

Observación escrita a la solicitud de opinión consultiva de la Comisión IDH respecto al alcance de las obligaciones de los Estados sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y aplicación desde una perspectiva de género¹

Mogaburu²

Joaquín Ignacio

Natalia Julieta Assalone³

Siro De Martini⁴

ÍNDICE

- 1) Introducción
- 2) Algunas consideraciones sobre la función consultiva de la Corte IDH
 - 2.1 Marco convencional y reglamentario de las opiniones consultivas
 - 2.2 La función consultiva en acción
 - 2.3 Naturaleza jurídica
- 3) Trascendencia de las Opiniones Consultivas
 - 3.1 Notas características del sistema americano
 - 3.2 Apostillas sobre los efectos jurídicos de las OCs
 - 3.3 Algunas notas a partir de la doctrina del Control de Convencionalidad
- 4) Límites a la función consultiva de la Corte IDH
 - 4.1 Encuadre general
 - 4.2 Requisitos de admisibilidad
 - 4.3 La solicitud de la Comisión a la luz de los requisitos de admisibilidad
- 5) A modo de conclusión
- 6) Bibliografía y resoluciones citadas

¹ La presente observación se presenta por parte de los autores a título personal – no institucional -. Todos ellos son miembros del Centro de Investigación sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

1) Introducción

En estas breves líneas nos proponemos acercar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) algunas reflexiones sobre la solicitud de opinión consultiva impetrada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión o Comisión IDH) que versa sobre la libertad sindical, su relación con otros derechos y su aplicación desde una perspectiva de género.

Dispuestos a estudiar en profundidad los alcances de la función consultiva de la Corte IDH a efectos de dilucidar si en el presente caso corresponde dar tratamiento a la petición efectuada por la Comisión IDH, nos enfocaremos, en primer lugar en recordar los orígenes normativos de esta función asesora, a la par que expondremos las precisiones y avances que en la materia realizó la Corte en uso de su jurisdicción, e intentaremos dar con la naturaleza jurídica de esta potestad del tribunal.

En un segundo momento, refrescaremos la trascendencia e impacto que tiene la función consultiva de la Corte, no sólo por sus peculiaridades en contraste con otros sistemas regionales, sino también por los alcances que ha adquirido a partir de la consolidación de la doctrina del control de convencionalidad.

Finalmente, analizaremos los requisitos formales y las causales de admisibilidad desarrolladas por la Corte, a efectos de verificar si corresponde que el tribunal se expida sobre la solicitud elevada por la Comisión.

2) Algunas consideraciones sobre la función consultiva de la Corte IDH

2.1 Marco convencional y reglamentario de las opiniones consultivas

Vale recordar que la función consultiva de la Corte IDH se desprende del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención o CADH) en cuanto prevé dos supuestos en que se puede solicitar su opinión al tribunal interamericano, a saber:

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 Aires⁵.

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

Asimismo, el Reglamento actualmente vigente⁶ establece en su título III el procedimiento y los requisitos para solicitar la opinión consultiva, distinguiendo también los supuestos delimitados por la Convención. Así, el artículo 70 dispone:

1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión **las preguntas específicas** sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte.
2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión⁷, deberán indicar, además, las **disposiciones cuya interpretación se pide**, las **consideraciones que originan la consulta** y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados.
3. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la OEA distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el numeral anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

Finalmente, el artículo 71 establece, en lo pertinente, que “si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta”.

⁵ El artículo 53 de la Carta de la OEA menciona a los siguientes órganos, por medio de los cuales la Organización realiza sus fines: a) La Asamblea General; b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; c) Los Consejos; d) El Comité Jurídico Interamericano; e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; f) La Secretaría General; g) Las Conferencias Especializadas, y h) Los Organismos Especializados.

⁶ Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

⁷ Nótese que este inciso constituye una concreción del principio esbozado previamente por la Corte IDH según el cual la Comisión goza de un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas en las hipótesis del artículo 64.1 CADH (OC 8/87, § 8). De este modo se le ha eximido de justificar su interés legítimo en la consulta, que sigue vigente para el resto de los órganos de la OEA.

También se le exige a aquellos órganos de la OEA que procuren activar este procedimiento que señalen la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia, requisito que, como ya adelantamos, la Comisión fue eximida de justificar.

Es por esto último que todas las consultas elevadas por la Comisión respecto de la interpretación de un tratado de derechos humanos o de la Convención están eximidas de satisfacer el requisito del *interés legítimo institucional* y, por ende, no se realiza la verificación de la relación entre las competencias de la Comisión y el objeto de la materia que se consulta.

Como puede apreciarse el Reglamento (recogiendo jurisprudencia previa) establece un privilegio para la Comisión que no tiene sustento en la Convención, ni en la Carta de la OEA, sin perjuicio de lo cual “la práctica del procedimiento consultivo demuestra que las consultas realizadas por la Comisión han contribuido en alto grado al desarrollo de la garantía de los derechos humanos en el continente, al esclarecimiento en la interpretación de disposiciones problemáticas de tratados de derechos humanos y de la misma Convención, y al fortalecimiento de la protección de los individuos en los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano” (ROA, p. 52).

Valoramos sobremanera dicho rol, y no lo ponemos en tela de juicio, aunque reconocemos que en atención a la gravedad institucional –y al impacto que tienen las opiniones consultivas– corresponde a la Comisión, más allá de dicha exención, explicar las razones de la elección de la vía consultiva dentro del abanico de alternativas procesales con que cuenta. Razones que en el caso no se vislumbran.

Lógicamente, podemos atisbar las intenciones de la Comisión, aunque más allá de la búsqueda de eficiencia demostrada por el organismo, debemos descubrir si esos fundamentos son suficientes para activar el proceso consultivo, sobre todo cuando la Comisión no sólo cumple el rol de parte en el proceso judicial interamericano, sino uno mucho más amplio.

Analizaremos más abajo si se cumplen los requisitos para atender el reclamo de la Comisión.

2.2 La función consultiva en acción

Recapitulando, debemos decir que la competencia consultiva de la Corte versa sobre: a) la interpretación de la CADH; b) el alcance que debe darse a cualquier tratado que tenga como objeto la protección de los derechos humanos siempre y cuando un Estado americano sea parte; y

c) acerca de la compatibilidad de normas del ámbito interno de los países parte del Sistema Interamericano con los tratados internacionales cuyo fin sea la tutela de derechos humanos.

En lo que aquí nos atañe, debemos centrarnos en los dos primeros supuestos, en cuanto se le ha solicitado a la Corte se expida sobre los alcances de la Convención y otros tratados relativos a derechos humanos. Es decir, nos encontramos en un supuesto que queda encuadrado en el artículo 64.1 de la CADH.

La competencia consultiva del Tribunal Interamericano es especialmente amplia –como lo confrontaremos en el próximo apartado- y ocupa un lugar decisivo en el ejercicio de las funciones del Tribunal en cuanto constituye el último intérprete de la CADH.

