestos de hecho para proceder a responder la consulta.

Ante los argumentos sostenidos por algunos Estados sobre la incompetencia de la Corte para resolver una consulta que comprendía la interpretación de un tratado internacional, cuyo objeto no era la protección de derechos humanos, y por considerar que algunos de los Estados que podrían ser afectados con la opinión consultiva no eran parte de la Convención o no habían ratificado la competencia de la Corte²⁶, esta dispuso que “la presente opinión consultiva tendrá como presupuestos fácticos que tanto el Estado que envía como el Estado receptor son miembros de la OEA, han suscrito la Declaración Americana, han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y son partes en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, independientemente de haber o no ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos”²⁷.

Aunque la facultad de reformular las consultas parece favorecer a los Estados y órganos consultantes porque la Corte subsana la falta de claridad de sus preguntas y facilita que se profiera la opinión consultiva, también genera muchas dudas la forma como ella la ha ejercido, en la medida en que algunas veces esta facultad puede conducir a que un cambio de la pregunta se convierta, en realidad,

26. Este fue el argumento sostenido por Estados Unidos para evitar el pronunciamiento en este caso de la Corte. Cfr. CORTE INTERAMERICANA, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1.º de octubre de 1999. Serie A n.º 16. Audiencia de 12 de junio de 1998 y texto de observaciones finales escritas presentado en inglés por los Estados Unidos de América.

27. CORTE INTERAMERICANA, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1.º de octubre de 1999. Serie A n.º 16, párr. 42.

en un cambio en el fondo del objeto de la consulta. Esto conduce a emitir una opinión consultiva que no satisface los intereses o fines del Estado u órganos consultantes, a que se pierda todo el procedimiento realizado, y a que seguramente el Estado u órgano desista definitivamente de un pronunciamiento de la Corte sobre esos aspectos.

Lo mejor será que los Estados y órganos procuren la redacción más clara posible de sus consultas, con la inclusión del ámbito dentro del cual requieren la interpretación de la Corte, los fines que buscan con la opinión consultiva, y algunos ejemplos o ilustraciones que aclaren a la Corte el objeto real consultado.

VI. CONSULTAS QUE CARECEN DE CONTEXTO

Las consultas que se formulan a la Corte Interamericana deben estar referidas a un contexto particular y deben demostrar que la solicitud de opinión consultiva presta un servicio real al cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Por esa razón, los Estados u órganos consultantes tienen la carga de probar que no media una simple especulación académica en la consulta y que la interpretación de la Corte puede tener una aplicación a situaciones concretas²⁸. Cuando una consulta carece de ese contexto y de esa demostración, la Corte puede abstenerse de responderla.

En la Opinión Consultiva 9 de 1987, la Corte fue consultada por el Estado de Uruguay sobre la prohibición de suspensión de las garantías judiciales indispensables para

28. CORTE INTERAMERICANA, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A n.º 1, párr. 30 y El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A n.º 8, párr. 10.

la protección de los derechos establecidos en el artículo 27 CADH. El Estado pretendía la interpretación concreta de la expresión “garantías judiciales indispensables” y sugirió a la Corte que decidiera que esa determinación correspondía al ámbito interno y constitucional de cada Estado²⁹.

La Corte consideró que la forma como planteó la consulta y los argumentos presentados por el Estado consultante indicaban que ella no estaba referida a ningún contexto en particular³⁰. Aunque en ese caso, como se dijo, la Corte debía seguir su propia doctrina y abstenerse de resolver la consulta, finalmente adoptó la decisión de responderla y justificó esa determinación con los siguientes tres argumentos.

El primero de los argumentos para responder esa consulta descontextualizada fue que los estados de excepción o de emergencia eran escenarios históricamente usados por los Estados para cometer violaciones graves a los derechos humanos. El segundo argumento se basó en que las garantías judiciales bajo estados de excepción era un tema de la mayor importancia para todos los Estados de América; y, finalmente, la Corte consideró que responder la consulta prestaba una utilidad concreta dentro de una realidad en la que se violan constantemente los derechos protegidos por la Convención³¹.

No cabe duda de que los argumentos de la Corte para admitir esta consulta fueron acertados. Sin embargo, un coitejo de los requisitos para admitir las solicitudes, la consulta formulada en este caso y las consideraciones de la Corte pone en evidencia algunas contradicciones. En efecto, en este caso

29. CORTE INTERAMERICANA, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9, párr. 10.

30. *Ibíd.*, párr. 16.

31. CORTE INTERAMERICANA, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9, párr. 17.

el Estado no demostró ninguno de los requisitos para dar contexto a la consulta y aun así la Corte la admitió y resolvió.

Este proceder de la Corte genera inseguridad para los Estados y órganos que la quieran consultar, especialmente en los casos en los que la Corte inadmita o no responda solicitudes de opinión consultiva, por considerar que la consulta no está referida a un contexto en particular. Además, se podrían generar decisiones contradictorias respecto de la admisibilidad de una consulta sin contexto, toda vez que la práctica de la Corte (en este caso) indicaría que aunque un Estado u órgano no haya demostrado el contexto de su consulta, la Corte debe procurar entenderlo o deducirlo de su propio texto y de las circunstancias de los Estados que pertenecen al Sistema Interamericano. Omitir ese procedimiento de verificación en cualquier caso resultaría inicuo respecto de la forma como se procedió en la Opinión Consultiva 9 de 1987, ya que allí la Corte hizo un esfuerzo interpretativo para deducir un contexto ante la omisión del Estado de incluirlo en la solicitud.

VII. CONSULTAS QUE SE REFIEREN A HECHOS O PRÁCTICAS DE LOS ESTADOS Y EN LAS QUE ÓRGANOS CONSULTAN LA COMPATIBILIDAD DE MEDIDAS INTERNAS

En esta parte se analizará la tensión que existe entre dos elementos de la función consultiva de la Corte Interamericana. El primero de ellos indica que toda solicitud de opinión consultiva que se formule a la Corte debe estar acompañada del señalamiento de las consideraciones que generan la consulta. El segundo elemento es el límite que existe entre la función consultiva y la función contenciosa de la Corte, de acuerdo con el cual, en ejercicio de la primera, la Corte no estudia ningún elemento fáctico, se limita a hacer consideraciones jurídicas sobre la interpretación de un tratado de derechos humanos, de la Convención

Americana o de una norma interna, y prescinde de todo análisis sobre los cargos que se hacen contra un Estado o de las pruebas que se presenten.

La tensión surge cuando el Estado u órgano consultante incluye, a modo de consideraciones ilustrativas de la consulta, medidas o prácticas internas de uno o varios Estados. Se presentan aquí dos problemas de competencia. El primero porque, como ya se señaló, la función consultiva no tiene por objeto el estudio de hechos o prácticas sino de disposiciones jurídicas, y el segundo porque la legitimidad para solicitar que la Corte estudie medidas internas la tienen solo los Estados y de ninguna manera los órganos del Sistema Interamericano.

Esta situación se presentó en dos opiniones consultivas. En la Opinión Consultiva 11 de 1990, la Comisión solicitó a la Corte que se pronunciara sobre las excepciones al agotamiento de los recursos internos para acudir en un caso contencioso al Sistema Interamericano. Las preguntas que la Comisión formuló a la Corte se referían a la aplicación de la exigencia de agotar los recursos internos a los indigentes, personas de escasos recursos y a aquellos que por temor generalizado no han podido contar con la asistencia jurídica de un abogado. Para ilustrar su solicitud de consulta, la Comisión hizo referencia a quejas y peticiones individuales que había recibido, en las que los reclamantes tenían la condición de indigentes o de quienes por la existencia de un ambiente de temor en sus Estados no habían podido acceder a la defensa técnica y a los recursos judiciales³².

El segundo caso en que se presentó esta tensión fue en la Opinión Consultiva 17 de 2002. En esta ocasión, la Comisión consultó a la Corte sobre la condición jurídica y los derechos humanos de los niños. En la parte motiva

32. CORTE INTERAMERICANA, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A n.º 11, párr. 3.

de la consulta, la Comisión expresó que esta se justificaba por la existencia de *prácticas y legislaciones en los países americanos* que negaban los derechos a las garantías y los recursos judiciales de los niños³³. Además, la Comisión solicitó a la Corte que se pronunciara respecto de la compatibilidad de ciertas medidas internas de los Estados con los artículos 8.º y 25 CADH³⁴.

Como se ve, en la Opinión Consultiva 11 de 1990 la Comisión incluyó en la consulta una solicitud para que la Corte se pronunciara respecto de unas prácticas internas de unos Estados, y al propio tiempo la misma Comisión solicitó a la Corte que realizara un examen de compatibilidad de medidas internas con dos artículos de la Convención. En ambos casos la Corte debió declarar inadmisibles esas partes de cada consulta o abstenerse de absolverlas en esos puntos. En el primero por exceso de su competencia consultiva, y en el segundo por ausencia de legitimidad de la Comisión para solicitar una opinión consultiva en los términos del artículo 64.2 CADH.

Sin embargo, en ninguno de los dos casos la Corte siguió esta línea argumentativa. En el primero, de 1990, la Corte no encontró razones para ejercer sus facultades discrecionales y negarse a emitir la opinión consultiva a pesar de lo expuesto anteriormente, bajo la simple consideración de que la Comisión “tiene un amplio y legítimo interés en consultar a la Corte en materias que atañen [a] la promoción u observancia de los derechos humanos en el sistema interamericano”³⁵.

33. CORTE INTERAMERICANA, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17, párr. 2.

34. *Ibíd.*, párr. 4.

35. CORTE INTERAMERICANA, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A n.º 11, párr. 11.

En el segundo caso, del año 2002, la Corte admitió y resolvió la consulta siguiendo un camino de errores e inconsistencias manifiestas. En primer lugar, declaró que se encontraba ante una consulta formulada de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 64.1 y no por el artículo 64.2 CADH³⁶. A nuestro juicio, al menos si no se trataba de una consulta exclusivamente formulada en virtud del artículo 64.2, la Corte debió reconocer que se incluían aspectos regulados por los dos numerales del artículo 64 CADH.

El segundo paso de la Corte fue disponer que las prácticas consultadas por la Comisión, para que estudiara su compatibilidad con la Convención, eran hipotéticas y que sobre estas la Corte podía formular criterios generales válidos sin afectar su competencia consultiva³⁷. En nuestro criterio, no es posible aceptar la consideración de la Corte que afirma que las prácticas enunciadas por la CIDH tenían carácter hipotético porque la misma consulta manifiesta que se están dando materialmente en los Estados americanos. Incluso si se acepta la tesis de la Corte, se debe encontrar inevitablemente en ella que la propia Corte confiesa su error; en efecto, el hecho de que sean prácticas hipotéticas no excusa a la Corte de negar su competencia para conocer por vía consultiva de hechos, y mucho menos de negar la legitimidad de la Comisión para consultar la compatibilidad de las prácticas reales o hipotéticas o legislación interna de un Estado con la Convención.

Finalmente, la Corte apeló al argumento de que el contexto de una solicitud de consulta puede estar determinado por algunos ejemplos –que en este caso son la legislación y las prácticas de los Estados–, y de que la Corte podía emitir válidamente una opinión consultiva sin que ello implicara un pronunciamiento sobre las situaciones planteadas en dichos ejemplos³⁸.

36. CORTE INTERAMERICANA, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17, párr. 16.

37. *Ibíd.*, párr. 18.

38. *Ibíd.*, párr. 35.

De nuevo, pensamos que en los dos casos las opiniones consultivas constituyen un gran avance en la protección de los derechos humanos en los países que hacen parte del Sistema Interamericano. A nadie escapa la importancia de proteger a los indigentes y personas atemorizadas en contextos de violencia, para que accedan al Sistema Interamericano, y mucho menos la importancia de los derechos de los niños, bien aclarados y expuestos por la Corte en las opiniones consultivas 17 y 21 de 2002 y 2014 respectivamente. Sin embargo, no puede admitirse que la Corte, titular de la más amplia competencia consultiva conocida en el derecho internacional, la extienda a hipótesis que escapan totalmente de lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos.

VIII. DESISTIMIENTO DE LA CONSULTA POR PARTE DEL ESTADO U ÓRGANO CONSULTANTE

En ninguna disposición de la Convención Americana está regulado el desistimiento de la consulta por parte de un Estado u órgano. En la Opinión Consultiva 15 de 1997 el Estado de Chile consultó a la Corte Interamericana sobre la interpretación de los artículos 50 y 51 CADH sobre los informes de la Comisión en el procedimiento contencioso. Avanzado el procedimiento, el Estado informó a la Comisión que iba a retirar la solicitud de consulta que había formulado a la Corte. Ante esta situación, la Comisión solicitó a la Corte la suspensión del procedimiento para esperar que el Estado concretara el retiro de la solicitud³⁹.

El Estado de Chile, mediante un escrito, retiró la solicitud de opinión consultiva y además informó a la Corte

39. CORTE INTERAMERICANA, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A n.º 15, párr. 11.

que lo hacía ya que, a pesar de la importancia de la solicitud, quería evitar desvirtuar el procedimiento contencioso porque la consulta intervendría en un punto de diferendo entre el Estado y la Comisión en el caso “Martorell”⁴⁰. Adicionalmente, el Estado consideró que no tenía diferencias respecto de otros puntos del objeto de la consulta con la Comisión y ratificó el desistimiento⁴¹.

Hasta ese momento no solo obraba el retiro de consulta hecho por el Estado, sino la advertencia de que la opinión consultiva, en ese caso, podía interferir en el procedimiento contencioso y la notificación de la Comisión sobre un caso tramitado a su instancia, que contenía puntos sobre los cuales versaba también el objeto de la consulta. Además, durante las intervenciones de los Estados, estos manifestaron que la Corte no podía ejercer de oficio o *motu proprio* su competencia consultiva, y que por esa razón debía abstenerse de resolver este caso consultivo⁴².

Ante estas razones, todas indicativas de que la Corte no debía responder la consulta, esta resolvió continuar con el ejercicio de su función consultiva y rechazar cualquier efecto vinculante del desistimiento⁴³. La Corte respaldó esta decisión en tres argumentos: 1) para ella, se debía entender que, de acuerdo con el carácter multilateral y no contencioso de la función consultiva, no solo los Estados u órganos consultantes tenían interés legítimo en la opinión consultiva, sino todos los integrantes del Sistema Interamericano; 2) para la Corte, en ese caso debía aplicarse una norma compatible del procedimiento contencioso, que establece que aunque la parte demandante desista del procedimiento, la Corte puede

40. *Ibíd.*, párr. 13.

41. *Ibíd.*, párr. 14.

42. Cfr. Escrito de observaciones escritas del Estado de Costa Rica del 17 de marzo de 1997. CORTE INTERAMERICANA. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A n.º 15, párr. 12.

43. *Ibíd.*, párr. 16.

continuarlo hasta el punto de tomar decisiones vinculantes para el Estado; 3) finalmente, la Corte entendió que su función de protección de los derechos humanos la facultaba para retener el conocimiento de una opinión consultiva, incluso cuando el consultante había desistido⁴⁴.

Si bien es cierto que la Corte Interamericana es la única instancia llamada a definir su propia competencia en un asunto consultivo, esto no quiere decir que lo pueda hacer en contra de sus propias reglas. En efecto, la Corte tiene razón en cuanto a los argumentos que usa para justificar la retención de la competencia ante el desistimiento del consultante; sin embargo, debe recordarse que uno de los eventos que la misma Corte estableció como causal para inadmitir una consulta se produce cuando con esta se desvirtúe o interfiera en el procedimiento contencioso. Esta situación sí debió haber conducido a la Corte a abstenerse de emitir la opinión consultiva solicitada.

La decisión de la Corte en este caso fue tan polémica que dos jueces hicieron uso de los votos razonados para manifestar su rechazo y apoyo a la determinación, respectivamente. El primero de ellos fue el juez MÁXIMO PACHECO GÓMEZ, quien en su voto disidente manifestó que “la Corte debería acceder al retiro solicitado, sin que le fuese permitido continuar de oficio el procedimiento consultivo por cuanto ella no tiene el derecho de emitir opiniones consultivas de propia iniciativa sino que esta facultad corresponde solamente a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos o a los órganos enumerados en el capítulo x de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 64.1 de la Convención”⁴⁵.

Por su parte, el juez ANTONIO CANÇADO TRINDADE dedicó todo su voto a defender la decisión de la Corte de mantener su competencia, como un hecho que constituía un avance en

44. *Ibíd.*, párrs. 26 y 27.

45. *Ibíd.*, párr. 2 (voto disidente del juez MÁXIMO PACHECO GÓMEZ).

la función consultiva y que tendría consecuencias positivas para el fortalecimiento de esta. Para el juez CANÇADO, todo tribunal internacional tiene el poder inherente de definir su propia competencia, la competencia consultiva prevalece sobre el retiro de la consulta, y la Corte solo debe abstenerse de responder una consulta cuando se encuentre frente a las causales que ella misma ha establecido, las cuales se resumen en que esta exceda su competencia consultiva, lo que a su juicio no se dio en este caso⁴⁶.

Finalmente, creemos que este es un asunto sobre el que vale la pena reflexionar. Pueden existir razones que justifiquen que un Estado desista de la solicitud de consulta y que hagan legítimo pensar que sería mejor que, en cada caso, la Corte Interamericana estudiara el desistimiento y diera la posibilidad al Estado de presentar las razones que lo llevan a asumir esa posición, antes de decidir la retención automática de la competencia.

IX. CONSULTAS QUE SE HACEN MEDIANTE LA FORMULACIÓN DE PREGUNTAS INDETERMINADAS

En las solicitudes de consulta en las cuales no solo no hay claridad sobre el objeto o materia consultada, sino que resulta imposible determinar el ámbito de esta porque no están los elementos necesarios para hacerlo, la Corte Interamericana no puede proceder a corregir o precisar las preguntas, sino que debe requerir al Estado u órgano que consulta para que subsane la solicitud. Si el Estado no responde al requerimiento o lo responde de manera tal que se mantiene la indeterminación, surge un evento no regulado por la Convención Americana ni por el Reglamento de la Corte.

En la Opinión Consultiva 19 de 2005 el Estado de Venezuela consultó a la Corte sobre la existencia de un control

46. *Ibíd.*, párrs. 1 a 41 (voto concurrente del juez ANTONIO CANÇADO TRINDADE).

de legalidad de las actuaciones de la Comisión Interamericana y el órgano competente para realizar ese control. Ante la indeterminación de la consulta, la Corte requirió al Estado para que subsanara la solicitud y este contestó de manera que la ambigüedad de las preguntas se mantuvo⁴⁷. Esta consulta presentaba dos dificultades: la primera consistía en determinar el tratado o la disposición que la Corte debía interpretar, pues no había ninguna norma a la que se refiriera la consulta, y una vez precisada, decidir si esa norma o conjunto de normas establecía un control de legalidad de las funciones de la Comisión y si las asignaba a algún órgano en particular.

Esas dos dificultades eran suficientes para que la Corte decretara la inadmisión de la consulta o se abstuviera de resolverla por una razón básica: ausencia en la materia consultada. Sin embargo, la Corte, en una de sus decisiones más cuestionadas, estableció que aunque la consulta no se refería a una norma específica, debía ser admitida y resuelta porque “atañe a un órgano del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, como es la Comisión Interamericana, y en que servirá para ilustrar sobre el alcance de las funciones atribuidas a ésta por la Convención Americana relativas a la promoción y defensa de los derechos humanos”⁴⁸.

47. La consulta inicial del Estado fue “si existe un órgano dentro [del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos] que disponga de las competencias necesarias para ejercer el control de la legalidad de las actuaciones de la Comisión [...], ante el cual puedan recurrir los Estados partes de la Convención [...], en defensa de la legalidad. En caso de que existiere tal órgano, el [Estado] desearía conocer cuál es dicho órgano y cuáles [son] sus atribuciones”. La consulta luego del requerimiento fue: “1. ¿Existe o no, un órgano dentro del [s]istema [i]nteramericano de [d]erechos [h]umanos que disponga de las competencias necesarias para ejercer el control de la legalidad de las actuaciones de la Comisión [...], ante el cual puedan recurrir los Estados parte[s] de la Convención [...], en defensa de la legalidad? 2. En caso de que existiere tal órgano, [Venezuela] desearía conocer ¿[c]uál es dicho órgano y cuáles [son] sus atribuciones?”.

48. CORTE INTERAMERICANA, Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Es oportuno recordar que la facultad interpretativa de la Corte recae siempre sobre disposiciones jurídicas, bien sea que hagan parte de un tratado de derechos humanos, de la Convención o de una ley interna de un Estado. La competencia consultiva no recae sobre materias, temas u órganos, ni es tan amplia como la de la Corte Internacional de Justicia, que permite que la consulten sobre cualquier “cuestión jurídica”⁴⁹. Si en este caso el Estado no señaló las disposiciones sobre las que solicitaba una interpretación, la Corte Interamericana excedió su competencia al responder la consulta mediante la Opinión Consultiva 19 de 2005.

Aunque la citada opinión consultiva es muy importante y contribuyó al fortalecimiento de las funciones y la autonomía de la Comisión Interamericana, no debe pasarse por alto el vicio que la acompaña, que no se subsana con la utilidad e importancia de la Opinión y, aún más, que no debe repetirse, para evitar que la Corte convierta la función consultiva en una competencia ilimitada para pronunciarse sobre cualquier tema que tenga alguna relación con el Sistema Interamericano.

X. CONSULTAS QUE INCLUYEN ASPECTOS SOBRE LOS CUALES LA CORTE INTERAMERICANA ES COM- PETENTE Y ASPECTOS SOBRE LOS QUE NO LO ES

No existe una disposición que regule el procedimiento que se ha de seguir cuando la Corte Interamericana recibe una solicitud de consulta que involucra aspectos que se encuentran dentro de su competencia consultiva y aspectos que no lo están. Sin embargo, la Corte tuvo que enfrentarse ante esa situación en la ya mencionada Opinión Consultiva

(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 n.º 19, párr. 20.

49. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 65.

7 de 1986, solicitada por el Estado de Costa Rica sobre el artículo 14 CADH, que establece el derecho de rectificación y respuesta y la forma como se debe aplicar en el ámbito interno de un Estado.

De acuerdo con la Corte, la primera pregunta de esa consulta debía ser reformulada para proceder a responderla, pero la segunda no solo no podía ser reformulada sino que escapaba a la competencia consultiva de la Corte, pues responderla implicaría que, sin disposiciones internas aprobadas, la Corte se involucrara en los asuntos propios de Costa Rica y en los debates políticos internos de ese Estado. Lo relativo a la reformulación de las preguntas ya lo hemos comentado antes, por eso ahora nos corresponde analizar el proceder de la Corte ante la incompetencia respecto de la segunda pregunta.

Para la Corte, la solución a estos casos se rige por las siguientes reglas: 1) cuando una consulta incluya cuestiones que se encuentran dentro de la competencia consultiva de la Corte y cuestiones que no lo están, la Corte debe responderla, siempre y cuando cada una de las partes de la consulta sea separable de la otra; 2) cuando responder a una de las partes de la solicitud implica también responder a la otra, es decir, cuando son inseparables los elementos de la consulta, la Corte debe abstenerse de emitir su opinión consultiva; y, 3) siempre que se presenten estos casos y aunque los asuntos sean separables, la Corte puede abstenerse de emitir la opinión consultiva si encuentra razones suficientes para proceder de esa forma⁵⁰.

Estos criterios son muy generales, su interpretación queda librada a la Corte y no permiten que los Estados sepan previamente lo que sucederá con la solicitud de consulta. Además, no hay unas pautas claras para saber si un asunto es separable o no, ni se dan criterios para determinar las razones de la incompetencia de la Corte.

50. CORTE INTERAMERICANA, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 CADH). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A n.º 7, párr. 12.

Lo que finalmente se observa de este proceder de la Corte es que la tercera regla abre el espacio para que sea la Corte la que decida en todos los casos –de manera discrecional– si admite o no una consulta de este tipo, y si emite una opinión consultiva o se abstiene de hacerlo.

Quizás esta última puede ser la conclusión general de este segundo capítulo. La Corte se ha visto enfrentada a procedimientos de opiniones consultivas frente a los cuales podríamos hablar de lagunas respecto de la forma como debía proceder. Aunque el tribunal trató de formular criterios o reglas para reconducir el procedimiento, en cada uno de los casos que se han analizado en esta parte, finalmente se encuentra el argumento de que la Corte es la “maestra” de su competencia, con reglas que abren el espacio a la discrecionalidad, con la permanencia de ámbitos de indeterminación que crean inseguridad para los Estados, para los órganos de la OEA y que fisuran el procedimiento consultivo.

Lo ideal es que la Corte Interamericana mantenga sus criterios, concrete nuevas reglas para los casos en que ha optado por la discrecionalidad, y que en el futuro se incorporen algunas de estas fórmulas en las reformas al Reglamento de la Corte.

CAPÍTULO TERCERO

LAS FISURAS DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Después de analizar en el primer capítulo el marco normativo de la función consultiva de la Corte Interamericana, y de sistematizar, en el segundo, la forma como la Corte se pronunció frente a las lagunas normativas del funcionamiento de su competencia consultiva, es posible demostrar, en este tercer capítulo, la existencia de una distancia entre la forma como fue concebida la función consultiva y la forma como la Corte la ha construido y ejercido a través de las veintiuna opiniones proferidas hasta la fecha.

Esa distancia entre la regulación normativa de la función consultiva y las manifestaciones que sobre ella ha hecho la Corte genera lo que puede denominarse las fisuras de la competencia consultiva. Entendemos por *fisuras* las deficiencias que surgen del pronunciamiento de la Corte Interamericana ante las lagunas de la Convención y de su propio reglamento, respecto de la función consultiva. Estas fisuras debilitan la eficacia de las opiniones consultivas, desestimulan la utilización del procedimiento consultivo por parte de los Estados y órganos de la OEA, impiden que la jurisprudencia consultiva de la Corte sea un referente en el derecho internacional y obstaculizan la implementación, en el ámbito interno de los Estados, de los criterios formulados por la Corte en los procedimientos consultivos.

Los dos temas a los que se hará referencia como fisuras principales serán la no definición de los efectos de las opiniones consultivas y la ampliación de la competencia consultiva de la Corte. En segundo lugar, se mostrarán las consecuencias de esas dos fisuras en la forma como la función consultiva de la Corte es utilizada en el derecho internacional, especialmente por el mismo Sistema Interamericano, y en tercer lugar se abordará el tema de la implementación de las opiniones consultivas en el derecho interno.

I. LA INDETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS
DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La determinación de los efectos de las decisiones de cualquier tribunal es una condición necesaria para evaluar tanto sus consecuencias como su nivel de cumplimiento, es decir, su eficacia. La existencia del principio de seguridad jurídica en el derecho internacional exige que los Estados conozcan el alcance de sus compromisos internacionales y de las decisiones de los tribunales encargados de determinar el (in)cumplimiento de estas.

En el escenario de la Corte Interamericana no existe claridad sobre los efectos y alcances de una opinión consultiva. La Convención Americana establece, en el artículo 64, la competencia consultiva de la Corte, pero nada dice sobre la fuerza vinculante de sus decisiones; el Reglamento de la Corte también regula en los artículos 70 a 75 aspectos del procedimiento consultivo y guarda silencio sobre las consecuencias de la emisión de una opinión consultiva. Ante este panorama, queda por analizar lo que la misma Corte ha establecido como efectos de sus opiniones consultivas.

