



Néstor Pedro Sagüés(\*)

# Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad(\*\*)

## *The advisory opinion of the Interamerican Court in the conventionality control*

NO OBSTANTE, ES INNEGABLE QUE EN LA OPINIÓN CONSULTIVA LA CORTE INTERAMERICANA INTERPRETA EN CONCRETO A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Y QUE SU TRABAJO, EN TAL QUE HACER, ES DE RAÍZ JUDICIAL, SINO JURISDICCIONAL, PROPIO DE LO QUE SE HA LLAMADO UNA CONSULTA DE CONVENCIONALIDAD

**Resumen:** El presente artículo aborda el control de convencionalidad según la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular, el autor se detiene a analizar si las opiniones consultivas, al igual que una sentencia, pueden constituir el “material controlante” del control de convencionalidad. De esta forma, el autor expone y examina las principales tesis que se derivan de la referida jurisprudencia, para concluir los lineamientos interpretativos contenidos en opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos valen como el “material controlante” bajo ciertas circunstancias.

**Palabras clave:** Opinión consultiva - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Control de convencionalidad - Derecho Internacional - Derecho Constitucional

**Abstract:** This article discusses the conventionality control according to the jurisprudence of the Interamerican Court of Human Rights. Particularly, the author analyzes whether advisory opinions, like judgments, constitute the “controlling material” of the conventionality control. In this way, the author presents and discusses theses derived from the referred jurisprudence, to conclude that the interpretative guidelines contained in advisory opinions of the Interamerican Court of Human Rights constitute the “controlling material” under certain circumstances.

**Keywords:** Advisory opinion - Interamerican Court of Human Rights - Conventionality control - International Law - Constitutional Law

(\*) El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina.

(\*\*) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido 9 de marzo del 2015 y fue aprobada su publicación el 20 de marzo del mismo año.

## 1. El material controlante y el material controlado en el control de convencionalidad interamericano

Sabido es que el *control de convencionalidad* cuenta con dos niveles: en el superior, está el *material controlante*, o de *referencia*, que goza de una suerte de *supremacía convencional*, según la feliz expresión de Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>(1)</sup>, y en el inferior, el *material controlado*.

El *material controlado* es el derecho nacional: constitución, leyes y demás normas. Inicialmente, en “Almonacid Arellano”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente había hablado (en el control de convencionalidad practicado por los jueces nacionales) de un control sobre “leyes”, en su párrafo 124, pero después, en “Trabajadores cesados del Congreso”, amplió el catálogo y aludió en su párrafo 128, en general, a las “normas internas”, con lo que caen bajo la lupa del control de convencionalidad también las constitucionales locales, y todas las reglas vigentes en el ámbito doméstico. Entendemos que incluso las provenientes del derecho consuetudinario.

El *material controlante* está conformado por los tratados de derechos humanos que un Estado ha suscripto, aceptado y ratificado, comenzando, en nuestro caso, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José

de Costa Rica”). Pero (y este “pero” es muy importante), también por los criterios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La cuestión a dilucidar es si esto último involucra, o no, a las aseveraciones del tribunal vertidas en sentencias y en opiniones consultivas, o solamente en las primeras.

El *material controlante*, de haber colisión, puede provocar i) la inaplicación de las reglas existentes en el material controlado (por ejemplo, control judicial *represivo* de convencionalidad); la no emisión de normas por los estados (control *nomogénico preventivo*), o auspiciar la derogación de normas vigentes inconciliables con el material controlante, (control *nomogénico reparador*)<sup>(2)</sup>; y además, ii) por medio del control *constructivo* o *positivo* de convencionalidad, auspicia reciclajes en el derecho doméstico (sin inutilizarlo, antes bien, rescatándolo), mediante interpretaciones *conformes* o *adaptadoras* del derecho local con el material controlante, a través de mecanismos como la *selección de interpretaciones* y la *construcción de interpretaciones*<sup>(3)</sup>.

- (1) Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en: Héctor Fix Zamudio y Diego Valadés, *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*, (México: El Colegio Nacional-UNAM, 2010), 185.
- (2) Así como hay un control judicial de convencionalidad, también lo hay otro administrativo y, de modo muy significativo, legislativo, en la emisión de normas. Nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho interno y el control legisferante de convencionalidad”, en: *Jurisprudencia Argentina*, Número especial Derecho Procesal Constitucional, (Buenos Aires: Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, 2014), 104 y subsiguientes.
- (3) Mediante la *selección de interpretaciones*, el operador local escoge, ante una regla doméstica, sus variables interpretativas posibles conciliables con el material controlante (que como veremos, son los tratados de derechos humanos y la doctrina de la Corte Interamericana), y desecha las incompatibles con tal material. A su turno, merced a la *construcción de interpretaciones*, el mismo operador local, generalmente a través de interpretaciones mutativas, dejando incólume la redacción, añade algo al contenido normativo de un precepto interno, o le quita algo, o por una operación mixta, de sustracción-adición, quita y agrega algo a dicho contenido, consumando una interpretación mutativa sustitutiva o mixta. Hemos ejemplificado con mayor detalle estos ejercicios de gimnasia constitucional y convencional, con especial referencia a la constitución argentina y su compatibilización con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Néstor Pedro Sagüés, “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la constitución nacional a la ¿constitución convencionalizada?”, en Humberto Nogueira Alcalá (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*. (Santiago de Chile: Librotecnia, 2014) 15-23. También, del mismo autor, *Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad*.



## Néstor Pedro Sagüés

Debe tenerse presente que el operador del caso debe siempre intentar el control constructivo de convencionalidad, antes que el represivo. No cabe presumir, por cierto, que los Estados dictan normas opuestas al material controlante. Por diversos motivos, es correcto realizar primero un trabajo de correcta y útil compatibilización entre las reglas nacionales y las del derecho internacional de los derechos humanos. Desde luego, si esa tarea de armonización es imposible, habrá de inaplicarse la norma local, y promoverse su abolición o modificación. Lo dicho es siempre con la salvedad, desde luego, de la aplicación de la doctrina *pro persona*: si la norma doméstica es más favorable que la proveniente del derecho internacional de los derechos humanos, ella prevalecerá. Esto último está claramente establecido, por ejemplo, en el artículo 29-2 del Pacto de San José de Costa Rica.

## 2. Sentencias y opiniones consultivas. Lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las sentencias de la Corte Interamericana, conviene advertirlo, provienen de un debate donde en un proceso contencioso concreto los estados nacionales demandados por presuntas violaciones a derechos humanos, han tenido oportunidad de alegar y exponer sus puntos de vista. Las opiniones consultivas, en cambio, no suponen esa confrontación ni estado litigioso<sup>(4)</sup>.

Veamos los lineamientos de dicho tribunal, en el tema que nos ocupa, o sea, para auscultar si tales opiniones forman o no parte del material controlante:

- a) *Tesis amplia implícita*; en algunos pronunciamientos, la Corte Interamericana no ha hecho diferenciaciones expresas, cuando habla del material controlante, o de referencia, entre sentencias y opiniones consultivas. Por ello, de modo implícito, y de acuerdo al principio exegético que indica que “donde la ley no distingue, no debemos distinguir” (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*)<sup>(5)</sup>, las dos fuentes de generación de doctrina de la Corte tendrían idéntico valor.

Así, en el *leading case* “Almonacid Arellano vs. Chile”, por ejemplo, indica que al tornar efectivo el control de convencionalidad, *el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana* (párrafo 124). Tal *interpretación* existe, desde luego, en los fallos de la Corte Interamericana, sea en sus fundamentos o en su parte resolutive, y cualquiera que sea el tipo de sentencia: v. gr., sentencias contenciosas definitivas o de reparaciones, medidas provisionales, interpretativas o de seguimiento, etcétera. También la Corte realiza interpretaciones, obviamente, en las opiniones consultivas del artículo 64 del Pacto de San José de Costa Rica. Todo parece contar con

*La “constitución convencionalizada”*. En: Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Estudios avanzados de derechos humanos*, (San Pablo: Elsevier, 2013), 617 y subsiguientes; “De la constitución nacional a la constitución convencionalizada”, en *Jurisprudencia Argentina*. Número especial Derecho Procesal Constitucional. (Buenos Aires: Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, 2013), 53.

(4) Cabe recordar lo dispuesto por el artículo 64 del Pacto de San José de Costa Rica:

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

(5) Véase sobre este principio Enrique Aftalión, Fernando García Olano y José Vilanova, *Introducción al Derecho*, 5° ed., Tomo I, (Buenos Aires: El Ateneo, 1950), 457.

**Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad**  
***The advisory opinion of the Interamerican Court in the conventionality control***

la misma cotización jurídica, en virtud de provenir del *intérprete último* del citado Pacto.

