

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 70/2 julio-diciembre 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7022022>

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS A LA OPINIÓN CONSULTIVA 26/20 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIERTAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ‘PODER DEL PROCEDIMIENTO’

Some Comments on the Inter-American Court of Human Rights’ Advisory Opinion 26/20. Certain Considerations regarding the ‘power of procedure’

Luis A. López Zamora

Research Fellow

Max Planck Institute Luxembourg for International,
European and Regulatory Procedural Law

Doctoral Researcher

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Germany)

<https://doi.org/10.18543/ed.2653>

Recibido: 04.10.2022

Acceptado: 05.11.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 70/2, julio-diciembre 2022

<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

COMENTARIOS A LA OPINIÓN CONSULTIVA 26/20
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS. CIERTAS CONSIDERACIONES SOBRE EL
‘PODER DEL PROCEDIMIENTO’

*Some Comments on the Inter-American Court of Human
Rights’ Advisory Opinion 26/20. Certain Considerations
regarding the ‘power of procedure’*

Luis A. López Zamora¹

Research Fellow

Max Planck Institute Luxembourg for International,

European and Regulatory Procedural Law

Doctoral Researcher

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Germany)

<https://doi.org/10.18543/ed.2653>

Recibido: 04.10.2022

Aceptado: 05.11.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Resumen

Este ensayo tiene como objetivo analizar la Opinión Consultiva OC-26/20 (OC 26) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El propósito será reflexionar –en base a esta decisión– sobre los poderes consultivos de la Corte; en especial, teniendo en cuenta que aquellas han sido fortalecidas por ella misma al punto de

¹ El borrador inicial de este ensayo fue presentado en el Departamento de Derecho Internacional y Resolución de Disputas del Max Planck Institute Luxembourg y se benefició de los amables comentarios de los presentes ahí. Agradezco a mis colegas y a la directora la Prof. Hélène Ruiz-Fabri. Como es evidente, cualquier imprecisión es responsabilidad única del autor.

convertirlas en indirectamente obligatorias, en aplicación de la doctrina del control de convencionalidad y al vincular su contenido al trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La OC 26 será especialmente útil en este análisis, ya que muestra cómo las opiniones consultivas de la Corte pueden afectar profundamente la arquitectura del Sistema Interamericano. El punto principal que defenderemos, es que –en ocasiones– algunos mecanismos procesales, por sus particularidades, el material legal a ser analizado por medio de ellas, o por sus efectos particulares, son utilizados con el fin de obtener aquello que no podrían ser obtenidos de otra manera.

Palabras clave

Opinión Consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Derecho Procesal Internacional, Denuncia de la Convención Americana, Denuncia de la Carta de la OEA.

Abstract

This paper provides an analysis of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) Advisory Opinion OC-26/20 (AO 26). It analyzes that decision and, in broader terms, the advisory powers of the IACtHR, which have been enhanced over the years by the Court itself. The Court has made its advisory opinions binding in practice by including them in the conventionality control doctrine and by declaring them obligatory for the Inter-American Commission of Human Rights. The AO 26 is particularly important in that regard, because it shows how those decisions can affect the overall Inter-American System's architecture. The main argument is that –on occasion–, procedural mechanisms –like an advisory opinion– are used to achieve purposes that cannot be attained using other means. This is mainly due, to the way advisory opinions are requested in the Inter-American System of Human Rights and the law that can be interpreted through them.

Keywords

Advisory Opinions, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American System of Human Rights, International Procedural Law, Denunciation of the American Convention, Denunciation of the OAS Charter.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. III. LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA. IV. LA RESPUESTA DE LA CORTE INTERAMERICANA Y CONSIDERACIONES SOBRE SUS ALCANCES. 1. Sobre las Obligaciones Remanentes en Materia de Derechos Humanos para los Estados que han Denunciado la CADH. 2. Sobre las Obligaciones Residuales de Derechos Humanos para los Estados que han Denunciado la Carta de la OEA. V. MIRADA A LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA: EL PODER DEL PROCEDIMIENTO SE HACE PRESENTE. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En este espacio analizaremos la Opinión Consultiva 26/20,² emitida el 09 de noviembre de 2020 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o Corte). Dicha decisión involucra distintos asuntos legales que serán referidos en este ensayo, sin embargo, nuestro interés, nos hará centrarnos en uno de ellos, como es el hecho de que –en ciertas oportunidades– las competencias consultivas de la Corte Interamericana han sido utilizadas con el fin de expandir el alcance de sus competencias y poderes. La opinión consultiva que revisaremos nos llevará a reflexionar sobre aquel punto –dado que– al analizarla se torna evidente cierta re-estructuración de los poderes de la Corte con un posible impacto en las esferas propias de otros órganos del Sistema Interamericana de Derechos Humanos (SIDH). Esto ha sido posible dada las ventajas y libertades que las competencias consultivas le dan a la Corte. Sobre esto último, debe recordarse que la forma como la actividad consultiva han sido prevista en el SIDH, es única en el Derecho Internacional y única entre los sistemas regionales de protección de derechos humanos.

El ejercicio expansivo al que aludiremos y que creemos ha sido llevado a cabo por la Corte, está ejemplificado en la opinión consultiva objeto de revisión. El análisis que haremos evidenciará cómo la Corte Interamericana ha

² Para un resumen de los diferentes puntos tratados en la respuesta de la Corte, véase: MORALES ANTONIAZZI, M., «Advisory opinion OC-26/20, Denunciation of the American Convention on Human Rights and the Charter of the Organization of American states and the Consequences for State Human Rights Obligations», *American Journal of International Law*, vol. 116, 2022, pp. 409-416 y HITTERS, J. C., «La denuncia (retiro, abandono) de los Estados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Sus efectos sobre las obligaciones estatales. Consecuencias según la corte interamericana de derechos humanos: (opinión consultiva 26/2020 del 9 de noviembre de 2020)» *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 43, n. 2, 2022, pp. 55-63.

aprovechado las particularidades procedimentales relativas a la tramitación y decisión consultiva, con el fin de lograr ciertos cometidos. Con el uso de la estrategia a la que aludimos la Corte ha logrado metas que, por otros medios, no habrían podido ser logrados. La estrategia señalada puede ser también denominada el uso del ‘poder del procedimiento’. Es decir, debido a las particularidades procedimentales presentes en las labores de la Corte como es la emisión de decisiones consultivas, aquella ha logrado que sus decisiones tengan efectos sistémicos en el SIDH, mereciendo ello un análisis detenido. Las particularidades procesales conectadas en particular a la emisión de una opinión consultiva dentro del SIDH, hacen referencia a la forma como aquellas solicitudes se tramitan, las materias que pueden ser evaluadas a través de ellas, y sus consecuencias materiales.

Para explicar lo indicado, iniciaremos con una revisión de los antecedentes de la Opinión Consultiva 26/20; luego la problematizaremos, para después centrarnos en aquello que solo puede observarse mediante su revisión desde un ángulo procedimental.

II. ANTECEDENTES

El 6 de mayo de 2019, Colombia solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana.³ En su solicitud, el Estado pidió que se identificaran las obligaciones que los Estados que denuncian la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH o Convención Americana) deberían de seguir cumpliendo cuando sus denuncias desplegaran efectos. Colombia –además– preguntó por las obligaciones residuales en materia de derechos humanos aplicables a los Estados que –además– hubiesen denunciado la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Finalmente, Colombia solicitó se identificaran las medidas que los Estados, que aun formaran parte del SIDH podrían utilizar para hacer valer las obligaciones identificadas previamente por la Corte. Como es usual en este tipo de procedimientos, ciertas razones políticas –de implicancias legales– estuvieron detrás de su formulación.

Una razón que influyó la solicitud, fue la decisión de Venezuela de denunciar la CADH y su decisión –años después– de denunciar la Carta de la OEA. Todo inició cuando aquel estado denunció la Convención Americana el 10 de septiembre de 2012.⁴ Si bien con aquella denuncia Venezuela

³ Véase: Nota Diplomática S-DVAM-19-015461. Solicitud de Opinión Consultiva del 3 de mayo de 2019. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_26_esp.pdf (accedido el 4 de octubre de 2022).

⁴ Mediante nota oficial diplomática (000125) emitida por el Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores. Sobre los antecedentes de esta decisión, y la discusión sobre la constitucionalidad o no de la medida, véase: AYALA CORAO, C., «Inconstitucio-

quedaba fuera de la jurisdicción de la Corte, en aplicación del artículo 53 de la Carta de la OEA⁵ (leída en conjunto con algunas resoluciones de la Asamblea General de la OEA,⁶ el punto de vista de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –Comisión Interamericana o Comisión– y de la Corte)⁷ el Estado fuera de la CADH y de la jurisdicción de la Corte aún estaría bajo la supervisión de la Comisión. Aquel último órgano determinaría la compatibilidad de las acciones del Estado (ahora fuera de la CADH) con las obligaciones de derechos humanos que emanaran de la Carta de la OEA, leída en conjunto con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH). Como consecuencia de ello, y el potencial control que aún podía desplegar la organización americana en el Estado denunciante, el 27 de abril de 2017, Venezuela denunció la Carta de la OEA. Las razones esgrimidas se basaron en supuestos conflictos políticos con dicha organización, y el cuestionado rol activista desarrollado por la Corte y la Comisión.⁸ Sin embargo, parte del objetivo fue detener el control desplegado por la Comisión en los asuntos internos Venezolanos. Esto último era importante dado el especial escrutinio al que estaba sometido por la endeble protección de

nalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XIX, 2013, pp. 43-79 y AYALA CORAO, C., «Venezuela: From the Structural Non-Compliance with Judgments of the IACtHR to the Denunciation of the ACHR and the OAS Charter (a pending matter for a future democratic state)», en R. G., M. MA. y PARIS, D., *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Cheltenham, 2021, pp. 346-361. La denuncia desplegó efectos el 10 de septiembre de 2013. Esto en aplicación del artículo 78 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica). 22 de noviembre de 1969. Tras ello, cualquier acto producido dentro de la jurisdicción de Venezuela que pudiese implicar una violación de derechos humanos, no conllevaría una violación a los derechos reconocidos en la CADH. Esto significaba que, desde aquel momento, la Corte carecería de jurisdicción sobre esos potenciales actos.

⁵ Carta de la Organización de los Estados Americanos del 13 de diciembre de 1951. Serie sobre Tratados, OEA N. 1-C y 61. Reformada por diversos protocolos. Véase: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf (accedido el 4 de octubre de 2022)..

⁶ Las resoluciones en mención sostienen el carácter normativo de la Declaración Americana de Derechos Humanos; es decir, afirman que la Declaración establece obligaciones vinculantes para los Estados, y no solo buenas intenciones.

⁷ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-10/89 - 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 (Solicitada por la República de Colombia). 14 de julio de 1989. Para. 43.

⁸ Sobre esto, véase: MEJIA-LEMONS, D. G., «Venezuela's Denunciation of the American Convention on Human Rights», *ASIL Insights*, January 09, 2013. Disponible en: <https://www.asil.org/insights/volume/17/issue/1/venezuelas-denunciation-american-convention-human-rights> (accedido el 4 de Octubre de 2022).

derechos humanos y democrática en su jurisdicción.⁹ El retiro de Venezuela de la OEA surtió efectos el 27 de abril de 2019. Con esto, aquel Estado pasaba a estar fuera de cualquier obligación de derechos humanos a nivel del SIDH.

En mayo de 2019, días después que aquel retiro entrara en efecto, Colombia presentó la solicitud de opinión consultiva que analizamos.¹⁰ Aunque en su solicitud, Colombia evitó referirse puntualmente a la situación del país vecino,¹¹ la forma en que aquella fue planteada dejaba en claro que su preocupación estaba vinculada con lo sucedido ahí.

A continuación, veremos en detalle la solicitud de opinión consultiva, los problemas legales involucrados, la respuesta formulada por la Corte y, algunos de los elementos normativos que se desprenden de aquella respuesta.

III. LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA

El Estado colombiano enmarcó su solicitud alrededor de tres preguntas dirigidas a determinar las obligaciones remanentes de derechos humanos para los Estados que hubiesen denunciado la CADH¹²; sobre las obligaciones de derechos humanos que un Estado tendría que respetar aun cuando hubiese

⁹ Sobre el contexto en que se dio la decisión, véase: OCHOA JIMÉNEZ, M.J., «La Protección de los Derechos Humanos en Venezuela Frente a la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 25, 2014, pp. 195-211. Sobre las formas por las que se minaron las instituciones democráticas en Venezuela, véase: CASAL HERNÁNDEZ, J.M., «The Constitutional Chamber and the Erosion of Democracy in Venezuela», *ZaōRV* vol. 80, 2020, pp. 913-972.

¹⁰ Véase: Nota 2.

¹¹ Sin embargo, una referencia de ello, se realizó en las observaciones escritas de Colombia, ocasión en la que el Estado cuestionó la validez del acto de denuncia efectuado por Venezuela a la Carta de la OEA –en específico–, al ser un acto emitido por el régimen de Nicolás Maduro. Según indicó Colombia, aquel régimen era ilegítimo y sin capacidad de tomar decisiones válidas a nivel internacional. Véase: Observaciones Escritas de la República de Colombia. A la Solicitud de Opinión Consultiva relativa a las Obligaciones en Materia de Derechos Humanos de un Estado que ha Denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que Intenta Retirarse de la OEA. Diciembre 2019. Para. 45. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc26/57_colombia.pdf.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 - La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos) (Solicitada por la República de Colombia). 9 de noviembre de 2020. Para. 21 y 22. Para. 3.

denunciado la Carta de la OEA;¹³ y sobre las acciones que los Estados miembros de la OEA tendrían a su disposición para hacer efectivas las obligaciones identificadas como vinculantes para los Estados denunciadores de la CADH, o para los que hubiesen dejado la organización.¹⁴ Un elemento adicional a tener presente, es que las interrogantes de Colombia fueron complementadas con una duda final: ¿Cuál sería la situación, si el Estado que buscara retirarse de la organización (o que pretendiese denunciar la CADH) mostrara –en su jurisdicción– situaciones de serias y sistemáticas violaciones a los derechos humanos? O, cuando el retiro, se efectuara en un contexto en donde la democracia se encontrara cuestionada.¹⁵ Como veremos más adelante, estas dudas otorgaban espacio para que la respuesta de la Corte tuviese un impacto importante en el Sistema Interamericano.

IV. LA RESPUESTA DE LA CORTE INTERAMERICANA Y CONSIDERACIONES SOBRE SUS ALCANCES

El 09 de noviembre de 2020, la Corte Interamericana emitió la Opinión Consultiva OC-26/20 (opinión consultiva). En línea con lo consultado por Colombia, la Corte dividió su respuesta en tres secciones. En este breve espacio, nos centraremos en las dos primeras secciones, y en particular en algunos puntos que creemos necesitan ser aclarados.

1. *Sobre las Obligaciones Remanentes en Materia de Derechos Humanos para los Estados que han Denunciado la CADH*

La primera sección se centró en un tema pacífico en el SIDH. Este se refiere al hecho de que el Estado que denuncia la CADH pero que, aún se mantiene como miembro de la OEA, deberá cumplir con las obligaciones de derechos humanos que se desprendan de la Carta de la organización. Además, los actos de los Estados denunciadores aún pueden ser objeto de control por parte de la Corte, cuando los actos en cuestión hubiesen sido efectuados antes de que surtiera efecto la denuncia de la CADH. Aquellos puntos no generan mayores problemas en el SIDH, sin embargo, ciertos ángulos quedaban por ser esclarecidos. Por ejemplo, aún quedaba la duda de si la decisión de denunciar la CADH podía ser objeto de un test de validez. Este punto fue traído a colación debido a la duda sobre el potencial efecto que un contexto de serias y sistemáticas violaciones a los derechos humanos –o el resquebrajamiento del sistema democrático– podría tener en la pretensión de un

¹³ Idem.,

¹⁴ Idem.,

¹⁵ Idem., Para. 2.

Estado, de denunciar la Convención. Aquella duda le daba a la Corte la posibilidad de plantearse si –en circunstancias excepcionales– como las antes referidas, la ‘aceptación’ de una denuncia a la CADH, debía de diferirse hasta que dichas circunstancias cesaran. En todo caso, aquella interrogante, le daba la posibilidad a la Corte de establecer condiciones y requisitos a cumplir dentro del orden interno de los Estados, para que sus solicitudes de denuncias, fuesen válidas a nivel internacional.

A pesar de esa posibilidad, la estrategia que la Corte siguió fue diferente.

Lo primero a tener presente es que la CADH brindaba –hasta cierto punto– respuesta integral a la interrogante. Tanto los requisitos para la denuncia de la CADH, como los efectos residuales de ello, se encuentran expresamente regulados en aquel instrumento. El artículo 78 de la CADH¹⁶ dispone que un Estado parte puede denunciar la Convención tras 5 años de que el instrumento hubiese entrado en vigencia. Aquel artículo señala –adicionalmente– que los efectos de la denuncia se producirán después de 1 año de haberse efectuado la comunicación respectiva.¹⁷ En cuanto a los efectos residuales, la disposición indica que la denuncia no liberará al Estado de las consecuencias de sus actos cuando ellos hubiesen sido perpetrados antes que la denuncia desplegara sus efectos.¹⁸ Por esto mismo, un Estado puede denunciar la Convención –y puede estar fuera de su régimen–, pero aún podría ser objeto de procedimientos ante la Corte. Venezuela es un buen ejemplo de ello. Aquel Estado fue objeto de una sentencia el 18 de noviembre de 2020¹⁹ por actos cometidos en junio de 2005, antes de que la denuncia de la CADH hubiese surtido efecto y, aún tiene casos pendientes frente a la Corte.

Ahora, aunque todo ello se desprende del artículo 78 de la CADH, es preciso indicar que dicha disposición no establece las obligaciones de derechos humanos que los Estados que han dejado aquel instrumento, deberán de seguir cumpliendo. El silencio de la Convención en este punto es razonable, pues –lo contrario– implicaría que la Convención entraría a regular tópicos que atañen a Estados que ya no se encuentran vinculados a su texto. Aun así, tal y como mencionamos antes, en el SIDH se entiende que un Estado que deja de estar sujeto a la CADH, aun lo estará respecto de la Carta de la OEA; la Corte hizo suya este criterio²⁰ y hasta aquel momento nada nuevo parecía

¹⁶ Convención Americana de Derechos Humanos ..., op. cit., Artículo 78.

¹⁷ *Idem.*, artículo 78.1.

¹⁸ *Idem.*, artículo 78.2.

¹⁹ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mota Abarullo y otros v. Venezuela. Sentencia del 18 de noviembre de 2020 (Méritos, Reparaciones y Costas) Serie C N. 417.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Para. 66 y sgtes.

establecerse en la opinión consultiva; sin embargo, la Corte decidió dar pasos adicionales.

En conexión con lo planteado por Colombia (sobre las circunstancias dentro del orden interno de un Estado denunciante) la Corte Interamericana consideró –aunque indirectamente– la existencia de límites a la denuncia de la Convención. El enfoque adoptado por la Corte podría ser visto por algunos como un intento de relativizar (en el futuro y si fuese necesario) potenciales denuncias a la CADH. Sin embargo, como veremos a continuación, la Corte llegó a medio camino en aquel intento.

Para ello, la Corte utilizó diferentes aproximaciones:

En primer lugar, resaltó la naturaleza especial que tienen las obligaciones incluidas en la Convención, para lo cual subrayó que aquellas obligaciones involucran derechos humanos. La Corte recordó que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) aunque aplicable para fijar los alcances de las provisiones de la CADH en lo referido a su denuncia,²¹ cede frente a las reglas formadas bajo el régimen de los derechos humanos o –en todo caso– que proviniesen del SIDH.²² En base a ello, la Corte entendió que, en ciertas circunstancias, las reglas especiales que regulan la denuncia de tratados provenientes de los derechos humanos deben de primar.²³ Aún más, la Corte recordó la naturaleza especial del régimen de los derechos humanos, enfatizando que las provisiones de la CVDT que regulan la terminación de tratados deben ser consideradas –caso por caso– a la luz del objeto y fin de la

²¹ Este paso fue consistente con el uso que la Corte ha hecho de las provisiones de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, al interpretar la Convención Americana.

²² En la opinión consultiva, la Corte afirmó que el régimen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sería el que establecería las reglas especiales sobre denuncia de tratados en materia de derechos humanos; sin embargo, no queda claro si la Corte hace referencia a las reglas generales en aquella materia provenientes de los derechos humanos, o si apunta a reglas originadas específicamente en el SIDH.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Para 48 y sgtes. Esto puede ser discutible –especialmente– debido a que quedan dudas sin responder. Por ejemplo: ¿En qué circunstancias dicha primacía se produce? ¿Hasta qué extensión debe efectuarse aquel ejercicio de primacía de las reglas proveniente de los derechos humanos, y quién es el que debe determinar qué reglas especiales o generales serán aplicables en un caso concreto? Todo esto debe tenerse en cuenta –pues–, aquel ejercicio de selección de las reglas especiales de los derechos humanos (que al parecer sería llevado a cabo por la misma Corte) podría llevar a cambiar lo expresamente acordado en la CADH. Esto se agrava, cuando se tiene presente que la Corte no explicó las consecuencias que aquello podría acarrear. Sea como fuese, lo importante es que las provisiones de la CVDT, relativas a la terminación de tratados [Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969. Artículos 42.2, 43, 56, y otros], no entran en conflicto con las disposiciones de la CADH, ni tampoco las complementaban de forma significativa por lo que era innecesario entrar en ese detalle.

CADH para así determinar si pueden ser utilizadas en la interpretación de las cláusulas de denuncia de la Convención.²⁴ Este ejercicio genera la duda de si –en una eventualidad– la Corte puede dejar de lado lo indicado por el régimen general establecido en la CVDT y –tras ello– identificar, por si misma, las reglas que complementarían la CADH. En otros términos: ¿Es posible que la Corte –en base al argumento de que las provisiones sobre denuncias de tratados establecido en la CVDT, podrían no ser aplicables– determinar la existencia de un contenido externo a la CADH para complementarla y –con ello– aplicar unilateralmente criterios no explícitamente recogidos a nivel convencional ni consuetudinario en materia de denuncias?

La Corte no consideró estos puntos dejándolos sin respuesta. La Corte tampoco determinó en concreto cuáles podrían ser las reglas complementarias en materia de denuncias que provendrían de los derechos humanos, ni especificó si ellas podrían limitar las decisiones de los Estados del SIDH en la denuncia de la CADH. Con ello, la línea argumentativa, que parecía encaminarse a plantear nuevos criterios a los establecidos en la CADH, pasó a frenarse momentáneamente. Sin embargo, ello duró poco, pues la Corte recordó que la CADH no había regulado las condiciones procedimentales domésticas que debían cumplirse, para que pudiese efectuarse la denuncia de la Convención.²⁵ Aquel giro dejaba en el aire la búsqueda de la regulación especial proveniente del régimen de los derechos humanos en lo relativo a la denuncia de tratados de aquella materia. Sin embargo, ello fue necesario para responder la duda contextual planteada por Colombia. Como mencionamos, Colombia preguntó: ¿Qué sucede en el caso en el que, dentro de la jurisdicción de un Estado denunciante, existieran situaciones de violaciones a los derechos humanos o –bien– se presentara el resquebrajamiento del sistema democrático? Debido a esta pregunta, se hacía útil adentrarse en los parámetros domésticos que pudieran ser exigibles para que una denuncia de la CADH fuese válida. Una conclusión importante a la que la Corte arribó, es que la decisión de denunciar la CADH tiene que adoptarse en el contexto de un debate plural, público y transparente.²⁶ Ello implica –en términos prácticos– que la decisión debe adoptarse (en el Estado involucrado) en el contexto del respeto de la democracia y usando medios similares a los utilizados para la adopción de la Convención.²⁷

Si bien ello es una conclusión importante, la Corte no indicó las consecuencias que derivarían de la falta de cumplimiento de aquel criterio. ¿Podría

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Para. 48 y sgtes.

²⁵ *Idem.*, Para. 61 y sgtes.

²⁶ *Idem.*, Para. 64.

²⁷ *Idem.*,

considerarse como inválida (o no aplicable) una denuncia a la CADH por el incumplimiento del criterio del debate plural, público y transparente? Si esto fuese así: ¿quién declararía que la denuncia fue adoptada de forma inválida? En la opinión consultiva no encontramos respuestas. Sin embargo, en secciones posteriores, pareciera que la Corte acepta –aunque tenuemente– que el incumplimiento del criterio de democracia y transparencia no obstaculizaría las denuncias de la CADH, si se cumpliera con las pocas condiciones establecidas para denunciar la Convención. Sea como fuese, la respuesta de la Corte –hasta ese punto– era solo parcial. Como resultado, la preocupación colombiana aún necesitaba de una respuesta precisa. El criterio de democracia y transparencia –aunque importante–, no hacía mención a las potenciales situaciones de violaciones a los derechos humanos que fueron referidas por Colombia.

Quedaba por responder, pues: ¿Qué sucede cuando un Estado que pretende denunciar la CADH presenta condiciones de derechos humanos que harían cuestionable su decisión? La Corte vuelve sobre el tema, para considerar cinco escenarios²⁸ que podrían hacer cuestionable una denuncia de la Convención: a) Cuando un Estado lo realiza por desconformidad con una decisión de la Corte, b) En el contexto de una suspensión indefinida de garantías o de una suspensión que fuese contra el núcleo de algún derecho, c) En el contexto de serias, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, d) En el contexto de un progresivo deterioro de las instituciones democráticas en el Estado concernido, e) En el contexto de una manifiesta, irregular o inconstitucional alteración o rompimiento del orden democrático, y f) En el contexto de conflictos armados. Aunque la Corte identificó aquellos escenarios, no consideró que aquellos llevarían a invalidar una denuncia a la CADH, o a retrasar la desvinculación del Estado de aquel instrumento. Lo que la Corte determinó es que aquello podría implicar mala fe y que los demás Estados del SIDH, tendrían que poner de relieve aquello por medio de sus observaciones y objeciones en las instancias institucionales de la OEA.²⁹

Como indicamos antes, el enfoque inicial de la Corte, parecía encaminarse a establecer límites a la denuncia de la Convención Americana. El primer paso fue enfatizar la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, y –después– indicar los cinco escenarios que a nivel interno podrían hacer cuestionable la denuncia de la Convención. Sin embargo, la Corte no dio el siguiente paso. Para llegar a ese nivel, la Corte habría tenido que señalar las consecuencias del incumplimiento de sus criterios. El que la

²⁸ Sin embargo, debe agregarse que la técnica utilizada por la Corte, para responder esta primera interrogante, muestra una sinuosidad excesiva, siendo difícil de conectar algunas de sus conclusiones a sus posteriores observaciones.

²⁹ *Idem.*, Para. 73-75.

Corte optara por no dar aquel paso, demuestra que ella adoptó su decisión, apostando por un cierto compromiso. El hecho de que esta opinión consultiva, a diferencia de otras decisiones recientemente adoptadas careciera de un abultado número de votos razonados discrepantes³⁰ demuestra que –lo más probable– es que su contenido fue adoptado de forma consensuada, ajustando las posiciones más progresivas con las posiciones más moderadas. Aun así, de las consideraciones dadas por la Corte, puede advertirse cierta estrategia indirecta para lograr esto (véase: Sección IV).

Ahora, analizaremos la segunda interrogante colombiana y la respuesta de la Corte. Debe indicarse –desde ya– que en este punto la posición de la Corte Interamericana no es idéntica a la primera. Para esta segunda interrogante, la Corte formuló –de forma más nítida– los límites de la total desvinculación de los Estados, con respecto a sus obligaciones de derechos humanos.

2. *Sobre las Obligaciones Residuales de Derechos Humanos para los Estados que han Denunciado la Carta de la OEA*

La segunda pregunta de Colombia buscaba que se especificaran las obligaciones de derechos humanos exigibles a los Estados que, habiendo denunciado la CADH –además– hubiesen denunciado la Carta de la OEA. Una respuesta inicial a esto, es que, una vez efectivizada la denuncia de la Carta de la OEA, no habría más vínculo entre el Estado denunciante y el SIDH. Como resultado, la Comisión Interamericana, como último bastión de control de derechos humanos perdería sus competencias en la materia. Sin embargo, esta cuestión es más compleja.

La Corte dio revisión al artículo 43 de la CVDT, disposición que indica que las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional general no se ven afectadas por la denuncia de un tratado en particular. Teniendo en cuenta esto, la Corte recordó que, un Estado que hubiese denunciado la CADH y la Carta de la OEA aún estaría vinculado al Derecho Internacional consuetudinario, los principios generales del derecho y las normas de *jus cogens*.³¹ Sin

³⁰ Por ejemplo, en los últimos años el número de votos individuales dadas en sentencias de la Corte Interamericana ha sido importante. Ejemplos de esto son: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares Vs. Brasil. Sentencia del 15 de Julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas); Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Sentencia del 6 de febrero de 2020 (Méritos, Reparaciones y Costas), y otras decisiones.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Para. 155 y sgtes.

embargo, surge la duda: ¿Cuál es la relevancia de aquella afirmación? Es decir, lo indicado por la Corte en el sentido de que un Estado que no forma parte del SIDH, aún estará obligado por el Derecho Internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, es algo que no requiere de pronunciamiento particular. Aquella obligatoriedad al Derecho Internacional general es resultado lógico del hecho de que los Estados aún forman parte de la comunidad internacional. La afirmación de la Corte, en este punto, no era relevante, ni añadía elementos de juicio a la consulta realizada por Colombia. Al menos, no si ello no era complementado con otras afirmaciones.

La única manera de encontrarle valor, es si aquello se conecta a secciones previas y posteriores de la opinión consultiva. Por ejemplo, si se conecta con secciones en donde la Corte identifica normas que –según su criterio– serían parte del Derecho Internacional general y –en ese sentido– aplicables a todos los Estados, formarían o no parte del SIDH. Por ejemplo, en ciertas secciones de la opinión consultiva la Corte identifica algunas normas como perentorias.³² Según la Corte, las obligaciones que se desprenden de esas normas incluyen –entre otras– la prohibición de tortura, de desaparición forzada o de esclavitud. La mayoría de las ellas –en efecto– se encuentran reconocidas –como perentorias– en el Derecho Internacional general. Sin embargo, la Corte reconoció otras (en aquel mismo nivel) de las cuales existen dudas sobre su carácter de *jus cogens*. Por ejemplo, asimila –en ese mismo status– al principio de igualdad.³³ Esto no sería un problema, –al menos– no para los propósitos de este análisis, si aquello se hubiese efectuado con la finalidad de identificar obligaciones para los Estados signatarios de la CADH –pues–, ellos están bajo el control y supervisión de la Corte Interamericana. Al fin y al cabo, aquel tribunal es el que –de forma correcta o no– interpretará los alcances de las obligaciones de derechos humanos que se desprenden de la Convención. Sin embargo, en la opinión consultiva, el ejercicio llevado a cabo por la Corte, fue hecho para sostener que esas obligaciones formarían parte del Derecho Internacional general y que –por tanto– incluso los Estados fuera del SIDH, tendrían que respetarlos. Este paso está fuera de las competencias de la Corte, y queda abierto a cuestionamientos.

³² *Idem.*, Paras. 105-110.

³³ *Idem.*, Para. 106. Esto está vinculado al problema teórico de asimilar los principios generales del derecho con las normas de *jus cogens*, lo que –desde un punto de vista técnico– no es correcto. Es importante tener presente que –actualmente– la Comisión de Derecho Internacional (CDI), se encuentra estudiando los principios generales del derecho. Si se da revisión a la forma como la temática surgió en el trabajo de la CDI, se puede observar que cada vez es más claro, que las normas de *jus cogens*, aunque relacionadas con los principios generales del derecho, no corresponden de forma idéntica a aquella fuente del derecho.

Por ejemplo: ¿Sobre qué base legal la Corte determina lo que constituye o no Derecho Internacional para Estados que no están dentro del SIDH? Esto es relevante –pues–, la determinación a la que arriba la Corte, podría implicar la identificación de normatividad internacional sin potestades para realizar aquello. En relación a esto, parece no haber otra alternativa que concluir que la Corte no tenía competencias para identificar las obligaciones que vincularían a los Estados fuera del SIDH, y que –por ello– aquel extremo de la opinión consultiva carecería de fuerza legal.³⁴ Es por ello que al inicio del procedimiento, y previéndose las complicaciones que traería este punto, la competencia de la Corte fue cuestionada. En aquel momento, se indicó que la Corte carecía de competencia *ratione personae* y *materiae*. Respecto a la falta de competencia *ratione personae*, se alegó que si la Corte respondía la segunda interrogante de Colombia, terminaría haciendo referencias a obligaciones para Estados que ya no formaban parte de la OEA.³⁵ Sin embargo, la Corte dejó de lado aquella observación.³⁶ Respecto a la falta de su competencia *ratione materiae*, los Estados que la levantaron –Estados Unidos y Nicaragua– sostuvieron que la Corte debía auto-restringirse y no identificar obligaciones internacionales en base a fuentes del derecho que no fuesen los tratados inter-americanos, situación que podría producirse, si se utilizaban –con ese fin– normas consuetudinarias del Derecho Internacional o instrumentos extraños al sistema inter-americano.³⁷

Si en este punto la Corte fue más allá de sus competencias o, si debe entenderse que respecto a aquel extremo existe una falta de efectos legales, aún requeriría de un análisis más sesudo que no es objeto central de esta breve reflexión.

El siguiente paso de la Corte, ahora centrándose en la normatividad aplicable al problema legal en cuestión, fue considerar las disposiciones de Carta de la OEA referidas a la separación de un Estado de la organización. Consiguientemente, la Corte analizó el artículo 143 de la Carta. Este paso fue necesario, no tanto por los requisitos indicados en aquel apartado (respecto al retiro de un Estado) sino por una sección que permitiría interpretar las obligaciones remanentes exigibles a los Estados que dejaran la organización. El

³⁴ Una conclusión sería que esa identificación no tiene efectos legales para los Estados que ya no son parte de la Convención, siendo relevantes solo para los Estados parte de la CADH, y que siguen perteneciendo al SIDH. Debe tenerse en cuenta que un Estado que ya no forma parte de la CADH aun sería miembro de la OEA y –por tanto– tendrá obligaciones no convencionales en materia de derechos humanos. El saber qué obligaciones de derechos humanos aquellos Estados aun tendrán que cumplir, se vuelve importante.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Paras. 22.

³⁶ *Idem.*, Para. 23.

³⁷ *Idem.*, Para. 24.

artículo 143 dispone que la denuncia se hará efectiva después de dos años de la notificación –agregando– que el Estado que la ha denunciado quedará desligado de la organización, después de haber cumplido con las obligaciones emanadas de la Carta.³⁸

Es en esta sección que la Corte pasó a centrar sus consideraciones.

Después de efectuar una interpretación literal³⁹, teleológica⁴⁰, sistemática⁴¹ y tras aplicar otros métodos complementarios de interpretación⁴² al artículo 143, la Corte concluyó que las obligaciones aludidas y que condicionan el retiro efectivo de un Estado involucran obligaciones en materia de derechos humanos.⁴³ Eso implicaría que, cuando el artículo 143 dispone que un Estado que denuncia la Carta de la OEA quedará desligado de la organización después de cumplir con las obligaciones emanadas de aquel instrumento, ello haría referencia no solo al cumplimiento de obligaciones de pago de cuotas a la organización.⁴⁴ El que efectivamente dicha provisión hubiese tenido la intención de hacer referencia a obligaciones de derechos humanos, es discutible –y debe ser objeto de un análisis más riguroso–; lo que nosotros resaltaremos en este momento, son las consecuencias que la Corte vinculó a dicha aseveración.

Basado en ello, la Corte dio un paso más, e indicó que las obligaciones específicas de derechos humanos al que la provisión haría referencia, son aquellas vinculadas al cumplimiento de las decisiones adoptadas por los órganos de protección de derechos humanos del SIDH. Según la Corte, aquellas decisiones aún vincularían al Estado fuera de la organización, y se mantendrá hasta que el mismo, cumpla íntegramente con sus obligaciones en la materia.⁴⁵ La Corte construyó su estrategia argumentativa sobre la base del principio *pacta sunt servanda* y el principio de buena fe.⁴⁶ En base a ello, afirmó –indirectamente– que los órganos de protección mantendrían una competencia temporal respecto a los Estados que hubiesen dejado la organización.⁴⁷ Por tanto, es posible que un Estado, aun cuando hubiese denunciado la Carta de la OEA, siga vinculado a lo resuelto por los órganos de protección

³⁸ Carta de la Organización de los Estados Americanos ..., op. cit., Artículo 143.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Para. 125.

⁴⁰ *Idem.*, Para. 126-131.

⁴¹ *Idem.*, Para. 132-140.

⁴² *Idem.*, Para. 141-146.

⁴³ *Idem.*, Para. 141-146.

⁴⁴ *Idem.*, Paras. 140, 146 y otros.

⁴⁵ *Idem.*, Para 151-152.

⁴⁶ *Idem.*, Para. 152.

⁴⁷ *Idem.*,

del sistema. Por ejemplo, hasta que el Estado en cuestión cumpla integralmente con las reparaciones ordenadas por la Corte (de ser el caso).⁴⁸

Esta última sección es un paso osado de la Corte, cuya intención es que el retiro de la organización no sea realizado por los Estados estratégicamente; por ejemplo, con el fin de evitar que ciertos casos sigan ventilándose en el sistema. Sin embargo, aquel paso –que podría ser necesario y razonable y que reposa sobre los principios de buena fe y de *pacta sunt servada*– requería de una argumentación más precisa –pues–generan circunstancias complejas al interior del SIDH.

V. MIRADA A LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA: EL PODER DEL PROCEDIMIENTO SE HACE PRESENTE

Como se ha mostrado a lo largo de este ensayo, la Corte estableció lineamientos que valen la pena ser analizados en el futuro. Esperamos que los comentarios puedan ser considerados concienzudamente en otros espacios. Por nuestra parte, en lo que sigue, nos limitaremos a añadir las consideraciones procedimentales que son parte de este análisis, y que no se desprenden fácilmente de la opinión consultiva pero que tienen una importancia clave.

Aquello involucra:

- i) Indicar los efectos que la decisión podría tener en la relación de la Corte con la Comisión Interamericana; e
- ii) Identificar la estrategia que la Corte habría seguido al emitir su decisión. Al tener presente ello, se entenderá por qué la Corte decidió formular su respuesta –de forma tal– de dar la impresión de recorrer un camino a medias, en lo relativo al establecimiento de requisitos para la denuncia de la CADH. Un análisis similar pero aplicable a la segunda interrogante colombiana, no será efectuado aquí por cuestiones de espacio. Por tanto, los efectos a los que aludiremos se desprenden de la respuesta de la Corte a la primera pregunta de Colombia.

Teniendo ello en mente, debemos de partir con una reflexión sobre la relación que la Corte y la Comisión terminarían teniendo, si las consideraciones vertidas en la opinión consultiva (primera pregunta) fuesen aceptadas. Por ejemplo, en una de las secciones de la decisión, la Corte dispone que las interpretaciones de la norma convencional constituyen parámetro interpretativo para el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos

⁴⁸ *Idem.*,

contenidas en la Carta de la OEA (interpretada bajo la luz de la DADH).⁴⁹ Si ello fuese así, la Corte no solo sería intérprete máximo de la CADH, sino que lo sería indirectamente de la Carta de la OEA (en materia de derechos humanos) y de la DADH.

Dos situaciones se producen como consecuencia de lo anterior:

- a) En primer lugar, se evitan divergencias interpretativas, de derechos humanos similares, pero incluidos en tratados diferentes (la CADH y la Carta de la OEA). Aquella discrepancia interpretativa puede suceder, dada la existencia de derechos humanos convencionales (CADH) y no convencionales (Carta de la OEA) bajo el SIDH, y dada las labores próximas –pero diferentes– que tiene la Comisión y la Corte Interamericana cuando interpretan sus respectivos instrumentos de control; y,
- b) De forma refractaria, se limitaría el radio de acción de la Comisión en lo concerniente a la interpretación de la Carta de la OEA. La influencia externa que sufriría la Comisión debe ser considerada seriamente –pues– un órgano como la Comisión, en lo referido a su actividad de control en materia de derechos humanos está orientada a lograr consensos antes que resolver todo conflicto por vía litigiosa.⁵⁰ Ello implica que no toda acción estatal que pudiese involucrar la violación de un derecho humano debe ser trasladada a la Corte.⁵¹ En diversas

⁴⁹ *Idem.*, Para. 91.

⁵⁰ Esto está influenciado por el rol que la Corte Interamericana tiene si lo comparamos con el de la Comisión. En palabras de García Belaunde, la Corte Interamericana posee: “(...) dos atribuciones muy claras: una consultiva y otra contenciosa, ambas a cargo de la misma Corte que decide conflictos, a diferencia de la Comisión Interamericana (...) que es mediadora y filtro de las peticiones que se hacen ante el sistema, La Corte es el órgano jurisdiccional y la Comisión es el órgano de estudio y consenso (...).” GARCÍA BELAUNDE, D., «El Control de Convencionalidad y sus Problemas», *Pensamiento Constitucional* vol. 20, 2015, pp. 136-137. Esta ha sido la forma como históricamente se ha planteado las competencias de la Comisión. Antes de las reformas efectuadas al Reglamento de la Corte Interamericana, los artículos 50 y 51 de la Convención hacían referencia a los informes a elaborar por la Comisión Interamericana lo que dejaba –aún más patente– aquel hecho. Explicando más en detalle esto, véase: BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights – Case Law And Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 32-33.

⁵¹ Desde una perspectiva procedimental, la discrecionalidad que la Comisión Interamericana tenía, para referir un caso a la Corte se vio reducida con las reformas efectuadas al Reglamento de la Comisión en 2001. Sin embargo, sigue siendo potestad de la Comisión determinar si un caso involucra la posible violación de un derecho humano y si ello debe ser trasladado a la Corte Interamericana. Sobre los escenarios para el traslado de casos desde la Comisión Interamericana a la Corte, véase: GROSSMAN, C. M., «Inter-

circunstancias, los mecanismos políticos de la OEA permiten resolver una disputa, mediante el uso de determinadas fórmulas antes de acudir a la instancia jurisdiccional del sistema.⁵² Debido a ello, un caso ventilado ante la Comisión y que pudiese implicar la afectación de un derecho humano bajo la Carta de la OEA (presente también en la CADH) podría requerir la adopción de un matiz interpretativo diferente en comparación al que podría necesitar ese mismo derecho si fuese a ser interpretado por la Corte Interamericana. Por esto, la conclusión a la que arriba la Corte, podría sujetar –de forma completa– a la Comisión sin reconocer los matices involucrados en el trabajo que la última desempeña. Esto queda más claro cuando se recuerda que la Corte concluyó que, “(...) *los criterios jurídicos emanados de la jurisprudencia del Tribunal en su integridad constituyen un instrumento en el que se debe apoyar la Comisión Interamericana para el desempeño de sus labores (...). La Corte observa que, en muchos casos, sus interpretaciones del texto convencional necesariamente trascienden a la Convención y nutren el contenido de la Declaración Americana, los*

American Commission on Human Rights (IACCommHR)», en: H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e831?rskey=ufjb0X&result=2&prd=MPIL> (accedido el 4 de octubre de 2022).

⁵² Por ejemplo, según dispone el actual Reglamento de la Comisión, con la apertura del caso aquella fija un plazo de cuatro meses para que los peticionarios presenten sus observaciones adicionales sobre el fondo (Artículo 37.1). Además, antes de pronunciarse sobre el fondo de un caso la Comisión fija un plazo para que las partes manifiesten si tienen interés en iniciar el procedimiento de solución amistosa (Artículo 37.4). La Comisión se pone a disposición de las partes en cualquier etapa del examen por iniciativa propia o solicitud, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto (Artículo 40). Si se logra una solución amistosa, la Comisión aprobará un informe con una exposición de los hechos y de la solución lograda, transmitiéndolo a las partes y lo publicará. Según indica el artículo 44 del Reglamento de la Comisión, luego de deliberarse sobre el fondo del caso, la Comisión procede a establecer si hubo violación o no de algún derecho. En caso de que determine que no hubo violación, así lo indicará en su informe sobre el fondo, y el mismo, será transmitido a las partes. Si determina que hubo violación, ello no implica su inmediata transmisión a la Corte. Por el contrario, la Comisión debe preparar un informe preliminar con las recomendaciones pertinentes y lo trasladará al Estado involucrado, fijando un plazo dentro del cual el Estado concernido deberá informar las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones. El hecho de que un caso no siempre sea enviado a la Corte, queda claro al revisar el artículo 45 del Reglamento de la Comisión, el cual indica que si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe, éste someterá el caso a la Corte, de esa forma, si el Estado ha seguido aquellas recomendaciones el caso quedará en aquella instancia.

tratados e instrumentos interamericanos, en la medida que existe coincidencia en el ámbito de protección normativa de los derechos y libertades."⁵³ Esto no solo enfatiza lo antes indicado, sino que pone en evidencia la posible estrategia que habría seguido la Corte al formular su opinión consultiva.

Como hemos indicado, es llamativo que la Corte Interamericana desarrollara una argumentación que parecía encaminarse a limitar –en ciertas circunstancias– posibles denuncias a la Convención, para después ceder y no crear barrera alguna. Sin embargo, con lo indicado previamente (sobre la relación que pasaría a tener la Corte con la Comisión) se entiende la razón por la que la Corte no necesitaba dar ese paso. En primer lugar, limitar las denuncias de la CADH podría llevar a la actualización de aquel instrumento⁵⁴ (dado el silencio convencional en la materia) y –por lo tanto– reabrir la discusión sobre los límites de la interpretación cuando, a través de ella, un tribunal desarrolla una actividad creacional de derecho.⁵⁵ Dado ese límite, pareciera que la Corte optó por una alternativa indirecta, como sería el uso del ‘poder de las vías procedimentales’⁵⁶ o –en otros términos– utilizar vías

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Para. 93.

⁵⁴ Lo cual avivaría las críticas realizadas a la Corte, por su supuesto activismo judicial. Sobre este punto, véase: MALARINO, E. «Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en G. Elsner (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, 2010, pp. 25-62.

⁵⁵ MEDINA, C. «The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation?», en: D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 654-669. A pesar de ello, debe tenerse presente que la Corte Interamericana concibe su ‘jurisprudencia’, como verdaderas fuentes de derecho. La Corte en la opinión consultiva que analizamos, dispuso que: “(...) las interpretaciones autorizadas que emite este Tribunal forman parte del corpus iuris relevante para dotar de contenido y eficacia a la protección de los derechos humanos (...) y son, además, una fuente de derecho.” Esto trae una serie de problemas. Sobre esto, véase: FUENZALIDA BASCUÑÁN, S., «La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Fuente de Derecho. Una Revisión de la Doctrina del ‘Control de Convencionalidad’», *Revue Générale du Droit*, vol. 49, 2019, pp. 303-329.

⁵⁶ La frase utilizada se emplea en el sentido desarrollado por la Prof. Hélène Ruiz-Fabri. Por medio de aquella noción, se subraya el hecho de que el proceso en el Derecho Internacional, no es ni casual ni insignificante (como usualmente es concebido) y que –por lo contrario– el procedimiento presenta –por lo menos– tres efectos relevantes en el sistema internacional: a) Tiene un impacto en la validez y oponibilidad de las decisiones adoptadas por las cortes y tribunales internacionales, b) Está relacionada con la multiplicidad de procedimientos en el Derecho Internacional, lo cual, apunta a la multiplicación de obligaciones procedimentales para los Estados, y c) Tiene un impacto en la propaga-

procesales, como el dictado de una opinión consultiva, con el fin de lograr lo que no sería posible a través de una interpretación común de la norma convencional.

Para entender esto último, debe recordarse que todo texto legal es objeto limitado de interpretación. Es decir, su contenido –por más minucioso que sea– no incluye ni puede incluir los supuestos necesarios para resolver todo conflicto. En ese sentido, un tratado –aunque puede ser interpretado– siempre enfrentará supuestos que escapan a su texto. Lo mismo sucede con los instrumentos que disponen las competencias de los tribunales internacionales. Ellas son –por naturaleza– limitados. Sin embargo, cuando un tribunal enfrenta dichos límites interpretativos, existen por lo menos tres opciones ‘creativas’ que ayudarían a cubrir un supuesto no cubierto originalmente por la norma: a) Efectuar una interpretación extensiva de una provisión y así cubrir una circunstancia no regulada, b) Derivar un contenido *ex novo* de una disposición por medio del uso de analogías o –por medio– de una ‘interpretación’ que realmente encubre la creación de una regla no reconocida en el instrumento interpretado, o c) Utilizar medios procedimentales para lograr aquel fin.

Las dos primeras opciones entrañan complicaciones, dada la limitación intrínseca que toda actividad interpretativa enfrenta, como es el hecho que requiere iniciar y terminar sobre la base de los términos expresos del instrumento a interpretar. Es decir, por más que el ejercicio involucre una interpretación extensiva o un ejercicio analógico, el texto a ‘interpretar’ deberá tener los términos requeridos para que su expansión se lleve a cabo y, así, cubrir un nuevo supuesto. Sin un mínimo de contenido lingüístico expreso aquel ejercicio no podría llevarse a cabo. En términos del juez Vio Grossi (con respecto a la interpretación de la Convención Americana):

(...) con la interpretación de un tratado se intenta aclarar los aspectos oscuros o ambiguos que puedan contener, de lo que se colige que, en el caso de que lo previsto en él tenga sentido, no será necesario indagar más. (...) resulta menester recordar que las sentencias y opiniones consultivas deben, por una parte, señalar únicamente lo que la Convención efectiva-

ción del sistema de resolución de disputas en el Derecho Internacional. Nosotros añadimos aquí, que el ‘procedimiento’ muestra su poder cuando es utilizado para obtener aquello que no sería posible por medio de otros medios. Este último enfoque muestra que el ‘procedimiento’ en efecto presenta un cariz político. En palabras de la Prof. Ruiz-Fabri, el ‘procedimiento’ no es solo técnico sino también político y transmite valores; a pesar de lo cual, aquella dimensión no es reconocida siempre por la doctrina. Esta contribución tiene por finalidad impulsar una discusión en relación a este punto. En relación al poder del procedimiento, véase: RUIZ-FABRI, H., «Max Planck Law, What is Procedural Law?», Conferencia del 14 y 15 de enero de 2021. Disponible en: <https://law.mpg.de/video/> (accedido el 4 de Octubre de 2022).

mente dispone, incluyendo, sin duda alguna, el principio *pro personae*, y no lo que debería que estableciera y por otra, evitar modificarla.⁵⁷

Ahora, aunque es cierto que la actividad interpretativa inicia en el texto expreso y según los términos ahí dispuestos, debe matizarse y coincidirse con Stone el cual, aludiendo al recorrido sufrido por la actividad interpretativa en sede jurisdiccional recordó que, desde que el derecho moderno iniciara su codificación la actividad adjudicativa ha tenido la pulsión de ir más allá del simple texto normativo en el afán de encontrar la intención del legislador. Esto se efectiviza por medio de un arsenal de vehículos teóricos, como son los principios generales del derecho y las técnicas jurídicas que se encuentran implícitas en la base del sistema jurídico.⁵⁸ Sin embargo, la actividad interpretativa no puede dejar de involucrar una conexión lógico-racional entre las nociones abstractas a utilizar (los principios generales del derecho y las técnicas legales generales) y los términos que expresamente se encuentra incluido en el texto. Si no se cumpliera con ello, el fallo sería arbitrario y fuera del orden legal. Solo en casos excepcionales, cuando la interpretación es incapaz de salvar el escollo, se da lugar a la integración del sistema normativo (por vacíos o lagunas).⁵⁹ Estos límites que enfrenta la interpretación en general adquieren dimensiones particulares en el Derecho Internacional –pues– mientras que en el derecho doméstico encontramos provisiones permitiendo y –en algunos casos– exigiendo a los jueces integrar el ordenamiento normativo por vía interpretativa o analógica (al encontrarse vigentes artificios como la completitud de los ordenamientos⁶⁰ que ayudan a evitar pronunciamientos de *non-liquet*),⁶¹ en el Derecho Internacional el orden jurídico no puede ser integrado por el juez internacional.

⁵⁷ Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Muelle Flores v. Perú. Sentencia del 06 de marzo de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Para. 19.

⁵⁸ Stone recuerda que durante el ejercicio jurisdiccional, cuando se analizan las normas particulares se abstraen principios y conceptos que llevan a vaciar las normas particulares de su contenido expreso limitado, “(...) y permite inyectar nuevo contenido en estos. Es un medio invaluable para la creación de nuevo derecho bajo una formulación antigua – de fertilizar el organismo del Derecho”. (traducción del autor) STONE, J., *Legal System and Lawyer’s Reasoning*, Stanford, Stanford University Press, 1968, p. 215.

⁵⁹ GUASTINI, R., «Antinomias y Lagunas Jurídicas», *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* vol. 29, 1999, pp. 446-449.

⁶⁰ Sobre el mismo, véase: BERNAL, C., HUERTA, C., MAZZARESE, T., MORESO, J. J., NAVARRO, P. y PAULSON, S. (ed.), *Essays in Legal Philosophy - Eugenio Bulygin*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

⁶¹ PRIETO SANCHIS, L., *Apuntes de Teoría Del Derecho*, Madrid, Editoria Trotta, 2005, p. 123.

En el orden internacional, cuando un vacío normativo es detectado no es aplicable el principio de completitud del sistema, sino la presunción de que los Estados han excluido una materia particular de la regulación internacional. Estos son límites concretos en este plano para la actividad interpretativa, pues –ella– debe coordinarse con el principio del consentimiento de los Estados.⁶² Dadas esas barreras en la incorporación de normatividad en el Derecho Internacional, es que una diversidad de circunstancias no serán pasibles de ser cubiertas mediante un simple ejercicio interpretativo. En aquellos casos, si se insiste en una interpretación, a lo que realmente se conducirá es a una ‘supuesta interpretación’ que –al final– implicará la creación encubierta de normatividad en sede jurisdiccional.⁶³

Ante ello, una tercera modalidad es el uso de los recursos procedimentales.

En el caso bajo análisis, creemos que la Corte, con el fin de expandir los efectos de sus decisiones y vincular a los Estados denunciados de la CADH aprovechó ciertas particularidades alrededor de la emisión de sus opiniones consultivas. Por ejemplo, el hecho de que las mismas no son adjudicativas y –por ello– no están limitadas por hechos litigiosos específicos,⁶⁴ hecho que le

⁶² Esto lleva a paradojas dentro de la teoría general del Derecho Internacional, como la posible admisibilidad de que un tribunal pronuncie un *non-liquet* por la falta de completitud del ordenamiento internacional.

⁶³ No toda opinión consultiva en el marco del SIDH que ha incluido y analizado aspectos no regulados expresamente en la CADH, implica el uso de los recursos procedimentales, en el sentido que desarrollaremos en este ensayo. En muchos casos, el uso dado por la Corte a sus opiniones consultivas ha sido más una puesta en escena de ‘supuestas interpretaciones’ de la Convención, enmascarando su expansión. En aquellos casos nos encontramos en el segundo supuesto mencionado antes que en el tercero. Un ejemplo de ello es cómo se ha oficializado –por vía consultiva– la existencia de obligaciones ambientales a cargo de los Estados, utilizando para ello el artículo 26 de la Convención Americana, rompiendo con una interpretación usual de aquella provisión. Para un análisis sobre ello, véase: LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Algunas Lecciones Provenientes de la Adopción de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos», *Anuario Español de Derecho Internacional* vol. 37, 2021, pp. 199-248.

⁶⁴ Esta es una de las características contemporáneas de los poderes consultivos de los tribunales internacionales (siendo excepcional, la práctica desarrollada por el Tribunal Permanente de Justicia internacional en relación a este punto). Por ejemplo, la Corte Interamericana ha indicado que “(...) estima que no está necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 - Medio Ambiente y Derechos Humanos (Obligaciones Estatales en Relación con el Medio Ambiente en el Marco de la Protección y Garantía de los Derechos a la Vida y a la Integridad Personal - Interpretación y Alcance de los Artículos 4.1 y 5.1, en Relación con los Artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Solicitada por la República de Colombia). 15 de noviembre de 2017.

permitió pronunciarse sobre las labores propias de la Comisión Interamericana. Con ello, la Corte logró sujetar a la Comisión a sus criterios, incluso cuando la última llevase a cabo su actividad interpretativa de la Carta de la OEA. Aquello no solo carece de respaldo convencional, sino que –al no haberse establecido un elemento temporal– empuja a que las interpretaciones hechas en el pasado por la Corte y las futuras sean criterios interpretativos para la Comisión. Esto, para un Estado que ha denunciado la CADH, y que queda sujeto a las obligaciones de derechos humanos de la Carta de la OEA se convierte en un punto clave. Ello debido a que el Estado desvinculado pero aún bajo control de la Comisión, deberá cumplir con sus obligaciones de la Carta de la OEA, teniendo presente la interpretación que la Corte ofrezca de la CADH. Con esa estrategia la CADH se convierte en parámetro interpretativo de la Carta de la OEA y de la DADH, y –por tanto– las interpretaciones que la Corte haga de la Convención impactarán en los Estados que ya no son parte de aquel último instrumento; siendo esto, una innovación que genera por lo menos interrogantes. Creemos que con esto, la Corte logra un control indirecto de los Estados denunciados de la CADH. Y aunque es cierto que un Estado denunciante de la Convención estará bajo las competencias de la Comisión (control de alcance diferente al que ejerce la Corte), con dicho giro –la Corte Interamericana– logra que los Estados fuera de su jurisdicción aún se encuentren sujetos a ella.

Entonces, parece razonable concluir que en relación a la limitación de las denuncias de la CADH, la Corte no vio necesario crear requisitos extra-convencionales que hubiesen generado falta de consenso y prefirió implantar un vínculo basado en la técnica de proyección de sus interpretaciones sobre la Comisión. Esto último, ha podido ser efectuado dada las particularidades que las opiniones consultivas tienen en el SIDH.

Sobre esto último, debe indicarse que las opiniones consultivas interamericanas, tienen particularidades que las diferencian de otros sistemas.⁶⁵ En primer lugar, la separación teórica entre la obligatoriedad de las sentencias y la no obligatoriedad de las opiniones consultivas se ha visto prácticamente eliminada en el SIDH, debido a la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad.⁶⁶ Aquella doctrina, a la que no le faltan

⁶⁵ Véase: HITTERS, J. C., «¿Son Vinculantes los Pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)», *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional*, num. 10, 2008, p. 149.

⁶⁶ Véase: Sosteniendo que las opiniones consultivas de la Corte no pueden tener carácter vinculante, véase: VIO GROSSI, E., «La Naturaleza No Vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Jurídica UNADES*, num. 2, vol. 2, 2018, pp. 200-214. Criticando los efectos de hacer extensible la

críticos,⁶⁷ exige que los tribunales domésticos apliquen internamente –y de forma directa– un control de la Convención Americana. Ello implica que los tribunales domésticos deberán de preferir la aplicación de la Convención a la aplicación de normas domésticas que contradigan aquel tratado,⁶⁸ o –bien– deberán interpretar aquellas normas domésticas en línea con lo dispuesto convencionalmente.⁶⁹ Ello implica que los tribunales nacionales no deben esperar a que su Estado sea declarado responsable internacionalmente para que los mismos corrijan *motu proprio* posibles incumplimientos a los derechos consagrados en la CADH. Los tribunales domésticos deberán aplicar directamente la CADH, ayudándose de los criterios interpretativos establecidos por la Corte, hayan sido dispuestos en sus decisiones contenciosas como en sus otros pronunciamientos.⁷⁰ En aplicación de ello,

doctrina del control de convencionalidad a las opiniones consultivas, véase: LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Algunas Lecciones Provenientes de la Adopción de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre ‘Medio Ambiente y Derechos Humanos’», *Anuario Español de Derecho Internacional* vol. 37, 2021, pp. 199-248.

⁶⁷ Véase: CONTESSÉ, J., «The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine», *The International Journal of Human Rights*, num. 9, vol. 22, 2018, pp. 1168-1191. Brindando una perspectiva del cumplimiento que tendrían las diferentes jurisdicciones respecto a la doctrina del control de convencionalidad, véase: SILVA ABBOTT, M., «¿Es Realmente Viable el Control de Convencionalidad?», *Revista Chilena de Derecho*, num. 2, vol. 45, 2018, pp. 717-744. Explicando de forma restrictiva los alcances de la doctrina del control de convencionalidad (para que esté en línea con la doctrina tradicional del Derecho Internacional), véase: VIO GROSSI, E., «El Control de Convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 25, 2018, pp. 311-336.

⁶⁸ Véase de forma general: FUENTES TORRIJO, X., «La Evolución de la Relación Normativa entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los Sistemas Jurídicos Nacionales», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 4, 2021, pp. 1207-1212.

⁶⁹ DUQUE SILVA, G., «Del Control de Constitucionalidad al Control de Convencionalidad: Pasos Jurídicos Hacia la Consolidación de Instituciones de Gobernanza Global», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 123, 2021, p. 183.

⁷⁰ Sobre la doctrina del control de convencionalidad, véase: BURGORGUE-LARSEN, L., «Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights», en H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3634.013.3634/law-mpeipro-e3634?prd=OPIL> (accedido el 4 de octubre de 2022). Mostrando una postura escéptica sobre la posibilidad de que el control de convencionalidad pueda efectuarse, tomando el contenido de una opinión consultiva, véase: LONDOÑO-LÁZARO, M.C. y Carrillo-Santarelli, N., «The Control of Conventionality: Developments in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights and its Potential Expanding Effects in International Human Rights Law», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 22, n. 1, 2019, pp. 330-331.

los tribunales nacionales seguirán los criterios de la Corte, tanto los criterios formulados por aquella en sentencias como en opiniones consultivas de la Corte. Dado que los tribunales domésticos aplicarán la CADH directamente en sus jurisdicciones según la línea interpretativa de la CADH, las opiniones consultivas dejan de ser meramente referenciales.⁷¹

Sin embargo, aquello presenta falencias. La cuasi-obligatoriedad o vinculación indirecta de las opiniones consultivas está recostada sobre la base de una doctrina no prevista en la CADH. Por ello, se ha indicado que la Corte “(...) *con el fin de hacer vinculante lo que por naturaleza no es vinculante [como es una opinión consultiva], hace uso de una teoría [control de convencionalidad] que –igualmente– carece de reconocimiento expreso de los Estados.*”⁷² Sea como fuese, lo importante a tener presente es que las lucubraciones de la Corte, dispuestas por vía consultiva, serán utilizados por los tribunales domésticos como si fuesen verdaderos criterios convencionales, erradicando así su naturaleza no vinculante.⁷³ Todo lo indicado representa un antecedente de lo que hemos denominado el ‘poder del procedimiento’ ejercido por medio de la Opinión Consultiva 26/20, pues –fue por medio de otras opiniones consultivas⁷⁴– que la ‘vinculatoriedad’ indirecta del contenido establecido en dicho tipo de decisiones finalmente cristalizó.

Ahora, si se aceptase que las decisiones consultivas en el SIDH han logrado una suerte de vinculatoriedad, aquello tendría efectos enormes, pues, esas decisiones pueden incluir interpretaciones que no solo involucran a la CADH, sino a todo tratado de derechos humanos aplicable en el SIDH. Es

⁷¹ CONTESSE, J. «The Rule of Advice in International Human Rights Law», *American Journal of International Law*, vol. 115, n. 3, 2021, pp. 389. En términos de Contesse, “(...) la Corte Interamericana parece entender las opiniones consultivas como decisiones cuasi-vinculantes, y los tribunales domésticos pueden de hecho, tratar la opinión dictada por la Corte como vinculante.”; o –lo que es lo mismo– la Corte ha entendido su rol consultivo esencialmente como adjudicativo por vía de consulta. (traducción del autor)

⁷² LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva ...», op. cit., p. 232.

⁷³ Sobre el mismo, véase: CONTESSE, Jorge «The Rule of Advice ...», op. cit., p. 381 y sgtes. También: *Ezequiel Malarino*, nota: 53.

⁷⁴ Establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014 (solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay). Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional y Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016 (solicitada por la República de Panamá). Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y Alcance del Artículo 1.2, en Relación con los Artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador).

importante resaltar esto, pues ha sido mediante la combinación del uso de aquellos otros tratados –en conjunto con la CADH– que la Corte ha formulado opiniones que traspasan el puro texto convencional, logrando la ampliación de su jurisdicción.⁷⁵ En la revisión que hemos efectuado de la Opinión Consultiva 26/20, se observa –una vez más– el ‘poder del procedimiento’ destinado a lograr aquello que –de otro modo– no hubiese sido factible.

Para ver esto con claridad, debe tenerse en cuenta que si la materia bajo revisión, dentro de la opinión consultiva hubiese sido ventilada por vía contenciosa, el tema de la reestructuración de la relación entre la Corte y la Comisión probablemente no hubiese podido ser planteada; es más, la materia de la denuncia de la Carta de la OEA y su reinterpretación en clave de derechos humanos tampoco hubiese podido efectuarse.

Por último, sobre la reestructuración de la relación competencial entre la Corte y la Comisión, quedan dos dudas: (a) ¿Debe considerarse obligatoria la sujeción de la Comisión a los criterios de la Corte, o lo indicado por la Corte es tan solo una recomendación? Como hemos indicado antes, las opiniones consultivas se transforman en cuasi-vinculante debido a la doctrina del control de convencionalidad. Sin embargo, ello vincula a los tribunales domésticos respecto a la interpretación de la CADH; no vincularán necesariamente a la Comisión. Dado que lo indicado por la Corte ha sido formulado por vía consultiva y dado los límites de la doctrina del control de convencionalidad: ¿Es posible argumentar que la Comisión no estará sujeta a lo indicado por la Corte si así lo determina la Comisión? Si la respuesta es que aquella en efecto está obligada, queda la duda de: (b) ¿Cuál será el grado de subordinación que la Comisión tendría frente a los criterios de la Corte? Y, si una subordinación total o fuerte –establecida por medio de una opinión consultiva que ha sido formulada por la propia Corte en expansión de sus poderes, debiera considerarse legítima –especialmente– cuando las labores de la Comisión frente a las de la Corte son diferentes.

De igual forma, llama a reflexionar sobre la legitimidad del uso de mecanismos procedimentales que –muchas veces– por su flexibilidad y la delimitación que hacen los propios tribunales internacional de ellos (sobre la base de estrategias teóricas, como la doctrina de los poderes inherentes o el principio de *kompetenz kompetenz*), son utilizadas para conseguir lo que bajo una interpretación común del texto expreso convencional no sería posible.⁷⁶

⁷⁵ Sobre aquella expansión, véase: LIMA, L. C. y MENDES FELIPPE, Lucas, «A Expansão da Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos Através de Opiniões Consultivas», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XXI, 2021, pp. 125-166.

⁷⁶ Ejemplo de este ejercicio, en la actividad de la Corte Interamericana, es el establecimiento de ciertos poderes en su favor, que no estaban reconocidos en el marco legal interamericano, o que aún siguen sin base convencional alguna. Véase: BAILLIET, C., «Procedure for Monitoring Compliance with Judgments and Other Decisions: Inter-

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La revisión que hemos efectuado en este espacio, a la Opinión Consultiva 26/20, ha tenido dos finalidades. En primer lugar, dar cuenta del razonamiento seguido por la Corte Interamericana, al formular su decisión. En segundo lugar, adentrarnos en la estrategia que la Corte habría llevado a cabo para lograr los propósitos que no pronunció de forma expresa en su decisión.

En relación al primer punto, la Corte Interamericana mostró su preocupación por las denuncias que los Estados podrían realizar tanto a la CADH como a la Carta de la OEA. La preocupación se produce debido a que –en ambos casos– se produce una regresión en la protección efectiva de los derechos humanos a nivel regional. Sin llegar a establecer condiciones adicionales para la denuncia de la CADH la Corte esbozó cierto tipo de criterios que serían necesarios para que los Estados puedan hacer efectivas sus pretensiones de separarse de la CADH. A pesar de ello, la Corte se abstuvo de clasificar dichas condiciones como obligatorias. Por consiguiente, si un Estado no cumpliera con ellas su denuncia aun surtiría efectos. En contraposición con esto, la Corte ha sido más clara en limitar la total desvinculación de los Estados americanos de sus obligaciones en materia de derechos humanos en el contexto de la OEA. Debido a que denunciar la Carta de la organización implicaría la separación total de un Estado del SIDH, la Corte ha interpretado las cláusulas que gobiernan la denuncia de dicho instrumento –de forma tal–, de crear una competencia temporal en favor de la organización respecto a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, cuando aquellas obligaciones obedezcan a decisiones adoptadas por los órganos de protección antes que el Estado decidiera dejar la organización.

Teniendo en cuenta aquello, ha sido respecto al primer punto (sobre la denuncia de la CADH), que ha quedado una sensación de que la Corte no llegó a disponer criterios sólidos para que no se produzca una regresión en la protección de los derechos humanos dentro del SIDH (como si lo hizo con la separación de la organización regional). En efecto, respecto a aquel punto hemos subrayado, cómo buena parte de la argumentación inicial de la Corte

American Court of Human Rights (IACtHR)», en H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Disponible en: [https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e2653.013.2653/law-mpeipro-e2653?rskey=6OZpT5&result=2&prd=MPIL_\(accedido el 4 de octubre de 2022\)](https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e2653.013.2653/law-mpeipro-e2653?rskey=6OZpT5&result=2&prd=MPIL_(accedido el 4 de octubre de 2022)). Respecto al poder de la Corte Interamericana para dar revisión a sus sentencias, véase: LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Revision of Judgment: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)», en H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Disponible en: [https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3384.013.3384/law-mpeipro-e3384?rskey=z3aYPP&result=13&prd=OPIL_\(accedido el 4 de octubre de 2022\)](https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3384.013.3384/law-mpeipro-e3384?rskey=z3aYPP&result=13&prd=OPIL_(accedido el 4 de octubre de 2022)).

parecía dirigirse a restringir –hasta cierto punto– las denuncias de la CADH; sin embargo –al final– pareciera que aquella prefirió adoptar una posición cauta evitando limitar la decisión unilateral de los Estados de dejar la Convención. Aun así, tras analizar más a profundidad la argumentación desarrollada por la Corte puede advertirse que, sin llegar a afirmar ello, logró –en ciertos aspectos– aquel cometido, dado el uso estratégico de su opinión consultiva. Aquel giro estratégico, es lo que hemos denominado, el uso del ‘poder del procedimiento’. La razón por la que una opinión consultiva ha servido a dicho propósito se debe a ciertos factores procedimentales –entre ellos–, el hecho de que su formulación no se encuentra limitada a hechos específicos, razón por la cual, la Corte se encuentra en libertad de incluir una variedad de temas en la pregunta original. En efecto, la Corte en diferentes oportunidades expande o restringe los alcances de la pregunta que origina una respuesta de opinión consultiva, sin seguir para ello un criterio específico. Además, una vez un tema es incluido en el análisis central los alcances a los que se arriben respecto de los temas secundarios ganarán efectos jurídicos completos y cuasi-obligatorios. Esto último se debe a que en el SIDH la separación entre vinculatoriedad de sentencias y la no vinculatoriedad de opiniones consultivas, ha sufrido un debilitamiento considerable, por aplicación de la doctrina del control de convencionalidad.

Es así que las opiniones consultivas en el SIDH, brindan un amplio margen de acción para la Corte con efectos igualmente amplios. Teniendo presente todo esto, es que hemos indicado que, si bien la Corte Interamericana ha aceptado que perdería jurisdicción frente a los Estados que denuncian la CADH –al mismo tiempo– y de forma indirecta mantiene una influencia respecto al contenido de las obligaciones que los Estados aún deberán de cumplir si siguen en el SIDH (bajo las obligaciones de la Carta de la OEA). La Corte logró esto, al indicar en cierta sección de su opinión consultiva, que los criterios desarrollados por ella cuando interpreta la CADH deben ser tomados en cuenta por la Comisión Interamericana, al hacer control de las obligaciones de derechos humanos en el SIDH (la Comisión controlará el cumplimiento de derechos humanos en base a la Carta de la OEA y la DADH).

Dada la flexibilidad de sus competencias consultivas, la Corte entró a establecer criterios que en estricto no eran necesarios para resolver la pregunta formulada por Colombia, pero que sirven para mantener un control indirecto en el contenido de las obligaciones que los Estados fuera de la CADH (y de la jurisdicción de la Corte), deben de cumplir. Sin embargo, la vinculatoriedad de las opiniones consultivas en el SIDH, se sustentan sobre la base de la doctrina del control de convencionalidad. Como hemos indicado, aquella doctrina vuelve prácticamente vinculantes las opiniones consultivas dictadas por la Corte Interamericana; sin embargo, aquel vínculo

normativo se proyecta en los Estados. Aún está por determinarse si ello también sujeta a la Comisión Interamericana. En consecuencia, la estrategia que habría seguido la Corte, de utilizar las ventajas procedimentales en la tramitación y respuesta de sus opiniones consultivas para lograr mantener cierta influencia en los Estados denunciados de la CADH dependerá de la extensión y contenido de la doctrina del control de convencionalidad. Aquella doctrina no es más que una creación procedimental de la Corte, lo que muestra la importancia del ‘poder del procedimiento’ en el funcionamiento de la adjudicación regional en materia de derechos humanos, y como sus diferentes manifestaciones van encadenándose en una estrategia compleja pero efectiva de la Corte Interamericana.

VII. BIBLIOGRAFIA

- AYALA CORAO, C., «Inconstitucionalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XIX, 2013, pp. 43-79.
- «Venezuela: From the Structural Non-Compliance with Judgments of the IACtHR to the Denunciation of the ACHR and the OAS Charter (a pending matter for a future democratic state)», en R. G., M. MA. PARIS, D., *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Cheltenham, 2021, pp. 346-361.
- BAILLIET, C., «Procedure for Monitoring Compliance with Judgments and Other Decisions: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)», en H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e2653.013.2653/law-mpeipro-e2653?rskey=6OZpT5&result=2&prd=MPIL> (accedido el 4 de octubre de 2022).
- BERNAL, C., HUERTA, C., MAZZARESE, T., MORESO, J. J., NAVARRO, P. y PAULSON, S. (ed.), *Essays in Legal Philosophy - Eugenio Bulygin*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights – Case Law And Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- BURGORGUE-LARSEN, L., «Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights», en H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3634.013.3634/law-mpeipro-e3634?prd=OPIL> (accedido el 4 de octubre de 2022).
- CASAL HERNÁNDEZ, J.M., «The Constitutional Chamber and the Erosion of Democracy in Venezuela», *ZaōRV* vol. 80, 2020, pp. 913-972.
- CONTESE, J., «The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine», *The International Journal of Human Rights*, num. 9, vol. 22, 2018, pp. 1168-1191.

- «The Rule of Advice in International Human Rights Law», *American Journal of International Law*, vol. 115, n. 3, 2021, pp. 367-408.
- DUQUE SILVA, G., «Del Control de Constitucionalidad al Control de Convencionalidad: Pasos Jurídicos Hacia la Consolidación de Instituciones de Gobernanza Global», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 123, 2021.
- FUENTES TORRIJO, X., «La Evolución de la Relación Normativa entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los Sistemas Jurídicos Nacionales», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 4, 2021, pp. 1207-1212.
- FUENZALIDA BASCUÑÁN, S., «La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Fuente de Derecho. Una Revisión de la Doctrina del ‘Control de Convencionalidad’», *Revue Générale du Droit*, vol. 49, 2019, pp. 303-329.
- GARCÍA BELAUNDE, D., «El Control de Convencionalidad y sus Problemas», *Pensamiento Constitucional* vol. 20, 2015.
- GROSSMAN, C. M., «Inter-American Commission on Human Rights (IACCommHR)», en: H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e831?rskey=ufjb0X&result=2&prd=MPIL> (accedido el 4 de octubre de 2022).
- GUASTINI, R., «Antinomias y Lagunas Jurídicas», *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* vol. 29, 1999.
- HITTERS, J. C., «¿Son Vinculantes los Pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)», *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional*, num. 10, 2008.
- «La denuncia (retiro, abandono) de los Estados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Sus efectos sobre las obligaciones estatales. Consecuencias según la corte interamericana de derechos humanos: (opinión consultiva 26/2020 del 9 de noviembre de 2020)» *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 43, n. 2, 2022, pp. 55-63.
- LIMA, L. C. y MENDES FELIPPE, Lucas, «A Expansão da Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos Através de Opiniões Consultivas», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XXI, 2021, pp. 125-166.
- LONDOÑO-LÁZARO, M.C. y Carrillo-Santarelli, N., «The Control of Conventionality: Developments in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights and its Potential Expanding Effects in International Human Rights Law», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 22, n. 1, 2019, pp. 330-331.
- LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Algunas Lecciones Provenientes de la Adopción de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre ‘Medio Ambiente y Derechos Humanos’», *Anuario Español de Derecho Internacional* vol. 37, 2021, pp. 199-248.
- «Revision of Judgment: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)», en H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com>

- com/view/10.1093/law-mpeipro/e3384.013.3384/law-mpeipro-e3384?rskey=z3aYPP&result=13&prd=OPIL_(accedido el 4 de octubre de 2022).
- MALARINO, E. «Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en G. Elsner (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, 2010, pp. 25-62.
- «The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation?», en: D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 654-669.
- MEJIA-LEMONS, D. G., «Venezuela's Denunciation of the American Convention on Human Rights», *ASIL Insights*, January 09, 2013. Disponible en: <https://www.asil.org/insights/volume/17/issue/1/venezuelas-denunciation-american-convention-human-rights> (accedido el 4 de Octubre de 2022).
- MORALES ANTONIAZZI, M., «Advisory opinion OC-26/20, Denunciation of the American Convention on Human Rights and the Charter of the Organization of American states and the Consequences for State Human Rights Obligations», *American Journal of International Law*, vol. 116, 2022, pp. 409-416.
- OCHOA JIMÉNEZ, M.J., «La Protección de los Derechos Humanos en Venezuela Frente a la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 25, 2014, pp. 195-211.
- PRIETO SANCHIS, L., *Apuntes de Teoría Del Derecho*, Madrid, Editoria Trotta, 2005.
- RUIZ-FABRI, H., «Max Planck Law, What is Procedural Law?», Conferencia del 14 y 15 de enero de 2021. Disponible en: <https://law.mpg.de/video/> (accedido el 4 de Octubre de 2022).
- SILVA ABBOTT, M., «¿Es Realmente Viable el Control de Convencionalidad?», *Revista Chilena de Derecho*, num. 2, vol. 45, 2018, pp. 717-744.
- STONE, J., *Legal System and Lawyer's Reasoning*, Standford, Standford University Press, 1968.
- VIO GROSSI, E., «La Naturaleza No Vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Jurídica UNADES*, num. 2, vol. 2, 2018, pp. 200-214.
- «El Control de Convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 25. 2018. pp. 311-336.