La Corte se ha expresado reiteradamente en el sentido de que “aun cuando la Opinión Consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, *efectos jurídicos innegables*” (énfasis nuestro)¹. No es posible encontrar en ninguna de las veintiuna opiniones consultivas emitidas una determinación concreta de lo que la Corte denomina “efectos jurídicos innegables” de sus opiniones. Incluso, en la más reciente Opinión Consultiva 21, la Corte mantiene tal indeterminación mediante una fórmula diferente, al sostener:

1. CORTE INTERAMERICANA, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A n.º 15, párr. 26.

Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana, *todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA* que han acordado la Declaración Americana, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana, así como para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta² (cursiva fuera de texto).

Tampoco los autores que se han referido a la función consultiva de la Corte llegan a un acuerdo sobre la fuerza vinculante de las opiniones consultivas. Las dos posturas teóricas al respecto van desde la afirmación de la fuerza vinculante absoluta hasta la relatividad de la fuerza vinculante de las opiniones consultivas³. La primera postura es defendida por PEDRO NIKKEN, antiguo juez de la Corte, quien sostiene que las opiniones consultivas de esta son decisiones jurisdiccionales que constituyen jurisprudencia y, por lo tanto, una fuente auxiliar del derecho internacional en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

NIKKEN respalda su tesis en los siguientes argumentos: 1) afirma que la diferenciación que el Estatuto de la Corte Interamericana hizo entre función consultiva y jurisdic-

2. CORTE INTERAMERICANA, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21, párr. 32.

3. En el mismo sentido de negar la irrelevancia de las opiniones consultivas pero con la misma omisión de la Corte para señalar los efectos concretos de esas decisiones: “un dictamen consultivo constituye una interpretación constitucional –y/o convencional– de carácter internacional de suerte que se integra al *corpus iuris* del sistema, y por lo tanto produce efectos jurídicos –no sólo meramente morales– que deben ser seguidos por los integrantes del sistema en virtud de la génesis de la competencia consultiva en el SIDH”. AUGUSTO GUEVARA PALACIOS, *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Barcelona, Bosch, 2012, p. 286.

cional se debe a una utilización restringida del término “jurisdiccional” como sinónimo de contencioso; 2) resalta que los criterios formulados por la Corte en una opinión consultiva hacen parte de una interpretación auténtica y con autoridad, que crea normas internacionales que vinculan a los Estados americanos; 3) recuerda que la interpretación de la Corte en una opinión consultiva no es una simple asesoría, sino que constituye el criterio cierto y final de interpretación de la Convención Americana, y 4) apunta que la Corte usa sus opiniones consultivas como fuente para resolver casos contenciosos⁴. Esta última tesis se abordará más adelante.

Sin embargo, a pesar de sostener estas tesis, el autor mencionado tampoco establece los efectos concretos de una opinión consultiva; por el contrario, concluye que “aunque las opiniones consultivas no están llamadas *per se* a ejecutarse de inmediato, sí están dotadas de un *efecto práctico virtual*” (énfasis nuestro)⁵. Esta conclusión poco aporta y, por el contrario, mantiene la *indeterminación de los efectos* que se pretende otorgar a las opiniones consultivas de la Corte.

La segunda postura es sostenida por HÉCTOR FAÚNDEZ LEDEZMA, quien considera que la misma Corte se encargó de debilitar la fuerza vinculante de sus opiniones consultivas al utilizar expresiones ambiguas para definir las, y resalta que la Corte subvaloró su función consultiva⁶ al establecer que se trata solamente de una “función asesora”⁷. La interpretación

4. PEDRO NIKKEN, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *El Sistema Interamericano de protección de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, tomo I, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pp. 171 a 176.

5. *Ibíd.*, p. 172.

6. HÉCTOR FAÚNDEZ LEDEZMA, *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 450 a 454.

7. CORTE INTERAMERICANA, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A n.º 3, párr. 32.

de FAÚNDEZ LEDEZMA se ajusta estrictamente a los criterios expuestos por la Corte en sus opiniones consultivas, para precisar los efectos de estas.

No es posible construir una hipótesis sobre la fuerza vinculante de las opiniones consultivas si se tienen en cuenta únicamente las afirmaciones hechas por la Corte; pero de estas sí es plausible colegir una definición negativa de los efectos, de acuerdo con la cual en ningún caso una opinión consultiva puede tener igual efecto que una sentencia proferida por ella misma en un caso contencioso. Desde la Opinión Consultiva 1 de 1982, la Corte ha expresado que “las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”⁸.

Esto quiere decir que de una opinión consultiva no son predicables los dos principales efectos de las sentencias de la Corte, que se hallan establecidos en el artículo 68 CADH: 1) la obligación de cumplimiento de la sentencia para los Estados partes y 2) la posibilidad de ejecutarla por el procedimiento interno de ejecución de sentencias en contra del Estado. La definición negativa de los efectos de las opiniones consultivas resultaría de hacer una lectura de la fórmula de la Corte respecto de los efectos de sus opiniones consultivas, junto a la disposición del artículo 68 CADH; para concluir que una opinión consultiva no es obligatoria para el Estado parte y no puede ser ejecutada ni siquiera si se trata del Estado que solicita la consulta.

El propósito de este acápite no es definir los efectos de las opiniones consultivas, asunto que corresponde en exclusiva a la Corte Interamericana. Nuestro objetivo es demostrar que ante la omisión en que incurrir la Convención, el Reglamento

8. CORTE INTERAMERICANA, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 1, párr. 51.

de la Corte y la propia práctica consultiva respecto de la definición de los efectos de las opiniones consultivas, se producen unos desacuerdos razonables, dentro de los cuales la tesis de la fuerza vinculante u obligatoriedad de las opiniones consultivas no encuentra respaldo en las fuentes mencionadas; razón por la cual la balanza se inclina en favor de la fuerza vinculante relativa de las opiniones consultivas. Sin embargo, en ninguno de los dos casos es posible establecer con claridad los efectos de una opinión consultiva.

Esta omisión imputable a la Corte Interamericana es el primer gran obstáculo para la eficacia, implementación y desarrollo de las opiniones consultivas. El segundo es la ampliación excesiva de la competencia consultiva, tema del cual se ocupa el siguiente apartado.

II. LA AMPLIACIÓN DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La competencia consultiva de la Corte Interamericana puede ser reconstruida como un sistema compuesto por cinco grupos de reglas que se coligen de los textos normativos que regulan la competencia consultiva de la Corte –Convención Americana y Reglamento de la Corte– y de las consideraciones que sobre la misma competencia consultiva ha hecho la Corte en sus veintiuna opiniones.

Son cinco grupos que contienen veintiocho reglas sobre: 1) las materias y textos normativos respecto de los cuales puede emitir una opinión consultiva; 2) la extensión de los efectos de las opiniones consultivas; 3) la legitimación para iniciar el procedimiento consultivo; 4) las relaciones entre el procedimiento consultivo y el contencioso, y 5) aspectos concretos del procedimiento consultivo.

Lo que se demostrará al construir este sistema de la competencia consultiva de la Corte es que se trata de un sistema mucho más amplio que el establecido en la Convención

Americana, producto de una ampliación de la competencia consultiva que la misma Corte ha realizado a lo largo de las veintiuna opiniones proferidas.

El primer grupo de reglas se refiere al objeto de interpretación de la Corte. Allí encontramos que la Corte es competente para interpretar: *Regla 1.* La Convención Americana de Derechos Humanos; *Regla 2.* Cualquier tratado cuyo objeto sea la protección de los derechos humanos; *Regla 3.* Cualquier disposición de cualquier tratado internacional del cual sea parte al menos un Estado miembro de la OEA, si la disposición se refiere a la protección de un derecho humano; *Regla 4.* La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; *Regla 5.* La Carta de la OEA; La Corte Interamericana es competente para examinar la compatibilidad con la Convención Americana de: *Regla 6.* Las leyes internas vigentes de un Estado; *Regla 7.* Normas constitucionales vigentes de un Estado; *Regla 8.* Proyectos de reforma a leyes internas de un Estado; *Regla 9.* Proyectos de reforma constitucional de un Estado; *Regla 10.* La Corte es competente para interpretar una reserva hecha por un Estado americano a un tratado internacional.

El segundo grupo de reglas se refiere al alcance de las opiniones consultivas de la Corte. Los efectos de las opiniones consultivas se extienden a: *Regla 11.* Los Estados que ratificaron la Convención Americana y la competencia de la Corte; *Regla 12.* Los Estados que ratificaron la Convención aunque hubiesen hecho alguna reserva; *Regla 13.* Los Estados que no han ratificado la competencia de la Corte; *Regla 14.* Los Estados que no son parte de la Convención, siempre y cuando sean parte del tratado internacional consultado; *Regla 15.* Todos los Estados que son miembros de la OEA, si el tratado consultado es la Convención, la Carta de la OEA o la Declaración Americana.

El tercer grupo de reglas se refiere al acceso a la función consultiva. La Corte puede ser consultada por: *Regla 16.* Cualquier Estado miembro de la OEA, tanto para interpretación de un tratado como de una norma interna; *Regla 17.* Cualquier órgano del capítulo X de la Carta de la OEA,

siempre y cuando el órgano demuestre *interés legítimo institucional* y la consulta no sea sobre normas internas de un Estado; *Regla 18*. La Comisión Interamericana, sobre cualquier tratado o disposiciones de derechos humanos y siempre y cuando no se trate de una norma de derecho interno.

El cuarto grupo de reglas se refiere a la relación del procedimiento consultivo con el procedimiento contencioso. La Corte puede pronunciarse en una opinión consultiva sobre: *Regla 19*. Asuntos ya decididos en la Comisión; *Regla 20*. Asuntos pendientes de decisión en la Comisión; *Regla 21*. La Corte no puede pronunciarse en una opinión consultiva sobre casos encubiertos; *Regla 22*. La Corte puede conocer en el procedimiento consultivo de hechos o prácticas internas de los Estados, siempre y cuando estos sean usados como ilustración de la opinión consultiva.

El quinto grupo de reglas con el cual se completa el sistema se refiere al propio procedimiento consultivo. La Corte puede: *Regla 23*. Absolver consultas que carezcan de contexto, siempre y cuando este sea al menos deducible; *Regla 24*. Cambiar o reformular las preguntas objeto de la consulta; *Regla 25*. Absolver consultas que incluyan interpretación de tratados internacionales y de derecho interno, siempre y cuando separe los procedimientos; *Regla 26*. Absolver consultas que no incluyan preguntas determinadas, siempre y cuando la consulta sea importante para la protección de los derechos humanos o el funcionamiento de un órgano del Sistema Interamericano; *Regla 27*. Absolver consultas que incluyan aspectos sobre los cuales no es competente, si puede separarlos de aquellos sobre los cuales sí es competente; *Regla 28*. Absolver consultas aunque el órgano o Estado hayan desistido de la solicitud.

Visto en conjunto el sistema de la competencia consultiva de la Corte, se puede concluir que existe una *vis expansiva*, no solo en el número de reglas que rigen ese procedimiento, sino en los alcances del mismo. Esta expansión resulta inadecuada, tanto si se la mira individualmente como si se estudia su relación con la *indeterminación de los efectos* de las opiniones consultivas.

En el primer caso, la expansión conduce a violaciones graves a la legalidad y la seguridad jurídica internacional. Declararse competente para opinar sobre tratados que no protegen derechos humanos, para referirse a Estados que no han ratificado la Convención, para conocer proyectos de reformas a la legislación interna, pronunciarse sobre las prácticas de los Estados y aceptar asuntos que no son de su competencia, confiando en poder separarlos, *inter alia*, permite concluir que no existe una posibilidad cierta, para ningún Estado, de conocer los límites de la competencia consultiva de la Corte.

Además, esto dificulta y desestimula a los Estados que pretendan acudir a la Corte a solicitar una opinión o intervenir en un procedimiento consultivo. ¿Cómo saber si el tratado o disposición de un tratado que se pretende consultar hace parte de la competencia consultiva de la Corte? ¿Cómo objetar una decisión de la Corte que rechace una petición de consulta por incompetencia? ¿Cuál debe ser la forma de intervención –incluso de defensa– de un Estado respecto del cual se usaron sus prácticas internas como una forma de ilustrar la solicitud de opinión? Estos son solo algunos de los interrogantes que arroja la expansión de la competencia consultiva de la Corte.

En el segundo caso, esa expansión, además de demostrar la distancia entre la función consultiva establecida normativamente y la que desarrolló la Corte a lo largo de sus veintiuna opiniones proferidas, tiene una estrecha relación con la *indeterminación de los efectos* de las opiniones consultivas.

Cuatro son los escenarios posibles respecto de la relación entre la *ampliación de la competencia consultiva* y la *indeterminación de los efectos* de las opiniones: 1) amplia competencia con un nivel fuerte de obligatoriedad de las opiniones; 2) amplia competencia con un nivel débil de obligatoriedad; 3) competencia restringida con un nivel fuerte de obligatoriedad, y 4) competencia restringida con un nivel débil de obligatoriedad de las opiniones.

En razón de esa relación de doble vía, ubicarse en cada uno de los escenarios tiene diferentes consecuencias. En el

primero (amplia-fuerte) se dota a la Corte de una competencia excepcional en el derecho internacional de los derechos humanos⁹, pero como consecuencia se violaría la legalidad internacional, al crear una fuente de obligaciones para los Estados que los vincula respecto de tratados e instrumentos internacionales que no han ratificado. En el segundo escenario (amplia-débil) –que a nuestro juicio es el escenario que se colige de la lectura de las veintiuna opiniones consultivas de la Corte– conduce a un uso político de las opiniones consultivas, impide que estas sean un referente en el derecho internacional y en el derecho interno de los Estados. En el tercero (restringida-fuerte), aunque se limita la posibilidad que tienen los tribunales de conocer instrumentos internacionales de derechos humanos ajenos a su competencia, se produce un verdadero desarrollo de las obligaciones internacionales de los Estados, de acuerdo con los compromisos adquiridos y a los tratados que han ratificado y con estricta sujeción a estos. Finalmente, en el cuarto escenario (restringida-débil), las opiniones consultivas pierden toda utilidad, la misma función consultiva puede dejar de ser utilizada; sin embargo, este parece ser el escenario creado por la Convención Americana.

Nivel de obligatoriedad	Fuerte	Competencia consultiva	
		Amplia	Restringida
		Violación de la legalidad internacional y del principio voluntarista.	Interpretación y desarrollo de las obligaciones de los Estados de acuerdo con los tratados que han ratificado.

9. Una de las más amplias competencias consultivas es la de la Corte Internacional de Justicia, que, de acuerdo con el artículo 65 de su Estatuto, puede pronunciarse por medio de sus opiniones consultivas sobre “cualquier cuestión jurídica”.

Nivel de obligatoriedad	Débil	Competencia consultiva	
		Amplia	Restringida
		<i>Corte Interamericana de Derechos Humanos en las veintiuna opiniones consultivas.</i> Ineficacia e inutilidad de las opiniones. No pueden ser referente en derecho internacional ni en derecho interno.	<i>Convención Americana de Derechos Humanos.</i> Conduce a la inutilización de la función consultiva por restricción de las materias y por inutilidad de sus pronunciamientos.

En nuestra tesis, ninguno de estos escenarios es ideal. Sin embargo, este análisis permite afirmar que otorgar fuerza vinculante absoluta a una decisión consultiva exige una actitud prudente de la Corte en el establecimiento de los límites sobre las materias que puede conocer y los tratados que puede interpretar, actitud que, como quedó demostrado, no se ha presentado hasta ahora. De otra parte, combinar una amplia competencia con unos efectos jurídicos vinculantes de las opiniones conduciría a otorgar una competencia consultiva a la Corte, aún más distante de la que se pactó en la Conferencia Interamericana de 1969.

Sin embargo, sugerir que la Corte revise y reduzca el ámbito de su competencia consultiva, para aumentar la fuerza vinculante de sus opiniones, resultaría inútil si de lo que se trata es de fortalecer el sistema regional de protección de los derechos humanos. La única solución posible es que se impulse una reforma a la Convención Americana y al Reglamento de la Corte que, luego de procesos de deliberación de los Estados y de una valoración de la realidad de la función consultiva de la Corte, incorpore las modificaciones que la Corte hizo de su competencia a través de las opiniones consultivas. Tal reforma debe establecer la posibilidad de que la Corte pueda interpretar con autoridad otros tratados que hacen parte del Sistema Interamericano, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para

Prevenir y Sancionar la Tortura. También se puede ampliar la legitimación para solicitar opiniones consultivas a sujetos tan importantes como los tribunales constitucionales de los Estados parte, las organizaciones no gubernamentales legalmente reconocidas en los Estados parte, otros órganos de la OEA como la Secretaría General, y que se elimine la exigencia de *interés legítimo institucional* para los órganos del capítulo X de la Carta de la OEA¹⁰.

Mientras esa reforma no se produzca, el escenario actual permite demostrar que esa relación de doble vía a la que nos hemos referido (amplitud de la competencia-definición de los efectos), aunque tiene una entidad y gravedad propia, incide en dos aspectos: 1) la relación de la función consultiva con la función contenciosa de la Corte y 2) la implementación de los criterios formulados en las opiniones consultivas en el ámbito interno de los Estados americanos. Estos dos temas se tratarán a continuación.

III. RELACIONES ENTRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA Y LA FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Este apartado se propone analizar las relaciones entre el procedimiento consultivo y el procedimiento contencioso. Aunque en teoría la función consultiva y la función contenciosa son diferentes y no habría razón para colegir una relación entre estas, en la práctica es posible encontrar tres situaciones que vale la pena analizar: 1) el uso de las opiniones consultivas para fundamentar las decisiones a los casos contenciosos; 2) la ilustración de las opiniones consultivas con apartes de sentencias contenciosas, y 3) la

10. Cfr. JO M. PASQUALUCCI, “Advisory Practice Of The Inter-American Court Of Human Rights: Contributing To The Evolution Of International Human Rights Law”, en *Stanford Journal of International Law*, Summer, 2002.

modificación del procedimiento contencioso motivada en una opinión consultiva.

En esta parte se abordarán esos tres casos para demostrar que tanto la *indeterminación de los efectos* como la *ampliación de la competencia* consultiva de la Corte: 1) ponen en duda la legalidad internacional de las obligaciones que la Corte impone a los Estados en sus sentencias contenciosas –mediante la apelación a argumentos expresados en opiniones consultivas–; 2) hacen confusa la práctica de la Corte de usar argumentos de origen contencioso en las opiniones, y 3) cuestionan la legitimidad de las modificaciones al procedimiento motivadas en opiniones consultivas.

iii.i. El uso de las opiniones consultivas en el procedimiento contencioso

La primera relación entre el procedimiento consultivo y el contencioso se da cuando los fundamentos de una opinión consultiva son usados en la decisión de los casos contenciosos. Para quienes sostienen la tesis según la cual las opiniones consultivas de la Corte Interamericana tienen fuerza vinculante absoluta, el análisis del uso que la Corte ha hecho de las opiniones consultivas en los casos contenciosos constituye un elemento a su favor. En efecto, es posible comprobar que la Corte incluye, dentro de sus decisiones contenciosas, elementos de las opiniones consultivas; lo que podría llevar a pensar en que al menos la misma Corte entiende que la fuerza vinculante horizontal de sus opiniones consultivas es absoluta.

Aunque es posible identificar al menos veinte casos contenciosos¹¹ en los que la Corte ha aplicado las consideracio-

11. CORTE INTERAMERICANA, Caso Godínez Cruz *vs.* Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C n.º 5. CORTE INTERAMERICANA, Caso Caballero Delgado y Santana *vs.* Honduras. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C n.º 22. CORTE INTERAMERICANA. Caso Genie Lacayo *vs.* Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n.º 30. CORTE INTERAMERICANA, Caso Neira Alegría y otros *vs.* Perú. Fondo. Sentencia de

nes formuladas en las opiniones consultivas, como parte de los argumentos que hacen parte de la decisión¹², aquí nos ocuparemos de analizar el caso “Velásquez Rodríguez” de 1988, por ser uno de los primeros casos decididos por la Corte, el caso “Baena Ricardo y otros” de 2001 y el caso “Manuel Cepeda Vargas” de 2010, por ser una de las más

19 de enero de 1995. Serie C n.º 20. CORTE INTERAMERICANA, Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) *vs.* Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 25 de enero de 1996. Serie C n.º 23. CORTE INTERAMERICANA, Caso El Amparo *vs.* Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C n.º 28. CORTE INTERAMERICANA, Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C n.º 33. CORTE INTERAMERICANA, Caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C n.º 35. CORTE INTERAMERICANA, Caso Blake *vs.* Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36. CORTE INTERAMERICANA, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63. CORTE INTERAMERICANA, Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72. CORTE INTERAMERICANA, Caso, “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73. CORTE INTERAMERICANA, Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74. CORTE INTERAMERICANA, Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107. CORTE INTERAMERICANA, Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. CORTE INTERAMERICANA, Caso Kimel *vs.* Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C n.º 177. CORTE INTERAMERICANA, Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 195. CORTE INTERAMERICANA, Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 194.

12. Prescindimos de hacer un análisis de los casos contenciosos en los que la Corte Interamericana cita o hace referencia a las opiniones consultivas, que por demás podrían ser casi todos. Nos ocupamos solo de aquellos en los que la referencia fundamenta directamente una decisión de la Corte en el caso concreto.

recientes decisiones contenciosas de la Corte en las que se presenta esta relación.

En la sentencia del 29 de julio de 1988, en el caso “Velásquez Rodríguez contra Honduras”, la Corte condenó al Estado por haber violado, entre otros, el deber de respeto de los derechos a la libertad e integridad personal del señor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez¹³. Para fundamentar esa decisión, la Corte utilizó los criterios creados en la Opinión Consultiva 6 de 1986, en la que había establecido las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos incorporados en la Convención Americana y había desarrollado el deber de respeto y garantía de los mismos.

En la sentencia del 2 de febrero de 2001, en el caso “Baena Ricardo y otros contra Panamá”, la Corte condenó al Estado por la violación de los principios de legalidad e irretroactividad y de los derechos a las garantías judiciales, protección judicial y libertad de asociación de doscientos setenta trabajadores públicos que habían participado en una manifestación en la que reclamaban sus derechos laborales, a quienes destituyeron de sus cargos y acusaron de complicidad con una asonada militar. La Corte acude entonces: a la Opinión Consultiva 6 de 1986, para determinar si la norma que violaba la libertad de asociación de los trabajadores panameños podía ser considerada una “ley” en los términos de la Convención Americana¹⁴; a la Opinión Consultiva 9 de 1987, para ampliar el concepto de garantías judiciales e incluir su aplicación a los procesos de carácter administrativo que declararon insubsistentes a los trabajadores¹⁵; a la Opinión Consultiva 13 de 1993, para evaluar el (in)cumplimiento del Estado a las recomen-

13. CORTE INTERAMERICANA, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C n.º 4. Párr. 165 y decisión puntos 2 y 3.

14. CORTE INTERAMERICANA, Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72, párr. 169.

15. *Ibíd.*, párr. 124.

daciones formuladas por la Comisión Interamericana en su informe de artículo 50¹⁶, y a la Opinión Consultiva 14 de 1994, para sustentar que algunas leyes del Estado eran constitutivas, por su sola promulgación, de una violación a los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana¹⁷.

En la sentencia del 10 de mayo de 2010, en el caso “Manuel Cepeda Vargas contra Colombia”, la Corte condenó al Estado por violación de los derechos a la vida, integridad personal, honra, buen nombre, garantías judiciales y protección judicial, dignidad, libertad de expresión, libertad de asociación y derechos políticos del señor Manuel Cepeda Vargas. En sus consideraciones, la Corte utilizó las siguientes opiniones consultivas para sustentar algunos de los puntos de decisión: la Opinión Consultiva 3 de 1983, para cuestionar la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Estado con el fin de sancionar a los agentes estatales que cometen delitos contra miembros de la oposición¹⁸; la Opinión Consultiva 14 de 1994, para sustentar la decisión de la Corte de negarse a examinar las normas internas del Estado colombiano que protegen a los grupos de oposición, por considerar que en el procedimiento contencioso no se puede adelantar un análisis en abstracto de las normas de un Estado¹⁹; las opiniones consultivas 17 de 2002 y 18 de 2003, para fundamentar la existencia de los deberes del Estado de proteger a grupos especiales dentro de la sociedad, como los migrantes, los niños o los miembros de la oposición, y de evitar que se profundice la condición de vulnerabilidad de los miembros de estos grupos²⁰; finalmente, la Opinión Consultiva 19 de 2005, para afirmar la autonomía de la Comisión Intera-

16. *Ibíd.*, párr. 189.

17. *Ibíd.*, párr. 182.

18. CORTE INTERAMERICANA, Caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213, párr. 150.

19. *Ibíd.*, párr. 51.

20. *Ibíd.*, párrs. 173 y 249.

mericana en sus actuaciones, la posibilidad excepcional de que la Corte realice un control de legalidad de las mismas y la decisión negativa de adelantarle en este caso porque el Estado no demostró la existencia de un error grave en el procedimiento²¹.

Estas tres sentencias mencionadas demuestran que la Corte acude a sus pronunciamientos consultivos para utilizarlos como criterios auxiliares de interpretación en el momento de tomar una decisión de condena a un Estado. El interrogante que surge luego de hacer esa comprobación es si de esa actitud de la Corte debe colegirse que esta asume que se encuentra vinculada por sus propias opiniones (precedente horizontal) o si lo hace solo para fundamentar argumentativamente sus decisiones. Cualquiera de los dos escenarios es problemático, como a continuación demostraremos.

En el primer caso existe la posibilidad de referirse a una definición de los efectos de las opiniones consultivas por el uso que la misma Corte les ha dado. En este primer escenario se pueden formular dos hipótesis: 1) la Corte considera que las opiniones consultivas son vinculantes para todos los Estados y por esa razón constituyen una cierta especie de precedentes horizontales que pueden ser usados en los procedimientos contenciosos, o 2) para la Corte sus opiniones consultivas no son vinculantes sino cuando se integran como parte de la decisión de un caso contencioso.

En el segundo escenario, si la Corte mantiene un nivel mínimo de coherencia con sus opiniones consultivas, debe colegirse que estas no tienen fuerza vinculante, como sí la tiene una sentencia, y que el uso de las consideraciones derivadas de una opinión consultiva en un caso contencioso hace parte tan solo de la carga de argumentación de la decisión de condena al Estado.

Si se opta por la primera hipótesis del primer escenario, la regla sobre los efectos de las opiniones consultivas de la Corte sería la siguiente: *las opiniones consultivas de la Cor-*

21. *Ibíd.*, párr. 31.

te constituyen jurisprudencia internacional y vinculan a la Corte, como tribunal de derechos humanos, y a los Estados, como sujetos de las obligaciones internacionales establecidas en las opiniones consultivas.

Esta regla sería fácilmente atacable, en la medida en que no es posible entender cómo una opinión consultiva que, a juicio de la misma Corte, no tiene los mismos efectos de una sentencia, puede constituir un precedente que el mismo tribunal y los Estados deben tener en cuenta. Al menos desde el punto de vista de la coherencia interna, esta no aparece como una conclusión razonable.