El objetivo, como se vislumbra con claridad, no es otro que la aclaración de cuestiones de derecho, pues si de hechos se tratara existiría una colisión infundada entre ambas funciones del tribunal.

En cuanto a la materia que puede ser pasible de esta función, el artículo 64 de la CADH es contundente al reputar que versa sobre la interpretación de esa misma Convención y de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos (tanto multilateral como bilateral, y regional o universal) en la medida en que se encuentre involucrado algún Estado americano.

La misma Corte tuvo oportunidad de reconocer en su primera opinión consultiva, solicitada por la República del Perú, la Corte IDH que:

No existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el sólo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco bajo los auspicios de éste (OC 1/82, § 38-39).

En esa línea la Corte IDH sostuvo que habiendo recurrido a la Convención de los Derechos de los Niños para resolver un caso contencioso (caso de los Niños de la Calle, “*Villagrán Morales*”), con mayor razón poseía competencia para esclarecer cuestiones vinculadas a dicho tratado en el marco de su función consultiva (OC 17/02).

En otra ocasión, respondió a una consulta efectuada por los Estados Unidos de México y que si bien giraba principalmente sobre la cuestión de los migrantes, se vinculaba con la interpretación que debía dársele a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

Hombre, a la Convención, a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al contestar las inquietudes, la Corte zanjó la cuestión explicando que se trataba de instrumentos de protección de los derechos humanos que eran aplicables a los Estados americanos (OC 18/03). De ese modo, fijó dos de las características que –como señaláramos más arriba- deben reunir los tratados cuya exégesis se le pide que aclare.

En la primera opinión consultiva ya citada aclaró que tenía competencia para interpretar cualquier parte o aspecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos (OC 1/82, § 14), por ello entendió después que incluía también las reservas que hubiera efectuado un Estado a un tratado (OC 3/83, § 45).

Vale aclarar, empero, que en esa misma línea debe interpretarse la obligación de los solicitantes de individualizar claramente cuál es el instrumento cuya interpretación se pretende, y la exposición explícita de las preguntas sobre las que se requiere el auxilio de la Corte IDH.

Por ello se exige para iniciar un procedimiento consultivo de conformidad al artículo 64.1 (interpretación de la Convención o de otro Tratado), la obligación de **formular la inquietud con precisión**, mencionando claramente los puntos específicos sobre los cuales desea que el Tribunal se pronuncie, así como las consideraciones o interrogaciones que justifican su demanda, y enumerando las disposiciones de la Convención cuya interpretación requiere.

De modo contrario se correría el peligro de que se utilice a ese tribunal para resolver cuestiones académicas sin ninguna aplicación práctica y sin ninguna utilidad para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos o, como veremos más abajo, para utilizar sus dictámenes para hacerlos valer en la función contenciosa o como factor de presión en el orden doméstico de los Estados.

2.3 Naturaleza jurídica

La doctrina ha discutido sobre la naturaleza jurídica de esta función tan peculiar de la Corte, aunque lo cierto es que la postura mayoritaria sostiene que se trata de una función jurisdiccional, en la medida en que se trata de un dictamen proveniente de un tribunal con poder jurisdiccional como es la Corte IDH, lo cual resultaría suficiente para dotar de esa característica a sus funciones, más allá de que no resuelva una controversia entre Estados o entre un Estado y un particular.

En esta línea se ha dicho que “al ejercer su competencia consultiva, la Corte también está actuando como órgano jurisdiccional, y no como un ente meramente asesor en cuestiones de derechos humanos, como erróneamente puede sugerir la frecuente referencia que se hace calificando al resultado del ejercicio de esta función como ‘*opiniones*’ consultivas” (FAÚNDEZ LEDESMA, p. 948) .

En la misma posición se ha expedido PIZZOLO (p. 396), al entender que si bien la esencia de la función consultiva es “típicamente asesora”, no por ello deja de ser jurisdiccional. En cuanto a su finalidad, hay que decir que no es otra que descubrir el sentido y las razones de las normas que integran el derecho internacional de los derechos humanos.

Al mismo tiempo, Fabián SALVIOLI considera que a partir de una interpretación *pro personae* del Sistema Interamericano las “decisiones y resoluciones tomadas por los órganos encargados de aplicar la Convención Americana u otros instrumentos de protección de los derechos humanos revisten el carácter de obligatorias y vinculantes para los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos; más aún cuando se trata de un órgano jurisdiccional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cualquiera de las funciones que la Convención Americana le asigna”.

Por otro lado, no puede soslayarse que el fin de la función consultiva es colaborar con el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos que los Estados del continente han asumido; siendo ésa la perspectiva desde la cual cabe analizar la cuestión planteada, respetando el principio de subsidiariedad como nota fundamental del Sistema.

En esa dirección es que no resulta adecuado exigirle a la Corte cierta labor legiferante, cuando ésta ha sido concebida, ante todo y principalmente como un tribunal de justicia (por supuesto que con las particularidades de un tribunal de derechos humanos), que “tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención en definitiva y para disponer que se garantice a la víctima [...] el goce del derecho o libertad conculcados [...] la Corte representa, además, el órgano con mayor poder conminatorio para garantizar la efectiva aplicación de la Convención” (OC 1/82, § 22).

Por todo ello entendemos que la pretensión de la Comisión excede notoriamente las especificidades propias de la función consultiva de este tribunal de justicia.

Téngase presente, al respeto que la Comisión requiere de la Corte “una interpretación conjunta de varias normas interamericanas claves sobre las obligaciones de los Estados en

relación al ejercicio de la libertad sindical, y la negociación colectiva y huelga como parte de esta, en tanto catalizadores para la protección de derechos laborales, así como de la interpretación de estas normas desde un enfoque de género”, al tiempo que reputa “pertinente y oportuno que la Corte Interamericana desarrolle estos temas y dé orientaciones a los Estados para el adecuado cumplimiento de sus obligaciones” (§ 7).

A ello sólo cabe hacerse eco de las expresiones vertidas por el juez Vio Grossi en cuanto entendió que la función consultiva “no debe transformarse en el ejercicio de la función normativa, la que, en general, está expresamente conferida a los Estados” (OC 24/17, su voto, § 7).

3) Trascendencia de las Opiniones Consultivas

3.1 Notas características del sistema americano

De conformidad con lo esbozado más arriba y en contraste con otros sistemas regionales de protección de derechos humanos, el artículo 64 de la CADH le ha conferido a la Corte IDH – según ella misma reconoció- “la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente” (OC 1-1982, § 14).

Según constatan VENTURA ROBLES y ZOVATTO (p. 167) de ese modo fue concebida en los trabajos preparatorios efectuados en relación a la función consultiva de la Corte IDH y el objetivo habría sido otorgar una característica sumamente extensiva que, en comparación con lo establecido en el sistema europeo, era claramente más amplia.