La redacción de “Almonacid Arellano vs. Chile” se repite, por ejemplo, en “Boyce vs. Barbados”, párrafo 78, “Contreras vs. El Salvador”, párrafo 226, “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, párrafo 311, “Fernández Ortega v. México”, párrafo 237, “Rosendo Cantú vs. México”, párrafo 219, “Ibsen Cárdenas y otro vs. Bolivia”, párrafo 202, “Gómez Lund y otros vs. Brasil”, párrafo 176, o en “Cabrera García y otro vs. México”, párrafo 225. Es, tal vez, la fórmula más empleada por el tribunal.

- b) *Tesis amplia explicativa*; con mayor detalle, otros fallos, que oblicuamente llevan a comprender en el mismo rango a sentencias y a opiniones consultivas, ejemplifican con laxitud al material controlante. Por ejemplo, en “Gelman vs. Uruguay”, del 20 de marzo de 1813, sobre supervisión de cumplimiento de sentencia (un veredicto que tiene una significación relevante, y que por razones didácticas llamamos “Gelman 2”, para diferenciarlo de la sentencia de fondo vertida el 24 de febrero de 2011, que denominaremos “Gelman 1”), detalla en su párrafo 69 que al realizar control de convencionalidad, los jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, deberán tener en cuenta *el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana*.

De este texto se desprende que el material controlante, o de referencia, abarca tanto *precedentes* como *lineamientos jurisprudenciales*, cosa que permitiría incluir entre los primeros a las opiniones consultivas, si por *precedente* se entiende, v. gr., a todo *antecedente* del tribunal sobre el tema enfocado<sup>(6)</sup>. Sin embargo, y para ser honestos, debe advertirse que en la nota 49 del fallo, que completa el citado párrafo 69, la Corte se remite a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que en su resolución 1226/2000, con alusión a la Corte Europea de Derechos Humanos, indicó que los estados deben tomar en consideración las *sentencias* de dicho tribunal, aun en causas en los que no han sido

puntualmente partes. La cita no menciona a las opiniones consultivas.

- c) *Tesis presuntamente restrictiva*; encontramos otros fallos de la Corte Interamericana donde insta a las autoridades nacionales a tener en cuenta *los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal* (por ejemplo “Contreras y otros vs. El Salvador”, párrafo 228), lenguaje que en una primera aproximación podría circunscribir la vinculatoriedad de su doctrina judicial cuando constituyere *jurisprudencia*, término que naturalmente se aplicaría a las sentencias contenciosas, pero que podría escapar de las opiniones consultivas, de las que cabe preguntarse si ópticamente son *jurisprudencia*. Volvemos sobre el tema en el parágrafo 3.
- d) *Tesis de la indefinición actual*; en el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor en el caso “Gelman 2”, su párrafo 59 sostiene que “un tema sobre el cual seguramente el Tribunal Interamericano tendrá en el futuro que reflexionar consiste en determinar si la ‘norma interpretada’ alcanza eficacia *erga omnes* más allá de los ‘casos contenciosos’ donde se produce la autoridad de la cosa juzgada; por ejemplo, en las ‘opiniones consultivas’ donde no realiza una función jurisdiccional en sentido estricto...” El voto destaca, de todos modos, que dichas opiniones consultivas se practican con la amplia intervención de todos los Estados de la Organización de los Estados Americanos, incluso con la posibilidad de realizar audiencias públicas, recibir *amici curiae* y aplicar por analogía disposiciones de procedimiento escrito para casos contenciosos, cuando correspondiere.

(6) Cfr. Federico Carlos Sáinz De Robles. *Diccionario español de sinónimos y antónimos*. 8º ed., 9º reimpresión, (Madrid: Aguilar, 1980), 867.



## Néstor Pedro Sagüés

El ilustrado voto al que aludimos parte del supuesto de que la opinión consultiva de la Corte Interamericana no implica estrictamente una función jurisdiccional, pero que se emite con un mecanismo que guarda ciertas y significativas similitudes con las decisiones típicamente jurisdiccionales del tribunal. Entiende que no hay doctrina de la Corte Interamericana sobre si esas opiniones conforman *cosa interpretada* jurisdiccional, y pronostica que el tribunal deberá definir el punto. Parte del supuesto, entonces, de que al día de hoy, para la Corte, no hay pronunciamiento sobre si tales opiniones conforman o no material controlante, o de referencia, en el control de convencionalidad, aunque veladamente parece inclinarse, nos parece, a una respuesta más bien afirmativa<sup>(7)</sup>.

### 3. Recapitulación

El problema que enfocamos deriva, en buena medida, del desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La gestación de ese dispositivo no ha sido lineal, sino zigzagueante, a borbotones, con avances y repliegues, y una sedimentación no siempre uniforme. Es un típico engendro pretoriano, antes que académico, donde a veces ha faltado una consistencia conceptual impecable entre lo enseñado en un caso y lo aseverado en los anteriores. Tampoco ha contado con una presentación didáctica, que advirtiera cuándo se produce un incremento en los fundamentos y en el radio de operatividad del instituto, y cuándo, si la hubiere, una reducción. Las distintas sentencias que aluden a la figura, en definitiva, presentan ocasionalmente desajustes o desprolijidades, y una buena muestra de ello es el abanico de posibilidades que existe en el tema abordado, cosa que concluye, en algún aislado pero calificado voto, en la hipótesis de la indefinición.

Ello aclarado, cabe tener en cuenta la discutida cuestión de la naturaleza de los roles de la Corte Interamericana cuando emite una opinión consultiva. El propio tribunal, en la número 3/83, párrafo 32, aclaró que un acto de esa índole no tiene por fin resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia y disponer algo, sino que allí cumple una función asesora, “de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”. No hay entonces, en una opinión consultiva, solución de un litigio donde haya víctimas, ni condena contra un Estado.

No obstante, es innegable que en la opinión consultiva la Corte Interamericana interpreta en concreto a la Convención americana sobre derechos humanos, y que su trabajo, en tal quehacer, es de raíz judicial, sino jurisdiccional, propio de lo que se ha llamado una *consulta de convencionalidad*<sup>(8)</sup>.

Por lo demás, en torno a si lo sostenido por la Corte Interamericana al emitir una opinión consultiva es o no *jurisprudencia*, debe tenerse presente que este término es multívoco, incluyendo entre sus acepciones, entre otras, tanto el conjunto de sentencias que definen un tema jurídico, como “la interpretación de la ley hecha por los jueces”<sup>(9)</sup>. En una de sus versiones, pues, la interpretación formulada en una opinión consultiva también resultaría *jurisprudencia*.

- 
- (7) Véase también Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación forme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, (México: Porrúa-UNAM, 2012), 146, donde el autor estima que las opiniones consultivas del artículo 64 del Pacto de San José de Costa Rica, forman parte del *bloque de convencionalidad* que opera como material controlante.
- (8) Cfr. al respecto la opinión de Víctor Rodríguez Rescia y en cuanto al carácter jurisdiccional de las opiniones consultivas, con mención de Pedro Nikken, Thomas Buergenthal, Rodolfo Piza, Gerardo Trejos y la suya propia, coincidente, en Ernesto Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humano*, (México: Porrúa, 2008), 39-41.
- (9) Véase, por ejemplo, Guillermo Cabanellas, *Diccionario de derecho usual*, Tomo II, (Buenos Aires: Arayú, 1953), 474.

**Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad**  
***The advisory opinion of the Interamerican Court in the conventionality control***

En definitiva, si el fundamento del control de convencionalidad se encuentra básicamente en el argumento de autoridad de la Corte Interamericana, como intérprete final y supremo de la Convención americana sobre derechos humanos, y el material controlante del mismo consiste en una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en la interpretación dada a aquella convención por la Corte Interamericana, no interesa mayormente la vía por la que la Corte ha interpretado, sino el producto interpretativo al que ha arribado.

A lo expuesto cabe agregar que la mayoría de los veredictos de la Corte Interamericana (ver *supra*, 2, a), cuando refieren al punto considerado, utilizan una expresión genérica (la *interpretación* de la convención americana verificada por la Corte interamericana, sin

distinguir los canales por los que se arribó a dicha interpretación), que posibilita fluidamente incluir a las opiniones consultivas como fuente de interpretación a aplicar en el control de convencionalidad.

Por ello, cabe concluir con Sergio García Ramírez<sup>(10)</sup>, que los lineamientos interpretativos pronunciados en las opiniones consultivas valen tanto como los emergentes de las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, dentro de estas pautas: i) nos estamos refiriendo al valor de las *interpretaciones normativas* realizadas por la Corte de la Convención americana sobre derechos humanos, y no a otros aspectos singulares que pueda haber en el pronunciamiento consultivo; ii) desde luego, a favor de la persona, el Estado local puede válidamente abonar, en su legislación constitucional o infraconstitucional, recetas jurídicas diferentes a las gestadas por la Corte Interamericana, que cuando, cabe repetir, resultaren más generosas para el individuo, prevalecerán sobre la Opinión Consultiva. 

---

(10) Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en: Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer MacGregor (coord.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, (México: Porrúa-UNAM, 2012), 284.