Si se escoge la segunda opción del primer escenario, la regla sobre los efectos de las opiniones consultivas sería la siguiente: *las opiniones consultivas son solo criterios subsidiarios, susceptibles de convertirse en jurisprudencia internacional, siempre que la Corte las use como fundamento de la decisión en un caso contencioso.*

Esta regla también es problemática, especialmente desde el punto de vista de la responsabilidad internacional de los Estados. Implicaría reconocer que en aquellos casos en que la Corte fundamentó una decisión a favor o en contra de un Estado con un pronunciamiento consultivo, aplicó un criterio auxiliar de interpretación no vinculante para ningún Estado, y por esa razón la condena estaría por fuera de sus obligaciones internacionales, o bien la no declaratoria de la responsabilidad estatal pudo haber vulnerado los derechos de las víctimas.

Este primer escenario se encuentra dentro de lo que algunos autores definen como una tendencia en el derecho internacional, en la que especialmente la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos usan el *soft law* para imponer obligaciones internacionales a los Estados, a través de la costumbre internacional o la interpretación de tratados vinculantes, que, a pesar de avanzar progresivamente en la protección de los derechos humanos, erosionan la soberanía de los Estados y afectan la legalidad internacional²².

Finalmente, si se acude al segundo escenario, la regla sobre los efectos de una opinión consultiva sería la siguiente:

las opiniones consultivas de la Corte no son vinculantes, ni siquiera en los casos en que la Corte las utiliza como fundamento de la decisión de sus sentencias, porque se trata de una parte de la carga argumentativa de sus decisiones.

Esta hipótesis, la más coherente con lo que la misma Corte ha dicho sobre los efectos de sus opiniones, contraría la práctica de los procedimientos contenciosos. No es cierto que en los veinte casos contenciosos citados las consideraciones hayan fungido como complemento de sus argumentos, sino que fueron citadas directamente por la Corte para adoptar ciertas decisiones durante el procedimiento –(in)admisión de argumentos de defensa del Estado– y para establecer los fundamentos de la responsabilidad del Estado frente al incumplimiento de algunas obligaciones internacionales.

La conclusión es que la relación entre el procedimiento contencioso y el consultivo, al menos en lo que se refiere al uso de las opiniones como fundamento de la decisión de los casos contenciosos, se ve alterada por la fisura de la *indeterminación de los efectos*. Este aspecto se agrava cuando se verifica que la práctica contenciosa de la Corte no aporta a la determinación de los mismos y, por el contrario, crea nuevas hipótesis sobre las cuales solo corresponde, en el futuro, a la Corte decidir.

iii.ii. Uso de la jurisprudencia contenciosa en las opiniones consultivas

La segunda relación entre la función contenciosa y la función consultiva de la Corte Interamericana se produce cuando este tribunal utiliza las sentencias de los casos contenciosos para resolver aspectos concretos de una consulta. El uso reiterado de la jurisprudencia contenciosa en el procedimiento consultivo puede ser interpretado de

22. Cfr. JULIE CALIDONIO SCHMID, “Advisory Opinions on Human Rights: Moving Beyond A Pyrrhic Victory”, en *Duke Journal of Comparative and International Law*, Spring, 2006.

múltiples formas, especialmente porque no hay ninguna referencia que permita entender el valor que debe darse a un precedente que se incluye en una decisión, cuyos efectos no están bien definidos.

Cada una de las hipótesis sobre los efectos de las opiniones consultivas de la Corte da lugar, a la vez, a una hipótesis sobre las consecuencias de los precedentes contenciosos incluidos en una opinión consultiva. Sin embargo, esta parte está dedicada a demostrar que no es la fisura de la *indeterminación de los efectos*, sino la de la *ampliación de la competencia*, la que impide que haya claridad respecto de esta relación contencioso-consultiva.

Esta demostración se divide en tres partes. En primer lugar, una caracterización del uso que la Corte ha hecho de los casos contenciosos en las opiniones consultivas; en segundo lugar, un análisis sobre la forma como la Corte entiende esa relación respecto de los efectos de un precedente contencioso en el contexto de una consulta, y, finalmente, la demostración de la incidencia de la fisura de la *ampliación de la competencia* en estos dos casos.

La primera vez que la Corte usó una referencia de un caso contencioso fue en la Opinión Consultiva 9 de 1987, sobre las garantías judiciales bajo estados de emergencia. En esa ocasión, la Corte hizo parte de la Opinión Consultiva 9 el desarrollo que en las sentencias de excepciones preliminares de los casos “Velásquez Rodríguez”, “Fairén Garbí y Solís Corrales” y “Godínez Cruz” había adelantado sobre el derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la Convención Americana²³. Posteriormente, en la Opinión Consultiva 11 de 1990, sobre las excepciones al agotamiento de los recursos internos, la Corte remitió

23. CORTE INTERAMERICANA, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9, párr. 24.

de nuevo a estas decisiones para hacer parte de la opinión el concepto de recursos judiciales adecuados y efectivos²⁴.

En las siguientes nueve opiniones consultivas puede encontrarse al menos una referencia a sentencias contenciosas²⁵, sin que en ninguna de ellas pueda colegirse con precisión el valor que la Corte confiere a los argumentos de origen contencioso que usa en el procedimiento consultivo.

24. CORTE INTERAMERICANA, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A n.º 11, párrs. 36, 39 y 41.

25. CORTE INTERAMERICANA, Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A n.º 12, párr. 29. CORTE INTERAMERICANA, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A n.º 13, párrs. 40, 45, 51 y 52. CORTE INTERAMERICANA, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A n.º 14, párr. 56. CORTE INTERAMERICANA, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A n.º 15, párrs. 39 y 51. CORTE INTERAMERICANA, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1.º de octubre de 1999. Serie A n.º 16, párr. 139. CORTE INTERAMERICANA, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17, párrs. 23, 43, 80, 87, 108, 120 y 115. CORTE INTERAMERICANA, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párrs. 76, 77, 78, 108, 123, 124, 125, 141, 142 y 167. CORTE INTERAMERICANA, 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 n.º 19, párr. 21. CORTE INTERAMERICANA, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009. Serie A n.º 20, párrs. 18, 39, 49, 50, 51, 57, 58, 59, 60 y 77.

Aunque existe claridad sobre los efectos de una sentencia en un caso contencioso y sobre la fuerza vinculante que para el Estado parte en el caso y para los demás Estados tiene el estándar de protección de un derecho humano que allí se establece, no es claro si la Corte en el procedimiento de opiniones consultivas usa de la misma forma esas sentencias.

Si se entiende que la Corte usa los precedentes contenciosos en las opiniones consultivas, de manera que lo que pretende es que hagan parte de la decisión de la consulta, aunque sería una decisión acertada, adolecería de las mismas deficiencias mencionadas por la *indeterminación de los efectos* de una opinión y no se cumpliría el objetivo.

La cuestión más difícil de definir se presenta cuando lo que la Corte adopta como decisión de una consulta es el desarrollo de un precedente. En el caso de la Opinión Consultiva 17 de 2002 se presenta esta situación. En esta decisión, la Corte no solo define la condición jurídica y los derechos humanos de los niños de acuerdo con la normativa internacional, sino que apela al caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala” para sustentar un desarrollo de los derechos a la igualdad, educación y garantías judiciales de las niñas y los niños. En los tres casos, la Corte elevó el estándar de protección de sus derechos y estableció nuevas obligaciones para los Estados.

Se trata de la utilización de un estándar que ya era vinculante, por haber sido establecido en una sentencia contenciosa, como la base de un estándar más alto dispuesto en una opinión consultiva cuya fuerza vinculante es dubitativa. El interrogante que surge es si ese desarrollo de un derecho convencional está sometido a las mismas deficiencias de los efectos de las opiniones consultivas.

Podría pensarse que en estos casos el estándar no puede ser obligatorio, a pesar de ser un desarrollo de un precedente vinculante. En especial, la ampliación que la Corte ha hecho de su competencia consultiva, expresada en las veintiocho reglas mencionadas al inicio de este capítulo, y específicamente en la regla 14, que faculta a la Corte para hacer extensivos los efectos de sus opiniones consultivas

a los Estados que no hacen parte de la Convención Americana, siempre y cuando hagan parte del tratado que se solicita interpretar, le impide aplicar a un Estado que no hace parte de la Convención un estándar que no es otra cosa que el desarrollo de una interpretación hecha de ese tratado internacional.

La forma como ese estándar puede ser aplicado es en virtud del principio *pro persona*, de acuerdo con el cual “se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”²⁶. Es decir, tal estándar podría ser aplicado por medio de este principio de interpretación de los derechos humanos, pero no por aplicación directa de la opinión consultiva en la que fue establecido.

Sin embargo, dada la ampliación que la Corte ha hecho de su competencia consultiva, por sí sola no puede ni podrá establecer la obligatoriedad de esos estándares hasta tanto modere las reglas de competencia que le permitan declarar la fuerza vinculante absoluta de estos desarrollos tan importantes que realiza en el procedimiento consultivo. La revisión de las reglas de la competencia consultiva, la eliminación de algunas de ellas y la autorrestricción son las tres vías idóneas para que la Corte pueda concretar y otorgar mayores efectos vinculantes a sus opiniones consultivas.

iii.iii. Modificaciones al procedimiento contencioso a través de las opiniones consultivas

El tercer caso de relaciones entre el procedimiento contencioso y el consultivo se trata de una verdadera in-

26. MÓNICA PINTO, “El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Argentina, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

tervención del procedimiento consultivo que determina, al menos procesalmente, el desarrollo del procedimiento contencioso. Las opiniones consultivas 19 de 2005 y 20 de 2009 son el eje central de esta parte de la tesis.

En la Opinión Consultiva 19 del año 2005 la Corte fue consultada sobre la existencia, dentro del Sistema Interamericano, de un órgano y un procedimiento para realizar el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión Interamericana. La Corte opinó que a pesar de que la Comisión es independiente en el ejercicio de sus funciones, cuando se trata de peticiones individuales debe actuar dentro de un marco legal que está integrado por la Convención Americana, y que la Corte puede verificar la legalidad de las actuaciones de la Comisión, en los casos que sean puestos bajo su conocimiento.

En la Opinión Consultiva 20 del año 2009, la Corte fue consultada sobre el artículo 55 de la Convención Americana, que establece la posibilidad de designar jueces *ad hoc* en los casos de comunicaciones interestatales. La consulta se refería a la práctica de la Corte de designar jueces *ad hoc* también para los casos de peticiones individuales en las que ningún juez fuera nacional del Estado parte en el proceso contencioso. La Corte opinó que, en adelante, la posibilidad de nombrar jueces *ad hoc* se restringía a los casos de comunicaciones interestatales, y que no era obligatoria la presencia de un juez nacional del Estado demandado, en los casos de peticiones individuales.

En los dos casos mencionados, la Corte hace una interpretación coherente de la Convención, en el sentido de precisar el alcance de los artículos que se refieren al desarrollo del procedimiento contencioso. Sin embargo, resulta cuestionable la validez de los dos pronunciamientos, especialmente porque el primero crea una oportunidad, un órgano y unas condiciones de control de las actuaciones de la Comisión Interamericana que no están previstos en la Convención, y porque el segundo modifica una práctica reiterada de la Corte en el desarrollo de los procedimientos contenciosos.

En ambos casos, la influencia de la fisura de *indeterminación de los efectos* debilita la legitimidad de las decisiones. En el primero, la Corte estaría instituyendo un sistema de control y se estaría arrogando unas funciones que la Convención Americana no previó, por medio de una opinión consultiva cuyos efectos no son claros ni siquiera para la misma Corte. Incluso, en este caso no podemos aceptar la idea de la fuerza vinculante horizontal de las opiniones consultivas, porque eso llevaría a sostener que la Corte debe acatar su opinión y hacer el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión Interamericana, en los términos de la Opinión Consultiva 19; pero la Comisión podría oponerse a ese procedimiento, con el argumento válido de que las opiniones consultivas no son vinculantes.

En el segundo evento, la Corte, al modificar su práctica reiterada de designar jueces *ad hoc* –en los casos de peticiones individuales–, reformó el procedimiento contencioso. Esta es quizás una de las intervenciones más fuertes de una opinión consultiva en el procedimiento contencioso. A pesar de contribuir al debido proceso y a la igualdad entre las víctimas y los Estados, en el marco de las peticiones individuales, resulta muy cuestionable si se tiene en cuenta que la modificación de este procedimiento debe hacerse por medio de una reforma a la Convención Americana o al Reglamento de la Corte, según corresponda.

Se podrá argumentar que la Corte se limitó a interpretar el artículo 55 de la Convención y encontró que, de acuerdo con esa disposición, no debía designar jueces *ad hoc* en casos de peticiones individuales, procediendo a corregir la forma como había procedido hasta entonces. Aunque esto puede ser cierto, de allí no se deriva que la Corte pudiese modificar su procedimiento, ya que las opiniones consultivas no tienen la fuerza vinculante necesaria para hacerlo.

Tal es la influencia de la fisura de *indeterminación de los efectos* en este aspecto, y tan ciertas nuestras objeciones, que, por fortuna para la Corte, en la reforma al Reglamento que se adelantó durante los años 2008 y 2009 se tuvo en cuenta la Opinión Consultiva 20 para modificar los

artículos 19 y 20 del Reglamento. Respecto del primero, para prohibir la participación de jueces nacionales en la deliberación de casos originados en peticiones individuales, y respecto del segundo, para restringir la designación de jueces *ad hoc* a los casos de comunicaciones interestatales²⁷.

Este antecedente confirma nuestra idea inicial. Cada decisión de la Corte adoptada por medio de una opinión consultiva resulta afectada por las dos fisuras iniciales. En unos casos denota más la influencia de la *indeterminación de los efectos*, y en otros, la de la *ampliación de la competencia*. No puede resolverse una con independencia de la otra. Tampoco podrán precisarse los efectos de las opiniones, ya sea para sumarles o restarles fuerza vinculante, sin modificar las reglas de competencia. Un elemento básico para reformar estas últimas reglas es conocer los efectos que tendrán las decisiones que resulten del ejercicio de la competencia que ellas van a regular.

Una mirada hacia el interior del sistema y como se ha hecho aquí, de la relación del procedimiento consultivo con el contencioso, arroja este diagnóstico y la necesidad de realizar ciertas reformas. Sin embargo, vale la pena seguir mirando hacia dentro, ya no a la misma Corte, sino a los efectos de las opiniones consultivas en el ámbito interno de los Estados. A eso se dedicará el último acápite de la tesis.

27. En la parte motiva de la modificación al Reglamento aprobada el 24 de noviembre de 2009 se puede leer lo siguiente: “Al tenor de lo señalado en la Opinión Consultiva OC-20/09 sobre el artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte modificó su Reglamento para incluir una disposición en su artículo 19 que establece que los jueces no podrán participar en el conocimiento y deliberación de una petición individual sometida a la Corte cuando sean nacionales del Estado demandado, así como una disposición en el artículo 20 que autoriza a los Estados la designación de jueces *ad hoc* únicamente en los casos originados en comunicaciones interestatales”.

IV. IMPLEMENTACIÓN DE LAS OPINIONES
CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO
INTERNO DE LOS ESTADOS

Uno de los ideales de la justicia internacional, y en especial del Sistema Interamericano, es la implementación de sus decisiones y de los estándares de protección de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados que lo integran. En este trabajo se descarta el concepto de implementación que se refiere al hecho de que todos los casos de violaciones a los derechos humanos sucedidos en el territorio de un Estado parte, que no hayan obtenido justicia en el sistema interno, sean conocidos por la Corte Interamericana. Tampoco es comprensivo el concepto de implementación que la equipara con el solo cumplimiento por parte del Estado de las órdenes emitidas por la Corte en un caso contencioso.

La implementación –a nuestro juicio– consiste en que las autoridades nacionales garanticen la vigencia de los derechos humanos, en los términos en que se encuentran obligados internacionalmente, y que en casos de violaciones a ellos los jueces nacionales decidan sobre la forma de repararlas como si el caso hubiese sido sometido a la Corte. Esta idea de implementación no consiste en que los casos vayan al Sistema Interamericano y que la Corte decida cada año sobre un número mayor de peticiones, sino que se asume la implementación como que el sistema vaya a los Estados, para evitar las violaciones a los derechos humanos, orientar la forma como deben ser garantizados y dar las pautas para repararlos cuando han sido vulnerados.

En esta parte de la tesis se demostrará que las dos fisuras impiden la implementación de las opiniones consultivas en el ámbito interno de los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano. Al contrario de lo que sucede con las sentencias de la Corte, sus opiniones consultivas no tienen la utilidad que aquellas representan; y ello a pesar

de que, en muchos casos, el estándar de protección de los derechos humanos es mayor en las decisiones consultivas que en las contenciosas.

Para hacer esa demostración nos ocuparemos de tres aspectos: de una parte, la legalidad de las obligaciones impuestas a los Estados por medio de opiniones consultivas; en segundo lugar, los efectos en el ámbito interno de los Estados de las opiniones que declaran la (in)compatibilidad de normas internas con la Convención Americana; por último, la forma como uno de los tribunales internos más respetados de América, la Corte Constitucional colombiana, usa las decisiones consultivas de la Corte Interamericana.

iv.i. Obligaciones de los Estados en las opiniones consultivas

Un presupuesto del cumplimiento o incumplimiento de una obligación consiste en estar vinculado por la fuente donde se encuentra establecido el deber o la obligación. En el caso de las opiniones consultivas, las fisuras de *indeterminación de los efectos* y *ampliación de la competencia* no permiten afirmar con total certeza que los estándares de protección de los derechos humanos establecidos en las decisiones consultivas son de obligatorio cumplimiento para los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano.

El hecho de que la Corte mantenga esa indeterminación impide, al mismo tiempo, que los Estados encuentren en las opiniones consultivas una fuente directa de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Por su parte, la *ampliación de la competencia* lleva a que muchos Estados no se sientan vinculados por las opiniones consultivas de la Corte Interamericana.

Sobre este fenómeno se ha concluido que la práctica de tribunales internacionales como la Corte Interamericana, consistente en usar su función consultiva con la pretensión de crear obligaciones para los Estados, mediante una amplia competencia y una determinación ambigua de los efectos de las opiniones consultivas, conduce a que “la reputación de los tribunales y su interpretación del derecho internacional

pueda ser minada cuando los Estados violan flagrantemente las opiniones de los tribunales”²⁸.

Incluso se utiliza la denominación “*victoria pírrica*”²⁹ para referirse a esas opiniones que constituyen grandes progresos para la protección de los derechos humanos, pero que se ven afectadas por la ampliación de la competencia y la indeterminación de los efectos; deficiencias que proporcionan argumentos a los Estados para sustraerse del cumplimiento de los estándares que esas decisiones establecen³⁰.

En el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos existen dos casos que ilustran cómo la *indeterminación de los efectos* y la *ampliación de la competencia* son algunos de los factores que influyen en la implementación de las opiniones consultivas en el ámbito interno de los Estados. El primero es la Opinión Consultiva 5 de 1985. En esta la Corte se refirió por primera vez a la libertad de expresión y definió su contenido de acuerdo con el artículo 13 de la Convención Americana. Sin embargo, al menos en nueve casos contenciosos de la misma Corte se registran violaciones graves a este derecho³¹, que

28. CALIDONIO SCHMID, “Advisory Opinions on Human Rights: Moving Beyond a Pyrrhic Victory”, cit., p. 16.

29. Se trata de una alusión al caso de Pirro, rey de Epiro, en la región occidental de Grecia, quien en el siglo III a. de C. sostuvo varias batallas con los romanos, en las que siempre ganaba a pesar del alto costo en vidas para su ejército. Al terminar victorioso la batalla de Heraclea, en el golfo de Tarento, expresó: “Otra victoria como esta y volveré solo a casa”.

30. Por fuera del Sistema Interamericano y de la Corte Interamericana se puede consultar el caso de la Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004 de la Corte Internacional de Justicia sobre las “consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”. Un análisis de este caso desde la perspectiva señalada puede encontrarse en LORI FISLER DAMROSCH y BERNARD H. OXMAN, “Agora: ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory”, *American Journal of International Law January*, 2005.

31. CORTE INTERAMERICANA, Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros). Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. CORTE INTERAMERICANA, Caso Herrera Ulloa.

incluyen actos de limitación excesiva a la libertad de expresión, censura y aplicación de responsabilidades ulteriores desproporcionadas, actuaciones que se habían destacado como prohibidas desde la opinión mencionada.

Además de estos nueve casos que han llegado a la Corte, existen otras evidencias que demuestran la no implementación de los criterios formulados en la Opinión Consultiva 5 de 1985 sobre la libertad de expresión en los Estados americanos. En primer lugar, el número de casos que llegan a la Comisión Interamericana, que solo en el año 2009 recibió más de treinta y cinco solicitudes de medidas cautelares, dos mil comunicaciones con denuncias y doscientas peticiones individuales en casos de violación a la libertad de expresión, que por diferentes motivos no han llegado a la Corte³². En el año 2013, por ejemplo, la Relatoría Especial de la CIDH para la libertad de expresión emitió veintisiete comunicados en los que hace referencia a diferentes situaciones de peligro o violación de ese derecho en los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano³³.

Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. CORTE INTERAMERICANA, Caso Ricardo Canese. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. CORTE INTERAMERICANA, Caso Palamara Iribarne. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. CORTE INTERAMERICANA. Caso Kimel. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. CORTE INTERAMERICANA, Caso Tristán Donoso. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. CORTE INTERAMERICANA, Caso Perozo y otros. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. CORTE INTERAMERICANA, Caso Ríos y otros. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. CORTE INTERAMERICANA, Caso Usón Ramírez. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009.

32. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, año 2009, pp. 12 y ss.

33. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, año 2013, p. 25.

En segundo lugar, la creación en el año 1997, de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la CIDH motivada en “las recomendaciones efectuadas por amplios sectores de la sociedad de los diferentes Estados del hemisferio, sobre la profunda preocupación que existe por las constantes restricciones a la libertad de expresión, y como resultado de sus propias observaciones acerca de la realidad de la libertad de expresión en donde ha podido constatar las graves amenazas y problemas que existen para el pleno y efectivo desenvolvimiento de este derecho de vital importancia para la consolidación y desarrollo del Estado de derecho”³⁴.

En tercer lugar, los informes por países³⁵ y anuales de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la CIDH dan cuenta de las amenazas, restricciones y explícitamente del incumplimiento, con algunas excepciones, de los criterios formulados por la Corte en la Opinión Consultiva 5 de 1985 sobre la libertad de expresión en cada uno de los Estados americanos, como consecuencia de un largo proceso en el que aún los Estados no encuentran vinculantes ciertos deberes de carácter internacional³⁶.

Por su parte, las opiniones consultivas 16 de 1999 y 18 de 2003 demuestran que la fisura de la *ampliación de la competencia* debilita la fuerza vinculante de las opiniones en el ámbito interno de los Estados. En esas decisiones, la Corte se refirió a los derechos de los migrantes indocumentados, y en especial a los derechos de los trabajadores migrantes y al derecho de asistencia consular. La *ampliación de la com-*

34. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, año 1998, p. 7.

35. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informes de la Relatoría Especial para la libertad de expresión en Colombia, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay y Venezuela.

36. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informes de la Relatoría Especial para la libertad de expresión años 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y especialmente el capítulo V del informe del año 2009 que se refiere a la “Incorporación nacional de los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión durante 2009”.

petencia se presentó porque la Corte se declaró competente para interpretar en la Opinión 16 la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que no es un tratado cuyo objeto sea la protección de los derechos humanos, y en la Opinión 18 la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta de la OEA, instrumentos de los cuales dedujo un catálogo de obligaciones para los Estados respecto de la población migrante.

La situación actual de los migrantes en países como Estados Unidos y México no puede ser más lejana del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las opiniones 16 y 18. La garantía de la titularidad y el ejercicio de los derechos laborales, con independencia de la situación migratoria; el debido proceso legal en los procedimientos laborales y migratorios; el principio de igualdad y no discriminación como generador de obligaciones *erga omnes*, y la prohibición de subordinar la política migratoria a los intereses internos, son obligaciones que los Estados actualmente desconocen³⁷.

En esta materia, a lo que se enfrenta el Sistema Interamericano actualmente es: a la profundización de la discriminación en contra de los migrantes³⁸; a reformas en la política migratoria de los Estados que impiden la regularización de los migrantes indocumentados; a abusos laborales producto de la presión de las crisis económicas, y a protestas xenófobas en las que los ciudadanos nacionales reclaman la recuperación de los puestos de trabajo que han sido ocupados por trabajadores migrantes³⁹.

37. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Relatoría Especial sobre trabajadores migratorios y sus familias sobre las visitas a los Estados de Costa Rica, Estados Unidos, Guatemala y México.

38. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Relatoría Especial sobre trabajadores migratorios y sus familias sobre “debido proceso” y “condiciones de detención”.

39. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Relatoría Especial sobre trabajadores migratorios y sus familias sobre “discriminación, racismo y xenofobia”.

Aunque puede afirmarse que en algunos casos se han producido avances, como el hecho de que en Estados Unidos se haya creado un manual que establece que a los migrantes detenidos se les debe informar el derecho de asistencia consular, y también es posible pensar que muchas de las actuales circunstancias de los migrantes no son producto de la acción directa de los Estados, lo que es evidente es que los Estados americanos continúan elaborando sus políticas migratorias sin tener en cuenta los criterios de las opiniones 16 y 18^[40].

Entre otras razones, este proceder se puede explicar porque las dos opiniones crearon también los argumentos para que los Estados desconozcan las obligaciones internacionales que la Corte establece en las opiniones consultivas: la Corte interpretó instrumentos internacionales que no son de su competencia consultiva, en el caso de la Opinión 16, e interpretó como vinculantes instrumentos internacionales que no lo son directamente, en el caso de la Opinión 18.

Lo más criticable es que las mismas obligaciones que la Corte impuso a los Estados americanos respecto de la población migrante –valiéndose de la interpretación de instrumentos internacionales que excedieron su competencia– podría haberlas derivado del texto mismo de la Convención Americana. Sin embargo, la Corte escogió el camino de ampliar su competencia, interpretar esos tratados y establecer unas obligaciones sin fuerza vinculante para los Estados, y, por esa vía, obtener una *victoria pírrica* en la protección de los derechos humanos de los migrantes⁴¹.

40. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Relatoría Especial sobre trabajadores migratorios y sus familias sobre la “práctica de los Estados miembros de la OEA en materia migratoria”.

41. Un análisis detallado del caso de la Opinión Consultiva 16 de 1999 bajo esta perspectiva se puede encontrar en CALIDONIO SCHMID. “Advisory Opinions on Human Rights: Moving Beyond a Pyrrhic Victory”, cit.

Lo mismo podría decirse de la relación entre la Opinión Consultiva 17 de 2002 y la situación de los niños en el continente americano. Sin embargo, el punto central es que los Estados no encuentran en las opiniones una fuente general de obligaciones, como sí en las sentencias contenciosas. Esto conduce a que la eficacia del sistema tenga su base en la capacidad coercitiva del mismo y no en la posibilidad de autodesarrollarse, como lo ha hecho, sin éxito, a través de las opiniones consultivas.