En esta misma línea, la Corte ha explicado que:

[...] su función consultiva, enclavada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales, es tan amplia cuanto lo requiera la salvaguardia de tales derechos, pero ceñida a los límites naturales que la misma Convención le señala [...] la función consultiva hay que entenderla con criterio amplio, encaminado también a hacer efectivos tales derechos y libertades” (OC, 4/84, § 25).

En este horizonte es que emerge la importancia del principio *pro homine* cuando se trata de interpretar las disposiciones de la Convención⁸, resultando pertinentes al respecto las

⁸ Vale refrescar que el principio *pro homine* “es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida

apreciaciones realizadas por Sergio García Ramírez en cuanto a que, siguiendo ese principio el Estado local puede válidamente abonar, en su legislación constitucional o infraconstitucional, recetas jurídicas diferentes a las gestadas por la Corte IDH que cuando resultaren más generosas para el individuo prevalecerán sobre la opinión consultiva (GARCÍA RAMÍREZ, p. 284).

Esta nota de la gran amplitud de competencia que posee la Corte en materia consultiva adquiere mayor relevancia cuando se contrasta con otros ámbitos del derecho internacional de los derechos humanos.

Así, por ejemplo, si bien la Corte Internacional de Justicia puede contestar solicitudes de opiniones consultivas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, se impone como límite que la misma haya sido requerida por la Asamblea General de la Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad o, en casos muy excepcionales a otros órganos u organismos específicos; dejando de lado, llamativamente, a los Estados parte.

En el ámbito europeo sucede otro tanto. El único autorizado para solicitar una opinión consultiva es el Comité de Ministros y solamente puede tener como objeto la Convención y sus Protocolos, sin tratar los asuntos que tengan que ver con el contenido o el alcance de derechos y libertades definidos en los mismos o las cuestiones que podrían ser sometidas a consideración de la Comisión EDH, la Corte EDH o al Comité de Ministros.

Con notoria influencia del sistema interamericano, el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos tiene entre sus competencias, una función consultiva establecida en la Organización de la Unidad Africana. Dicha función resulta sumamente amplia y sienta las bases de una legitimación activa muy flexible, pues se encuentran habilitados para solicitar una opinión consultiva los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana, un organismo de la misma o cualquier tipo de entidad africana admitida por la Organización de la Unidad Africana.

Según el Tribunal, la competencia consultiva constituye un mecanismo paralelo al de la competencia contenciosa ofreciendo así un método judicial alternativo destinado a ayudar a los Estados a aplicar los tratados de derechos humanos que lo vinculan evitando al mismo tiempo el formalismo y las sanciones del procedimiento contencioso.

Las principales ventajas de la competencia consultiva residen, primero, en que la interpretación de la Convención hecha por el Tribunal en el marco de su función consultiva deja

cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (PINTO, p. 164).

más espacio al diálogo constructivo entre jueces y representantes de los Estados, en la óptica de prevención de violación, a diferencia de la óptica de sanción que caracteriza el procedimiento contencioso.

Asimismo, esa amplitud se verifica al constatar que ostentan legitimación para activar el proceso consultivo, no solamente por los Estados parte de la Convención, sino también todos aquellos Estados miembros de la OEA, así como los órganos mencionados en el artículo 53 de la Carta, que hemos identificado más arriba.

Empero, ni los particulares, ni las agrupaciones de personas disponen del derecho a presentar al Tribunal una solicitud de dictamen consultivo, no obstante lo cual, la práctica indica que el Presidente del Tribunal suele autorizar o solicitar a cualquier persona interesada a presentar sus observaciones sobre una solicitud de dictamen consultivo, como lo estamos haciendo en esta oportunidad.

El Tribunal ha emitido 25 dictámenes consultivos desde 1982 y el dicha función constituyó su única actividad de 1982 a 1987, hasta que cupo intervenir en un su primer caso contencioso.

El objetivo de la función consultiva del Tribunal Interamericano, insistimos, tiene por objeto ayudar a los Estados de la OEA a respetar sus obligaciones de derechos humanos y ayudar a los órganos de la OEA a cumplir con sus competencias relativas a los derechos humanos.

En esta misión el Tribunal puede, con motivo de solicitudes de dictámenes consultivos, clarificar el objeto y el significado de los **instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos**, guiar a los Estados en la interpretación de estos instrumentos o de algunas disposiciones en particular, pero además se puede pronunciar sobre la conformidad de la legislación local de los Estados de la OEA, con las cláusulas de dichos tratados (art. 64 de la CADH).

3.2 Apostillas sobre los efectos jurídicos de las OCs

El Tribunal reconoce que sus opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que sus fallos contenciosos, afirmando al mismo tiempo que están dotados de "efectos jurídicos innegables". Para intentar delimitar estos efectos y su naturaleza, se impone distinguir entre los dictámenes consultivos emitidos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.1 y los adoptados tras una petición bajo el artículo 64.2 de la Convención Americana.

Cuando el Tribunal ejerce su función consultiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.1, éste interpreta la Convención u otro Tratado. En ese sentido deben distinguirse varias situaciones.

En primer lugar, cuando el dictamen consultivo se refiere a la interpretación de la Convención, debe considerarse como enunciando la interpretación autorizada del Pacto de San José, a la cual los Estados partes deben ajustarse. El Tribunal es, en efecto, el órgano judicial encargado de la aplicación y la interpretación de la Convención y los Estados tienen la obligación de cumplir sus obligaciones de buena fe. Si se negase la autoridad de las interpretaciones de la Convención hechas por el Tribunal, eso implicaría que cada Estado sería libre de interpretar este texto a su manera, lo que equivaldría a dismantelar el sistema convencional interamericano y a privarlo de su finalidad de protección de los derechos humanos. No es el dictamen consultivo el que es *per se* obligatorio, sino la Convención Americana tal y como es interpretada por el Tribunal en su jurisprudencia contenciosa y consultiva.

En segundo lugar, por extensión, el mismo razonamiento puede hacerse cuando el dictamen consultivo se refiera a la interpretación de otro Tratado interamericano que asigne explícitamente al Tribunal una competencia de interpretación o aplicación.

Cuando el Tribunal ejerce su función consultiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.2 de la Convención, emite un dictamen sobre la compatibilidad de una legislación interna con la Convención Americana o cualquier otro Tratado relativo a los derechos humanos. El Estado no tiene en absoluto la obligación de cumplir con la opinión consultiva (enmendando o absteniéndose, por ejemplo, de adoptar una legislación en cuestión incompatible con la Convención americana) pero no puede ignorar el contenido de la opinión del Tribunal ya que, por medio de su dictamen consultivo, interpreta la Convención. Si un Estado adopta o se abstiene de cambiar una legislación incompatible, entraría en violación de la Convención Americana, lo que lo obliga a adoptar las medidas de derecho interno destinadas a dar efecto a los derechos y libertades del Pacto de San José.