Finalmente, aunque es cierto que los Estados americanos que ratificaron la Convención Americana han cumplido, en la mayoría de los casos, con algunas decisiones consultivas importantes, como las referentes a las restricciones a la pena de muerte, la prohibición de limitación de ciertas garantías mínimas bajo estados de excepción, y en especial del *habeas corpus*, estos avances no impiden que se desconozca que la protección de los derechos humanos exige un nivel de compromiso y de vinculación mayor, ni, especialmente, que la Corte haga de las opiniones un instrumento potente para desarrollar las obligaciones de los Estados de garantía de los derechos humanos, a través de la superación de esas dos fisuras, y que se avance en la creación de un sistema de decisiones consultivas, que tenga la capacidad de integrarse a las necesidades y a las exigencias de protección del ser humano en el continente.

iv.ii. Opiniones que declaran la (in)compatibilidad de normas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos

La posibilidad de que la Corte Interamericana, por medio de una opinión consultiva, examine la compatibilidad de la legislación interna de un Estado con la Convención Americana es una de las vías más importantes para que los Estados cumplan con el artículo 2.º CADH, que establece la obligación de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Es una obligación que deriva del principio de *efecto útil* del derecho internacional de los derechos humanos y que busca que los Estados adecuen su legislación interna a la Convención Americana.

Sin embargo, la forma como se desarrolló y construyó esta parte de la función consultiva hace que el interés de los Estados por consultar su legislación sea nulo, y que los efectos de una Opinión, en estos casos, susciten más dudas que certezas. La *ampliación de la competencia* se expresa en las reglas 6, 7, 8 y 9 de la parte inicial de este capítulo, que señalan que la Corte se considera competente para examinar la compatibilidad de las normas legales y constitucionales vigentes y de los proyectos de reforma constitucional o legal con la Convención Americana.

La *indeterminación de los efectos* se manifiesta en que, además de las oscilaciones sobre los efectos generales de sus opiniones, la Corte ha considerado que en estos casos existen tres límites adicionales a su competencia consultiva: 1) su alcance es tan amplio como lo exijan la protección de los derechos humanos y el principio de efecto útil; 2) no puede establecer la responsabilidad del Estado por expedición o aplicación de las normas consultadas, y 3) no puede entorpecer el debate político interno.

La relación de las dos fisuras en este caso es estrecha. De una parte, el examen de la compatibilidad de un proyecto de reforma constitucional o legal con la Convención Americana siempre entorpece el debate político interno. Es impensable que la opinión consultiva de la Corte no influya en un sentido o en otro la deliberación interna del órgano legislativo, cuando este se ocupe del estudio de la reforma que fue consultada ante la Corte Interamericana.

De otro lado, si la Corte no puede establecer ningún tipo de responsabilidad del Estado, por la expedición o aplicación de la norma interna consultada incompatible con la Convención, queda en duda la forma como se va a cumplir con el fin de protección de los derechos humanos y de garantía del principio de efecto útil. Puede decirse que ante esta situación se debe esperar a que una víctima de la

expedición o aplicación de esa norma inicie el trámite de petición individual o a que de alguna forma se lleve el caso ante la Corte, hipótesis en las cuales se demuestra de nuevo que la eficacia del sistema se dirige a su función coercitiva.

Otra situación que no es clara se produce cuando la Corte declara la compatibilidad de una norma interna y el Estado decide luego reformarla. En estos casos no existe el deber del Estado de consultar ese proyecto de reforma, ni siquiera en los casos en que pretenda restringir de alguna forma un derecho humano establecido en la Convención Americana.

Finalmente, debe precisarse el efecto de la opinión consultiva que declara la compatibilidad de un proyecto de reforma constitucional o legal respecto de las normas vigentes. Como la Corte solo conoce el proyecto de reforma y no las normas vigentes, no puede determinar si en ambos casos existe compatibilidad con la Convención, si la reforma soluciona un problema de incompatibilidad o si lo profundiza.

Superar estas indeterminaciones puede alentar a los Estados a someter algunas normas y proyectos de reforma al baremo de la Convención Americana, lo que sin duda permitirá que, al menos en el ámbito de las normas, los Estados avancen en la garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención.

iv.iii. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana es destacada en el continente americano por reconocer la fuerza vinculante y por usar las sentencias de la Corte Interamericana para resolver problemas jurídicos de orden interno⁴². En casi dos décadas, la Corte colombiana ha uti-

42. Cfr. DIEGO GARCÍA SAYÁN, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos*

lizado los criterios de la jurisprudencia interamericana en temas como el deber de garantizar los derechos humanos⁴³, la responsabilidad del Estado por las violaciones a derechos humanos⁴⁴, el acceso a la justicia y los derechos de las víctimas⁴⁵, el deber de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos⁴⁶, el derecho a la verdad y a la justicia⁴⁷, las leyes de amnistía⁴⁸, el debido proceso, la presunción de inocencia y la situación carcelaria⁴⁹, las facultades de policía judicial de las fuerzas militares⁵⁰, los derechos de la población desplazada⁵¹, los derechos económicos, sociales y culturales⁵², y los derechos reproductivos de las mujeres⁵³.

Este antecedente permite afirmar que la Corte Constitucional colombiana, mediante su jurisprudencia, ha realizado en su integridad nuestro concepto de implementación. Sin embargo, en tratándose de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana no es posible afirmar lo mismo.

El uso que la Corte colombiana ha hecho de las opiniones de la Corte Interamericana es marginal, incluso en aquellas situaciones en las cuales existe una coincidencia de objeto, entre el tema de una opinión consultiva y el de un caso sometido a conocimiento de la Corte Constitucional⁵⁴.

Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005. Se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-568 de 1999, C-010 de 2000 y C-200 de 2002.

43. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-293 de 1995.

44. Sentencia C-317 de 2002.

45. Sentencia C-228 de 2002.

46. Sentencia C-282 de 2000.

47. Sentencias T-275 de 1994 y C-871 de 2003.

48. Sentencias C-578 de 2002 y C-695 de 2002.

49. Sentencia T-1030 de 2003.

50. Sentencia C-251 de 2002.

51. Sentencia T-024 de 2004.

52. Sentencia T-760 de 2008.

53. Sentencia C-355 de 2006.

54. Sentencias SU-198 de 2013, T-040 de 2013, T-256 de 2013, T-376 de 2013, T-694 de 2013, T-738 de 2013, T-921 de 2013, T-955 de 2013, T-956 de 2013, C-239 de 2014 y C-240 de 2014.

Por ejemplo, en las sentencias que la Corte Constitucional profiere en ejercicio de su deber de controlar la declaratoria de los estados de excepción⁵⁵, las referencias a las opiniones consultivas 8 y 9 de 1987, que se refieren al *habeas corpus* y a las garantías judiciales bajo este tipo de situaciones, son apenas formales⁵⁶.

En situaciones como esta, en que existe un pronunciamiento consultivo de la Corte Interamericana sobre el tema objeto de conocimiento del tribunal, no es aceptable el argumento de que los jueces nacionales no usan las opiniones consultivas de la Corte Interamericana porque esta solo se ha pronunciado sobre un número limitado de temas, si se compara con los diferentes asuntos que aquellos conocen. En estos casos, los tribunales internos no acuden a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana porque ante la *indeterminación de los efectos* no es posible sustentar una decisión interna con base en un pronunciamiento consultivo.

Si se tuviera certeza sobre la fuerza vinculante –absoluta o nula– de las opiniones consultivas, los jueces nacionales podrían incluirlas como criterios determinantes de sus decisiones, como criterios auxiliares de interpretación, o como un elemento de las cargas de la argumentación, según corresponda. Si para los tribunales internos no existe certeza de los efectos de las opiniones consultivas, lo razonable es que les den un uso excepcional como el que aquí se describe.

Comentar tres decisiones de la Corte Constitucional colombiana en la que se reproduce esa *indeterminación de*

55. Constitución Política de Colombia, artículo 241: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: [...] 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución”.

56. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-135 de 2009.

los efectos nos permitirá demostrar que esta fisura de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana afecta el uso que los tribunales internos puedan hacer de este tipo de decisiones.

En la Sentencia C-408 de 1996 la Corte Constitucional colombiana declaró constitucional la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y su ley aprobatoria. En esta oportunidad, la Corte consideró que la posibilidad de que algunos órganos de la OEA –como la Comisión Interamericana de Mujeres– pudieran solicitar a la Corte Interamericana una opinión consultiva no violaba la soberanía nacional colombiana porque, puesto que, de acuerdo con la Convención Americana, la Corte Interamericana “es el máximo intérprete judicial de los alcances de los tratados de derechos humanos adoptados en el marco de la Organización de Estados Americanos, es lógico que nuestro país acoja sus criterios jurisprudenciales, tanto en los casos contenciosos como consultivos, pues la propia Constitución señala que los derechos y deberes deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia”⁵⁷ (énfasis nuestro).

En la Sentencia C-010 de 2000, aunque la Corte Constitucional utilizó los criterios de la Opinión Consultiva 5 de 1985 para resolver una demanda de constitucionalidad –como más adelante se comentará–, respecto de los efectos de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana dijo el tribunal constitucional que “constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”⁵⁸.

Finalmente, en la Sentencia T-1319 de 2001, la Corte Constitucional distinguió las sentencias de la Corte Interamericana de sus opiniones consultivas, y respecto de estas dijo que “ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones,

57. Sentencia C-406 de 1996. Consideración 24.

58. Sentencia C-010 de 2000. Consideración 7.

pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, *más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente*⁵⁹.

En la primera sentencia comentada, la Corte Constitucional no distingue entre las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana y sus opiniones consultivas. En ambos casos, considera que son criterios hermenéuticos para interpretar los derechos y deberes constitucionales. En la segunda sentencia, la Corte solo se refiere a las opiniones consultivas y mantiene la tesis de que son criterios de interpretación. En la tercera sentencia, la Corte distingue entre sentencias contenciosas y opiniones consultivas, y aunque les da un “peso distinto”, no se precisa el contenido o las consecuencias de esa diferenciación.

La falta de claridad sobre los efectos de las opiniones lleva a que la Corte Constitucional no pueda precisar el uso que debe hacer de estas y a que se produzcan estos pronunciamientos, que muestran las variaciones de la jurisprudencia constitucional colombiana respecto de la fuerza vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana.

Aún así, vale la pena destacar dos temas en relación con los cuales la Corte Constitucional colombiana ha hecho un uso destacado de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana. Se trata de la libertad de expresión y de los derechos de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos.

En las sentencias C-010 de 2000 y T-391 de 2007 la Corte Constitucional conoció dos casos de limitación a la libertad de expresión, el primero a través de una ley que regulaba el servicio de radiodifusión y el segundo a través de una sentencia judicial que ordenaba investigar y sancionar a una cadena radial por los contenidos de uno de sus programas. En ambos casos, la Corte declaró que tanto la

59. Sentencia T-1319 de 2001. Consideración 13.

ley como la orden judicial violaban el derecho fundamental a la libertad de expresión.

La Corte Constitucional se refirió en los dos casos a la Opinión Consultiva 5 de 1985 para definir los siguientes temas: 1) el contenido y las dimensiones del derecho a la libertad de expresión; 2) el régimen de las responsabilidades ulteriores de la libertad de expresión; 3) la prohibición de censura previa, y 4) los requisitos de necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la libertad de expresión.

Respecto de los derechos de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos, la Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia C-370 de 2006, resolvió una demanda en contra de la Ley 975 de 2005, “por medio de la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. En este caso, la Corte recurrió a las opiniones consultivas 8 y 9 de 1987 para referirse a dos asuntos. En primer lugar, la Corte desarrolló el deber de los Estados de investigar, dentro de un plazo razonable, las violaciones a los derechos humanos, como un elemento del derecho a la justicia de las víctimas de tales violaciones⁶⁰; y en segundo lugar, la Corte se refirió *in extenso* a los recursos judiciales mínimos con que deben contar las víctimas de violaciones a los derechos humanos, que no pueden ser suprimidos ni siquiera por las denominadas “leyes de punto final”⁶¹.

La conclusión inmediata es que estos casos –libertad de expresión y derechos de las víctimas– son marginales y excepcionales si se tiene en cuenta tanto el conjunto de la jurisprudencia constitucional colombiana como el papel de las opiniones consultivas en las decisiones reseñadas. La conclusión mediata es que la implementación de las

60. Sentencia C-370 de 2006. Consideración 6.2.3.1.5.

61. Sentencia C-370 de 2006. Consideración 4.9.6.

opiniones consultivas en el orden interno de los Estados americanos se dificulta, incluso para los tribunales más destacados y progresistas, por la *indeterminación de los efectos* de las decisiones consultivas de la Corte Interamericana.

Antes de finalizar este trabajo, resulta pertinente referirse a la relación de la función consultiva de la Corte Interamericana con la doctrina del control de convencionalidad, el denominado diálogo judicial y el supuesto carácter de la Corte Interamericana como un tribunal constitucional regional. A esa relación se dedicarán unas líneas antes de presentar las conclusiones finales de la investigación.

V. LA FUNCIÓN CONSULTIVA Y LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Uno de los aspectos que mayor trascendencia ha tenido en los últimos veinte años ha sido la doctrina de la Corte Interamericana sobre el control de convencionalidad. Desde su primer planteamiento específico, en el caso “Almonacid Arellano contra el Estado de Chile”, de 2006, hasta la Opinión Consultiva 21 de 2014, se han escrito múltiples estudios sobre el concepto, características, tipos, grados de intensidad y análisis críticos sobre esta doctrina de la Corte⁶².

62. ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, Porrúa-UNAM, México, 2012. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 9, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2011, pp. 531-622, y “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIV, n.º 131, mayo-agosto, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 917-967. HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexica-*

A efectos de este trabajo y con el único fin de enmarcar el análisis de la relación entre el control de convencionalidad y la función consultiva de la Corte, se asume la definición de control de convencionalidad como el mecanismo institucional interamericano de solución de antinomias (MIISA), de acuerdo con el cual, ante la imposibilidad de realizar una interpretación conforme, las autoridades nacionales tienen el deber de inaplicar o invalidar (según los poderes asignados por el ordenamiento nacional) las normas internas contrarias al parámetro de control de convencionalidad.

Bajo ese marco, vale la pena destacar que la Opinión Consultiva 21 hace una referencia expresa a la posición de las opiniones consultivas dentro del parámetro del control de convencionalidad. En efecto, en el párrafo 31 de la citada opinión, la Corte sostuvo:

Es por tal razón que [la Corte] estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en

no de Derecho Comparado, vol. XLV, n.º 135, septiembre-diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 1167-1220, y “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 10, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2012, pp. 57-140. JUAN CARLOS HITTERS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 7, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009, pp. 109-128, y “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional, cláusula federal)”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 10, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2012, pp. 535-573. KARLOS CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, México, 2013, pp. 51-97. MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ, *El control de convencionalidad*, Temis, Bogotá, 2014. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n.º 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2010, pp. 117-135. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Estudios avanzados de Derechos Humanos*, cit., pp. 557-589.

ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos⁶³.

Resulta importante poner en relación esta tesis de la Corte, sobre la inclusión de las opiniones consultivas dentro del parámetro de convencionalidad, con algunos de los problemas (fisuras) que se han expuesto en este trabajo. Esta conexión resulta necesaria, especialmente porque muchos de los interrogantes, de las incertidumbres y de las críticas formuladas adquieren mayor relevancia al asumir que las opiniones consultivas tienen el carácter de parámetro de convencionalidad.

En primer lugar, desde la perspectiva de la fuerza vinculante vertical de las opiniones consultivas, la Corte afirma la obligatoriedad, para los Estados y sus órganos judiciales (en sentido amplio) y administrativos internos, de la interpretación realizada en una opinión consultiva. De acuerdo con esta tesis, resulta que la inclusión de las opiniones consultivas dentro del parámetro de convencio-

63. CORTE INTERAMERICANA, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21, párr. 31.

nalidad es un argumento a favor de una fuerza vinculante absoluta en este primer sentido.

Lo anterior quiere decir que los Estados y sus órganos internos están indubitablemente obligados a asumir que las opiniones consultivas son vinculantes y deben realizar la interpretación conforme de sus normas internas o, cuando esto no sea posible, inaplicar o invalidar normas internas contrarias a la interpretación establecida en una determinada opinión consultiva.

El aquí denominado mecanismo institucional interamericano de solución de antinomias (MIISA) incluiría, en los términos citados de la Opinión Consultiva 21, a este tipo de decisiones de la Corte como parámetro obligatorio para las autoridades nacionales. En adelante, desconocer una interpretación consultiva y aplicar o mantener la validez de una ley contraria a la interpretación establecida en la opinión consultiva puede generar la responsabilidad internacional del Estado ante la Corte Interamericana.

En segundo lugar, desde el punto de vista de la fuerza vinculante horizontal, tampoco cabe duda de que la Corte confirma una de las intuiciones formuladas en este trabajo: el tribunal le confiere a las opiniones consultivas un grado alto de fuerza vinculante interna que explica el uso que de tales decisiones hace en el procedimiento contencioso para fundamentar directamente la declaratoria de responsabilidad internacional de los Estados⁶⁴.

64. Debe advertirse que el esquema de análisis bajo las ideas de la fuerza vinculante horizontal y vertical de las opiniones consultivas no es compartido por otros autores, quienes sostienen, con un alto nivel de contradicción, que este tipo de reglas de fuerza vinculante de la jurisprudencia no son aplicables en el derecho internacional a pesar de que la práctica de algunos tribunales se desarrolle bajo esta dinámica. Por ejemplo: “la regla del *stare decisis* no se condice con la estructura del Sistema Interamericano ni con la naturaleza misma de los dictámenes consultivos si bien basta un solo dictamen consultivo para que el mismo despliegue todos sus efectos –v. gr. OC–20/09–. Así, además de que esta regla no se ha utilizado nunca en el Derecho internacional, no se podría aplicar la regla del valor de los precedentes vertical al sistema

En efecto, como se citó textualmente, la Corte sostiene en la Opinión Consultiva 21 que las opiniones consultivas tienen *relevancia jurídica* para los Estados miembros de la OEA y “para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta”⁶⁵. Resulta apenas evidente que tal afirmación de la Corte la vincula también en cuanto órgano de la OEA, con lo cual se crea una cláusula expresa de fuerza vinculante horizontal de las opiniones consultivas. Esta regla es la confirmación del resultado del estudio de esta investigación sobre la relación entre la función consultiva y la contenciosa.

No obstante constituir un avance en la determinación de los efectos de las opiniones consultivas y en la coherencia interna de la Corte, persiste la contradicción entre la cada vez más clara fuerza vinculante de las opiniones consultivas y las propias manifestaciones de la Corte por diferenciar, en este aspecto, sus opiniones de otro tipo de decisiones como las sentencias de los casos contenciosos.

Cada vez resulta más complicado para los investigadores y para la propia Corte explicar las diferencias entre los efectos de una opinión consultiva y los de una sentencia contenciosa, más allá de las características intrínsecas a cada uno de los procedimientos. Aún más, la Corte ha avanzado en una comprensión extraña de una función consultiva, de

de la Corte IDH desde que no se trata de un Tribunal superior con poder de revocación de las sentencias de los *a quo* que contradigan sus precedentes, ni tampoco se puede hablar de un valor de los precedentes en un campo horizontal”. No obstante afirmar contundentemente esta tesis, el autor concluye concediendo la razón a quienes observan que la práctica judicial de la Corte Interamericana permite colegir que tal esquema de análisis sí resulta aplicable: “la regla del *stare decisis* no es aplicable desde el punto de vista teórico para ninguna de las dos competencias –contenciosa y consultiva– *aunque la práctica demuestra lo contrario*”: GUEVARA PALACIOS, *Los dictámenes consultivos*, cit., pp. 321 y 322.

65. CORTE INTERAMERICANA, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21, párr. 32.

la cual derivan parámetros obligatorios para el órgano que emite el dictamen, para los órganos y Estados parte de la OEA.

A pesar de las críticas anteriores sobre la contradicción entre la doctrina de la Corte, la Opinión Consultiva 21 y el fenómeno material de fuerza vinculante horizontal y vertical de las opiniones, lo más importante es que la obligatoriedad de la doctrina (¿jurisprudencia?) consultiva de la Corte Interamericana redundará –seguramente– en una mayor protección de los derechos humanos en el ámbito americano. Como se ha advertido previamente, sería ideal que ese progreso se diera mediante la superación absoluta y expresa de la fisura de la indeterminación de los efectos, y que la Corte abandonara definitivamente los fracasados intentos por mantener la tesis de que opiniones consultivas y sentencias contenciosas pueden ser distinguidas con base en la fuerza vinculante que proyectan hacia el propio tribunal y hacia los Estados.

Ante la inexistencia de ese escenario ideal, es preciso reconocer que la fisura de indeterminación de los efectos cada vez tiene una menor magnitud. Cuestión diferente y que corresponde a la Corte es la justificación –de acuerdo con el derecho internacional– del mayor nivel de fuerza vinculante de sus opiniones consultivas, hasta el punto de hacer parte del parámetro de convencionalidad. Mientras se produce la deliberación necesaria entre Estados y entre jueces sobre este aspecto, será la práctica judicial nacional el indicador más importante sobre el ajuste institucional que habrá de tener la incorporación de las opiniones consultivas en el sistema de fuentes de cada uno de los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano.

VI. LA FUNCIÓN CONSULTIVA, EL DIÁLOGO JUDICIAL Y LA CORTE INTERAMERICANA COMO UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una breve mención merece el papel que juega la función consultiva en el denominado diálogo entre tribunales, y, en

especial, la posibilidad de considerar a la Corte Interamericana como una especie de tribunal constitucional regional.

A pesar de que ya se ha hecho referencia a un conjunto de mecanismos institucionales para el diálogo judicial (interpretación conforme, control de convencionalidad en sus diferentes intensidades y principio *pro persona*), resulta pertinente comprobar si el actual funcionamiento de la competencia consultiva confiere razón o no a quienes afirman la actual condición de tribunal constitucional de la Corte Interamericana.

Las tesis de acuerdo con las cuales el Sistema Interamericano es un sistema constitucional, el *corpus iuris* interamericano es una Constitución, y la Corte Interamericana es un tribunal constitucional regional, han sido formuladas, *inter alia*, por BURGORGUE-LARSEN⁶⁶. En síntesis, los argumentos que pretenden fundamentar una *analogía* entre la Corte Interamericana y el rol funcional de un tribunal constitucional son:

- a. La función contenciosa de la Corte Interamericana ha permitido el control de normas inferiores (constituciones y leyes nacionales) con base en un parámetro constitucional regional (*corpus iuris* interamericano).
- b. Tanto la Corte Interamericana como los tribunales constitucionales se encargan de la interpretación y aplicación de catálogos de derechos establecidos en el bloque de convencionalidad o de constitucionalidad, respectivamente.
- c. El proceso de aplicación de la doctrina de la Corte Interamericana sobre la responsabilidad internacional de los Estados por la expedición y aplicación de normas (constitucionales

66. LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, en HÉCTOR FIX FIERRO, MARIELA MORALES ANTONIAZZ y ARMIN VON BOGDANDY, *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, pp. 412-457.

o legales) contrarias a la Convención Americana es análogo al proceso de control de constitucionalidad de las leyes que realizan los tribunales constitucionales.

d. La Corte Interamericana enfrenta el fenómeno del multiculturalismo y del pluralismo jurídico del mismo modo en que los tribunales constitucionales asumen el rol de distribución de competencias en los Estados federales.

e. La función consultiva es una especie de control abstracto previo o posterior de proyectos de reforma constitucional o de ley y de normas constitucionales o leyes vigentes de los Estados.

Por el espacio y ámbito de esta investigación, interesa un comentario exclusivamente sobre el último de los argumentos que se refiere precisamente a la función consultiva. Tal argumento se compone de las siguientes premisas: e.i) en ejercicio de la función consultiva, la Corte Interamericana puede realizar un control de compatibilidad entre normas (constitucionales y legales) vigentes o proyectos de reforma (constitucional o legal) de los Estados; e.ii) el control de la compatibilidad de normas vigentes de los Estados con la Convención Americana es análogo al control abstracto y posterior de constitucionalidad, y e.iii) el control de la compatibilidad de proyectos de reforma de una ley o de la Constitución de un Estado con la Convención es análogo al control previo de constitucionalidad⁶⁷.

A pesar de que la propia BURGORGUE-LARSEN reconoce que su analogía entre la función consultiva de la Corte Interamericana y las funciones de los tribunales constitucionales es limitada porque la Corte no tiene el poder de invalidar las normas que encuentre incompatibles con el *corpus iuris* interamericano⁶⁸, habría que señalar otros aspectos que

67. *Ibíd.*, pp. 424-426.

68. “La analogía tiene unos límites iniciales, si se advierte que el papel de la Corte IDH en el ámbito consultivo consiste en dar su punto de vista acerca de una norma interna (en gestación o no), sin tener

pueden contribuir en el debate sobre la incidencia que tiene la función consultiva en el supuesto carácter de tribunal constitucional de la Corte Interamericana.

En primer lugar, vale la pena reiterar que la Corte Interamericana ha ampliado su función consultiva, de manera tal que el estudio de la compatibilidad de una norma interna consultada por un Estado no se limita al *corpus iuris* interamericano, sino que se extiende, como se ha dejado establecido en la parte inicial de este trabajo, a otros tratados de derechos humanos o a tratados que no tienen por objeto la protección de los derechos humanos. En consecuencia, el parámetro de control de la compatibilidad de las normas internas sería mucho más amplio que la supuesta “Constitución interamericana” o podría estar conformado parcial o totalmente por normas ajenas a esa “Constitución”.

Adicionalmente, dentro de esa amplitud potencial del parámetro de control, es el propio Estado consultante el que decide cuál será la norma o cuáles serán las normas contra las cuales debe examinarse la compatibilidad de su derecho interno. Dentro de ese margen de elección, no solo puede excluir todas las normas que hacen parte del *corpus iuris* interamericano, sino que puede escoger tratados que tengan una relación meramente tangencial con la protección de los derechos humanos.

En consecuencia, un grado tal de indeterminación en los elementos del juicio de contraste y la posibilidad de que el propio consultante fije el parámetro de control de la norma que somete a juicio del tribunal, son absolutamente extraños al control de constitucionalidad. Resulta difícil pensar un sistema de control de constitucionalidad en el que sea posible establecer que el juicio de constitucionalidad

ningún tipo de poder para proceder a la abrogación o anulación de esa norma si se revela contraria a la Convención. El poder de anulación o derogatorio sigue estando en manos de los poderes constituidos de los Estados miembros”: *ibíd.*, p. 426.

no se hará en relación con el texto constitucional, sino que se tomarán en cuenta otras normas totalmente ajenas al ordenamiento del que hace parte la norma que se examina. Y aún más impensable resulta un sistema de control de constitucionalidad en el que se pueda excluir totalmente a la Constitución (parámetro de constitucionalidad por antonomasia) del ámbito de normas que forman parte del juicio de contraste. Sobre estos dos aspectos debe pronunciarse, inevitablemente, quien afirme la conexión entre la función consultiva de la Corte Interamericana y la de un tribunal constitucional.

En relación con el control de proyectos de reforma constitucional o legal, la autora sostiene que este se parece al control previo de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional de Colombia respecto de los proyectos de leyes estatutarias⁶⁹. No obstante, vale la pena señalar tres diferencias esenciales entre la función consultiva de la Corte Interamericana y el control de constitucionalidad de proyectos de leyes estatutarias en Colombia.

El control de constitucionalidad de los proyectos de leyes estatutarias que se aduce como análogo a la función consultiva ostenta tres características que hacen inviable la analogía. En primer lugar, se trata de un control automático, que no solo no requiere petición de parte, sino que se realiza porque constituye un elemento esencial e insustituible del proceso de elaboración de la ley. En segundo lugar, el control previo de constitucionalidad de la ley es integral, lo cual quiere decir que se contrasta el proyecto de ley con toda la Constitución. Finalmente, la decisión de la Corte Constitucional de Colombia sobre la inconstitucionalidad parcial o total de un proyecto de ley estatutaria es definitiva e implica que las disposiciones contrarias a la Constitución no harán parte de la ley estatutaria⁷⁰. Ni qué

69. *Ibíd.*

70. Cfr. las características esenciales del control de constitucionalidad de los proyectos de leyes estatutarias en el ordenamiento colombiano

decir de la posibilidad de que la Corte declare la constitucionalidad de disposiciones estatutarias bajo determinadas interpretaciones que las convierten en conformes al texto constitucional⁷¹.

La función consultiva no cumple ninguna de estas condiciones. Por supuesto, no se trata de un control automático, sino excepcional y a petición del propio Estado. Como ya se advirtió, no solo no es integral porque no se contrasta el proyecto frente a todo el *corpus iuris* interamericano, sino que estas disposiciones pueden ser excluidas total o parcialmente del juicio de contraste. Finalmente, como se planteó en su momento, la decisión de la Corte Interamericana de declarar la (in)compatibilidad no vincula al Estado para aprobar el proyecto o abstenerse de hacerlo, de acuerdo con el resultado de la opinión consultiva.

En consecuencia, la función consultiva no es análoga al control de constitucionalidad abstracto y posterior (premisa e2.) porque este implica el poder de invalidar las normas contrarias al parámetro de constitucionalidad, competencia de la que carece la Corte Interamericana en ejercicio de su función consultiva. Tampoco es análoga al control previo y automático de los proyectos de leyes estatutarias del ordenamiento colombiano porque el ejercicio consultivo no es automático, integral y definitivo (premisa e3). Por último y aún más relevante, en las dos hipótesis (normas vigentes o proyectos de reforma) el diseño de la función consultiva del artículo 64.2 CADH, tal como ha sido desarrollado por la propia Corte, se aleja hasta el punto de contradecir aspectos centrales del control de constitucionalidad: la posibilidad de decidir el parámetro de control y de excluir total o parcialmente a la Constitución del ejercicio de contraste.

en ALEXEI JULIO ESTRADA, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 258-262.

71. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias C-295 de 2002 y C-748 de 2011.

Antes de concluir, vale la pena aclarar que el debate sobre el rol de la Corte Interamericana y su potencial papel como tribunal constitucional regional, involucra discusiones fascinantes y, sobre todo, útiles para la protección de los derechos humanos en la región. En este trabajo no se ha partido de la negación total de que la Corte Interamericana pueda llegar a fungir como una especie de tribunal constitucional regional, pero, ciertamente, esta es una tesis prescriptiva y no una descripción de la situación actual.

Aún más, lo que se ha querido mostrar en estas líneas es que la función consultiva tiene pocos argumentos que aportar a quienes defienden el papel constitucional de la Corte Interamericana. Por el contrario, concentrarse en los aspectos que verdaderamente ponen en relación las funciones de la Corte con las de los tribunales constitucionales puede ser un aporte más significativo que forzar argumentos basados en la competencia consultiva.

Persistir en la estrategia de la analogía entre la función consultiva y el control de constitucionalidad debería llevar primero a contribuir a que se superen las dos fisuras de la función consultiva. Esta puede ser una discusión académica e institucional más útil e interesante.

A pesar de la contribución de la doctrina en la discusión de las fisuras de la función consultiva, sobre este aspecto quedó dicho desde la primera edición y se mantiene invariable hasta ahora que la superación de esas dos fisuras es responsabilidad de la Corte Interamericana. Cualquiera que sea la opción que tome la Corte para superarlas y lo que esa opción institucional contribuya o no a construir un tribunal constitucional regional vendrá a bien para la protección de los derechos humanos de los hombres y mujeres, de los niños y niñas, de las víctimas y de los victimarios, de los nacionales y de los migrantes; en fin, de los seres humanos que habitamos el continente americano.



CONCLUSIONES

1. A partir de la lectura, el análisis y disección de la totalidad de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidas hasta la fecha, se puede identificar un sistema de veintiocho reglas sobre la competencia consultiva de la Corte, que dista mucho del sistema creado por la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. El sistema creado por la Corte Interamericana presenta dos características principales: la *indeterminación de los efectos* de las opiniones consultivas y la *ampliación de la competencia* consultiva. Esas dos características pueden denominarse *fisuras* de la función consultiva de la Corte.

3. Las dos fisuras de la función consultiva de la Corte Interamericana entorpecen la relación entre el procedimiento contencioso y el procedimiento consultivo, impiden la implementación de las decisiones consultivas en el ámbito interno de los Estados y ponen en duda tanto la incorporación de las opiniones consultivas al parámetro de convencionalidad como la tesis del papel de la Corte como un tribunal constitucional regional.

4. El entorpecimiento de la relación entre la función consultiva y la función contenciosa de la Corte Interamericana impide que –a pesar de su importancia– las opiniones consultivas sean un referente en el derecho internacional y, especialmente, que sean utilizadas por la misma Corte y por otros tribunales como la Corte Europea de Derechos Humanos.

5. La dificultad para implementar las opiniones consultivas en el ámbito interno de los Estados impide que la protección de los derechos humanos se guíe por los estándares establecidos en las decisiones consultivas, lo que redundará en la pérdida de oportunidad para avanzar en la protección de los seres humanos que habitan el continente americano. Para materializar este propósito resulta necesario que la Corte supere esas dos fisuras, determinando los efectos de sus opiniones y limitando su competencia consultiva.

6. No es posible superar una fisura sin resolver la otra. Existe una relación entre la dos que impide otorgar efectos jurídicos vinculantes a las opiniones consultivas sin restringir la competencia; no es posible restringir la competencia sin referirse a los efectos de las opiniones y carece de sentido ampliar la competencia sin definir los efectos de éstas.

7. Aunque hasta ahora las opiniones consultivas de la Corte Interamericana han suscitado e impulsado cambios significativos tanto en el Sistema Interamericano como en los Estados que lo conforman, la superación de las dos fisuras mencionadas posiblemente permitirá que estos instrumentos dejen de ser vistos como decisiones políticas no vinculantes y constituyan una fuente de obligaciones internacionales para los Estados.

8. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana –como interpretación autorizada de la Convención Americana de Derechos Humanos– están llamadas a ser fuente de obligaciones internacionales y a que sus estándares sean implementados en el ámbito interno de los Estados. Cuando esto sea así, el sistema habrá avanzado en la protección de los derechos humanos en el continente americano.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, VÍCTOR. *La aplicación de tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Madrid, Editores del Puerto, 2007.
- ALBANESE, SUSANA. *Derechos humanos: estudio de casos y opiniones consultivas*, Argentina, De Belgrano, 1999.
- BARDONNET, DANIEL. *Derecho internacional y derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995.
- BECCERRA RAMÍREZ, MANUEL. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007.
- BUERGENTHAL, THOMAS. *Los derechos humanos: una nueva conciencia internacional*, Buenos Aires, Edisar, 1977.
- BUERGENTHAL, THOMAS. *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.
- CALIDONIO SCHMID, JULIE. “Advisory Opinions on Human Rights: Moving Beyond a Pyrrhic Victory”, en *Duke Journal of Comparative and International Law*, Spring, 2006.
- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO. *Doctrina latinoamericana del derecho internacional*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.
- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNHCR, 2003.
- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO. *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, San José, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para la atención de los refugiados ACNUR, 2003.
- CASTILLA JUÁREZ, KARLOS. *¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIII, México, 2013, pp. 51-97.

- ESPÓSITO, CARLOS. *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- ESPÓSITO, CARLOS. “¿La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia como jurisdicción de apelación?”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1996.
- FAÚNDEZ LEDEZMA, HÉCTOR. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- FERRER MAC-GREGOR. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 9, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2011, pp. 531-622.
- FERRER MAC-GREGOR. *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, vol. XLIV, n.º 131, mayo-agosto, 2011, pp. 917-967.
- FISLER DAMROSCH, LORI y H. OXMAN, BERNARD. “Agora: ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory”, en *American Journal of International Law January*, 2005.
- FIX FIERRO, HÉCTOR; MORALES ANTONIAZZI, MARIELA; VON BOGDANDY, ARMIN. *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, México, 2014.
- GALLÓN GIRALDO, GUSTAVO. *Espacios internacionales para la justicia colombiana*, Bogotá, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombia, 1990.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Estudos avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Armin von Bogdandy, Flávia

- Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Elsevier, Campus Jurídico, 2013, pp. 557-589.
- GARCÍA SAYÁN, DIEGO. “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
- GARRÓ, ANAMARI. “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales*, n.º 20, enero-junio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.
- GUEVARA PALACIOS, AUGUSTO. *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bosch, Barcelona, 2012.
- HEFFERNAN, LIZ. “The Nuclear Weapons Opinions: Reflections on the Advisory Procedure of the International Court of Justice”, *Stetson Law Review*, Summer, 1998.
- HITTERS, JUAN CARLOS. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 7, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009, pp. 109-128.
- HITTERS, JUAN CARLOS. “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional, cláusula federal)”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 10, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2012, pp. 535-573.
- JULIO ESTRADA, ALEXEI. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- MORESO, JOSÉ JUAN y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA. *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- NIEMBRO ORTEGA, ROBERTO. “Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales”, en *Estudos avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração*

- jurídica: Emergência de um novo direito público*, Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Elsevier, Campus Juridico, 2013.
- NIETO NAVIA, RAFAEL. *Introducción al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, Bogotá, Temis-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.
- NIETO NAVIA, RAFAEL. *Estudios sobre derecho internacional público*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1993.
- NIETO NAVIA, RAFAEL. *Lecturas selectas de derecho internacional público*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1990.
- NIKKEN, PEDRO. “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, tomo I, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- NIKKEN, PEDRO. *Los derechos humanos en el sistema regional americano*, San José de Costa Rica, IIDH, 1987.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV, n.º 135, septiembre-diciembre, UNAM, 2012, pp. 1167-1220.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 10, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2012, pp. 57-140.
- PASQUALUCCI, JO M. “Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law”, *Stanford Journal of International Law*, Summer, 2002.
- PINTO, MÓNICA. “El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Argentina, Editores del Puerto, 1997.

- QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. *El control de convencionalidad*, Temis, Bogotá, 2014.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n.º 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2010, pp. 117-135.
- SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. *Control de Convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, Porrúa-UNAM, México, 2012.
- UPRIMNY YÉPES, RODRIGO. *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Bogotá, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, 1992.
- VENTURA ROBLES, MANUEL E. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: naturaleza y principios*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1989.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

- Sentencia T-175 de 1994.
- Sentencia T-275 de 1994.
- Sentencia C-293 de 1995.
- Sentencia C-408 de 1996.
- Sentencia T-568 de 1999.
- Sentencia C-010 de 2000.
- Sentencia C-554 de 2001.
- Sentencia T-1319 de 2001.
- Sentencia C-200 de 2002.
- Sentencia C-228 de 2002.
- Sentencia C-251 de 2002.
- Sentencia C-295 de 2002.

Sentencia C-317 de 2002.
Sentencia C-578 de 2002.
Sentencia C-695 de 2002.
Sentencia C-871 de 2003.
Sentencia T-1030 de 2003.
Sentencia T-025 de 2004.
Sentencia C-644 de 2004.
Sentencia C-355 de 2006.
Sentencia C-370 de 2006.
Sentencia T-391 de 2007.
Sentencia T-760 de 2008.
Sentencia C-748 de 2011.
Sentencia SU-198 de 2013.
Sentencia T-040 de 2013.
Sentencia T-256 de 2013.
Sentencia T-376 de 2013.
Sentencia T-694 de 2013.
Sentencia T-738 de 2013.
Sentencia T-921 de 2013.
Sentencia T-955 de 2013.
Sentencia T-956 de 2013.
Sentencia C-239 de 2014.
Sentencia C-240 de 2014.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C n.º 1.

Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C n.º 33.

- Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63.
- Caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C n.º 71.
- Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73.
- Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72.
- Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74.
- Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75.
- Caso Cinco Pensionistas *vs.* Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C n.º 98.
- Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107.
- Caso 19 Comerciantes *vs.* Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C n.º 109.
- Caso Hermanos Gómez Paquiyauri *vs.* Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110.
- Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111.
- Caso Tibi *vs.* Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114.
- Caso de las Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130.
- Caso de la Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134.

- Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140.
- Caso La Cantuta *vs.* Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162.
- Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.
- Caso de la Masacre de la Rochela *vs.* Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C n.º 163.
- Caso Escué Zapata *vs.* Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 165.
- Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 194.
- Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 195.
- Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205.

OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 1.
- El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 2.

- Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A n.º 3.
- Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4.
- 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 n.º 5.
- La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6.
- 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 n.º 7.
- El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A n.º 8.
- Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9.
- Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A n.º 10.
- Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A n.º 11.
- Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A n.º 12.

- Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A n.º 13.
- Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A n.º 14.
- Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997. Serie A n.º 15.
- El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1.º de octubre de 1999. Serie A n.º 16.
- Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17.
- Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18.
- 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 n.º 19.
- Corte IDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20.
- Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21.

INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión
1998.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión
1999.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión
2000.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión
2001.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión
2002.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión
2003.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión
2004.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión
2005.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión
2006.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión
2007.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión
2008.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión
2009.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión,
2013.
- Informe de la Relatoría Especial sobre trabajadores migratorios
y sus familias sobre debido proceso.
- Informe de la Relatoría Especial sobre trabajadores migratorios
y sus familias sobre condiciones de detención.

Informe de la Relatoría Especial sobre trabajadores migratorios y sus familias sobre discriminación, racismo y xenofobia.

Informe de la Relatoría Especial sobre trabajadores migratorios y sus familias sobre práctica de los Estados miembros de la OEA en materia migratoria.

Informe de la Relatoría Especial sobre trabajadores migratorios y sus familias. Visitas a los Estados de Costa Rica, Estados Unidos, Guatemala y México.

ANEXO

CUADROS RESUMEN DE LAS OPINIONES
CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

Opinión Consultiva 01-1982	
Fecha: 24 de septiembre de 1982 Solicitante: Estado de Perú	
Tema	Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte Interamericana. Artículo 64 CADH.
Consulta	¿Cómo debe ser interpretada la frase “o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”?
Observaciones	Estados: Costa Rica. Dominica. Ecuador. República Dominicana. San Vicente y las Granadinas. Uruguay.
	Órganos OEA: Consejo Permanente. Secretaría General. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comité Jurídico Interamericano. Instituto Panamericano de Geografía e Historia.
	<i>Amici curiae:</i> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. International Human Rights Law Group. International League for Human Rights. Lawyers Committee for International Human Rights. Urban Morgan Institute for Human Rights of the Cincinnati College of Law.

Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>Existen cinco límites a la función consultiva de la Corte Interamericana:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. No tiene como objeto fijar el alcance de los compromisos internacionales de Estados que <i>no</i> son parte del Sistema Interamericano de derechos humanos (21). 2. No interpreta disposiciones sobre estructura o funcionamiento de órganos internacionales que no sean parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (22). 3. El ejercicio de la función consultiva no puede debilitar o alterar la función jurisdiccional de la Corte Interamericana (24). 4. El ejercicio de la función consultiva no debe alterar, en perjuicio de las víctimas, el funcionamiento del sistema de protección previsto por la Convención (24). 5. En cada caso concreto (27) la Corte podrá rechazar una consulta si viola cualquiera de los 4 límites anteriores o si conduce a desnaturalizar la función consultiva (31). <p>La consecuencia de estos límites es que en esos casos la Corte tiene razones determinantes para abstenerse de absolver una consulta, mediante decisión motivada (30).</p>
	<p>Objeto de la consulta:</p> <p>El objeto de la función consultiva puede ser determinado mediante dos criterios: amplio y estricto (32). El criterio estricto señala que la Corte solo puede ser consultada respecto de tratados adoptados dentro del marco del Sistema Interamericano de derechos humanos. El criterio amplio establece que la Corte puede ser consultada respecto de todo tratado concerniente a la protección de los derechos humanos, del cual sean partes uno o más Estados americanos. La Corte acoge el criterio amplio (48).</p> <p>La expresión “Estados americanos” del artículo 64 CADH se refiere a los Estados miembros de la OEA, sin importar si han ratificado o no la CADH (35). La función consultiva tiene como límite que las disposiciones internacionales objeto de consulta</p>

	sean concernientes a la protección de los derechos humanos; no se requiere que todo el tratado tenga como objeto la protección de los derechos humanos (37).
Decisión	<p>Unanimidad:</p> <p>1. La Corte puede absolver consultas sobre cualquier disposición concerniente a la protección de derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al Sistema Interamericano de derechos humanos.</p> <p>2. Por razones determinantes y mediante decisión motivada o por cualquier razón análoga, la Corte puede abstenerse de absolver una consulta.</p>

Opinión Consultiva 02-1982	
Fecha: 24 de septiembre de 1982 Solicitante: CIDH	
Tema	Efecto de las reservas respecto de la entrada en vigencia de la CADH. Artículos 74 y 75 CADH.
Consulta	<p>¿Desde qué momento se entiende que un Estado es parte de la CADH cuando ha ratificado o adherido a dicha convención con una o más reservas?</p> <p>¿Desde el momento del depósito, o debe cumplirse el término del artículo 20 CADH?</p>
Observaciones	<p>Estados:</p> <p>Costa Rica. Estados Unidos. México. San Vicente y las Granadinas.</p>
	<p>Órganos OEA:</p> <p>Consejo Permanente. Secretaría General. Comité Jurídico Interamericano.</p>

	<p><i>Amici curiae:</i></p> <p>International Human Rights Law Group. Urban Morgan Institute for Human Rights of the Cincinnati College of Law.</p>
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>Para que un organismo del capítulo x de la Carta de la OEA pueda consultar a la Corte Interamericana debe demostrar un interés legítimo de acuerdo con los siguientes criterios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Funciones establecidas en la Carta de la OEA. 2. Funciones establecidas en los instrumentos constitutivos del organismo. 3. Práctica legal del organismo. <p>La CIDH tiene un derecho absoluto a consultar a la Corte Interamericana como si fuera un Estado y no es necesario que muestre un interés legítimo, porque su rol dentro del Sistema Interamericano de derechos humanos y sus funciones de protección de los derechos humanos son tan amplias que hacen que en todo caso se presuma el interés legítimo institucional (16).</p> <p>Objeto de la consulta:</p> <p>La CADH establece un régimen flexible de reservas: permite toda reserva que sea compatible con el objeto y fin del tratado (26).</p> <p>La CADH no es un tratado constitutivo de un organismo internacional, tampoco es un tratado que cree derechos recíprocos entre los Estados. Es un tratado que crea derecho objetivo y cuyo fin es la protección de los derechos de los seres humanos (27) (29).</p> <p>Las reservas que un Estado haga de la CADH se rigen por el artículo 20.1 de la Convención de Viena y no necesitan la aceptación de otro Estado (35).</p> <p>La CADH entra en vigor a partir del momento en que el instrumento de ratificación o adhesión es depositado, con o sin reservas (37).</p>
Decisión	<p>Unanimidad:</p> <p>La Convención entra en vigencia para un Estado que la ratifique o se adhiera a ella con o sin reservas, desde el momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión.</p>

Opinión Consultiva 03-1983	
Fecha: 8 de septiembre de 1983 Solicitante: CIDH	
Tema	Restricciones a la pena de muerte. Artículos 4.2 y 4.4 CADH.
Consulta	¿Puede un Estado aplicar la pena de muerte a delitos que no la tenían prevista al momento de entrar en vigor la CADH?
	¿Puede un gobierno imponer la pena de muerte a delitos que no la tenían prevista al momento de entrar en vigencia la CADH, si ha hecho reservas respecto del artículo 4.4 CADH?
Observaciones	Estados: Colombia. Costa Rica. Ecuador. El Salvador. Guatemala.
	Órganos OEA: Consejo Permanente. Secretaría General. Comité Jurídico Interamericano.
	<i>Amici curiae:</i> International Human Rights Law Group and the Washington Office on Latin America. Lawyers Committee for International Human Rights and the Americas Watch Committee. The Institute for Human Rights of the International Legal Studies Program at the University of Denver. College of Law and the Urban Morgan Institute for Human Rights of the Cincinnati College of Law.
Consideraciones	Función consultiva: Ante la solicitud de Guatemala para que la Corte Interamericana no respondiera la solicitud, ya que ese Estado no ha ratificado la competencia de la Corte: al procedimiento consultivo no se pueden extender los requisitos del procedimiento contencioso, por eso no requiere el consentimiento

	<p>de los Estados (22) y no necesita que el Estado haya reconocido la competencia de la Corte.</p> <p>Los Estados defienden sus intereses en el procedimiento consultivo a través de la presentación de observaciones (24).</p> <p>En su función consultiva la Corte no dirime ni tiene en cuenta cuestiones de hecho, sino interpreta una disposición jurídica (32).</p> <p>Las controversias entre un Estado y la CIDH no impiden que esta acuda a la función consultiva de la Corte (38).</p> <p>La interpretación de un tratado como objeto de la función consultiva incluye la interpretación de las reservas que puedan haberse formulado a esos instrumentos (45).</p> <p>En la interpretación de los tratados sobre derechos humanos prevalece la aplicación de los criterios objetivos que dan primacía al texto y dejan de lado la intención de las partes.</p>
	<p>Objeto de la consulta:</p> <p>El texto del artículo 4.º CADH revela una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de aplicación e imposición de la pena de muerte (52).</p> <p>De acuerdo con la CADH, existe un límite objetivo e irreversible respecto de la pena de muerte: es la prohibición de extensión y de restablecimiento de la pena de muerte (56).</p> <p>La CADH exige de los países que no han abolido la pena de muerte:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Condiciones procesales para aplicarla. 2. Aplicación solo para delitos graves no conexos. 3. Consideración de condiciones subjetivas como la edad o el estado de gravidez. <p>Estas tres reglas solo pueden ser modificadas mediante reservas que sean compatibles con el objeto y fin de la Convención (54).</p> <p>La regla de que toda reserva debe ser compatible con el objeto y fin de la CADH extiende su aplicación a la interpretación de las mismas: toda reserva se interpreta de acuerdo con el objeto y fin del tratado de acuerdo con el principio de interpretación integral.</p>

Decisión	<p>Unanimidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Rechazar la solicitud de abstención. 2. La Corte es competente para resolver la consulta. 3. La CADH prohíbe de manera absoluta la extensión de la pena de muerte y el Estado no puede aplicarla a delitos para los cuales no estaba contemplada antes en su legislación interna. 4. Una reserva respecto del artículo 4.4 CADH no permite a un Estado extender la aplicación de la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada antes.
Opiniones separadas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Juez CARLOS ROBERTO REINA: propone una modificación del texto de la respuesta que incluya de manera concreta una referencia al Estado de Guatemala. 2. Juez RODOLFO PIZA ESCALANTE: propone una opinión más clara, completa y directa de la Corte que tenga en cuenta las diferencias entre la CIDH y el Estado de Guatemala.

Opinión Consultiva 04-1984	
Fecha: 19 de enero de 1984 Solicitante: Estado de Costa Rica	
Tema	Propuesta de modificación de la Constitución de Costa Rica en materia de naturalización. Artículos 17, 20 y 24 CADH.
Consulta	¿Existe incompatibilidad entre la reforma y algún artículo de la CADH?
	¿La reforma afecta el derecho a tener nacionalidad?
	¿Afecta el derecho a la igualdad entre cónyuges?
Observaciones	<p>Estados:</p> <p>En este caso la Corte no invita a Estados, organismos del capítulo X de la Carta de la OEA ni admite <i>amicus curiae</i>, porque de acuerdo con el artículo 52 del Reglamento es un asunto de orden interno en el que no están llamados a intervenir organismos externos al Estado solicitante.</p>

	<p>Órganos OEA:</p> <p>En este caso la Corte solicita y admite las observaciones de instituciones internas de Costa Rica: Ministerio de Justicia, Tribunal Supremo de Elecciones, director del Registro Civil, un diputado y un representante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.</p>
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>Este es el primer caso de opinión consultiva solicitado de acuerdo con el artículo 64.2 CADH: compatibilidad de legislación interna con la CADH. La expresión “legislación interna” del artículo 64.2 CADH comprende toda la legislación nacional, incluyendo las normas constitucionales y los proyectos legislativos (14).</p> <p>En estos casos la competencia consultiva es tan amplia como lo requiere la protección de los derechos humanos (25), y tiene como límite que la jurisdicción consultiva no sea utilizada como instrumento para afectar el debate político o el resultado legislativo interno (30).</p> <p>Objeto de la consulta:</p> <p>La nacionalidad es un Estado natural del ser humano que ha dejado de ser una competencia discrecional del Estado para convertirse en un derecho humano (32-33).</p> <p>El derecho a la nacionalidad tiene una doble dimensión: un amparo jurídico para el individuo y una conexión con otros derechos civiles y políticos (34).</p> <p>La nacionalidad es el vínculo jurídico-político que liga a una persona con un Estado determinado, por medio del cual se obliga a tener relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática (35).</p> <p>La Corte admite que puede haber tratos diferenciados no discriminatorios, cuando tienen una base objetiva y razonable (56).</p> <p>El Estado puede establecer diferencias de trato para otorgar la nacionalidad (59).</p> <p>Aunque la reforma restringe la reforma, no viola el artículo 20 CADH.</p>

Decisión	<p>(5 votos contra 1)</p> <p>El proyecto de reforma constitucional es compatible con el artículo 20 CADH.</p> <p>Unanimidad.</p> <p>No es discriminatorio que se otorguen condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización a favor de centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros.</p> <p>No constituye discriminación limitar esas preferencias a los españoles, centroamericanos e iberoamericanos por nacimiento.</p> <p>No constituye discriminación el artículo 15 del proyecto de reforma.</p> <p>Unanimidad.</p> <p>Sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 CADH estipular condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges.</p>
Opiniones separadas	<p>1. Juez THOMAS BUERGENTHAL: es discriminatorio establecer diferencias entre los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, por nacimiento y por naturalización.</p> <p>2. Juez RODOLFO PIZA: la reforma no es progresiva sino regresiva. Idioma y conocimiento de la historia son requisitos discriminatorios.</p>

Opinión Consultiva 05-1985	
<p>Fecha: 13 de noviembre de 1985</p> <p>Solicitante: Estado de Costa Rica</p>	
Tema	Colegiación obligatoria para periodistas. Artículos 13 y 19 CADH.
Consulta	<p>¿Está permitida por los artículos 13 y 19 CADH la colegiación obligatoria de periodistas? (art. 64.1).</p> <p>¿Existe incompatibilidad entre la legislación interna de Costa Rica referente a la colegiación de periodistas y los artículos 13 y 19 CADH? (art. 64.2).</p>
Observaciones	<p>Estados:</p> <p>Costa Rica.</p>

	<p>Órganos OEA:</p> <p>Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comité Jurídico Interamericano.</p> <hr/> <p><i>Amici curiae:</i></p> <p>Sociedad Interamericana de Prensa. Colegio de Periodistas de Costa Rica. World Press Freedom Committee. International Press Institute. Newspaper Guild y la International Association of Broadcasting. American Newspaper Publishers Association. American Society of Newspapers Editors y la Associated Press. Federación Latinoamericana de Periodistas. International League for Human Rights. Lawyers Committee for Human Rights. Americas Watch Committee y el Committee to Protect Journalists.</p> <hr/> <p>Órganos Internos:</p> <p>En este caso hay una consulta tanto de interpretación de la CADH (64.1) como de compatibilidad de legislación interna con la CADH (64.2). Por esa razón se admite la intervención del siguiente órgano interno: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.</p>
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>En estos casos en los que se consulta tanto interpretación de un tratado como compatibilidad de legislación interna con la CADH, la Corte Interamericana procede a separar los procedimientos y a hacer audiencias separadas. Aunque el mismo tema (colegiación obligatoria de periodistas en Costa Rica) se había discutido en la CIDH en razón de una petición individual, la Corte considera que esa circunstancia no impide que se admita la consulta, ya que no desnaturaliza ni la función consultiva ni la función contenciosa, debido a que el Estado había ganado el caso en sede de la CIDH (26).</p>

Objeto de la consulta:

El derecho a la libertad de expresión es bidimensional: una dimensión individual y una dimensión colectiva. La primera contiene el derecho de cada individuo a expresarse, y la segunda, el derecho colectivo a recibir información y conocer la expresión del pensamiento ajeno (30).