Sin embargo, veremos en el próximo apartado que de conformidad con el alcance que le ha asignado la Corte a la doctrina del control de convencionalidad, ya se ha zanjado la cuestión.

3.3 Algunas notas a partir de la doctrina del Control de Convencionalidad

Vital trascendencia han adquirido las opiniones consultivas a partir de la doctrina del control de convencionalidad elaborada por el propio Tribunal desde el caso “*Almonacid Arellano vs. Estado de Chile*” (2014, § 124).

Allí se estableció, que los jueces de un Estado que ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana –como parte del aparato del Estado-, “también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”.

Profundizando sus estándares, explicó entonces la Corte IDH que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, debiendo tener en cuenta para esa tarea “*no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana*, intérprete última de la Convención Americana” (*Ibidem*).

Desde entonces y hasta la emisión de la Opinión Consultiva 21/2014, se han escrito múltiples estudios sobre el concepto, características, tipos, grados de intensidad y análisis críticos sobre esta doctrina de la Corte, discutiendo si cabe atender solamente al criterio adoptado por la Corte al emitir sentencias, o también cuando formula opiniones consultivas.

Al respecto Sagüés sistematizó analíticamente dichas posturas, englobándolas de la siguiente manera: **a) tesis amplia implícita**, según la cual atendiendo al principio exegético que indica no distinguir donde la ley no distingue (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), el Poder Judicial debe tener en cuenta todas las interpretaciones efectuadas por la Corte; **b) tesis amplia explicativa**, emergida de la sentencia de supervisión de cumplimiento del caso “*Gelman vs. Uruguay*” (§ 69) en la que la Corte detalla 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; **c) tesis presuntamente restrictiva**, encontrada en algunos fallos (*vgr. “Contreras y otros vs. El Salvador”*, § 228) en los que se insta a las autoridades nacionales a tener en cuenta “los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”, 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; **d) tesis de la indefinición actual**, tomada del voto del juez Ferrer Mac Gregor en el caso “*Gelman*” ya citado (§ 59), en la que se deja abierto un eventual solución a la disyuntiva, pero partiendo del supuesto de que la opinión consultiva no implica estrictamente una función jurisdiccional (SAGÜÉS, pp. 277-281).

En definitiva, concluye el autor citado reconociendo que si se afirma que el fundamento del control de convencionalidad se encuentra en el ***argumento de autoridad de la Corte Interamericana, como intérprete final y supremo de la Convención***, “no interesa mayormente la vía por la que la Corte ha interpretado, sino el producto interpretativo al que ha arribado” (SAGÜÉS, p. 281).

Como se adelantó, el punto de inflexión lo ha marcado la OC 21/2014 sobre los Derechos y garantías de los niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, en cuyo párrafo 31 se zanjó la discusión delineada.

Al respecto se sostuvo, tras recordar la necesidad de que todos los órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, que “***también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva***, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’”.

Agregando sobre el punto que a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.

Zanjada como se encuentra la cuestión y delimitada la trascendencia de la función consultiva de la Corte IDH (en prieta síntesis, obedeciendo al argumento de autoridad de la Corte como intérprete final y supremo de la Convención) podemos extraer la cautela y mesura con la que debe actuar el Tribunal al hacer uso de esta función asesora, que aplicación mediante del

control de convencionalidad, ha dejado de ser una ayuda a los Estados para ser una clara guía interpretativa ineluctable para los países de la región.

En suma, la gravedad que trasunta la función consultiva de la Corte, la interpela, en consecuencia, a ser extremadamente cautelosa a la hora de tratar una cuestión traída a estudio.

Y si bien el principio adoptado por la Corte ha sido el de responder las solicitudes de opiniones consultivas, entendiendo en algunos casos a esas respuestas como “imperativos de orden público” (OC 15/97, voto del juez Cançado Trindade, § 41), lo cierto es que hemos intentado en estas líneas destacar la trascendencia, el impacto y los efectos que tienen estas opiniones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, para convencer a la Corte de que en el caso cabe hacer una excepción a ese principio, precisamente por los argumentos que se exponen a continuación, y que se derivan de la propia jurisprudencia de esa Corte.

4) Límites a la función consultiva de la Corte IDH

4.1 Encuadre general

Más allá de la amplitud que caracteriza a la función consultiva en el sistema interamericano, las principales restricciones marcadas por la Corte fueron las siguientes: 1) el objeto de dicha función recae sobre la definición de los compromisos internacionales suscritos **únicamente por los Estados que son parte del Sistema Interamericano** de protección de los derechos humanos; 2) el segundo límite establece que la Corte **no puede interpretar** disposiciones relativas al funcionamiento de órganos o **instituciones ajenas al Sistema Interamericano**; 3) el tercer límite señala que, en el ejercicio de su función consultiva, la Corte **no puede debilitar o alterar su función jurisdiccional**; 4) el ejercicio de la competencia consultiva no debe **alterar**, en perjuicio de las víctimas, **el sistema de protección de los derechos humanos** establecido por la CADH; 5) el quinto límite prevé la posibilidad de que ella pueda evaluar, en cada caso, las circunstancias de la consulta y los efectos de ésta. Lo anterior significa que **la Corte es la encargada de determinar en qué casos existen razones** determinantes para deducir una violación a alguno de los cuatro límites señalados. En esa hipótesis, la Corte puede decidir discrecionalmente la inadmisión de la consulta o abstenerse de absolverla, siempre y cuando lo haga mediante una resolución motivada (ROA, pp. 68-70).

Según hemos adelantado, los requisitos formales que deben verificarse para dar impulso a un pedido de opinión consultiva son aquellos descritos en el capítulo III del Reglamento de la Corte, en cuanto se exige al peticionante: a) formular con precisión las preguntas; b) especificar las disposiciones que deben ser interpretadas; c) indicar las consideraciones que la originan; y d) suministrar el nombre y dirección del agente.

4.2 Requisitos de admisibilidad

Sin embargo, los puntos que intentamos resaltar aquí guardan relación con los criterios de admisibilidad (en rigor, de inadmisibilidad, tanto procesal cuanto sustancial) propiciados por la Corte a lo largo de su vasta jurisprudencia.

En este sentido, además de los requisitos formales establecidos en la Convención y el Reglamento, la Corte IDH ha desarrollado criterios jurisprudenciales respecto a la procedencia y pertinencia de dar trámite, o bien de dar respuesta, a una solicitud de opinión consultiva.

En particular, la Corte ha señalado en su jurisprudencia algunos supuestos que, de verificarse, podrían conllevar al uso de la facultad de no dar trámite o de no dar respuesta a la solicitud.

Es aquí donde intentamos detenernos para profundizar la cuestión.

Desde su primera intervención consultiva la Corte ha explicado con claridad los principales fundamentos para desestimar estos pedidos:

[...] por razones determinantes que expresará en decisión motivada, ***la Corte podrá abstenerse de responder una consulta*** si aprecia que, en las circunstancias del caso, ***la petición excede de los límites de su función consultiva***, ya sea porque el asunto planteado concierna principalmente a compromisos internacionales contraídos por un Estado no americano o a la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al sistema interamericano, ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención; ***ya sea por otra razón análoga*** (OC, 1/82, § 52).