Las dos dimensiones de la libertad de expresión deben ser garantizadas de manera simultánea (33). Una restricción a una de las dimensiones implica restringir la otra dimensión al mismo tiempo (36). La libertad de expresión incluye a los medios para expresarla, respecto de los cuales existe (34):

1. Pluralidad de medios.
2. Prohibición de monopolio.
3. Independencia de los periodistas.

Los requisitos concurrentes para una restricción a la libertad de expresión son los siguientes (39):

1. Previa.
2. Expresa.
3. Taxativa.
4. Legítima.
5. Necesaria.

El requisito de la necesidad se refiere a la satisfacción de un interés público imperativo (46).

Existe prohibición de restricciones indirectas a la libertad de expresión, a través de controles oficiales o licencias (48).

El artículo 13 CADH se puede violar por la supresión de la libertad de expresión o por una restricción excesiva al mismo (53).

La Corte acepta que una colegiación es un modo normal de organizar una profesión que no es *per se* incompatible con la Convención (68).

La Corte establece que el orden público impone en una sociedad democrática la mayor circulación de las ideas y el más amplio acceso a la información de la sociedad (69) (76).

La Corte hace énfasis en la relación de doble vía que existe entre la democracia y la libertad de expresión (70).

El periodismo no es como cualquier profesión sino que es la manifestación primaria de la libertad de expresión (71).

	<p>El bien común reclama la máxima posibilidad de información y el pleno ejercicio del derecho a la expresión que la favorece (77).</p> <p>La colegiación es una medida desproporcionada para garantizar la libertad e independencia de los periodistas, porque reduce el ejercicio de la profesión a un grupo restringido de la comunidad (79).</p> <p>La colegiación es una medida desproporcionada para asegurar la ética y responsabilidad de los periodistas (80).</p> <p>La colegiación de periodistas es una restricción a la libertad de expresión que viola el derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección y el de la sociedad a recibir información sin trabas (80).</p> <p>La aplicación de las consideraciones generales al análisis concreto de la compatibilidad de la legislación interna de Costa Rica con la CADH permite llegar a la misma conclusión: es una medida desproporcionada para asegurar la ética y responsabilidad de los periodistas (80).</p> <p>La colegiación de periodistas es una restricción a la libertad de expresión que viola el derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección y el de la sociedad a recibir información sin trabas.</p>
Decisión	<p>Unanimidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impide el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social, como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 CADH. 2. La Ley 4420 de 1969 es incompatible con el artículo 13 CADH.
Opiniones separadas	<p>1. Juez RAFAEL NIETO NAVIA: el Estado en las audiencias amplió la consulta al artículo 16 CADH que establece el derecho de asociación. Debe declararse que la colegiación obligatoria también es incompatible con el artículo 16 CADH porque impone una obligación de asociación.</p>

	<p>2. Juez MÁXIMO CISNEROS: de manera general, como en el caso de Costa Rica, la colegiación puede ser modificada para ser compatible con el artículo 13 CADH.</p> <p>3. Juez RODOLFO PIZA ESCALANTE: la colegiación es una restricción previa a la libertad de expresión que en cualquier caso es incompatible con la CADH.</p> <p>4. Juez PEDRO NIKKEN: el problema no es la colegiación sino los requisitos de acceso a la colegiación.</p>
--	--

Opinión Consultiva 06-1986	
Fecha: 9 de mayo de 1986 Solicitante: República Oriental del Uruguay	
Tema	Expresión “leyes”. Artículo 30 CADH.
Consulta	¿La expresión “leyes” se refiere a ley en sentido formal (proferida por el Parlamento y promulgada por el Ejecutivo) o en sentido material (sinónimo de ordenamiento jurídico), sin importar su jerarquía y procedimiento de elaboración?
Observaciones	Estados: Costa Rica. Jamaica.
	Órganos OEA: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
	<i>Amici curiae</i> : Raúl Emilio Vinuesa (profesor argentino).
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>La Corte admite la consulta porque ha sido formulada por un Estado, se solicita la interpretación de la CADH y no tiene como fin una perturbación de las funciones consultiva y contenciosa de la Corte (11).</p>

	<p>Objeto de la consulta:</p> <p>La Corte hace las siguientes tres precisiones (11):</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Toda supresión de un derecho establecido en la CADH es ilícita. 2. En condiciones excepcionales puede haber suspensión de un derecho establecido en la CADH. 3. En condiciones normales solo puede haber restricciones al goce y ejercicio de los derechos. <p>La interpretación que la Corte va a hacer de la expresión “leyes” está vinculada de manera exclusiva al artículo 30 CADH y no puede entenderse que esa será una interpretación de todas las ocasiones en que se use la expresión “leyes” por la CADH; cada uno de esos usos debe ser interpretado en concreto (16).</p> <p>El artículo 30 CADH no es una autorización general para restringir los derechos establecidos por la CADH, la interpretación funcional de esa disposición los muestra como un requisito adicional para cualquier restricción a los derechos humanos (17). La expresión “leyes” no puede ser entendida en sentido material porque permitiría altos grados de intervención en los derechos humanos (26).</p> <p>La expresión “leyes” debe ser entendida en sentido formal porque es un límite para el poder público en la intervención de los derechos y libertades de la persona humana (27).</p> <p>Además de la reserva de ley, toda restricción a los derechos humanos debe satisfacer un interés general y perseguir un fin legítimo (28).</p> <p>También se requiere la legitimidad de los órganos democráticos (32).</p>
Decisión	<p>Unanimidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La expresión “leyes” del artículo 30 CADH significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados parte para la formación de las leyes.

Opinión Consultiva 07-1986	
Fecha: 29 de agosto de 1986 Solicitante: Estado de Costa Rica	
Tema	Exigibilidad derecho de rectificación o respuesta. Artículos 14.1, 1.1 y 2 CADH.
Consulta	¿Está garantizado en Costa Rica el derecho del artículo 14 CADH, en relación con el artículo 1.1 y 2 CADH?
	Si no es así, ¿tiene Costa Rica el deber de adoptar medidas para hacer efectivo el artículo 14 CADH?
	¿Costa Rica puede cumplir con ese deber mediante disposiciones de carácter reglamentario?
Observaciones	Estados: Costa Rica.
	Órganos OEA:
	<i>Amici curiae</i> : Sociedad Interamericana de Prensa. Comité Mundial de Libertad de Prensa. American Newspaper Publishers Association. Fédération Internationale des Éditeurs de Journaux. The Copley Press Inc. The Miami Herald. Newsweek. USA Today. The Wall Street Journal. The International Herald Tribune
Consideraciones	Función consultiva: La Corte Interamericana puede precisar, esclarecer o reformular las preguntas formuladas para identificar la consulta (12). Si una consulta tiene aspectos de competencia de la Corte y otros que no lo son, la Corte debe responderla, a menos que los dos aspectos sean inseparables (12).

	<p>Objeto de la consulta:</p> <p>El derecho de rectificación es compatible con el derecho a la libertad de expresión porque este tiene como límite el respeto por los derechos y la reputación de los demás (23).</p> <p>Los Estados parte de la CADH tienen el deber de resultado de garantizar el derecho de rectificación o respuesta y pueden hacerlo mediante leyes en sentido material (incluso normas reglamentarias) (32).</p> <p>Cuando se trate de una restricción al derecho de rectificación o respuesta debe hacerlo mediante leyes en sentido formal de acuerdo con el artículo 30 CADH (32).</p>
Decisión	<p>(4 votos a favor, 3 en contra)</p> <p>1. Admitir la consulta.</p> <p>Unanimidad:</p> <p>2. Los Estados parte tienen la obligación de garantizar el derecho a la rectificación y respuesta sin discriminación.</p> <p>3. Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para garantizar el derecho a la rectificación y respuesta.</p> <p>4. La expresión “leyes” del artículo 14.1 CADH se refiere a todas las disposiciones internas adecuadas para garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho a la rectificación y respuesta. Pero las medidas de restricción deberán ser aprobadas mediante una ley formal.</p>
Opiniones separadas	<p>1. Juez HÉCTOR GROS ESPIELL: la determinación de la inexactitud o carácter agravante de la información debe ser el producto de un proceso judicial (armonización concreta). La información debió ser difundida mediante un medio legalmente reglamentado y dirigido al público en general. El derecho de rectificación solo se explica en función de la libertad de pensamiento y expresión con el que forma un complejo unitario e independiente. El derecho de rectificación o respuesta tiene dos dimensiones, una individual, en virtud de la que cada individuo puede expresarse respecto de una información emitida en su perjuicio, y una social,</p>

que permite a cada integrante de la comunidad conocer información que contradiga o discrepe de otra anterior, inexacta o agravante. Este derecho es una forma de materializar las responsabilidades ulteriores de las que habla el artículo 13.2 CADH.

2. RAFAEL NIETO NAVIA y PEDRO NIKKEN: la Corte no ha debido admitir la consulta, porque esta no fue formulada en términos de compatibilidad o incompatibilidad de una ley específica con la CADH, y lo que se consulta es si unos determinados derechos convencionales están garantizados o no por el Estado de Costa Rica, lo que implica hacer una interpretación del derecho interno de ese Estado, competencia de la que carece la Corte.

3. THOMAS BUERGENTHAL: comparte los argumentos de inadmisibilidad expuestos por NIETO NAVIA y NIKKEN y agrega que es inconveniente que se obligue a votar sobre el fondo a los jueces ya que el reglamento de la Corte impide las abstenciones, incluso en casos como estos en los que consideran que no se debió admitir la consulta.

4. RODOLFO PIZA ESCALANTE: la consulta del Estado debió reformularse para definir si el derecho de rectificación o respuesta requiere legislación interna o puede ser exigible *per se* y con independencia de la regulación interna de cada Estado. La respuesta debió ser que el derecho de rectificación o respuesta no necesita ley que lo desarrolle porque el artículo 1.1 CADH establece un deber de garantía de todos los derechos (38).

Aunque no se requiera una ley, su existencia daría seguridad jurídica y equilibrio para el ejercicio tanto de las posibles víctimas como de los medios de comunicación. Sin embargo, la inexistencia de la ley que desarrolle el derecho no excusa su violación (39).

Toda regulación de un derecho implica una limitación al mismo, por eso siempre debe hacerse mediante ley formal.

Opinión Consultiva 08-1987	
Fecha: 30 de enero de 1987 Solicitante: CIDH	
Tema	<i>Habeas corpus</i> bajo suspensión de garantías. Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 CADH.
Consulta	¿El recurso de <i>habeas corpus</i> no puede suspenderse por un Estado parte de la CADH?
Observaciones	Estados: Ecuador. Panamá. Venezuela.
	Órganos OEA:
	<i>Amici curiae</i> : International Human Rights Law Group. Americas Watch Committee.
Consideraciones	Función consultiva: Reitera el derecho absoluto de la CIDH a solicitar consultas.
	Objeto de la consulta: La Corte aclara que los derechos no se suspenden, lo que puede suspenderse es el pleno y efectivo ejercicio de los mismos, por eso la expresión adecuada es “suspensión de garantías” (18). Toda suspensión de garantías pierde legitimidad cuando va en contra del sistema democrático (20). La legitimidad de una suspensión se evalúa en concreto, de acuerdo con la situación que la motivó (22). Las garantías son los medios para asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho (25). El artículo 27 CADH prohíbe la suspensión de algunos derechos (23) de los cuales tampoco se pueden suspender los procedimientos judiciales indispensables que los garantizan (27). Indispensables, en el contexto del artículo 27 CADH, significa que son recursos judiciales idóneos para el pleno ejercicio del derecho (29).

	<p>El recurso de amparo del artículo 25 CADH es el género de las garantías y el <i>habeas corpus</i> es una especie (34).</p> <p>Aunque el artículo 7 CADH (libertad personal) no está entre los derechos no suspendibles del artículo 27 CADH, tanto el amparo como el <i>habeas corpus</i> son garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos no suspendibles, y garantizan además la legalidad en una sociedad democrática (42).</p>
Decisión	<p>Unanimidad:</p> <p>I. Que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 (amparo) y 7.6 (<i>habeas corpus</i>) CADH no pueden ser suspendidos conforme el artículo 27.2, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.</p>

Opinión Consultiva 09-1987	
Fecha: 6 de octubre de 1987	
Solicitante: Estado de Uruguay	
Tema	Garantías judiciales en estados de emergencia. Arts. 27.2, 25 y 8 CADH.
Consulta	Interpretar el alcance de la prohibición contenida en la CADH de suspender “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.
	Determinar cuáles son las “garantías judiciales indispensables”.
	La relación del artículo 27.2 con los artículos 25 y 8 CADH.
Observaciones	Estados:
	Bolivia. Panamá.
	Órganos OEA:

	<p><i>Amici curiae:</i></p> <p>International Human Rights Law Group. International Commission of Jurists. Lawyers Committee for International human Rights. Amnesty International.</p>
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>Aunque la consulta no está referida a un contexto en particular y eso conduciría a la inadmisión, la Corte entiende que la consulta guarda relación con la situación general de los Estados americanos (17).</p> <hr/> <p>Objeto de la consulta:</p> <p>La Corte reitera la definición de las garantías judiciales indispensables: procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades (20). En todo estado de excepción debe quedar a salvo la posibilidad de controlar las medidas que se dicten (21). La Corte define negativamente el recurso idóneo o adecuado como aquel que no es ilusorio. El recurso no será idóneo cuando el poder judicial carezca de independencia o de medios para ejecutar sus decisiones, cuando sea retardado y cuando haya denegación de justicia (24). El artículo 8 CADH no incorpora un recurso (27) sino los requisitos procesales de un recurso, que tampoco son suspendibles en estados de excepción (30). La suspensión de las garantías no debe exceder lo estrictamente necesario (36). No son suspendibles: amparo, <i>habeas corpus</i>, ni ningún recurso que sirva para asegurar el Estado de derecho (38). Si un Estado no suspende el ejercicio de un derecho de los que son suspendibles, tampoco puede suspender las garantías judiciales de esos derechos (39). La Corte no hará una lista taxativa de las garantías judiciales indispensables porque cada caso requiere una evaluación en el contexto de las situaciones de excepción (40).</p>

Decisión	<p>Unanimidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Son garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión el <i>habeas corpus</i>, el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales, destinado a garantizar el respeto de los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la CADH. 2. También son garantías judiciales indispensables aquellos procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno. 3. Las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal recogidos por el artículo 8 CADH.
----------	--

Opinión Consultiva 10-1989	
Fecha: 14 de julio de 1989 Solicitante: Estado de Colombia	
Tema	Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Art. 64 CADH.
Consulta	¿Autoriza el artículo 64 CADH a la Corte para emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre?
Observaciones	Estados:
	Costa Rica. Estados Unidos. Perú. Uruguay. Venezuela.
	Órganos OEA:
	<i>Amici curiae</i> :
	International Human Rights Law Group.
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>La consulta no pretende que la Corte interprete la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Lo que pretende es que determine si</p>

	<p>dentro de la expresión “tratado” del artículo 64 CADH se encuentra la Declaración y, por ende, si la Corte es competente para interpretar la Declaración (24 y 25).</p> <p>El objeto de la función consultiva de la Corte son los tratados, de acuerdo con la definición que de tratado dan las Convenciones de Viena de 1969 y 1983 (29).</p> <p>Objeto de la consulta:</p> <p>La Declaración no es un tratado, ni por definición ni por los trabajos preparatorios para su elaboración (33).</p> <p>A pesar de que no es un tratado, la Corte puede interpretar la Declaración ya que el Preámbulo y el artículo 29 CADH hacen expresa referencia a la misma (35).</p> <p>El estatus jurídico de la Declaración debe analizarse de acuerdo con el estado actual de evolución del Sistema Interamericano, desde el momento en que se suscribió la Declaración (37).</p> <p>La Asamblea General de la OEA ha manifestado que la Declaración es fuente de obligaciones internacionales para los Estados (42), lo que equivale a una interpretación autorizada de la Declaración hecha por los mismos Estados (43).</p> <p>Cuando la Corte tenga como objeto la interpretación de la CADH o de la Carta de la OEA y si lo considera necesario, puede interpretar la Declaración y emitir una opinión consultiva sobre esta (44).</p> <p>Todos los Estados miembros de la OEA están obligados internacionalmente por la Declaración (46).</p>
Decisión	<p>Unanimidad:</p> <p>1. El artículo 64.1 CADH autoriza a la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la OEA o de un órgano de la misma, para rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.</p>

Opinión Consultiva 11-1990	
Fecha: 10 de agosto de 1990 Solicitante: CIDH	
Tema	Excepciones al agotamiento de los recursos internos. Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b CADH.
Consulta	¿Se aplica el requisito de agotar los recursos jurídicos internos a un indigente que por su condición económica no es capaz de hacer uso de los recursos jurídicos en el país?
	En caso de eximirse a los indigentes de este requisito, ¿qué criterios debe considerar la Comisión al decidir la admisibilidad de tales casos?
	¿Se aplica el requisito de agotar los recursos jurídicos internos a un peticionario que, por no poder obtener representación legal debido a un temor generalizado en los círculos jurídicos, no puede hacer uso de los recursos que brinda la ley en el país?
	En caso de eximirse de este requisito a tales personas, ¿qué criterios deberá considerar la Comisión al dar su dictamen de admisibilidad en tales casos?
Observaciones	Estados: Argentina. Costa Rica. Jamaica. República Dominicana. Uruguay.
	Órganos OEA:
	<i>Amici curiae</i> : International Human Rights Law Group.
Consideraciones	Función consultiva: A pesar de que la consulta fue formulada sobre unos hechos y no sobre la interpretación de un tratado, la Corte admite la consulta bajo el argumento de que la CIDH tiene pleno y legítimo interés para consultas sobre la promoción y observancia de los derechos humanos (14).

	<p>Objeto de la consulta:</p> <p>El asunto sobre el que la Corte debe pronunciarse es: ¿en qué casos la indigencia o la imposibilidad de representación por temor generalizado, excusan del deber de agotar los recursos internos? (19). La indigencia <i>per se</i> no excusa del agotamiento de recursos internos (20). Cuando un indigente no puede, por esa misma condición, acceder a los recursos, es un caso de discriminación por condición económica (22). El artículo 8 CADH establece el derecho de defensa técnica, y si un indigente no goza de este derecho, el Estado no puede alegar luego que el recurso no fue agotado (25 y 26). Cuando los servicios o trámites tienen costo y la persona no los agota por su condición económica, está exenta de este requisito para acceder al Sistema Interamericano (30). Cuando la persona está impedida de agotar los recursos por miedo generalizado de los abogados, no se exige el agotamiento de los recursos internos (33). El deber de garantía incluye tomar las medidas para remover los obstáculos para que la persona goce de los derechos establecidos por la CADH (34). La persona impedida de defensa técnica por miedo generalizado no está obligada a agotar los recursos internos (35). El agotamiento de los recursos internos es un requisito de admisibilidad (40), por eso el Estado que alegue el no agotamiento debe probar la existencia de los recursos y el no agotamiento de los mismos (41). En estos casos el peticionario debe probar que por indigencia, temor u otra circunstancia no pudo agotarlos.</p>
Decisión	<p>Unanimidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si, por razones de indigencia o por temor generalizado de los abogados, el peticionario ante la CIDH se ha visto impedido de utilizar los recursos internos, no puede exigírsele su agotamiento. 2. En las hipótesis planteadas, si un Estado parte ha probado la disponibilidad de los recursos internos, el reclamante deberá demostrar que son aplicables las excepciones del artículo 46.2 CADH y que se vio impedido de obtener asistencia legal necesaria para la protección o garantía de derechos reconocidos por la Convención.

Opinión Consultiva 12-1991	
Fecha: 6 de diciembre de 1991 Solicitante: Estado de Costa Rica	
Tema	Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.b CADH.
Consulta	¿La creación de un tribunal de casación penal se adecua a lo dispuesto por el artículo 8.2.h CADH, respondiendo al contenido del “derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”?
	En el artículo 8.2.h CADH se hace referencia únicamente al término “delitos”. ¿Qué posición se debe seguir con respecto a las contravenciones?
Observaciones	Estados: Belice. Costa Rica. Uruguay.
	Órganos OEA: CIDH
	<i>Amici curiae:</i>
Consideraciones	Función consultiva: La Corte reitera que la función consultiva tiene por objeto ayudar a los Estados a cumplir con sus obligaciones internacionales sin las cargas del procedimiento contencioso, por eso puede examinar la compatibilidad de un proyecto de ley con la CADH (20 y 22).
	Objeto de la consulta: La CIDH informa a la Corte que existen 9 casos sobre violación al artículo 8.2.h CADH por Costa Rica. Esos casos fueron suspendidos a solicitud del Estado en espera de que se apruebe una ley que establezca esa garantía en Costa Rica (24 y 26). Aunque el proyecto de ley sometido a consulta puede solucionar problemas de Costa Rica en la CIDH, un pronunciamiento de la Corte en este caso podría interferir en esos casos que deben ser decididos en sede de la CIDH (28 y 29).

	Esta consulta se encuentra dentro de las hipótesis en que la función consultiva puede desvirtuar la función contenciosa y menoscabar los derechos humanos de los peticionarios (30).
Decisión	Unanimidad: 1. No responder la consulta formulada por Costa Rica.

Opinión Consultiva 13-1993	
Fecha: 16 de julio de 1993 Solicitante: Argentina y Uruguay	
Tema	Algunas atribuciones de la CIDH. Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 CADH.
Consulta	¿Tiene la CIDH competencia para calificar la razonabilidad, conveniencia y autenticidad de leyes internas de un Estado, adoptadas conforme al derecho interno para garantizar los derechos establecidos en los artículos 23, 24 y 25 CADH?
	¿Es jurídicamente aceptable que la CIDH, a pesar de haber declarado inadmisibles una solicitud, se pronuncie sobre el fondo de la misma en el informe en que la declara inadmisibles?
	¿Se puede subsumir en uno solo los informes de los artículos 50 y 51 CADH?
Observaciones	Estados: Chile. Costa Rica. Jamaica. Santa Lucía. México. Panamá.
	Órganos OEA: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

	<p><i>Amici curiae:</i></p> <p>Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos Desaparecidos (Fedefam). Familiares madres y abuelas de detenidos desaparecidos de Mar del Plata. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Americas Watch. International Human Rights Law Group. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Centro por los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario de American University. Programa Venezolano de Educación y Acción en Derechos Humanos (Provea). Centro por la Acción Legal en Derechos Humanos. Washington Office on Latin America. María Elba Martínez.</p>
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>El artículo 51 del Reglamento de la Corte establece los requisitos de toda consulta: precisión, señalamiento de las disposiciones a interpretar, consideraciones y el nombre y dirección del agente (14). Citar casos en que CIDH aplique criterios de la consulta es un argumento a favor del ejercicio de la competencia consultiva: demuestra que no son especulaciones académicas sin aplicación a situaciones concretas (17). La Corte puede emitir opiniones consultivas respecto de un asunto pendiente ante la CIDH siempre y cuando no se trate de desvirtuar el sistema o de buscar una solución encubierta en perjuicio de las víctimas (19).</p> <p>Objeto de la consulta:</p> <p>Los Estados pueden violar la CADH tanto por omisión legislativa como por adoptar normas que violan la CADH (26). La CIDH es competente para declarar la violación de la CADH por normas internas de un Estado (27). Una ley aprobada mediante los procedimientos constitucionales de un Estado puede ser violatoria de la CADH (28).</p>

	<p>La CIDH no es competente para pronunciarse respecto de la forma de adopción de normas en el orden interno de los Estados, ni para calificar si fueron aprobadas de acuerdo con los procedimientos constitucionales (29).</p> <p>La CIDH puede y debe determinar si una ley interna viola obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un tratado (30).</p> <p>La Corte modifica la consulta hecha por los solicitantes de manera concreta para contestar de manera general y omitir la referencia a los tres derechos convencionales consultados por los Estados (22).</p> <p>Frente a órganos internacionales, las normas internas son consideradas como meros hechos (34).</p> <p>La CIDH puede calificar la razonabilidad y conveniencia de una norma interna respecto de las obligaciones convencionales (35).</p> <p>La admisibilidad de una petición es condición indispensable para que la CIDH pueda pronunciarse respecto del fondo del asunto (42).</p> <p>La CIDH produce dos informes: 1) el de artículo 50 o informe preliminar, que tiene carácter <i>reservado</i>. Sin en el plazo de tres meses el Estado no adopta las recomendaciones, la CIDH elige si demanda ante la Corte o continúa conociendo del asunto. Esta decisión no es discrecional, debe atender al mayor beneficio de los derechos convencionales (49);</p> <p>y, 2) el informe de artículo 51 o informe definitivo, que puede ser publicado o no, a decisión de la CIDH, de acuerdo con el mayor beneficio para los derechos humanos (55).</p>
Decisión	<p>Unanimidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La CIDH es competente para calificar cualquier norma de derecho interno de un Estado como violatoria de la CADH. Pero no es competente para calificar su conformidad con el derecho interno. 2. Declarada inadmisibile una petición individual, la CIDH no es competente para hacer pronunciamientos sobre el fondo. 3. Los artículos 50 y 51 CADH incorporan dos informes, uno preliminar y otro definitivo, aquel reservado y el segundo que puede ser publicado a decisión de la CIDH.

Opinión Consultiva 14-1994	
Fecha: 4 de diciembre de 1994 Solicitante: CIDH	
Tema	Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la CADH. Arts. 1 y 2 CADH.
Consulta	¿Cuáles son los efectos jurídicos de la expedición de una ley que viola las obligaciones convencionales del Estado?
	¿Cuál es la responsabilidad de los agentes del Estado que con aplicación de una norma interna violan obligaciones convencionales del Estado?
Observaciones	Estados: Costa Rica. Perú. Brasil.
	Órganos OEA:
	<i>Amici curiae</i> : Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y Americas Watch. Comisión Andina de Juristas. Antonio Augusto Cançado Trindade. Beatriz M. Ramacciotti.
Consideraciones	Función consultiva: La legitimación para solicitar opiniones consultivas es diferente si se trata de artículo 64.1 (Estados y órganos de la OEA) o de artículo 64.2 (en que la tienen solo los Estados respecto de sus propias normas internas) (22). La Corte solo puede definir la compatibilidad de una norma interna con la CADH cuando ha sido el Estado quien la ha consultado (22). La declaración de violación a las obligaciones internacionales de un Estado producto de la incompatibilidad de una norma interna con la CADH se hace en el procedimiento contencioso y no en el consultivo (22).