Luego de más de treinta años, la evolución jurisprudencial de la Corte ha sistematizado otros argumentos para no admitir las solicitudes, que incorporamos debajo, reconociendo que no

se trata de una lista exhaustiva sino ilustrativa que nos permitirá dilucidar en cuáles ha tropezado la Comisión en su presentación.

Los requisitos para admitir esas solicitudes pueden agruparse en las siguientes:

a) No debe encubrir un caso contencioso (OC 12/91, § 28 y OC 16/99, § 46 y 47) o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso (OC 16/99, §45 y Resolución del 24/6/2005, § 6).

b) No debe utilizarse como un mecanismo para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno (Resolución del 10/5/2005, § 13).

c) No debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno (OC 4/84, § 30 y Resolución del 10/5/2005, § 11).

d) No debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia (Resolución del 24/6/2005, § 7 a 12 y Resolución del 27/1/2009, § 7 a 15).

e) No debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos (OC 16/99, § 47, OC 18/03, § 63; OC 23/17, § 24).

f) Debe coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales (OC 18/03, § 63).

g) No debe tratarse de especulaciones abstractas y puramente académicas, sino que tenga una aplicación práctica (OC 16/99, § 49).

h) No debe desvirtuar la función contenciosa de la Corte IDH (OC 1/82, § 31).

4.3 La solicitud de la Comisión a la luz de los requisitos de admisibilidad

Dicho esto, antes de introducirnos en las preguntas específicas formuladas por la Comisión, cabe analizar si se verifican alguna de las circunstancias enunciadas por la propia Corte IDH para desestimar un pedido de Opinión Consultiva.

Adelantamos, sobre el punto, que analizados dichos requisitos, la pretensión de la Comisión, formulada en términos tan amplios, no puede prosperar.

Para explicar lo expuesto, pasaremos por el tamiz de la sistematización sugerida la presentación de la Comisión para dilucidar cuáles de ellos han sido incumplidos. Aclaremos, empero, que la interrelación entre cada uno de los requisitos dificulta un análisis purista de cada

una de ellas, sin embargo, a fin de resultar claros en la exposición abordamos cada uno, a fuerza de ser reiterativos.

a.1) En primer lugar, en cuanto al *encubrimiento de casos contenciosos* (o la pretensión de obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso) cabe recordar que la Corte ha aclarado que el hecho de que existan casos contenciosos relacionados con el tema de la consulta, o peticiones ante la Comisión Interamericana, o procesos ante otras instancias internacionales, no resulta suficiente para que se abstuviera de responder las preguntas sometidas a consulta, debido a su carácter de institución judicial autónoma (OC 16/99, § 45-65; OC 18/03, § 62-66, y OC 23/17, § 24).

Así, lo importante es que no se quiera hacer decir al tribunal en el marco de su función consultiva consideraciones que pudieran ser utilizadas en un caso contencioso, pues de este modo se desnaturalizaría, precisamente, su función contenciosa ni la finalidad de la Convención Americana.

Ello pues, no debemos olvidar, el propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; y no resolver casos presentes o futuros.

Una de las razones fundamentales de esto es que el Estado, al utilizar la vía consultiva con el pretexto de desentrañar los alcances y la interpretación ajustada de la Convención, cuando en realidad quiere que la Corte se expida elípticamente en un caso contencioso, afecta los principios de contradicción y de igualdad de armas entre las partes que asisten a la Comisión IDH y a las víctimas, en el trámite de los casos contenciosos llevados ante la Corte.

La Corte ha señalado que esta práctica –la de utilizar en forma encubierta un pedido de opinión consultiva en función de un asunto litigioso- podría perjudicar o menoscabar los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos previstos en la CADH (OC 1/82, § 31 y OC 3/83 § 36-37). Ciertamente, la participación de la Corte en el marco de su función consultiva en un tema que se encuentre pendiente de resolución en la competencia contenciosa podría dejar afuera del proceso a las presuntas víctimas, afectando el derecho de las mismas a intervenir en el asunto litigioso (OC 12/91, § 28).

a.2) Relacionado con el argumento anterior, encontramos la prescripción según la cual no corresponde emitir una *opinión en forma prematura* sobre un caso que podría ser juzgado por el tribunal en el marco de un procedimiento contencioso (OC 5/85, § 22).

Si bien la Comisión alega que la solicitud de la opinión consultiva se realiza de manera genérica a efectos de especificar a los Estados y acciones concretas (§ 69), lo cierto es que menciona en varios apartados de su presentación casos concretos, entre los que cabe destacar: a) el ataque contra sindicalistas en Honduras, que la misma Comisión había condenado, al ser asesinado Héctor Orlando Martínez, beneficiario de una medida cautelar; b) la preocupación por el riesgo e inseguridad que enfrentaba la Secretaria General del Sindicato de Periodistas del Paraguay, Noelia Díaz Esquivel, demostrada por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Pará) y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión IDH; y c) las repercusiones por los cambios legislativos operados en Brasil que fueron objeto de la audiencia temática en octubre de 2017, en el marco de su 165º período de sesiones (§ 43-44).

Valga destacar sobre este último que la Comisión en su pedido tiene por acreditado que aquellos cambios en la legislación brasileña repercutieron en la modificación de los alcances de la negociación colectiva “en perjuicio de los trabajadores y terminando con la contribución sindical obligatoria sin regulación de una forma de cotización democrática (§ 44).

Así las cosas, cualquier respuesta de la Corte IDH sería prematura pues trataría sobre asuntos que en mayor o menor tiempo pueden llegar ante sus estrados.

Cabe recordar sobre el punto los fundamentos vertidos por la Corte para responder el requerimiento urgente del Secretario General de la OEA, relacionado con el juicio político en marcha seguido entonces contra la Presidenta de Brasil, Dilma Rousseff:

[...] de emitir la opinión consultiva en autos, podría constituir un pronunciamiento prematuro sobre el tema o asunto en cuestión, el que le podría ser sometido posteriormente en el marco de un caso contencioso. Adicionalmente, considera que una respuesta a la consulta planteada podría implicar pronunciarse sobre un asunto que aún no ha sido resuelto a nivel interno (Resolución del 23/6/16, § 7).

b) Siguiendo el razonamiento expuesto en el acápite precedente, no debe utilizarse como un mecanismo para obtener un *pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio* o en controversia a nivel interno; ni c) debe utilizarse como un *instrumento de un debate político interno*.