	<p>La función consultiva no es para consultas académicas –por eso se debe señalar consideraciones que motivan la consulta– ni para casos contenciosos encubiertos (27).</p> <p>Para la Corte la referencia a la Constitución peruana es únicamente una consideración usada por la CIDH para fundamentar la solicitud de una consulta general, y no una forma de encubrir un caso para obtener una solución a través del procedimiento contencioso, por lo que decide admitir la consulta (28).</p>
	<p>Objeto de la consulta:</p> <p>La obligación de los Estados de adoptar medidas de orden interno tiene como correlativo la prohibición de adoptar medidas en contra de la Convención (33).</p> <p>La CIDH, mediante un informe, puede calificar una norma interna y recomendar su modificación o derogación (34).</p> <p>Hay normas que por su sola vigencia afectan los derechos humanos de sus destinatarios (leyes de aplicación inmediata), y normas que requieren actos normativos o de aplicación posteriores para violar los derechos humanos (41).</p> <p>Para que la CIDH pueda someter un caso ante la Corte en el procedimiento contencioso por una ley que no es de aplicación inmediata: no es suficiente la vigencia de la norma, debe haber sido aplicada. De lo contrario la CIDH debe acudir a las medidas provisionales (44).</p> <p>Cuando se trata de normas de aplicación inmediata, la violación individual o colectiva de los derechos humanos se produce por la sola expedición de la norma (43).</p> <p>Los individuos son criminalmente responsables por sus actos u omisiones en el derecho internacional: esa responsabilidad es atribuida solo en casos de delitos internacionales (53) y no es causal de justificación el haber actuado conforme derecho interno (54).</p> <p>La Corte solo conoce de la responsabilidad de los Estados y no de los individuos: todo acto de los individuos que viole derechos humanos es responsabilidad del Estado (56).</p>

Decisión	<p>Unanimidad:</p> <p>1. La expedición de una ley manifiestamente contraria a la CADH constituye una violación de la misma y en caso de que afecte derechos humanos genera la responsabilidad internacional del Estado.</p> <p>2. La aplicación por parte de un agente o funcionario del Estado de una ley manifiestamente contraria a la CADH genera responsabilidad internacional del Estado. Si el acto constituye un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.</p>
----------	--

Opinión Consultiva 15-1997	
Fecha: 14 de noviembre de 1997 Solicitante: Chile	
Tema	Informes de la CIDH. Art. 51 CADH.
Consulta	<p>¿Puede la CIDH modificar un informe que ha notificado al Estado como definitivo y emitir un tercer informe?</p> <p>En caso de que la CIDH no esté facultada para cambiar su informe, ¿cuál debe ser considerado como válido para el Estado?</p>
Observaciones	<p>Estados:</p> <p>Costa Rica. Guatemala.</p> <p>Órganos OEA:</p> <p>CIDH</p> <p><i>Amici curiae:</i></p> <p>Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Human Rights Watch /Americas.</p>
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>Este es el primer caso en que el solicitante desiste de la consulta (13-14). A pesar del desistimiento, la Corte continúa con el procedimiento y decide</p>

	<p>emitir la opinión consultiva a pesar de que tanto el Estado (solicitante) como la CIDH solicitaron la terminación del proceso sin opinión consultiva (16), advirtiendo que el retiro evita que se dé solución encubierta a un caso que está en trámite en la CIDH.</p> <p>En la función consultiva no hay partes, ni litigio a resolver (25). Es un procedimiento multilateral no contencioso en el que no solo el solicitante es interesado legítimo en la opinión consultiva.</p> <p>De la misma forma como la Corte en el procedimiento contencioso puede retener el conocimiento de un asunto aunque el solicitante haya desistido, en el procedimiento consultivo la Corte es maestra de su competencia (competencia de la competencia) (27).</p> <p>El desistimiento del Estado no es vinculante para la Corte (28).</p>
	<p>Objeto de la consulta:</p> <p>Cuando la opinión consultiva tiene relación con un caso concreto, la Corte debe ser cuidadosa para evitar dar una solución encubierta, y debe ponderar entre la protección de los derechos humanos y la seguridad jurídica y el equilibrio procesal (37-39).</p> <p>La división hecha por la Corte (Opinión Consultiva 13 de 1993) sobre los informes de la CIDH entre “preliminar” y “definitivo” tiene un carácter descriptivo y no vinculante (45).</p> <p>La CADH no autoriza ni prohíbe que la CIDH cambie su informe de artículo 51, sin embargo, un poder absoluto de reforma de ese informe crea inseguridad jurídica para los Estados (51-53).</p> <p>Causas excepcionales para modificar el informe definitivo (54):</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El cumplimiento de las recomendaciones. 2. Existencia de errores materiales en el informe. 3. Hechos nuevos. <p>El cambio se hará por solicitud de los peticionarios o del Estado y hasta antes de su publicación (56).</p> <p>La posibilidad de modificar el informe no implica el poder para emitir un tercer informe (58).</p>

Decisión	<p>Unanimidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La CIDH es competente para emitir opiniones consultivas. <p>6-1</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. CIDH no está facultada para modificar informes, salvo las circunstancias excepcionales señaladas y a solicitud de los peticionarios o el Estado, y garantizando el derecho a debatir los hechos o errores que motivan la petición. 3. Es innecesario responder la segunda pregunta.
Votos disidentes y concurrentes	<ol style="list-style-type: none"> 1. Juez MÁXIMO PACHECO GÓMEZ (disidente). La Corte no puede adelantar de oficio el procedimiento consultivo desistido por el solicitante (2). La CIDH no puede variar su informe definitivo, también conocido en inglés como “<i>final report</i>” (19). El hecho de que la Corte pueda revisar sus sentencias no implica que la CIDH pueda revisar y modificar sus informes (27-28). 2. Juez ANTONIO CANÇADO TRINDADE (concurrente). La decisión de mantener la competencia consultiva fortalece la función consultiva de la Corte (2). La Corte es quien determina su competencia, tanto en el procedimiento consultivo como en el contencioso (7). La prevalencia de la jurisdicción consultiva de la Corte implica que no está condicionada por la voluntad de los Estados u órganos que la consultan (9). En la función consultiva no hay partes, no hay sentencia, no hay sanciones ni reparaciones. Se trata de una interpretación para el perfeccionamiento de la aplicación de la CADH (23). La única causal para no responder una solicitud es el exceso de la competencia consultiva de la Corte que se produce cuando la solicitud busca: (24) <ol style="list-style-type: none"> 1. Debilitar el sistema, o 2. Desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte. Los Estados pueden ver afectados sus intereses en el procedimiento consultivo, por eso pueden intervenir a través de la presentación de observaciones (26).

Opinión Consultiva 16-1999	
Fecha: 1.º de octubre de 1999 Solicitante: Estados Unidos Mexicanos.	
Tema	Derecho de información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso penal.
Consulta	<p>Sobre el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Cuál es su alcance en los Estados americanos? 2. ¿Cuál es su exigibilidad por parte de ciudadanos extranjeros? 3. ¿Cuál es el momento en que debe ser garantizado el derecho establecido en el artículo 36.1.b? 4. ¿Cuáles son los efectos de no garantizar el derecho establecido en el artículo 36.1.b, especialmente en relación con procesos que terminan con la aplicación de la pena de muerte? <p>Sobre el Pacto de Derechos Civiles y Políticos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Cuál es el alcance de los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto en los Estados americanos? 2. ¿Cuál es el alcance del artículo 14 del Pacto cuando se trata de extranjeros acusados de delitos sancionables con la pena de muerte? 3. ¿La no garantía del derecho establecido en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es una violación al artículo 14.3.b del Pacto? 4. ¿La expresión “garantías mínimas” del artículo 14.3 del Pacto permite que un Estado omita la garantía del derecho establecido en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares? 5. ¿Los Estados federales deben adoptar medidas legislativas para garantizar la notificación oportuna a la que se refiere el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares? 6. En el marco del Pacto, ¿cuáles son las consecuencias de la omisión de garantizar el derecho establecido en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares?

	<p>Sobre la Carta de la OEA y la Declaración Americana:</p> <p>1. ¿Es compatible la omisión de garantizar el derecho establecido en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación?</p> <p>2. En el marco de la Carta de la OEA y la Declaración Americana, ¿cuáles son las consecuencias, frente a la aplicación de la pena de muerte, de la omisión de garantizar el derecho establecido en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares?</p>
Observaciones	<p>Estados:</p> <p>Costa Rica. Honduras. Guatemala. El Salvador. República Dominicana. Paraguay. Estados Unidos.</p> <p>Órganos OEA:</p> <p>Comisión Interamericana de Derechos Humanos.</p> <p><i>Amici curiae:</i></p> <p>Amnistía Internacional. Comisión Mexicana para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos/Human Rights Watch/ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Death Penalty Focus. Delgado Law Firm. International Human Rights Institute de DePaul. University College of Law/MacArthur Justice Center de University of Chicago Law School. Minnesota Advocates for Human Rights. Bonnie Lee Goldstein y William Wright Jr. Mark Kadish. José Trinidad Loza. John Quigley/Adele Shank. Robert Steele. Jean Terranova. Héctor Gros Espiell.</p>

Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>La Corte introduce un glosario de los términos relevantes para la opinión consultiva (5).</p> <p>Consulta sobre otros tratados diferentes de la CADH: el solicitante debe identificar el tratado y las partes en él (29).</p> <p>No es relevante que Estados Unidos no sea parte de la CADH porque la consulta es sobre la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de la cual sí es parte (39).</p> <p>La Corte decide reformar la consulta y en algunos casos dejar de lado la cuestión concreta de los procesos que tengan que ver con la pena de muerte para dar una respuesta de carácter general (42).</p> <p>La función consultiva no resuelve cuestiones de hecho, por eso la Corte no se pronuncia sobre cargos y pruebas presentados en contra de un Estado (47).</p> <p>La diferencia entre la función consultiva y la contenciosa está dada por la ausencia de partes, la diferencia del objeto (no litigioso) y la iniciativa amplia atribuida a todos los Estados y a los órganos de la OEA (48).</p> <p>La Corte retiene la competencia para emitir opiniones consultivas a pesar de que la CIDH informa sobre un caso tramitado a su instancia por presunta violación del derecho establecido en el artículo 36.I.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (52).</p> <p>La competencia consultiva de la Corte no está limitada por los casos contenciosos que se tramiten ante la Corte Internacional de Justicia (61).</p> <p>La Corte es autónoma para decidir la estructura y la forma en que responderá cada consulta (66).</p>
	<p>Objeto de la consulta:</p> <p>Un tratado puede <i>concernir</i> a la protección de los derechos humanos con independencia de su objeto principal (76).</p> <p>Los funcionarios consulares y los nacionales tienen derecho a la libre comunicación, es un derecho tanto del Estado (que envía) como de los nacionales (79).</p>

	<p>La función del agente consular es la defensa de los derechos de los nacionales frente al Estado (receptor) (80).</p> <p>Existe un derecho individual a la asistencia consular (82) únicamente limitado por la voluntad de su titular (83).</p> <p>El deber del Estado de garantizar la comunicación consular no está sujeto a la protesta de los funcionarios consulares del Estado que envía (89).</p> <p>El Estado que detiene a una persona tiene el deber de identificarla, lo que incluye determinar si es extranjero, y en ese caso, garantizar sus derechos de asistencia consular (96).</p> <p>La Corte modifica la consulta para dar una respuesta que incluya a todo extranjero detenido y no solo aquellos que son detenidos por delitos sancionables con pena de muerte (101).</p> <p>La oportunidad de la notificación de asistencia consular es el momento de la detención, y en todo caso, antes de la primera declaración del detenido (106).</p> <p>La asistencia consular hace parte de las garantías que se integran al debido proceso legal y es una medida de compensación para los extranjeros que, por desconocer idioma y sistema jurídico, entre otros, ingresan al proceso en condiciones de desigualdad (119).</p> <p>La omisión de la garantía de asistencia consular implica una privación arbitraria de la libertad. Si se impone la pena de muerte será una privación arbitraria de la vida. Ambas generan responsabilidad internacional del Estado y el deber de reparar (137).</p> <p>Los Estados no pueden invocar su estructura federal para excusar el incumplimiento de las obligaciones internacionales (139).</p>
Decisión	<p>Unanimidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Competente para resolver la consulta. 2. El artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establece el derecho individual del extranjero detenido a la información y asistencia consular. Esto implica deberes correlativos para el Estado receptor.

	<p>3. El artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es una disposición que concierne a la protección de los derechos humanos.</p> <p>4. El derecho a la información y asistencia consular debe ser garantizado “sin dilación alguna”, lo que implica: en el momento de la detención, y en todo caso antes de la primera declaración.</p> <p>5. La garantía de este derecho no está sujeta a las protestas de los agentes del Estado que envía.</p> <p>6. Las disposiciones de los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) conciernen a la protección de los derechos humanos y establecen garantías mínimas susceptibles de expansión de acuerdo con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.</p> <p>(6 votos contra 1)</p> <p>1. La omisión de garantizar el derecho establecido en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares afecta las garantías del debido proceso legal, y la aplicación en estos casos de la pena de muerte constituye una privación arbitraria del derecho a la vida que genera responsabilidad internacional del Estado y el deber de reparar. Unanimidad</p> <p>2. Los Estados americanos deben respetar los derechos humanos con independencia de su estructura federal o unitaria.</p>
Opiniones separadas	<p>1. Juez OLIVER JACKMAN (disidente). No siempre que se omite la garantía de información y asistencia consular hay violación del debido proceso legal (2). No siempre que se imponga la pena de muerte a un extranjero sin haber garantizado el derecho de información y asistencia consular debe considerarse una privación arbitraria de la vida (3).</p> <p>2. ANTONIO JOSÉ CANÇADO TRINDADE (concurrente). La presente opinión consultiva refleja una interpretación evolutiva del derecho internacional y de los derechos humanos (1 a 16).</p>

	<p>En este caso Estados Unidos va en contra de sus propios actos porque expone ante la Corte Interamericana una tesis opuesta a la sostenida ante la Corte Internacional de Justicia, respecto del derecho a la información y asistencia consular. En este caso considera que no es un derecho individual, cuando ante la Corte Internacional consideraron que sí lo era (caso del personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán) (17 a 22). Existe una relación entre el derecho a la información y asistencia consular y la prohibición de discriminación –a los inmigrantes– por razón de origen nacional (28).</p> <p>3. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (concurrente). Existe una conexión entre el derecho a la información y asistencia consular y las garantías propias del derecho penal. Esta opinión consultiva refleja el carácter expansivo y progresivo de los derechos humanos. La licitud de un resultado (sentencia) no depura la ilicitud del procedimiento (omisión de garantía del derecho de asistencia consular). La Corte Interamericana no crea derechos, los reconoce y reafirma su valor para la humanidad.</p>
--	--

Opinión Consultiva 17-2002	
Fecha: 28 de agosto de 2002 Solicitante: CIDH	
Tema	Condición jurídica y derechos humanos del niño.
Consulta	Interpretación de los artículos 8 y 25 en relación con el artículo 19 CADH.
	Formular criterios generales sobre los niños en la CADH.
	Concreta la consulta pidiendo que la Corte examine la <i>compatibilidad</i> de las siguientes <i>prácticas</i> de algunos Estados americanos con la CADH: <ol style="list-style-type: none"> 1. Separar a los niños de sus familias cuando carecen de recursos para su educación o sostenimiento. 2. Internación de menores en situación de abandono o de riesgo. 3. Aceptación de confesiones hechas por niños en materia penal.

	<p>4. Juicios administrativos sobre derechos fundamentales sin la garantía de defensa para los niños.</p> <p>5. Juicios administrativos sobre libertades sin la garantía de ser oídos.</p>
Observaciones	<p>Estados:</p> <p>Costa Rica. México.</p> <p>Órganos OEA:</p> <p>Instituto Interamericano del Niño. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.</p> <p><i>Amici curiae:</i></p> <p>Coordinadora Nicaragüense de ONG. Instituto Universitario de Derechos Humanos de México. Fundación Rafael Preciado Hernández. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delitos y Tratamiento del Delincuente (Ilanud). Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Comisión Colombiana de Juristas.</p>
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>La Corte ubica la consulta en un supuesto de los del artículo 64.I CADH (16). Las cinco medidas internas consultadas son meras prácticas, y por eso la Corte puede examinar en este caso la compatibilidad de las mismas con la CADH (18). La Corte considera que la CIDH también amplió la consulta e incluyó el artículo 19 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (20). El número de ratificaciones de un tratado refleja un amplio consenso en torno a su objeto (<i>opinio iuris communis</i>) (29). La función consultiva es un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del Sistema Interamericano (34). Cuando ejerce la función consultiva, la Corte actúa como un tribunal de derechos humanos y hace un análisis estrictamente jurídico de la consulta formulada (35).</p>

	<p>Objeto de la consulta:</p> <p>Niño: todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, de acuerdo con la ley aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (38).</p> <p>Niño: toda persona que no ha cumplido los 18 años de edad (42).</p> <p>No toda distinción de trato ofende la dignidad humana, es discriminatoria cuando carece de justificación objetiva y razonable (46).</p> <p>Limitar el ejercicio de la capacidad civil a los menores no es discriminatorio (48).</p> <p>El fin de la protección de los niños es garantizar el desarrollo armonioso de la personalidad de los niños y el disfrute de sus derechos. El Estado tiene un margen de apreciación para decidir las medidas internas para esos fines (53).</p> <p>Los niños son titulares de los derechos de todos los seres humanos y de unos derechos especiales dada su condición, y eso implica deberes correlativos para el Estado, la sociedad y la familia (54).</p> <p>Toda acción del Estado para proteger y promover los derechos de los niños debe tener en cuenta el interés superior del niño (65).</p> <p>La familia debe proporcionar la mejor protección al niño, por eso el Estado debe proteger la familia (67-70).</p> <p>Todo niño tiene derecho a vivir con su familia; la separación del niño de su familia es una interferencia grave que divide a la familia (71).</p> <p>Toda separación del niño de su familia debe ser temporal, el niño debe volver a su familia tan pronto sea posible, y la separación debe ser debidamente justificada (75).</p> <p>La carencia de recursos económicos no es razón suficiente para separar al niño de la familia (76).</p> <p>Las instituciones para los niños deben tener personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada (78).</p> <p>Los Estados deben garantizar el derecho a la vida digna y el ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños (80).</p> <p>Los Estados deben tomar medidas positivas para asegurar la protección de los niños contra los malos tratos (87).</p>
--	---

	<p>Los Estados tienen la obligación de tomar medidas positivas para asegurar la vigencia plena de los derechos de los niños (88).</p> <p>Los Estados deben garantizar el mayor acceso de los niños al examen de su propio caso penal o administrativo (102).</p> <p>La acción punitiva del Estado se justifica tanto en adultos como en menores de cierta edad (108).</p> <p>Los Estados deben garantizar la existencia de órganos jurisdiccionales específicos para los menores y diferentes de los correspondientes a los de los mayores de edad (109).</p> <p>Los niños abandonados o en situación de riesgo no pueden ser sometidos a procedimientos penales (110).</p> <p>Las garantías que deben observarse en los procesos judiciales o administrativos que tengan relación con los derechos de los niños son: juez natural (120), doble instancia (121-123), principio de inocencia (124-131), principio de contradictorio (132-133), principio de publicidad: no de las pruebas sino de los actos procesales (134).</p> <p>No existe posibilidad de que los menores rindan declaraciones que correspondan a la categoría probatoria de confesión (131).</p> <p>Debe evitarse la judicialización de los problemas sociales que afectan a los niños (135).</p>
Decisión	<p>(6 votos contra 1)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La Corte es competente para emitir la presente opinión. <p>Unanimidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. Los niños son titulares de derechos y no solo objeto de protección. 3. El interés superior del niño es un criterio rector de la elaboración y aplicación de normas relativas a los niños. 4. La adopción de normas específicas y de un trato diferenciado a los niños no viola el derecho a la igualdad. 5. La familia constituye el ámbito primordial de desarrollo del niño. 6. Debe favorecerse y preservarse la presencia del niño en su familia y toda separación debe ser excepcional y preferentemente temporal.

	<p>7. Las instituciones encargadas de proteger a los niños deben tener instalaciones adecuadas, personal capacitado, medios idóneos y experiencia probada.</p> <p>8. La protección de los niños incluye la adopción de medidas positivas para garantizar su existencia en condiciones dignas.</p> <p>9. Los Estados deben garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.</p> <p>10. Los Estados deben adoptar medidas para impedir los malos tratos a los niños.</p> <p>11. Todos los procedimientos judiciales y administrativos, que tengan que ver con los niños, deben observar las garantías del debido proceso legal.</p> <p>12. Los menores de 18 años que hayan cometido un delito deben ser sometidos a órganos distintos de aquellos previstos para los mayores de edad.</p> <p>13. Los niños abandonados o en situación de riesgo no pueden ser tratados de la misma forma que los niños acusados de cometer un delito.</p> <p>14. Es posible emplear medidas alternas para solucionar las controversias que afecten a los niños.</p>
Opiniones separadas	<p>1. Juez OLIVER JACKMAN (disidente). La consulta formulada por la CIDH es imprecisa y vaga porque no solicita una interpretación concreta sino la formulación de criterios generales sobre los niños. La consulta no refleja una urgencia pública ni una complejidad jurídica, se trata de una solicitud para que la Corte resuelva ciertas especulaciones académicas.</p> <p>2. Juez ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (concurrente). Resalta el valor de la Opinión Consultiva 17 porque consolida la personalidad jurídica del ser humano, y especialmente de los niños como titulares de derechos y obligaciones en el derecho internacional (35-56). Considera que los niños deben tener derecho de petición internacional para la protección de sus derechos, sin perjuicio de que durante el proceso alguien lo represente (57). La protección de los niños genera obligaciones <i>erga omnes</i> para los Estados (66).</p>

	<p>3. Juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (concurrente). No existe contradicción entre el modelo tutelar (situación irregular) y el modelo garantista (protección integral) (22).</p> <p>La contradicción se produce entre el modelo tutelar y el modelo punitivo, y entre el modelo garantista y la arbitrariedad (24).</p> <p>El niño es objeto de protección y sujeto de derechos (25).</p>
--	---

Opinión Consultiva 18-2003	
Fecha: 17 de septiembre de 2003 Solicitante: México	
Tema	Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.
Consulta	¿Puede un Estado americano establecer en su legislación laboral un trato diferenciado entre trabajadores migratorios indocumentados y residentes legales o ciudadanos, en cuanto al goce de sus derechos laborales?
	¿La legal estancia de una persona en el territorio de un Estado es condición necesaria para que un Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos a las personas sujetas en su jurisdicción?
	¿La privación de un derecho laboral que se fundamenta en la condición indocumentada de un trabajador es compatible con los deberes de los Estados americanos de garantizar la no discriminación?
	¿Cuál es la validez de una interpretación, por parte de un Estado americano, en el sentido de subordinar o condicionar la observancia de los derechos humanos fundamentales a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes?
	¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, pueden considerarse normas de <i>ius cogens</i> ?

Observaciones	<p>Estados:</p> <p>El Salvador. Canadá. Nicaragua. Estados Unidos. Costa Rica. Honduras. Brasil. Paraguay. República Dominicana. Panamá. Argentina. Perú. México.</p>
	<p>Órganos OEA:</p> <p>Comisión Interamericana de Derechos Humanos.</p>
	<p><i>Amici curiae:</i></p> <p>Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Delgado Law Firm. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services/ Harvard Law School. Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools. Centro de Justicia Global. National Coalition of Hispanic Organizations. Law Office of Sayre and Chavez. Labor, Civil Rights and Immigrants Rights Organizations in the United States. Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de American University, Washington College of Law. Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México. Center for the International Human Rights de la Northwestern University School of Law.</p>

	<p>Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)/ Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación de Inmigrantes y Refugiados (Caref)/Clínica Jurídica para los derechos de inmigrantes y refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.</p> <p>Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos.</p> <p>Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (Unam).</p>
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>La Corte es competente para interpretar la Carta de la OEA por la relación de este instrumento con el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (57).</p> <p>La opinión consultiva debe ayudar a los Estados y órganos de la OEA a cumplir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Por eso la opinión no se circunscribe a los Estados que hayan ratificado la CADH, se aplica a todo Estado que haya firmado la Carta de la OEA, la Declaración Americana, la Declaración Universal o el Pidesc (58 y 60).</p> <p>Objeto de la consulta:</p> <p>La obligación general de respeto y garantía incluye la adopción de medidas, evitar la limitación de derechos y suprimir medidas y prácticas que restrinjan o vulneren derechos fundamentales (81). Distinción: se refiere a algo admisible por ser razonable, proporcional y objetivo. Discriminación: es inadmisibles por violar derechos humanos, es una restricción o privilegio no objetivo ni razonable (84).</p> <p>Existe un nexo evidente entre el deber de protección y garantía y el principio de igualdad y no discriminación (85).</p> <p>Existe un deber universal de protección de los derechos humanos sin discriminación (86).</p> <p>El principio de igualdad y no discriminación tiene carácter fundamental tanto en el derecho internacional como en el derecho interno (88).</p>

Distinción: se refiere a algo admisible por ser razonable, proporcional y objetivo. Discriminación: es inadmisibles por violar derechos humanos, es una restricción o privilegio no objetivo ni razonable (84).

Existe un nexo evidente entre el deber de protección y garantía y el principio de igualdad y no discriminación (85).

Existe un deber universal de protección de los derechos humanos sin discriminación (86).

El principio de igualdad y no discriminación tiene carácter fundamental tanto en el derecho internacional como en el derecho interno (88).

No toda diferencia de trato ofende la dignidad humana: puede establecerse una diferencia de trato por desigualdades de hecho (89).

Ius cogens: norma imperativa de derecho internacional general; es nulo todo tratado anterior o posterior que se oponga a esa norma (92).

El principio de igualdad y no discriminación es una norma de *ius cogens* (101).

Los Estados deben abstenerse de crear directa o indirectamente discriminación *de iure* o *de facto* (103).

Los Estados tienen la obligación de revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes (104).

La obligación de respeto y garantía de los derechos humanos es una obligación *erga omnes*, no depende de la condición migratoria de las personas, vincula a todos los Estados y genera efectos respecto de terceros, incluso particulares (109 y 110).

Los migrantes son un grupo vulnerable y esa situación se mantiene por desigualdades *de iure* y *de facto* (112).

Los Estados pueden iniciar acciones en contra de los migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, siempre y cuando en los procesos se respeten los derechos humanos (118).

Los Estados pueden distinguir entre nacionales y migrantes, entre migrantes documentados y migrantes indocumentados. Esa distinción debe ser proporcional, objetiva y no lesionar derechos humanos (119).

El debido proceso debe ser garantizado a toda persona con independencia de su estatus migratorio (121).