Si bien reconocemos que este estándar aplica, principalmente, a aquellas peticiones realizadas por los Estados, alertamos sobre la posibilidad de una eventual vulneración al principio de subsidiariedad (analizado en el apartado f), en la medida en que, al menos en el caso de Brasil, la Comisión ha tomado partido y pretende que la Corte lo haga en el mismo sentido, sin que se intente la vía contenciosa.

d) En cuanto a la posibilidad de expedirse dentro de la función consultiva sobre *temas ya tratados previamente en su jurisprudencia*, debemos reconocer, como lo hace la Comisión, que la Corte ha tenido oportunidad de expedirse sobre el tópico genérico que nos convoca en los precedentes “*Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*” y “*Lagos del Campo vs. Perú*”, y en la opinión consultiva 22/16 (en la que se reconoció la titularidad de los derechos establecidos en el artículo 8.1.a de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, lo cual les permite presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos) que sin perjuicio de no haber agotado el tema, han marcado una línea jurisprudencial –tímida, por cierto- sobre la cual el tribunal podrá ir completando el andamiaje de estos derechos laborales fundamentales.

Pues, caben al caso las apreciaciones oportunamente vertidas por la Corte al no admitir la petición de la Comisión para reconocer implicancias del debido proceso en los juicios políticos en el continente. En especial cuando entendió que ya existía una línea jurisprudencial sobre garantías judiciales, protección judicial, y juicios políticos que podría dar insumos a las consultas de la Comisión; al tiempo que estimó que ella “se encontrará mejor situada para garantizar los derechos humanos que podrían estar en juego y examinar la compatibilidad del ordenamiento jurídico de los Estados respecto de la Convención Americana y el *corpus juris* interamericano en general, realizando *un escrutinio caso por caso a través de su jurisdicción contenciosa*. Del mismo modo, se evitaría un pronunciamiento prematuro sobre asuntos que podrían ser sometidos a la Corte con posterioridad en el marco de un caso contencioso (Resolución del 29/5/18, § 18).

e) Por otra parte, en orden a la prohibición del abordaje en su función consultiva de *cuestiones de hecho*, lo cierto es que, de modo locuaz –por cierto- la Comisión ha planteado

como fundamento de sus preguntas hipótesis y situaciones concretas que denotan el carácter inductivo del razonamiento con el que se formularon las preguntas.

En el marco de su función consultiva, recordemos, la Corte no considera aspectos fácticos, no resuelve cuestiones de hecho, no determina la existencia o no de unas determinadas prácticas, sino que se limita a emitir su interpretación de una norma jurídica en abstracto o a hacer el análisis de compatibilidad de una norma interna con una internacional.

De este modo, vislumbramos que la presentación de la Comisión contiene supuestos fácticos de forma tal que de atender a la consulta se desvirtuarían los fines de la función consultiva, “pues sus interrogantes *no se refieren exclusivamente a cuestiones de derecho o interpretación de tratados* y dependen para su respuesta, de que se determinen hechos en casos específicos” (OC 16/99, § 46). Al respecto, es necesario recordar que, en el ejercicio de su función consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos (*Ibidem*, § 47).

No debemos olvidar, vale insistir, que la Corte es un tribunal de justicia, y por tanto, imparcial, a partir de lo cual no se vislumbra razonable que se inmiscuyera en cuestiones políticas y/o normativas ajenas a sus funciones convencionales.

f) El carácter subsidiario de la participación de los órganos del sistema también aparece como una clave para habilitar –o no- la función consultiva de la Corte.

Por ello la Corte insiste en que el dictado de estas opiniones “debe *coadyuvar a los Estados miembros* y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales”.

Pues son precisamente los Estados quienes tienen la responsabilidad de garantizar y proteger los derechos humanos de quienes residen dentro de sus respectivas jurisdicciones, adoptando “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, según prescribe el artículo 2º de la CADH.

Y, la intervención de las instituciones regionales recién se encuentra justificada una vez que los Estados no asuman su responsabilidad de protección, circunstancia que sólo de modo genérico enuncia la Comisión.

Es tal la importancia de este principio fundante del sistema que hay incluso autores que han entendido que las causales de (in)admisibilidad desarrolladas por la Corte IDH buscan, en su

conjunto, “custodiar el carácter subsidiario del sistema regional de protección de Derechos Humanos” (CANDIA FALCÓN, p. 60).

Dicho autor ha categorizado dichas causales en procedimentales y sustantivas, incluyendo entre las primeras aquellas solicitudes que busquen resolver asuntos propios de la jurisdicción contenciosa o cuando procuren definir situaciones de hecho asociadas a casos de derechos humanos; mientras que incluyó en las segundas (sustantivas) todas aquellas que pudiesen intervenir indebidamente en el debate legislativo interno de cada Estado o bien que signifiquen emitir una opinión acerca de la validez del derecho nacional (pp. 62-67).

En el sentido contrario al expuesto, la Comisión pretende que la Corte desarrolle los temas propuestos (alcances de la libertad sindical desde un enfoque de género) y “dé orientaciones a los Estados para el adecuado cumplimiento de sus obligaciones” (§ 7), vulnerando, a nuestro criterio, el principio de subsidiariedad y la legítima autonomía de los Estados, sobre todo cuando no se ha probado fácticamente que exista una vulneración a algunos de los derechos mencionados, más allá de las aseveraciones realizadas por dicho organismo, aunque no todas ellas con los mismos robustos basamentos en estudios de campo o constataciones empíricas.

Dicho en otros términos, la Comisión está solicitando políticas públicas preventivas, con una amplitud a las luces excesiva, que guarda más relación con la actividad normativa que con la de un tribunal de justicia, como es la Corte IDH, y que excede notoriamente su labor jurisdiccional.

Valoramos el esfuerzo y la preocupación de la Comisión por abordar estos tópicos tan acuciantes, pero entendemos que no resulta adecuada la vía escogida, sobre todo teniendo en cuenta que los estándares propiciados no necesariamente resultan aplicables indiscriminadamente a todos los países de la región ni necesariamente los más avanzados en cuanto a la protección de derechos fundamentales⁹.

Al respecto permítasenos destacar que la vasta jurisprudencia y estándares europeos dan cuenta de que no es la vía consultiva la adecuada (teniendo en cuenta las notorias diferencias que separan a ambos sistemas), sino la resolución de casos concretos que permitan echar luz para ir elaborando un andamiaje sobre el cual erigir los estándares que exige la Comisión.

⁹ Téngase presente al respecto, por ejemplo, la contribución sindical obligatoria que parece propiciar la Comisión (§ 44) cuando el TEDH ya ha tenido oportunidad de fijar en varios casos contenciosos (el primero: *Caso Young, James y Webster*) que “todo tipo de coacción en materia de sindicación, afecta a la sustancia misma de la libertad que se pretende garantizar” y que el artículo 11 del Convenio Europeo abarca tanto la faz positiva como la negativa de este derecho, es decir, el derecho a desafiliarse y a no afiliarse a un sindicato (PORRAS, pp. 8-9).

g) En el mismo afán particularista, la Corte también ha desestimado dictar opiniones consultivas sobre *simples cuestiones abstractas*, precisamente, en virtud de su carácter de tribunal de derechos humanos, de modo que debe conducir con sus dictámenes, por el contrario, “a fines prácticos y de utilidad para la protección de los derechos y libertades fundamentales de mujeres y hombres” (SALVIOLI, 446).

En profundidad, lo que el Tribunal ha venido a aclarar es que su competencia consultiva no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones abstractas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva.

De este modo, se evita que el ejercicio de la jurisdicción consultiva resulte en una abstracción tal, que un pronunciamiento de la Corte resulte estéril.

Sin embargo, valga la aclaración, las solicitudes de opinión tampoco deben tener tal grado de concreción que supongan la resolución de una suerte de caso encubierto o el prejuzgamiento de situaciones concretas (como analizamos más arriba).

Se trata, por tanto, de conseguir un equilibrio difícil entre los legítimos intereses de la parte solicitante con los objetivos generales a los que atiende la función consultiva.

Por eso mismo la Corte entendió en su última desestimación de opinión consultiva que “responder a las preguntas de la Comisión Interamericana en los términos planteados, es decir, de realizar consideraciones en abstracto sobre la compatibilidad de un gran número de modelos de juicio políticos o procedimientos de *impeachment*, no podría considerar en debida forma las particularidades del diseño institucional de los diversos mecanismos de control horizontal que existen en la región”; pues esos diseños “en muchas ocasiones son productos históricos, que responden a las necesidades y a la experiencia constitucional de cada sociedad y ameritan un análisis detallado y contextualizado para determinar su compatibilidad con la Convención Americana, *lo que solo podría realizarse en el marco de un caso contencioso*” (Resolución del 29/5/2018, §17).

En el mismo sentido cabe destacar el voto del juez Oliver Jackman en la Opinión Consultiva 17/02 (sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño) en el que entendió que no resultaba competente la Corte IDH para pronunciarse en aquella solicitud en la que la Comisión le había solicitado a la Corte establecer líneas generales válidas para cubrir una serie de

hipótesis, lo cual reputó “una invitación a efectuar una especulación puramente académica”¹⁰. Téngase presente, al respecto, que en aquella oportunidad la Comisión había sido mucho más precisa que ahora al identificar los puntos de interpretación requeridos.

De acuerdo a dicho criterio se ha entendido que no sería propio de la función consultiva dictar lineamientos de política pública, cuestión que sería incompatible con el carácter jurisdiccional de la Corte, en cuanto debilitan el sistema establecido por la Convención (CANDIA FALCON, p.74).

Es lo que ocurre en el caso cuando la Comisión solicita al Tribunal que “se desarrollen y especifiquen los estándares y acciones que deben cumplir [los Estados] bajo las normas interamericanas de derechos humanos” (§ 69).

Colosal tarea que se encomienda a la Corte, y a la vez, inabarcable. Es por ello que la única forma válida de elaborar estándares, como se dijo, es realizando “un escrutinio caso por caso a través de su jurisdicción contenciosa” (Resolución del 29/5/18, § 18).

Coincidimos aquí también con la reciente intervención del juez Vio Grossi, en cuanto entendió que la función consultiva “*no debe transformarse en el ejercicio de la función normativa*, la que, en general, está expresamente conferida a los Estados” (OC 24/17, su voto, § 7), en virtud del principio de subsidiariedad ya referido.

h) En rigor, este último requisito de admisibilidad, la *prohibición de desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte* no es tal, sino, en verdad, una consecuencia necesaria de la verificación de cualquiera de los enunciados anteriormente; junto con el debilitamiento del sistema previsto por la Comisión.

En palabras textuales, la Corte entendió que resultaba inadmisibile:

[...] toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte o, en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos” (OC 1/82, § 31).

El menoscabo de esta función se produce en perjuicio de las víctimas cuando un Estado pretende resolver por la vía consultiva casos que están pendientes de resolución ante la Comisión

¹⁰ En idioma original, el juez barbadense expuso: “I would suggest that a request to provide ‘general and valid guidelines’ to cover a series of hypotheses that reveal neither public urgency nor juridical complexity is, precisely, an invitation to engage in ‘purely academic speculation’ of a kind which assuredly ‘would weaken the system established by the Convention and would distort the advisory jurisdiction of the Court’ (cf. OC-1/82, para 25)”.

Interamericana. La Corte Interamericana sostuvo al rechazar una solicitud de Costa Rica que una respuesta en esa circunstancia:

[...] podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, [lo que] distorsionaría el sistema de la Convención. El procedimiento contencioso es, por definición, una oportunidad en la que los asuntos son discutidos y confrontados de una manera mucho más directa que en el proceso consultivo, de lo cual no se puede privar a los individuos que no participan en éste.

La propia Comisión ha utilizado este razonamiento al rechazar la competencia de la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 15, al señalar que la solicitud del Estado “tuvo como propósito llevar un caso contencioso encubierto a la Corte y de esta manera desvirtuar tanto el sistema consultivo como el contencioso” (OC 15/97, § 22).

De la solicitud de observación presentada por la Comisión se desprende que ésta brindaría una solución encubierta, por vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, pero han recibido tratamiento por parte de la Comisión (cfr. punto “a.2” del presente capítulo), en desmedro del derecho de las eventuales partes del proceso contencioso.

No desconocemos que el procedimiento consultivo prevé una participación de Estados e interesados en general. Sin embargo, al carecer del “formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso” (OC 3/83, § 43), el procedimiento consultivo en este caso concreto puede afectar el derecho de defensa de los Estados, lo que constituiría un antecedente nocivo, pues según sostuvo FAÚNDEZ LEDESMA (p. 979):

[...] en el caso que fuera la propia Comisión quien formulara la consulta, nos parece que la conclusión no puede ser la misma, y estimamos que tanto el sistema diseñado por la Convención como los propósitos de ésta, dirigidos a proteger los derechos humanos, sugieren que, *en caso de duda, la Comisión no podría eludir la vía contenciosa, y estaría en el deber de someter el caso al tribunal.*

Ello, pues la participación de los Estados en el proceso consultivo es exigua y, en el caso, se torna insuficiente en la medida en que no resulta fácticamente viable responder a las

exageradamente amplias preguntas formuladas por la Comisión; incluso si la Corte echara mano a su potestad de requerir aclarar algún punto de la consulta o incluso reformular las preguntas efectuadas.

Perjuicio que irradia no sólo a los Estados sino también a las eventuales partes del proceso contencioso, que de prosperar el proceso consultivo podrían quedar privadas de su derecho a ser oídas.

5) A modo de conclusión

Hemos repasado hasta aquí los mojones de la función consultiva de la Corte IDH, pudiendo identificar la amplitud –única en el mundo- de su competencia, oportunamente reconocida por la Corte IDH en sus primeras opiniones consultivas, y finalmente, control de convencionalidad mediante, la trascendencia e impacto de las interpretaciones que allí se hacen de los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos.

También destacamos la tamaña responsabilidad de los jueces que integran la Corte IDH al momento de admitir este tipo de trámite consultivo, en atención a los efectos jurídicos que poseen estos pronunciamientos y la cautela que debe guiarlos en ese cometido.

Recordamos, además, los requisitos de admisibilidad sistematizados por la Corte, luego de más de treinta años, pudiendo descubrir que la solicitud impetrada por la Comisión IDH sobre la libertad sindical no debería prosperar, precisamente porque no supera esos requisitos mínimos, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos formales previstos en el Reglamento de la Corte IDH.

En particular logramos dilucidar que la presentación que aquí se comenta no ha excitado adecuadamente la función consultiva de la Corte y por ello el Tribunal no está obligado a responder la solicitud, sino más bien, coherencia mediante y por aplicación de los principios que imperan en el sistema, a rechazarla.

De este modo, y en atención al tenor de estas líneas que hacemos llegar a la Corte IDH, entendemos que sus miembros deben desestimar expedirse en una opinión consultiva sobre los temas traídos a estudio por la Comisión por los siguientes argumentos que a modo telegráfico transcribimos:

1) En atención a la gravedad institucional –y al impacto que tienen las opiniones consultivas- correspondía a la Comisión explicar las razones de la elección de la vía consultiva dentro del abanico de alternativas procesales con que cuenta.

2) La Comisión no ha sido precisa en su pedido de solicitud y, además ha solicitado establecer líneas generales válidas para cubrir una serie de hipótesis, que en palabras del juez Jackson no son otra cosa que “una invitación a efectuar una especulación puramente académica”, y que habilitarían a la Corte a ejercer actividades legislativas, cuando se trata de un tribunal de derechos humanos.

3) En una eventual admisión de la solicitud se corre el riesgo de que se obtenga prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso.

4) Se han traído a estudio interpretativo por vía consultiva cuestiones de hecho que si bien son citadas por la Comisión como meros ejemplos, recibirían un impacto directo y concreto de pronunciarse la Corte en los términos del artículo 64 de la CADH.

5) De prosperar la solicitud se vulneraría el principio de subsidiariedad en la medida en que la función de la Corte –y del sistema- no es otra que *coadyuvar* a los Estados para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales y de aquel modo un órgano externo a los Estados involucrados se estaría arrogando una responsabilidad propia de aquellos, sin que se hubiera acreditado suficientemente que los mismos no hayan asumido dicha responsabilidad.

En virtud de todo ello, el corolario no deseado de admitir dicha solicitud no sería otro que desvirtuar la función contenciosa de la Corte IDH, además de la propia función consultiva aquí estudiada; y, en consecuencia un debilitamiento del sistema de protección interamericano.

6) Bibliografía y resoluciones citadas

1) Bibliografía

- CANDIA FALCÓN, GONZALO, “Causales de inadmisibilidad de opiniones consultivas: reforzando el carácter subsidiario del sistema interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, n° 1, 2018, pp.57-80.
- FAÚNDEZ LEDESMA, HÉCTOR, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Aspectos Procesales e Institucionales*, San José de Costa Rica, 2004, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- LLOBERA, MIREIA, “Las recientes reformas europeas en materia de libertad sindical y negociación colectiva: ¿Tiene algo que decir el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos?” en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXIX, Número 273, Enero -Abril 2019, disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.273-1.68624>.

- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, 2007, Porrúa.
- GARRO, ANAMARI, “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales*, n° 20 (enero-junio de 2009), pp. 191-227.
- PINTO, MÓNICA, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en: AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 2004, Editorial Del Puerto y CELS.
- PIZZOLO, CALÓGERO, *Sistema Interamericano*, Buenos Aires, 2007, Ediar.
- ROA, JORGE ERNESTO, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, 2015, Universidad Externado de Colombia.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, MIGUEL C., “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social” en: *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, [Versión electrónica], ISSN 0213-0750, 2017.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad” en *Pensamiento Constitucional*, n° 20, 2015, pp. 275-283.
- SALAS PORRAS, MARÌA, “El tratamiento jurisprudencial de la libertad sindical conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=d116ac43-61a7-4cd8-8b18-291b65da0355&groupId=10128
- SALVIOLI, FABIÁN, “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial” en AAVV, *Homenaje y Reconocimiento a Antonio Cancado Trindade*, Brasilia, 2004, Sergio Fabris, Tomo III, pp. 417-472.
- VENTURA ROBLES, MANUEL y ZOVATTO, DANIEL, “La Naturaleza de la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número 7, San José.

2) Resoluciones, informes y jurisprudencia

- CORTE IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- CORTE IDH, OC-1/82 sobre “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 24 de septiembre 1982 (Serie A) N° 1.

- CORTE IDH, OC-3/83 sobre “*Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, 8 de septiembre 1983 (Serie A) N° 3.
- CORTE IDH, OC-4/84 sobre “*Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*”, , 19 de enero 1984 (Serie A) N° 4.
- CORTE IDH, OC-6/86 sobre “*La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos*”, 9 de mayo 1986 (Serie A) N° 6.
- CORTE IDH, OC-12/91 sobre “*Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, , 6 de diciembre de 1991 (Serie A) N° 12.
- CORTE IDH, OC 13/93 sobre “*Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42,44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, 16 de julio 1993 (Serie A) No. 13.
- CORTE IDH, OC-14/94 sobre “*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, 9 de diciembre 1994 (Serie A) N° 14.
- CORTE IDH, OC-16/99 sobre “*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso*”, 1 de octubre 1999 (Serie A) N° 16.
- CORTE IDH, OC-17/02 sobre “*Condición jurídica y derechos humanos del niño*”, 28 de agosto 2002 (Serie A) N° 17 (2002).
- CORTE IDH, OC-18/03 sobre “*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*”, 17 de septiembre 2003 (Serie A) N° 18.
- CORTE IDH, OC-20/09 sobre “*Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, 29 de septiembre de 2009 (Serie A) N° 20.
- CORTE IDH, OC-21/14 sobre “*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*”, , 19 de agosto 2014 (Serie A) N° 21.
- CORTE IDH, OC-22/16 sobre “*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)*”, 26 de febrero 2016 (Serie A) N° 22.
- CORTE IDH, OC-24/17 sobre “*Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo*”, 24 de noviembre de 2017 (Serie A) N° 24.
- CORTE IDH, Resolución sobre solicitud de opinión consultiva presentada por la República de Costa Rica, 10 de mayo de 2005.
- CORTE IDH, Resolución sobre solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 24 de junio de 2005.
- CORTE IDH, Resolución sobre solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 27 de enero de 2009.

- CORTE IDH, *Resolución sobre solicitud de opinión consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de Estados Americanos*, 23 de junio de 2016.
- CORTE IDH, *Resolución sobre solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 29 de mayo de 2018.
- TEDH, “*Caso Young, James y Webster*”, [TEDH-35] Sentencia 7601/76, 13 de agosto de 1981.