	<p>Los Estados deben garantizar a los migrantes el acceso real a la justicia, un servicio público gratuito de defensa legal y evitar el riesgo de deportación o privación de la libertad (126).</p> <p>La titularidad de los derechos laborales se da por la condición de trabajador: toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, independientemente de su condición migratoria (133).</p> <p>Los Estados no están obligados a emplear migrantes indocumentados (134).</p> <p>El Estado debe garantizar los derechos humanos de los trabajadores, sea como empleador o incluso cuando los empleadores sean particulares (139).</p> <p>El Estado no debe permitir que empleadores privados violen los derechos laborales y debe garantizar unas condiciones mínimas en las relaciones laborales (148).</p> <p>Las políticas migratorias deben respetar los derechos humanos, tanto en su concepción como en su ejecución (168).</p> <p>Los Estados pueden regular las condiciones laborales de los migrantes, pero respetando los derechos humanos de los migrantes trabajadores (169).</p> <p>Los Estados no pueden proteger la producción nacional fomentando la contratación de migrantes indocumentados, con fines de explotación laboral o como oferta laboral menos costosa (170).</p> <p>No es suficiente la adecuación del orden interno al internacional, también las prácticas estatales de aplicación del ordenamiento interno por cualquier autoridad de cualquier rama del poder público deben ajustarse al derecho internacional (171).</p> <p>Ningún objetivo interno o política pública justifica condicionar la aplicación del principio de igualdad y no discriminación (172).</p>
Decisión	<p>Unanimidad:</p> <p>Competente para emitir la opinión.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Obligación general de respeto y garantía: tomar medidas internas, suprimir normas o prácticas internas contrarias a los derechos humanos. 2. El incumplimiento de la obligación general de respeto y garantía causa responsabilidad internacional.

	<p>3. El principio de igualdad y no discriminación tiene carácter de fundamental para la protección de los derechos humanos.</p> <p>4. El principio de igualdad y no discriminación hace parte del <i>ius cogens</i>.</p> <p>5. El principio de igualdad y no discriminación acarrea obligaciones <i>erga omnes</i>.</p> <p>6. La obligación general de respeto y garantía se garantiza independientemente del estatus migratorio de las personas.</p> <p>7. El debido proceso legal debe ser garantizado a todos los migrantes sin considerar su estatus migratorio.</p> <p>8. La calidad migratoria no justifica la privación de los derechos humanos laborales a los migrantes. El migrante adquiere los derechos laborales por su condición de trabajador.</p> <p>9. Los Estados deben garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores y no deben tolerar situaciones de discriminación en las relaciones entre particulares.</p> <p>10. Los trabajadores deben contar con medios adecuados para ejercer sus derechos laborales.</p> <p>11. Los Estados no pueden subordinar o condicionar el principio de igualdad y o discriminación a sus políticas públicas internas.</p>
Opiniones separadas	<p>1. Juez ANTONIO CANÇADO TRINDADE (concurrente). La globalización ha abierto las fronteras para el capital, los bienes y los servicios, y las ha cerrado para los seres humanos. El progreso de unos Estados se ha hecho con la explotación laboral de los migrantes y el trabajo forzado y esclavo (16). Los Estados han reconocido el derecho a emigrar pero se niegan a reconocer su correlativo derecho a inmigrar, lo que genera incoherencias y arbitrariedades (32). Propone la existencia del derecho individual de asilo (42). Los principios del derecho informan y conforman las reglas jurídicas (49) y contribuyen a la formación de normativas de protección del ser humano (51). Los principios expresan una idea de justicia de carácter universal, independiente de la voluntad de los Estados, de carácter objetivo y cuya observancia se impone a todos los Estados (53).</p>

Existe incompatibilidad entre el concepto de *ius cogens* y la concepción voluntarista del derecho internacional, esta es insuficiente para explicar la evolución del derecho internacional contemporáneo y los nuevos elementos independientes del arbitrio de los Estados (67).

La responsabilidad objetiva de los Estados tiene como correlativo la ilegalidad objetiva conformada por conductas que lesionan la conciencia jurídica universal, *inter alia*, el trabajo esclavo, la negación del debido proceso legal, la desaparición forzada de personas (71).

Las obligaciones *erga omnes* tienen una dimensión vertical y una horizontal. La primera vincula a los Estados parte o no de un tratado. La segunda se refiere a los órganos y agentes del poder público y a los particulares (77).

Los sufrimientos actuales del ser humano no significan inexistencia del derecho, son una violación constante, ostensiva y flagrante del derecho (88).

2. Juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (concurrente).

Las condiciones en que se producen las migraciones significan una especie de subsidio a las economías desarrolladas (6).

El fenómeno de las migraciones no puede ser reducido a políticas fronterizas, legalidad, ilegalidad o regularidad e irregularidad (8).

Los migrantes se encuentran en situación de vulnerabilidad estructural (9), agravada cuando son calificados como irregulares o indocumentados, constituyendo una categoría sospechosa y sospechada (11).

El debido proceso legal implica acceso efectivo a la justicia y protección de la parte débil en el proceso, que en estos casos es el trabajador migrante (38).

3. Juez HERNÁN SALGADO PESANTES (concurrente).

Reitera de manera sintética todas las consideraciones de la opinión consultiva.

4. Juez ALIRIO ABREU BURELLI (concurrente).

A pesar de no tener naturaleza contenciosa, las opiniones consultivas, por su fuerza moral y por el principio de buena fe de los tratados internacionales que las autorizan, tienen efectos innegables en la actividad legislativa y administrativa de los Estados, y en la interpretación y aplicación por los jueces de las leyes y tratados de derechos humanos.

Opinión Consultiva 19-2005	
Fecha: 28 de noviembre de 2005 Solicitante: Venezuela	
Tema	Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de los artículos 41 y 44 a 51 CADH.
Consulta	<p>¿Existe un órgano dentro del Sistema Interamericano de derechos humanos competente para ejercer el control de legalidad de las actuaciones de la CIDH ante el cual puedan recurrir los Estados en defensa de la legalidad? ¿El Estado desearía saber cuál es dicho órgano y cuáles son sus atribuciones? Nota: la Corte solicita al Estado subsanar la consulta, por eso se formulan las siguientes dos preguntas:</p>
	<p>¿Existe o no, un órgano dentro del Sistema Interamericano que disponga de las competencias necesarias para ejercer el control de legalidad de las actuaciones de la CIDH, ante el cual puedan recurrir los Estados en defensa de la legalidad?</p>
	<p>En caso de que existiere tal órgano, ¿cuál es y cuáles son sus atribuciones?</p>
Observaciones	<p>Estados:</p> <p>Órganos OEA:</p> <p>Comisión Interamericana de Derechos Humanos.</p> <p><i>Amici curiae:</i></p> <p>Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Universidades Panamericana de México/Sabana de Bogotá/Privada de San Pedro de Sula. Facultad de Ciencias Políticas y de Derecho de la Universidad de Quebec. Clínica Jurídica del Centro de Investigación y Docencia Económicas de la Ciudad de México. Clínica de derechos humanos del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México. Red de Profesores de Derecho en Derechos Humanos y Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México.</p>

	<p>Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Alfonso Jiménez Reyes (México). Patricio Kingston (Argentina). Carlos Roberto Loría Quirós (Costa Rica). Modesto Emilio Guerrero (Argentina).</p>
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>La Corte decide no hacer audiencia pública (12). La Corte considera que –aunque no se le consulta sobre una norma específica– es competente porque la consulta se refiere a un órgano que hace parte del Sistema Interamericano y la opinión consultiva ayudará a ilustrar sobre la función de la CIDH para la promoción y defensa de los derechos humanos (20).</p> <p>Objeto de la consulta:</p> <p>Los parámetros de legalidad para la CIDH son los tratados, las convenciones y las declaraciones del Sistema Interamericano (22). Toda facultad para examinar la legalidad de las actuaciones de la CIDH debe tener en cuenta la promoción y observancia de los derechos humanos (23). Base del Sistema Interamericano: plena independencia y autonomía de sus órganos. Solo en materia de peticiones individuales o estatales la Corte puede revisar la conformidad de las actuaciones de la CIDH con la CADH y otros instrumentos interamericanos (25). La CIDH rinde un informe anual a la Asamblea General de la OEA: allí los Estados pueden presentar observaciones como una forma de control a las actividades de la CIDH (30). En peticiones individuales la Corte revisa que el trámite en la CIDH se haya ajustado al <i>corpus iuris</i> interamericano y escucha las observaciones pertinentes de los Estados (28).</p>
Decisión	<p>Unanimidad:</p> <p>1. La CIDH tiene plena independencia y autonomía en el desarrollo de su mandato conforme a la CADH.</p>

	<p>2. La CIDH actúa dentro del marco legal de la CADH tanto en peticiones individuales como en promoción y protección de los derechos humanos.</p> <p>3. La Corte Interamericana efectúa el control de legalidad de las actuaciones de la CIDH en lo referido al trámite de los asuntos que conoce la misma Corte.</p>
--	--

Opinión Consultiva 20-2009	
Fecha: 29 de septiembre de 2009	
Solicitante: Argentina	
Tema	Jueces <i>ad hoc</i> . Art. 55 CADH.
Consulta	<p>De acuerdo con el artículo 55.3 CADH, ¿la posibilidad de designar un juez <i>ad hoc</i> debe limitarse a aquellos casos en que la demanda interpuesta ante la Corte haya sido originada en una denuncia interestatal?</p> <p>Para casos de petición individual, ¿aquel magistrado nacional del Estado denunciado debería excusarse de participar en la sustanciación y decisión del caso para garantizar una decisión imparcial?</p>
Observaciones	<p>Estados:</p> <p>Bolivia. Brasil. Colombia. México. Venezuela.</p> <p>Órganos OEA:</p> <p>Comisión Interamericana de Derechos Humanos.</p> <p><i>Amici curiae:</i></p> <p>Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Centro de Asesoría Legal del Perú. Instituto de Defensa Legal. Asociación por los Derechos Civiles. Comisión Colombiana de Juristas. Organización Justicia Global. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).</p>

	<p>Asociación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos (Asfadess). Clínica de derechos humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Seattle. Seminario sobre Sistema Interamericano de derechos humanos y derecho internacional humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana de México. Universidad de Notre Dame. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito. Centro de Derechos Humanos y Justicia “Bernard and Audre Rapoport” de la Universidad de Texas en Austin. Grupo de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes. Grupo de Estudio en Derechos Humanos y Litigio Internacional de la Universidad de Caldas. Alberto Bovino/Juan Pablo Chirinos. Carlos Rafael Urquilla. Elisa de Anda Madrazo/Guillermo José García Sánchez. Luis Peraza Parga. Carlos Eduardo García Granados. Ligia Galvis Ortiz/Ricardo Abello Galvis. Augusto M. Guevara Palacios/Marcos David Kotlik.</p>
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>La Corte valora la utilidad de la consulta para el funcionamiento del Sistema Interamericano (12). Toda parte o aspecto de la CADH puede ser interpretado por la Corte.</p> <hr/> <p>Objeto de la consulta:</p> <p>Las hipótesis del artículo 55 CADH se refieren a la composición de la Corte, en casos en que participa más de un Estado parte (30). Los antecedentes de los jueces <i>ad hoc</i> se encuentran en las disputas entre Estados (34).</p>

El artículo 55 CADH tiene como propósito garantizar el equilibrio procesal y adquiere sentido solo en el contexto de casos originados en comunicaciones interestatales (36).

El artículo 55 CADH es de aplicación restringida porque es una excepción a las reglas de conformación de la Corte aplicable únicamente a comunicaciones interestatales (37 y 38).

El juez *ad hoc* no puede extenderse a procedimientos para los cuales no está previsto (39).

La intención de los redactores de la CADH fue recoger y reproducir en el Sistema Interamericano la previsión de jueces *ad hoc* de la Corte Internacional de Justicia (44).

La Corte puede revisar una interpretación elaborada previamente cuando existen fundamentos para esa revisión, especialmente, para hacer compatible la interpretación con la letra y el espíritu de la CADH. En estos casos una nueva interpretación no solo es posible sino que es necesaria (52).

Ninguna interpretación de la CADH hecha por la Corte, aunque sea reiterada, es asimilable a una práctica de los Estados y no constituye costumbre internacional fuente de derechos para los Estados (53).

La ilustración y utilidad de los jueces *ad hoc* no es suficiente para considerar su presencia en todo procedimiento contencioso ante la Corte (61).

No es competencia de la Corte sino de otros órganos de la OEA asegurar la representatividad de los jueces de la Corte (65).

En esta opinión consultiva la Corte decide apartarse de su propia interpretación anterior sobre los jueces *ad hoc* (67).

La CADH estableció un régimen de elección de jueces que garantiza la imparcialidad e independencia de los mismos (79).

La nacionalidad no es *per se* un criterio para negar la imparcialidad o independencia de los jueces de la Corte (80).

Existe un consenso respecto de que los jueces no deben participar en el conocimiento de los casos sobre su propio país en peticiones individuales (81).

El juez titular nacional del Estado demandado no debe participar en casos contenciosos originados en peticiones individuales (84).

Decisión	<p>Unanimidad: Competente.</p> <p>1. Los Estados solo pueden nombrar jueces <i>ad hoc</i> en aquellos casos de comunicaciones interestatales en los que no haya un juez de su nacionalidad, y no existe un derecho similar para los casos de peticiones individuales.</p> <p>2. El juez nacional del Estado demandado no debe participar en el conocimiento de casos contenciosos originados en peticiones individuales.</p>
Opiniones separadas	<p>1. Juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (concurrente). El juez nacional puede favorecer tanto al Estado demandado como a las víctimas de ese Estado (45). Cuando la Corte quiera conocer los aspectos internos de un Estado debe nombrar un perito; los jueces de la Corte no tienen como función ilustrar sobre estos aspectos (46).</p>

Opinión Consultiva 21-2014	
<p>Fecha: 19 de agosto de 2014 Solicitantes: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay</p>	
Tema	Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración.
Consulta	¿Cuáles son los procedimientos que deberían adoptarse para identificar los riesgos para los derechos de las niñas y los niños, las necesidades de protección internacional y las medidas especiales de protección internacional?
	¿Cuáles son las garantías del debido proceso que deberían regir los procesos migratorios que involucran niñas y niños migrantes?
	¿Cómo debe interpretarse el principio de <i>ultima ratio</i> de la detención como medida cautelar en procedimientos migratorios en los que están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, niños y niñas no acompañados o separados de sus padres? En ese contexto, ¿qué características deben tener las medidas alternativas a la privación de la libertad?

	<p>¿Cuáles son las condiciones básicas que deberían cumplir los espacios de alojamiento de niños y niñas migrantes?</p>
	<p>¿Cuáles son las obligaciones de los Estados respecto de los niños o niñas solos o acompañados que se encuentran bajo custodia estatal por razones migratorias?</p>
	<p>¿Cuáles son las garantías del debido proceso para los procesos migratorios que involucran a niñas o niños cuando se prevé la aplicación de medidas de restricción de la libertad personal?</p>
	<p>¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño o niña a un país determinado?</p>
	<p>¿Qué características deben tener los procedimientos de respuesta a una solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de un niño o niña migrante?</p>
	<p>¿Cuál es el alcance del derecho de los niños y niñas a no ser separados de sus padres en el contexto de la aplicación de una medida de deportación de uno o ambos de sus progenitores, como consecuencia de su situación migratoria?</p>
Observaciones	<p>Estados:</p> <p>Brasil. Costa Rica. Ecuador. Honduras. México.</p>
	<p>Órganos OEA:</p> <p>CIDH. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes.</p>
	<p><i>Amici curiae:</i></p> <p>Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).</p>

	<p>Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).</p> <p>Oficina Regional para Centroamérica, Norteamérica y el Caribe de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).</p> <p>Defensoría General de la Nación de Argentina.</p> <p>Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y el Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional.</p> <p>Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP).</p> <p>Women's Link Worldwide.</p> <p>Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM).</p> <p>Servicio Social Internacional (SSI) y Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar (RELAF).</p> <p>Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante (CDHIC).</p> <p>Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Servicio de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF).</p> <p>Grupo Jurídico de Antioquia (GJA).</p> <p>Programa de defensa e incidencia binacional de la Iniciativa Frontera Norte de México.</p> <p>Universidad de Buenos Aires (Departamento de Práctica Profesional).</p> <p>Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús.</p> <p>Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.</p> <p>Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.</p> <p>Universidad Nacional Autónoma de México (Facultad de Derecho).</p> <p>Centro Estratégico de Litigio Interamericano y Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana.</p> <p>Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.</p> <p>Instituto Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.</p> <p>Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres.</p>
--	---

	<p>Centro de Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.</p> <p>International Human Rights Law Clinic del Washington College of Law de American University.</p> <p>Immigration Law Clinic de Southwestern Law School.</p> <p>Child Law Clinic de University College Cork.</p> <p>María Elena Vásquez (Niños y Niñas Sin Fronteras).</p> <p>Carlos Roberto Muñoz (Red de ONGs de Infancia y Juventud de Chile).</p> <p>Julio Esteban Cortés Morales (Universidad Central de Chile).</p> <p>Iskra Leyva Pavez (Universidad Tecnológica Metropolitana de Chile).</p> <p>Boris Wilson Arias López.</p> <p>Ezequiel Heffes y Fernando Alberto Goldar.</p> <p>Luis Peraza Parga.</p> <p>Beatriz Eugenia Sánchez.</p> <p>Álvaro Francisco Amaya, Felipe Franco Gutiérrez y Viviana Ordóñez Salazar.</p> <p>Juliana Poveda Clavijo y Óscar Yesid Osorio.</p>
Consideraciones	<p>Función consultiva:</p> <p>La Corte puede determinar el ámbito de su competencia consultiva del mismo modo que lo puede hacer en la competencia contenciosa (17).</p> <p>Toda parte o aspecto de la CADH puede ser interpretado por la Corte, incluso normas procesales (19).</p> <p>La Corte puede interpretar la Declaración Americana y, al mismo tiempo, esta es un criterio de interpretación de la CADH (22).</p> <p>El cumplimiento de requisitos reglamentarios de la consulta no obliga a la Corte a contestarla (25).</p> <p>El objeto de la respuesta de la Corte no queda limitado a los términos de la consulta: la Corte puede señalar el déficit de protección de un derecho o de un grupo de personas y la necesidad de adoptar tratados internacionales para protegerlos (30).</p> <p>Las opiniones consultivas son parámetro del control de convencionalidad (31).</p> <p>Las opiniones consultivas vinculan a los órganos de la OEA cuya competencia tenga conexión con el objeto de la consulta (32).</p> <p>La función consultiva se diferencia de la contenciosa por la inexistencia de partes y de litigio (51).</p>

	<p>Objeto de la consulta:</p> <p>La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado es independiente de la causa por la que la persona se encuentra en el territorio del Estado o de si ingresó al territorio de conformidad o no con la legislación estatal (62). El diseño de las políticas migratorias debe incorporar un enfoque transversal sobre la protección de los niños y niñas con independencia de su situación migratoria (68).</p> <p>Los niños tienen el derecho a ser oídos en todos los procedimientos migratorios y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta (70).</p> <p>El régimen interamericano del asilo lo concibe como un derecho subjetivo y no como una prerrogativa estatal (73). Su condición de derecho deriva de una interpretación del artículo 22.7 CADH y del artículo XXVII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, en relación con los demás instrumentos internacionales sobre refugiados (Convención de 1951 - Protocolo de 1967 y Declaración de Cartagena de 1984) (78).</p> <p>El derecho de los niños y niñas a buscar y recibir asilo tiene tres elementos: derecho a presentar la solicitud y no ser rechazado en la frontera sin análisis previo; no ser devuelto al país de origen cuando existe riesgo, y protección internacional cuando proceda para el niño o niña y su familia (81).</p> <p>Los Estados tienen una obligación positiva de identificación del niño solicitante y de sus condiciones como requisito obligatorio para emitir una respuesta a la solicitud y cumplir con el criterio de tratamiento diferencial (82).</p> <p>Primero se garantiza el acceso al territorio del niño solicitante y después se evalúan las condiciones de su solicitud (83).</p> <p>Parámetros de evaluación del niño o niña solicitante: edad (88); acompañado o separado (89); nacionalidad o apátrida (94); información sobre el riesgo que ocasiona el desplazamiento (97); identificación de la necesidad de medidas de protección diferenciadas (103).</p>
--	---

	<p>El derecho al debido proceso debe ser garantizado con independencia de la situación migratoria de su titular (113).</p> <p>Las garantías derivadas del derecho al debido proceso de niños y niñas migrantes son las siguientes: a. Ser notificado (113); b. Juez o funcionario especializado (120); c. Derecho a ser oído: la opinión de los padres no sustituye la de los niños y se admite lenguaje no verbal (122); d. Traductor intérprete gratuito (124); e. Notificación y asistencia consular (126); f. Representación legal calificada y gratuita (129); g. Tutor para niños separados o no acompañados (132); h. Consideración del interés superior del niño en la resolución de fondo (137); i. Recurrir decisiones judiciales o administrativas con efecto suspensivo (140), y j. Plazo razonable (143).</p> <p>El principio de <i>ultima ratio</i> de la privación de la libertad se aplica al ámbito punitivo y no es un parámetro de los procedimientos migratorios que obedecen a finalidades no punitivas (150). En estos procesos solo se puede privar de la libertad en casos de necesidad, con aplicación del principio de proporcionalidad, por el menor tiempo posible y con el fin de asegurar la comparecencia al proceso o el cumplimiento de una orden de deportación (151).</p> <p>La privación de la libertad de un niño con base en su sola situación migratoria es contraria a la CADH, no satisface el requisito de necesidad ni se puede considerar como instrumental al interés superior de la niña o niño (154 y 160).</p> <p>El principio de unidad familiar no justifica la privación de la libertad de niños o niñas para permanecer con sus familias. Este principio exige mantener la libertad de las familias para preservar la unidad familiar en la libertad (158).</p> <p>Excepcionalmente se puede alojar o albergar a un niño o niña en un centro de acogida público o privado con supervisión pública (173 y 174).</p> <p>En los centros de acogida los niños acompañados deben permanecer con su familia, salvo casos excepcionales. Los niños separados o no acompañados deben permanecer separados de los adultos (177 y 178).</p>
--	---

	<p>Las medidas de alojamiento deben realizarse en ambientes no privativos de la libertad o centros abiertos (180).</p> <p>Los centros deben garantizar condiciones materiales para el desarrollo de las niñas, tener en cuenta la diversidad y sus especiales condiciones de vulnerabilidad (181 y 182).</p> <p>Las niñas y niños migrantes se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad que impone el deber de adoptar medidas de protección frente a posibles detenciones (190): a. Legalidad (191); b. No arbitrariedad y tiempo definido (193 y 194); c. Información oportuna, completa y comprensible sobre los motivos de la detención y recursos existentes (195, 196 y 197); d. Revisión judicial oportuna, imparcial e independiente (198); e. Comunicación con amigos, familiares, representantes u organizaciones internacionales (199-201); f. Información y asistencia consular (202); g. Representación legal mediante tutor y/o asistencia legal gratuita, oportuna y cualificada (204 y 205); h. Recurso judicial imparcial contra la detención (206).</p> <p>La condición de solicitante de asilo o de refugiado depende del cumplimiento de las condiciones y no de un acto declarativo de la autoridad de un Estado. A las personas que se encuentran en esta situación les protege el principio de no devolución (210).</p> <p>El principio de no devolución es una norma consuetudinaria del derecho internacional y sus excepciones deben interpretarse de manera restrictiva (211).</p> <p>Existe una prohibición de devolución indirecta (212).</p> <p>En el ámbito del Sistema Interamericano existe el derecho de toda persona a no ser devuelta de manera indebida cuando su vida, integridad o libertad se encuentre en riesgo. Este derecho es independiente de la situación migratoria en que se encuentre la persona (215).</p> <p>Mientras existe controversia sobre la condición de nacional o no de una persona se le debe considerar como nacional y su expulsión está prohibida por la CADH (218).</p>
--	--

El principio de no devolución se aplica en relación con la noción de jurisdicción que involucra áreas sobre las que un Estado ejerce autoridad o tiene control efectivo (219).

Las operaciones de interceptación marítimas en aguas internacionales con el fin de impedir la presentación o evaluación de peticiones de asilo son contrarias a la CADH (220).

Una obligación internacional asociada a la prohibición de tortura es la prohibición de devolución, la cual adquiere también la condición de norma de *ius cogens* (225).

El artículo 5 CADH prohíbe que los Estados deporten, extraditen, expulsen, remuevan o devuelvan a personas sujetas a su jurisdicción cuando exista peligro de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes (226).

El principio de no devolución es absoluto en los casos en que existe riesgo de tortura para la persona que sería devuelta. Incluso si esa persona representa un riesgo para la seguridad nacional o el orden público del Estado receptor (236).

Existe la necesidad de establecer un mecanismo de protección (complementaria) para extranjeros no reconocidos como migrantes regulares que tampoco cumplen las condiciones para ser refugiados o solicitar asilo (237 y 238).

En el procedimiento de solicitud de asilo la niña o el niño deben recibir orientación sobre el trámite y se les debe permitir contactar a organizaciones internacionales. En general, aplican las mismas garantías de los procedimientos migratorios (251).

En los procesos de asilo es obligatoria una entrevista personal y confidencial con el niño o niña (252 y 254).

Orden de prelación de las solicitudes de asilo: i) niños no acompañados; ii) niños separados; iii) niños acompañados de uno de los progenitores, y iv) niños en familia (253).

Durante el procedimiento se debe emitir un documento que pruebe el estatus migratorio del solicitante, lo proteja de expulsiones y no lo estigmatice (260).

	<p>En casos de flujo masivo de migrantes, los Estados deben recurrir a mecanismos como el reconocimiento colectivo o grupal. En estos casos opera el principio de responsabilidad compartida entre el Estado que envía y el Estado que recibe (262). Niños y niñas migrantes deben permanecer con sus familias, salvo que sean víctimas de maltrato, abandono, sus padres se encuentren separados o alguno haya sido deportado (273 y 274). Las medidas que impliquen la separación familiar deben superar el juicio de proporcionalidad (275-278). Es desproporcionado separar a una niña o niño de sus padres cuando aquel tiene nacionalidad originaria o derecho de residencia y la expulsión de sus progenitores se produce exclusivamente por infracciones migratorias (280).</p>
<p>Decisión</p>	<p>Unanimidad: Competente.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Políticas con enfoque diferenciado para niñas y niños con independencia de su situación migratoria. 2. Obligación de identificación de la situación, condiciones y necesidades de las niñas y niños migrantes. Tratamiento coherente con el resultado de la identificación. 3. Debido proceso judicial y administrativo en procedimientos migratorios con las garantías señaladas anteriormente. 4. Prohibición de privación de la libertad a niños y niñas migrantes. 5. Obligación de establecer medidas no privativas de la libertad en el marco de procesos migratorios de niños y niñas. 6. Obligación de respetar los principios de separación y de unidad familiar de acuerdo con el interés superior de las niñas y niños. 7. Obligación de respetar garantías propias de situaciones de privación de la libertad. 8. Prohibición de devolución, rechazo o inadmisión en frontera de niñas o niños en situaciones de riesgo para su vida, integridad o libertad.

	<p>9. Las decisiones sobre devolución deben justificarse en el interés superior de las niñas y niños.</p> <p>10. Obligación de identificación y tratamiento adecuado a niñas y niños solicitantes de asilo o en condición de refugiados.</p> <p>11. Prohibición de expulsar por infracciones migratorias a progenitores de niñas y niños con derecho a nacionalidad o que cumplan condiciones legales para residir permanentemente.</p> <p>12. La Opinión Consultiva 21 hace parte de un contexto de desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos.</p>
--	---



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en marzo de 2015

Se compuso en caracteres Sabon de 11 puntos
y se imprimió sobre papel propalbond de 75 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem