



El valor de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile.

Alumno: Carlos Clemente Vargas.

Profesor Guía: Humberto Nogueira Alcalá.

Santiago, agosto 2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	10
1. La Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	10
1.1 La competencia consultiva.....	11
1.2 Caracterización de la competencia consultiva en la doctrina.....	12
1.2.1. Objeto de las Opiniones Consultivas.	12
1.2.2. Sobre que tratados recaen las opiniones consultivas.	13
1.2.3 Quienes tienen legitimación activa para solicitar opiniones consultivas. ...	15
1.2.4. Las Opiniones Consultivas son diferentes a las sentencias que emanan de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	16
1.2.5. Las opiniones consultivas son interpretaciones auténticas de la Convención Americana de Derechos Humanos.	18
1.2.6. La facultad de emitir opiniones consultivas no es ilimitada.....	19
1.3. La importancia de la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	20
1.4. Las opiniones consultivas emitidas por la Corte a lo largo de los años.	22
CAPÍTULO II: EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS.	25
2.1. La evolución del entendimiento del carácter vinculante de las opiniones consultivas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	25
2.1.1. Etapa inicial: Las opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que las sentencias en materia contenciosa.	26
2.1.2. Etapa intermedia: Las opiniones consultivas tienen efectos jurídicos innegables.	29
2.1.3. Etapa actual: Los Estados Parte deben realizar el respectivo control de convencionalidad sobre la base de lo que señale la Corte en ejercicio de su competencia consultiva.....	33

2.2. Posiciones doctrinales y votos disidentes de Jueces de la Corte Interamericana que se manifiestan acerca del carácter vinculante de las opiniones consultivas.....	40
2.2.1. Las opiniones consultivas poseen un carácter vinculante para todos los estados miembros de la CADH.....	41
2.2.2. Las opiniones consultivas carecen de carácter vinculante.	48
2.2.3. Posiciones intermedias.....	52
2.3. Ejemplos de impactos prácticos que han tenido las opiniones consultivas en reformas legales, constitucionales y jurisdiccionales de los Estados americanos.	55
CAPITULO III: LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE.....	61
3.1. Interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en opiniones consultivas presentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema.....	61
3.1.1. Extensión del derecho al debido proceso contenido en el art. 8 de la CADH.	61
3.1.2. Definición del término “identidad de género” y el alcance del “derecho a la identidad”.....	63
3.1.3. El derecho a la libertad de expresión como piedra angular para la existencia misma de una sociedad democrática.	70
3.1.4. Definición y alcance del concepto “orden público”.....	73
3.1.5. La facultad que tienen los Estados miembro de la CADH para expulsar extranjeros que residen en su territorio.	74
3.1.6. Sobre el alcance del derecho de igualdad ante la ley.....	75
3.2. Interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en opiniones consultivas presentes únicamente en votos disidentes de la Corte Suprema.....	78
3.2.1. Alcance y sentido del artículo 13 de la CADH.	78
3.2.2. El deber de la Corte Suprema de interpretar en conformidad al principio “pro homine”.....	80
3.3. Análisis del carácter vinculante de las opiniones consultivas realizado por la Corte Suprema en el Rol N°33.316-2019.	82
3.3.1. Los hechos de la causa.	83
3.3.2. La causa en primera instancia.	83
3.3.3. La sentencia de la Corte Suprema.	86

CAPITULO IV: ANÁLISIS DEL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CON RELACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA.	90
4.1. Introducción y consideraciones a tener en cuenta para el análisis.	90
4.1.1. Fuentes de derecho positivo.	90
4.1.1.1. Fuentes del Derecho nacional a considerar.	90
4.1.1.2. Fuentes de Derecho internacional.	93
4.1.2. Reflexiones acerca de las discusiones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica y el carácter vinculante de las opiniones consultivas.	95
4.2. Los roles que han tenido las opiniones consultivas en la jurisprudencia de la Corte Suprema.	97
4.2.1. Rol esclarecedor del sentido y alcance de un derecho fundamental.	97
4.2.2. Rol de esclarecedor de derechos que no están regulados en la legislación positiva del país.	99
4.2.3. Rol esclarecedor de la jerarquía de un cierto derecho en el caso de una colisión de derechos fundamentales.	100
4.2.4. Rol de consagrar facultades que se pueden inferir de interpretaciones a la CADH.	101
4.3. El valor de las opiniones consultivas en la jurisprudencia la Corte Suprema.	102
4.4. Análisis crítico de la posición de la Corte Suprema en relación al carácter vinculante de las opiniones consultivas.	106
4.4.1. La Corte Suprema afirma que las opiniones consultivas no son sentencias emanadas de un órgano que ejerza jurisdicción.	107
4.4.2. La Corte Suprema justifica el actuar de órganos estatales en contra del estándar interamericano en base al respeto del derecho interno, la seguridad jurídica de la legislación nacional y el principio de supremacía constitucional.	108
4.4.3. La Corte Suprema afirma que las opiniones consultivas constituyen llamamientos a adoptar medidas legislativas a los Estados Parte de la CADH.	110
4.4.4. La Corte Suprema señala que el control de convencionalidad solo recae sobre sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	112
CONCLUSIONES.	114
BIBLIOGRAFÍA.	119
7.1 Doctrina.	119
7.2. Conferencias, entrevistas y ponencias en video.	129

7.3. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	130
7.4. Solicitudes de opiniones consultivas y rechazos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	134
7.5. Sentencias de casos contenciosos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	134
7.6 Resoluciones de supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	136
7.7. Informes y Cuadernillos.	136
7.8 Jurisprudencia Nacional.....	137
7.9. Jurisprudencia internacional.	138

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Corte IDH o “la Corte”	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CA	Corte de Apelaciones
CS	Corte Suprema
Ibid.	En el mismo lugar
Ibidem.	Lo mismo
Infra.	Más adelante
min.	Minuto
p.	Página
Párr.	Párrafo
Párrs.	Párrafos
OC	Opinión Consultiva
OCs	Opiniones Consultivas
Supra.	Antes
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende responder a la interrogante sobre cuál es el valor que han tenido las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile. A través del desarrollo de la respuesta a esta interrogante expondremos que son las opiniones consultivas y sus aspectos generales, cual ha sido la evolución de su entendimiento por la Corte IDH en relación a su valor vinculante para los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), cuáles son las principales posiciones doctrinales en torno al valor jurídico de las opiniones consultivas, como se han manifestado las opiniones consultivas en la jurisprudencia de la Corte Suprema y si el entendimiento del máximo Tribunal de la judicatura chilena del carácter vinculante de las opiniones consultivas está a la par de lo establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Nuestra hipótesis general es que la Corte Suprema comprende las opiniones consultivas de la Corte IDH como pronunciamientos que contienen interpretaciones auténticas de la CADH, las cuales revisten valor por emanar de una alta autoridad moral, jerárquica y científica, delimitando el alcance de ciertos derechos fundamentales con el fin de coadyuvar su entendimiento dentro de las judicaturas de los Estados americanos y a su vez entregar nociones que asistan a dichos Estados a desarrollar políticas que no contravengan el sistema de protección interamericano de derechos humanos. A su vez, la Corte entiende que las interpretaciones realizadas a través de pronunciamientos consultivos carecen de valor vinculante y su contenido no puede ser aplicado por la judicatura nacional ya que no revisten la forma de sentencia contenciosa propiamente tal. Dicho entendimiento nos lleva a sostener que la Corte Suprema no sigue el estándar que ha establecido la Corte IDH a través de la práctica de su competencia consultiva, ya que esta entiende que las opiniones consultivas poseen efectos jurídicos *innegables* y su contenido debe ser respetado por los tribunales y los órganos legislativos de los Estados Parte, debiendo dichos órganos realizar el respectivo

control de convencionalidad también sobre lo que manifieste en sede consultiva en su rol de interprete auténtica de la CADH.

El objetivo principal de esta investigación consiste en analizar el valor de las opiniones consultivas en las sentencias que la Corte Suprema de Chile ha resuelto desde el año 2005. A su vez, en este trabajo se busca describir el funcionamiento y el alcance de la competencia consultiva de la Corte IDH, explicar la evolución del entendimiento de la obligatoriedad de las OC en la jurisprudencia de la Corte IDH y en la doctrina del *ius commune* internacional y contrastar la posición de la Corte Suprema de Chile en torno al valor jurídico de las opiniones consultivas con lo que ha señalado la jurisprudencia de la Corte IDH.

En esta investigación se utilizará para abordar el examen de todos los objetivos, el método dogmático jurídico, acompañado de la técnica de revisión documental para el análisis bibliográfico, que posibilitará el análisis jurídico conceptual de las opiniones consultivas de la Corte IDH, su naturaleza jurídica y los análisis que ha dedicado la doctrina a este respecto. Asimismo, en todos los objetivos, se recurrirá al método de casos, el cual permitirá analizar la totalidad de las opiniones consultivas de la Corte, las sentencias de carácter contencioso relevantes para los fines de esta investigación y la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre esta temática. Cabe señalar que la jurisprudencia a analizar corresponde a veredictos emitidos por el máximo Tribunal en donde se cita o se hace referencia a opiniones consultivas, en esta investigación no se tomarán en cuenta las sentencias de Corte de Apelaciones que la Corte Suprema simplemente confirma que hacen referencia a dichos pronunciamientos consultivos, este trabajo se centra en el análisis de lo que la Corte Suprema misma ha proferido sobre el valor de los pronunciamientos en sede consultiva.

Esta investigación se divide en cuatro grandes capítulos. El primero realiza un examen de los aspectos generales de competencia consultiva de la Corte IDH, haciendo revisión de su objeto, principales características y su importancia para los estados americanos. El segundo capítulo realiza un análisis del entendimiento del carácter vinculante de las opiniones consultivas, subdividiéndose a su vez en dos

partes, una primera parte que se encarga de examinar la evolución que ha tenido el entendimiento de las opiniones consultivas por parte de la Corte IDH a través de su ejercicio, y una segunda parte en donde se expone cuales son las principales posiciones doctrinales sobre este respecto. El tercer capítulo enumera y describe el contenido de las sentencias de la Corte Suprema que han hecho referencias y citas a opiniones consultivas desde 2007, exponiendo su contenido y los derechos fundamentales que desarrolla en base a opiniones consultivas. El capítulo final analiza el valor de las opiniones consultivas en la jurisprudencia reseñada y presenta un análisis crítico de algunas afirmaciones de la Corte Suprema en torno al entendimiento de la naturaleza jurídica y la evolución de las opiniones consultivas. La investigación finaliza con una sección donde se exponen las conclusiones a las que se arribaron.

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. La Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte IDH cuenta con dos tipos de competencia estructuradas en los artículos 64 y 62 de la CADH respectivamente: la competencia consultiva y la competencia contenciosa. En conformidad a dichas disposiciones y de los artículos 1 y 2 del Estatuto de la Corte IDH, se establece que la Corte posee dos atribuciones esenciales: La primera, de naturaleza consultiva, que le otorga la facultad de interpretar las disposiciones de la CADH, así como la de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; la segunda, de carácter contencioso, le otorga la facultad de resolver las controversias que se le planteen respecto a la interpretación o aplicación de la propia Convención Americana.¹ A través de la competencia contenciosa se resuelven controversias entre un individuo y el Estado Parte o entre dos Estados, como sujetos de derecho internacional y su acto jurisdiccional final corresponde a una sentencia que tiene por finalidad resolver controversias acerca de la violación de los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales atributivos de competencia a la Corte.² A través de aquella se determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables al Sistema Interamericano. Asimismo, a través de esta vía se realiza la supervisión de cumplimiento de sus sentencias.³ En cambio la competencia consultiva se ejerce con el fin de responder una duda o interrogante acerca de un punto de derecho y su acto final corresponde a una opinión consultiva, que tiene por finalidad responder dudas o interrogantes jurídicas acerca de los derechos humanos, su correcta aplicación e interpretación, contenidos en los instrumentos internacionales atributivos de competencia a la Corte, o bien en los tratados

¹ Cfr. Fix-Zamudio (2004), p.157.

² Cfr. Aguilar (2020), pp.191-192.

³ Corte IDH (2018), p. 11

internacionales que hayan ratificado los Estados que han reconocido la jurisdicción de aquella.⁴ A su vez, una solicitud de opinión consultiva puede versar sobre la solicitud de un Estado acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales de derechos humanos que haya ratificado.

En esta investigación nos centraremos en analizar en profundidad la normativa y las características de la competencia consultiva de la Corte, haciendo referencias a la competencia contenciosa en ciertos pasajes para realizar un contraste entre ambas y reflejar su importancia dentro del trabajo jurisdiccional de la Corte IDH.

1.1 La competencia consultiva.

La competencia consultiva (también denominada función consultiva) de la Corte IDH está contemplada en el artículo 64 de la CADH que prescribe:

“1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

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

Por este medio, responde consultas que les formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma. La OC es una interpretación o explicación de autoridad, en relación con cuestiones planteadas sobre algún tema relacionado con derechos humanos,⁵ de esta forma, la competencia consultiva de la Corte fortalece la capacidad de la OEA para resolver asuntos que surjan por aplicación de la

⁴ Aguilar (2020), p. 193.

⁵ Julio (2019), min. 1:29.

Convención, ya que permite a sus órganos y Estados miembros consultar a la Corte en lo que les compete.⁶

El artículo 64 de la CADH define la competencia consultiva de la Corte en un ámbito *ratione materiae*, es decir, prescribe el objeto de ejercicio y en un ámbito *ratione personae*, que es el anverso de la legitimación activa para solicitar la consulta.⁷

Las normas que regulan el procedimiento para presentar opiniones consultivas se encuentran presentes en el Título III del Reglamento de la Corte, estableciendo que en la solicitud de OC que realiza un Estado miembro se deben formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener el dictamen de la Corte. Asimismo, la solicitud debe señalar las disposiciones cuya interpretación se requiere, las consideraciones que originan la consulta, el nombre y dirección del Agente o de los Delegados del Estado u organización solicitante, precisando a su vez el Tratado Internacional de Derechos Humanos que se está solicitando interpretar. En caso de que, la OC sea consultada por otro órgano de la OEA distinto de la CIDH, la petición deberá precisar además la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.⁸

1.2 Caracterización de la competencia consultiva en la doctrina.

1.2.1. Objeto de las Opiniones Consultivas.

En palabras de Monterisi⁹, las OCs pueden recaer sobre 3 materias:

1) La interpretación de la CADH: Materia por la cual la Corte IDH tiene plena autoridad para emitir interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas relativas a su entrada en vigencia.¹⁰

⁶ Ventura (2007), p. 156.

⁷ Garro (2009), p. 195.

⁸ Véase el Reglamento de la Corte IDH. Arts. Del 70 al 75. Véase también Monterisi, Ricardo (2009), pp.455 y 456.

⁹ Monterisi. (2009), pp. 455-462.

¹⁰ Corte IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 De Setiembre De 1982, Serie A No. 2, párr. 13.

2) La interpretación de otros Tratados Concernientes a la protección de Derechos Humanos: Donde la Corte puede emitir interpretaciones sobre toda disposición concerniente a la protección de derechos humanos.¹¹

3) La manifestación acerca de la compatibilidad de las leyes internas de un Estado Miembro con la CADH o cualquier otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos: Donde la Corte ha especificado que el término “leyes internas” incluye toda la legislación nacional del estado miembro, es decir, normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo las disposiciones constitucionales, los proyectos de ley y las reformas constitucionales de los Estados miembros¹², a menos que puedan traer consigo la solución encubierta de asuntos litigiosos aun no sometidos a consideración de la Corte IDH o puedan ser utilizadas como instrumentos de debate político con el fin de afectar a un resultado del proceso legislativo interno de los Estados solicitantes.¹³ Sobre los tratados sobre los cuales se puede solicitar la revisión de compatibilidad, puede recaer sobre la CADH o cualquier tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, incluso los que hayan sido adoptados fuera del marco del sistema interamericano.¹⁴

1.2.2. Sobre que tratados recaen las opiniones consultivas.

En palabras de la Corte IDH:

¹¹ Corte IDH. *"Otros tratados" objeto de la función consultiva de la corte, (art. 64 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 De Setiembre De 1982, Serie A No. 1, párr. 34. El alcance de la frase “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” contenida en el artículo 64 de la Convención” será analizada a fondo en el siguiente punto.

¹² Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, No. 4, párrs. 14, 18 y 26.

¹³ Corte IDH. *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991, No. 12, párr. 28, y OC 4/84, párr. 30.

¹⁴ OC 1/82, párr. 39 y Corte IDH. *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)*, Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016, No. 22, párr.17.

“La competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano”¹⁵

A su vez, la Corte ha indicado que su competencia consultiva aborda la interpretación de un tratado siempre que esté implicada directamente la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección.¹⁶

Dicha competencia *ratione materiae* de la Corte IDH ha llevado a la doctrina y a la Corte misma a caracterizar la competencia consultiva como amplia o amplísima¹⁷, ya que recae sobre tratados en donde está directamente implicada la protección de los derechos humanos¹⁸, en donde incluso se han incluido las reservas a la CADH¹⁹, los proyectos de ley²⁰ y la interpretación de instrumentos considerados como *no convencionales* como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre cuando en el marco y dentro de los límites de su competencia sea necesario para interpretar la Carta de la OEA y la CADH.²¹

En síntesis: *“(La función consultiva de la Corte IDH) Está enclavada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales y es tan amplia cuanto lo requiera la salvaguardia de tales derechos, pero se encuentra ceñida a los límites*

¹⁵ OC 1/82, conclusión primera.

¹⁶ Corte IDH. “*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*”, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, No. 16, párrs. 36 y 71 y Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, No. 17, párr. 22.

¹⁷ Véase Garro (2009), pp. 195-197 y Cisneros (1986), p.53.

¹⁸ OC 1/82, párrs. 19, 21, 34, 37 y 48.

¹⁹ OC 2/82, párr. 45.

²⁰ OC 4/84 párr. 26.

²¹. Corte IDH. *Interpretación de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la convención americana sobre derechos humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, No. 10, párrs. 36, 43 y 44, OC 16/99 párr. 37. Véase también NIKKEN (1999), pp. 168-170.

naturales que la misma Convención le señala (...) hay que entenderla con criterio amplio, encaminada también a hacer efectivos tales derechos y libertades.”²²

1.2.3 Quienes tienen legitimación activa para solicitar opiniones consultivas.

En torno a la legitimación activa hay que realizar una diferenciación en relación con el objeto de la OC:

Si la OC recae sobre la interpretación de la CADH o la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos, en conformidad al artículo 64.1 de la Convención, podrá solicitarla cualquier Estado americano, incluidos los que no son Estado Parte de la CADH y los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Si la OC se emite manifestándose acerca de la compatibilidad de las leyes internas de un Estado Miembro con la CADH, en conformidad al artículo 64.2 de la Convención, sólo podrá ser solicitada por un Estado miembro de la OEA, incluidos los que no son Estado Parte de la Convención. Dicha consulta solo puede recaer sobre la legislación del Estado solicitante. En los casos en que sea el Estado quien quiera formular una consulta, ésta debe ser canalizada a través de su gobierno respectivo y, más concretamente, a través de quien representa al Estado en sus relaciones internacionales, en consecuencia, ella no puede provenir de las autoridades del poder legislativo, de los tribunales, o de otro órgano del Estado.²³

Aunque la facultad para solicitar OCs en conformidad al art. 64.2 de la CADH sea limitada a los Estados miembros de la OEA, la Corte IDH ha señalado que la legitimación activa que entrega la Convención para activar su función consultiva es de carácter amplio, indicando que es única en el derecho internacional

²² OC 4/84, párr. 25.

²³ Faúndez (2004), p. 963.

contemporáneo, estableciendo que el Estado u Órgano solicitante de una OC no es el único titular del interés legítimo en el resultado del procedimiento consultivo.²⁴

1.2.4. Las Opiniones Consultivas son diferentes a las sentencias que emanan de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las OCs difieren de las sentencias que emanan de la Competencia contenciosa de la Corte IDH en numerosos aspectos.

En primer lugar, las fuentes normativas de las que emanan son diferentes. Mientras que la competencia contenciosa está contemplada en los artículos 61, 62 y 63 de la CADH, la competencia consultiva está consagrada en su artículo 64.

En segundo lugar, la legitimación activa que reconoce la CADH para solicitar OCs difiere de la reconocida para entablar una demanda contenciosa, en el caso de la competencia contenciosa sólo los Estados Parte y la CIDH tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. En consecuencia, el Tribunal no puede atender peticiones formuladas por individuos u organizaciones. De esta manera, los individuos u organizaciones que consideren que existe una situación violatoria de las disposiciones de la Convención y deseen acudir al Sistema Interamericano deben dirigir sus denuncias a la CIDH, la cual es competente para conocer las peticiones que le presente cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado Parte.²⁵ En cambio como observamos en la competencia consultiva, todos los Estados miembros de la OEA, incluso los que no son Estado Parte de la CADH están facultados a solicitar OCs en cualquiera de sus variantes, y en el caso de la consulta contemplada en el art. 64.1 están incluso facultados los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA.

²⁴ Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 De Setiembre De 1983, No. 3., párr. 43, Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, No. 14, párr. 23. y OC 16/99 párr. 26.

²⁵ Corte IDH (2018), p. 16.

En torno a los conflictos a resolver, en la competencia contenciosa existen partes involucradas y la Corte resuelve cuestiones de hecho para verificar su existencia. A través de su competencia contenciosa resuelve un “caso”, es decir una controversia que se inicia como consecuencia de una denuncia según la cual un Estado Parte ha violado los derechos humanos garantizados por la Convención, sea que dicha denuncia provenga de un particular o de un Estado Parte.²⁶ En cambio la competencia consultiva es multilateral y no litigiosa²⁷, la Corte emite su opinión sobre una norma jurídica y su único propósito es la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.²⁸ En palabras de Sagüés, las sentencias que emanan de la competencia contenciosa de la Corte 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 que emanan de su competencia consultiva en cambio no suponen esa confrontación ni estado litigioso.²⁹

En relación a su procedimiento, la competencia contenciosa establece numerosas actuaciones a realizar previamente por sus solicitantes, debiendo someter su conocimiento a la CIDH, la cual realizará un informe de fondo sobre el asunto si no se llega a una solución amistosa que resuelva el conflicto, contempla un procedimiento adversarial entre las partes, con una fase probatoria, con audiencias públicas, que finaliza con un fallo definitivo e inapelable que es sometido a un procedimiento de supervisión de cumplimiento. En cambio, en términos generales la competencia consultiva es más simple y menos formalizada, ya que no trata una controversia o caso en específico y no exige el agotamiento de la vía de solución doméstica o el conocimiento previo de la CIDH del asunto.³⁰ En palabras de la Corte: *ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los*

²⁶ OC 3/83, párr. 33.

²⁷ Corte IDH. “*Informes de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos*” (Art. 51 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1994, No. 15., párr. 26.

²⁸ Véase, OC 15/97 párr. 25, Albanese (2012), p. 23 y Ventura (2007), pp.157 y 158.

²⁹ Sagüés (2015), p.277.

³⁰ Shaver (2010), p. 658.

*Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.*³¹

Por último, el efecto vinculante que poseen es distinto, la Corte IDH ha señalado que la OC de la Corte por su propia naturaleza, no tiene el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención.³² Aun con esto, la Corte IDH no desconoce sus efectos jurídicos y ha ido mutando su postura en torno a su carácter vinculante, cuestión que analizaremos a fondo en esta investigación en los próximos capítulos.

1.2.5. Las opiniones consultivas son interpretaciones auténticas de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte IDH es la interprete última de la CADH, competencia que le permite emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluyendo las de carácter procesal.³³ Dicha competencia de intérpretes fidedignos y finales de la Convención se encuentra explicitada en los artículos 62.3 y 64 de la CADH.³⁴ La Corte IDH es el único órgano convencional creado y autorizado por los Estados Parte para aplicar e interpretar la CADH en la esfera internacional. En este contexto, no existe un órgano jurisdiccional superior, por encima, respecto del cual los Estados hayan consentido en la realización de estas competencias,³⁵ por lo que la Corte actúa como un órgano jurisdiccional de clausura o cierre del debate jurisdiccional global.³⁶ Estas denominaciones han

³¹ OC 3/83, párr. 43. A su vez, Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, No. 5., párr. 21.

³² OC 1/82, párr. 51.

³³ OC 4/84, párr. 19, Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, No. 20., párr. 18, 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, párr. 124, Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 15 y Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 87

³⁴ Nogueira (2012), p. 59.

³⁵ Véase. Aguilar (2017), pp. 158-184.

³⁶ Ferrer (2001), pp. 222. Véase también, Aguilar (2008), pp. 223-247 y Gutiérrez (2013), pp. 1-15.

llevado a parte de la doctrina a afirmar que la Corte IDH es el *intérprete natural* de la Convención Americana.³⁷

Todo esto conlleva que, si un Estado reconoce expresamente a la Corte como el intérprete auténtico y final de la CADH, esta ejerce su rol cuando desarrolla su competencia tanto en los casos contenciosos como consultivos, por lo que en ambos casos es la interprete auténtica y final de la CADH.³⁸

1.2.6. La facultad de emitir opiniones consultivas no es ilimitada.

La competencia consultiva es de naturaleza permisiva y comporta el poder de apreciar si las circunstancias en que se basa la petición son tales que la lleven a no dar una respuesta.³⁹ Si bien, es claro que la Corte IDH puede negarse a emitir una OC cuando la solicitud no cumple con los requisitos establecidos en la CADH, puede limitar su tarea de emitir opiniones consultivas estableciendo criterios adicionales, sobre los cuales se ha pronunciado al ejercer su función consultiva o al rechazar la solicitud de OC de un Estado miembro o un órgano con legitimación activa, los cuales han sido sistematizados por parte de la doctrina.⁴⁰

Dentro de aquellos criterios, encontramos los siguientes:

- La Corte IDH solo puede conocer solicitudes que tengan relación con tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano, no siendo necesario que ese Estado haya ratificado la CADH.⁴¹
- No corresponde emitir OCs que conduzcan 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.⁴² La Corte ha señalado que dicha situación ocurre en aquellos

³⁷ Véase, Burgorgue-Larsen (2004), pp. 1-28 y Gordillo (1998), pp. 1-48.

³⁸ Nogueira (2017), p. 19.

³⁹ OC 1/82, párr. 28.

⁴⁰ Véase. Paul (2017), pp. 119-131. Véase también, Candia (2018), pp. 57-80.

⁴¹ OC 1/82, párraf. 31.

⁴² OC 1/82, párraf. 31.

casos en donde se encubre un caso contencioso, en donde se pretenda obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte IDH a través de un caso contencioso o en los casos en que se busque obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno.⁴³

- No corresponde emitir OCs que busquen ser utilizadas como instrumento de debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno de un Estado miembro.⁴⁴
- No corresponde emitir OCs que se pronuncien sobre temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia.⁴⁵
- Deben rechazarse las consultas que procuren resolver cuestiones de hecho⁴⁶, por lo que debe omitir su pronunciamiento sobre OCs que constituyan pura especulación académica, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés que emita aquella.⁴⁷
- La Corte IDH no debe en principio ejercer su competencia consultiva mediante especulaciones abstractas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva.⁴⁸

1.3. La importancia de la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A lo largo de los años diferentes autores han hecho referencias a la importancia que han tenido los pronunciamientos de la Corte IDH al ejercer su función consultiva. Cabe recordar que la primera OC fue emitida en septiembre de 1982 y la Corte no

⁴³ Corte IDH (2016): *Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos*, párr. 6.

⁴⁴ OC 4/84, párr. 30.

⁴⁵ Corte IDH (2016), párr. 6.

⁴⁶ Corte IDH (2016), párr. 6.

⁴⁷ OC 17/02, Voto disidente del Juez Oliver Jackman, párr. 2.

⁴⁸ Corte IDH. *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)*, Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016, No. 22, párr.21.

recibió casos contenciosos hasta el año 1986 cuando fueron sometidos a su conocimiento los Casos de Honduras sobre desaparición forzada,⁴⁹ por lo cual los primeros pronunciamientos de la Corte IDH se realizaron en sede consultiva, delimitando desde un principio (como se señaló en el apartado 1.2.4) aspectos importantes para determinar las diferencias que existen entre los diversos pronunciamientos de la Corte IDH. Sobre aquello, el Juez Máximo Cisneros indicó en los inicios del ejercicio de dicha jurisdicción, que estaba convencido que la competencia consultiva de la Corte podía constituir un medio muy eficaz para contribuir a la protección efectiva de los derechos humanos en el sistema interamericano. Este autor exponen que otros jueces, como Hector Gros Espiell, señalaban que el ejercicio de la competencia consultiva de la Corte podía llegar a contribuir a la solución de problemas particularmente complejos en la materia y al mejor funcionamiento del sistema dirigido a lograr la protección real y efectiva de los derechos del hombre en América.⁵⁰ A su vez, se indicó que la Corte en sus primeros años de actuación reposaría en su autoridad científica y moral, particularmente, si los Estados miembros de la OEA hiciesen un buen uso de su competencia consultiva.⁵¹

En los primeros años de actividad jurisdiccional, la Corte se ocupó, sobre todo, en la atención de consultas provenientes de Estados o de órganos de la OEA. De esta suerte integró una valiosa doctrina que sería cimiento, en muchos aspectos, de futuros pronunciamientos adoptados en asuntos contenciosos.⁵² Las consultas absueltas por la Corte sustentaron su autoridad y llenaron su función como medio de protección de los derechos humanos.⁵³

Todas las OCS han sido de gran importancia para establecer el alcance y contenido de varios preceptos de la Convención Americana.⁵⁴ Así vemos como en múltiples

⁴⁹ Buergenthal (2004), p. 17.

⁵⁰ Cisneros (1986), p.65.

⁵¹ Dunshee de Abranches (1980), p.143.

⁵² García (2008), p. 190.

⁵³ Nikken (1999), p. 180.

⁵⁴ Fix-Zamudio (2004), p. 165.

casos contenciosos promovidos ante la Corte se han citado y utilizado interpretaciones establecidas a través de la vía consultiva.⁵⁵

Como veremos en el próximo capítulo, su influencia ha llegado a tener impacto en el desarrollo de doctrinas aplicadas por órganos internacionales fuera del espectro interamericano, siendo fundamentales para fallos emblemáticos dentro de la jurisdicción constitucional americana y siendo valorados en general como interpretaciones fundamentales para el entendimiento del alcance y la protección de los derechos humanos.

En síntesis, la facultad para emitir opiniones consultivas constituye un instrumento esencial en la protección de los derechos humanos en el continente americano y no se puede realizar una interpretación correcta de la convención americana sin las opiniones consultivas derivadas de la Corte IDH.⁵⁶

1.4. Las opiniones consultivas emitidas por la Corte a lo largo de los años.

A la fecha de término de esta investigación, la Corte IDH ha realizado 28 opiniones consultivas, comunicando la más reciente en junio del año 2021⁵⁷, dichas interpretaciones han sido solicitadas tanto por Estados miembros de la CADH (en ocasiones en conjunto)⁵⁸, como por la CIDH.⁵⁹

⁵⁵ A modo de ejemplo, véase el anexo 2 de Rábago (2007), pp. 266-270. A su vez, en la actualidad se puede observar en los casos contenciosos más recientes, a modo de ejemplo: Corte IDH. *Caso Cordero Bernal Vs. Perú*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 16 de febrero de 2021. Serie C No. 421, párr. 48, Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419, párrs. 105 y 117 y Corte IDH. *Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2020. Serie C No. 417, párr. 80.

⁵⁶ Rábago (2007) pp. 223-224. Véase también, Gross (2001), p. 33.

⁵⁷ Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana)*. Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28.

⁵⁸ Como por ejemplo sucedió en la OC 13/93 en donde la República Argentina y la República oriental del Uruguay realizaron su solicitud de opinión consultiva en conjunto, cuestión que también sucedió en la OC 21/14, en donde la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República oriental del Uruguay realizaron en conjunto la solicitud de opinión consultiva.

⁵⁹ Como sucedió por ejemplo en las opiniones consultivas 2/82, 3/83, 8/87, 11/90, 14/94 y 17/02.

Las OCs versan sobre múltiples materias y normas protectoras de Derechos Humanos. La gran mayoría trata sobre el alcance y la interpretación de uno o varios artículos de la CADH, pero también dicen relación con otros cuerpos normativos como la Carta de la Organización de los Estados Americanos⁶⁰, el Protocolo de San Salvador⁶¹, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁶² y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁶³ Las interpretaciones realizadas versan sobre numerosos temas haciendo referencias, por ejemplo, al esclarecimiento del alcance de la competencia y atribuciones de la Corte (como en las primeras OCs, en donde se refirió al alcance de la expresión “*otros tratados*” dentro del art. 64 de la CADH, los efectos de las reservas a la Convención, el sentido amplio de la palabra “leyes” y el carácter de auto ejecutividad de las normas de la Convención Americana en el Derecho interno de los Estados Parte). A su vez, se ha pronunciado sobre el entendimiento y el alcance de derechos fundamentales que protege el sistema americano y las Constituciones de los Estados miembro de la CADH.

Autores como Antônio Cançado Trindade destacan el carácter relevante que tienen algunas OCs para la aplicación y limitación de derechos humanos en el panorama americano, como por ejemplo, las limitaciones impuestas a la “pena de muerte” realizadas en la OC 3/83, en donde se estableció una tendencia limitativa con el fin de ir reduciendo su práctica hasta su supresión final, la declaración de incompatibilidad con la CADH realizada en la OC 5/85, en relación a las normas de colegiación obligatoria de periodistas que se querían aplicar en Costa Rica, en donde la Corte señaló que en cuanto la colegiación obligatoria de periodistas impida el acceso del cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social

⁶⁰ Véase, Corte IDH. *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.I), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos)*. Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26.

⁶¹ Véase, OC 22/16.

⁶² Véase, Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

⁶³ Véase, OC 10/89.

como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con la Convención Americana, y la declaración del carácter de garantías judiciales indispensables de los recursos de amparo y de los habeas corpus realizada en la OC 8/87, señalando que los ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los recursos de amparo o de habeas corpus en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que la Convención impone a los Estados miembros, entre otros.⁶⁴

Parte de la doctrina señala que las opiniones consultivas que se han emitido los últimos cinco años han centrado su interpretación desde una perspectiva que tiende hacia la protección de grupos vulnerables, centrándose por ejemplo en la interpretación de derechos fundamentales con relación a la protección de grupos como mujeres, niños, niñas y adolescentes, migrantes, personas del colectivo LGBTTI y las obligaciones estatales con el medio ambiente en el marco de la protección del derecho a la vida de grupos vulnerables.⁶⁵

Como veremos en el capítulo III de esta investigación, las interpretaciones que ha realizado la Corte IDH ejerciendo su competencia consultiva se ven presentes no solo en las actuaciones posteriores de los Estados solicitantes, sino también en la jurisprudencia de otros estados miembros como Chile, en donde el esclarecimiento de ciertos conceptos jurídicos relevantes han jugado un rol en la decisión de los máximos tribunales a la hora de dictar sus veredictos, estableciendo precedentes interesantes para el análisis del carácter vinculante de las OCs dentro de las judicaturas de los Estados americanos.

⁶⁴ Cançado Trindade (2004), pp.562-563.

⁶⁵ Véase, Clérico (2018), min. 1:17:55.

CAPÍTULO II: EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS.

2.1. La evolución del entendimiento del carácter vinculante de las opiniones consultivas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El carácter vinculante de las OCs ha sido un tema discutido desde los albores de la institución, expresando la Corte IDH su postura inicial en torno a la obligatoriedad de su contenido y el alcance de las interpretaciones como primer acto dentro de su competencia consultiva. Las posiciones iniciales expresadas en las tres primeras OCs expresan prístinamente el desconocimiento de un carácter vinculante sobre dichos instrumentos, con el fin de diferenciar la obligatoriedad de las sentencias proferidas en ejercicio de su competencia contenciosa, enarbolando la función asesora de las OCs. Aun así, el desarrollo del entendimiento que la propia Corte ha tenido de su competencia consultiva ha ido evolucionando a la par de otras instituciones e interpretaciones, pasando por una etapa secundaria en donde se comenzaron a reconocer las OCs como documentos que no obligan a los Estados de la forma que lo hacen las sentencias contenciosas pero que poseen efectos jurídicos innegables, para pasar a reconocer en una tercera etapa el carácter vinculante y práctico de sus interpretaciones, debiendo los Estados Parte hacer aplicación de los alcances y matices expresados por la Corte IDH como máximo intérprete de la CADH a través del control de convencionalidad, interpretaciones que vinculan tanto a los tribunales como a los órganos legislativos de los estados miembros.

En esta sección de la investigación expondremos los principales pasajes que la Corte IDH ha expresado en torno al carácter vinculante de su competencia consultiva y contrastaremos las diferencias que existe entre diferentes épocas reconociendo tres etapas: Una inicial en donde se desconoce el carácter vinculante de las OCs; una segunda etapa en donde se comienza a reconocer de cierta forma el efecto práctico que podrían tener las OCs; y por último una tercera etapa y actual

en donde se reconoce el carácter vinculante y práctico de las OCs en el sistema interamericano de derechos humanos.

2.1.1. Etapa inicial: Las opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que las sentencias en materia contenciosa.

La primera OC realizada por la Corte IDH versó sobre la interrogante: ¿Cómo debe ser interpretada la frase: *o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos?* Haciendo referencia directa al artículo 64.1 de la CADH. En aquella interpretación la Corte se refiere a la amplitud de la competencia *ratione materiae* en asuntos consultivos, señalando que *se reconoce a la Corte para interpretar por vía consultiva otros tratados internacionales diferentes de la Convención.*⁶⁶

Haciendo referencia a los fines y propósitos de la función consultiva, la Corte señaló:

*La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA.*⁶⁷

(...) *No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, **no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención;** y si esto es así, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo. En esta perspectiva, es obvio que tal posible contradicción de opiniones entre esta Corte y otros tribunales o entes carece de trascendencia práctica, y resulta perfectamente concebible en el plano teórico.*⁶⁸ (énfasis añadido).

⁶⁶ OC 1/82, párr. 19.

⁶⁷ OC 1/82, párr. 25.

⁶⁸ OC 1/82, párr. 51.

Esta carencia de efecto vinculante se refleja en los trabajos preparatorios de la Corte IDH, en donde se expresa que la función consultiva del art. 64 de la CADH estuvo inspirado en la función consultiva de la CIJ y definió sus competencias no contenciosas en contraste de su competencia contenciosa, sin definir su alcance.⁶⁹

Posteriormente, en la OC 3/83, la Corte realiza una diferenciación entre sus competencias, contrastando el contenido de los arts. 61 y siguientes de la CADH, en donde cita lo indicado anteriormente al señalar que:

“...En materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, 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.”⁷⁰

A su vez, haciendo referencia a la competencia de la Corte para interpretar disposiciones legales de países que no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH en conformidad al art. 61 de la CADH, la Corte señaló:

“(...) Dada la naturaleza de su función consultiva, la opinión de la Corte en cuanto a la interpretación del artículo 4 no puede considerarse una sentencia sobre tales peticiones y comunicaciones.”⁷¹

Por último, indica en relación a la amplitud de la competencia de la Corte en materia consultiva, la cual señala que es mayor que la de la Corte Internacional de Justicia y del TEDH que:

“(...) la Convención, al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso

⁶⁹ Cfr. Benz (2020), min. 53:56.

⁷⁰ OC 3/83, párr. 32.

⁷¹ OC 3/83, párr. 41.

contencioso. Sería, por lo tanto, contradictorio con el objeto y fin de la Convención y con las disposiciones pertinentes de ésta, adoptar una interpretación que sometería el artículo 64 a los requisitos exigidos por el artículo 62 en cuanto a competencia, restándole así la utilidad que se le quiso dar, por el solo hecho de que pueda existir una controversia sobre la disposición implicada en la consulta.”⁷²

Dichos pasajes han sido citados por un sector de la doctrina para señalar que la intención inicial de la corte IDH era clarificar que las OC carecen de carácter vinculante y revisten un carácter orientador que refuerza sus pronunciamientos contenciosos.⁷³ A primera vista dichos pasajes afirman que no existe obligatoriedad o carácter vinculante dentro de dichas interpretaciones, pero autores como Nikken invitan a realizar una visión más general del asunto al que se refirió la Corte en ambos pasajes, clarificando que lo que se buscó fue diferenciar las características existentes entre sus dos competencias, principalmente en sede de admisibilidad, por ejemplo, en el caso de la OC 3/83 el Estado de Guatemala en su escrito de contestación señaló que la Corte IDH carecía de competencia para interpretar su legislación haciendo uso de las facultades del art. 64 de la CADH, pero la corte reafirmó su competencia al señalar que en sede consultiva se cumplen todos los requisitos que la Convención y su reglamento señalan para declararla admisible, afirmando que el Estado guatemalteco confundió ambas competencias de la Corte, por lo que no se desconoció el efecto vinculante de las OC, solo se diferenció el análisis de admisibilidad de ambas competencias.⁷⁴ Al resaltar estas diferencias, la Corte solo señaló que el proceso consultivo está destinado a ayudar a los Estados sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso. Incluso la Corte realiza una cita de la CIJ en relación al requisito ineludible de señalar los hechos pertinentes y el contexto legal que motivan la consulta con el fin de dar una interpretación adecuada de las normas consultadas señalando que:

⁷² OC 3/83, párr. 43. A su vez, OC 5/85, párr. 21/14, OC 17/02, párr. 34, OC 18/05, párr. 64, OC 19/05, párr. 18.

⁷³ Véase, Candia (2018), p. 76.

⁷⁴ Véase, Nikken (1999), pp. 173 y 174.

*“(...) para que una pregunta formulada en los términos hipotéticos de la solicitud pueda recibir una respuesta **pertinente y útil**, la Corte debe, ante todo, determinar su significado y su alcance en la situación de hecho y de derecho donde conviene examinarla. **De otro modo se correría el riesgo de que la respuesta de la Corte a la pregunta formulada fuera incompleta y, por ende, ineficaz**; o hasta inducir a error sobre las reglas jurídicas pertinentes que verdaderamente rigen la materia consultada por la organización solicitante”⁷⁵ (Énfasis añadido)*

Dicho pasaje da luces de la naturaleza jurídica de la OC, alejándola de una interpretación abstracta y descontextualizada y acercándola más a una interpretación sobre la aplicación consciente de normas jurídicas en uso de sus facultades, con el fin de esclarecer la correcta aplicación de la Convención resguardando el fin de proteger los Derechos Humanos dentro del sistema interamericano, por lo que desde esta perspectiva se puede afirmar que la Corte nunca entendió la OC como una mera interpretación sin efectos jurídicos.

2.1.2. Etapa intermedia: Las opiniones consultivas tienen efectos jurídicos innegables.

La evolución del entendimiento del efecto vinculante de las OC va de la mano de una idea que la Corte IDH repite en múltiples pasajes de su jurisprudencia consultiva, la idea que la competencia consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la convención: la protección de los derechos humanos.

Esta idea se expresa primeramente en el párrafo 25 de la OC 1/82 al que nos referimos anteriormente, el cual ha sido posteriormente replicado en múltiples OC⁷⁶

También ha señalado que la interpretación que realiza no debe conducir de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma "son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"⁷⁷, entendiendo que:

⁷⁵ OC 3/83, párr. 44.

⁷⁶ OC 3/83, párr. 36. OC 15/97, párr. 15, OC 13/93, párr. 23, OC 14/94, párr. 24, OC 16/99, párr. 59, OC 17/02, párr. 34.

⁷⁷ OC 2/82, párr. 29 y OC 4/84, párr. 24

“(la) 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.**”⁷⁸ (énfasis añadido)

Esta noción protectora fue mutando hacia un criterio jurisprudencial que busca que los pronunciamientos de la Corte IDH cumplan efectivamente el objeto y fin de proteger efectivamente de los derechos humanos en el sistema americano, un *criterio de utilidad* que la Corte ha expresado interpretando diferentes pasajes de anteriores OCs y de parte de su jurisprudencia contenciosa en relación al principio de *effet utile* que versa en el artículo 31 de la Convención de Viena, expresando que:

“(...) El objeto y fin de la Convención Americana es la protección de los derechos humanos, por lo que la Corte, siempre que requiera interpretarla **debe hacerlo en el sentido de que el régimen de protección de derechos humanos adquiera todo su efecto útil**”⁷⁹(énfasis añadido)

Este *criterio de utilidad* de la OC llevó a la Corte a determinar que podía ejercer sus facultades interpretativas sobre proyectos de ley que se sometieran a su escrutinio en conformidad al art. 64.2 de la CADH, ya que de lo contrario no permite "dar efecto" a la norma, es decir, no ayuda a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos, limitando indebidamente el servicio consultivo de la Corte.⁸⁰

La Corte continuó señalando que obedece a su fin último de protección de los Derechos Humanos en la siguiente OC, ampliando su competencia incluso en las situaciones en que la CIDH no haya referido el caso a la Corte en sede contenciosa, no pudiendo abstenerse de considerar un asunto si éste se le somete por la vía

⁷⁸ OC 4/84, párr. 25, OC 16/99 párr. 64 y OC 17/02, párr. 34, OC 18/03, párr. 64, OC 19/05, párr. 18, OC 20/09, párr. 18 y OC 21/14, párr. 23.

⁷⁹ OC 15/97, párr. 29 y OC 16/99, párr. 58.

⁸⁰ Cfr. OC 15/97, párrs. 26 y 28.

consultiva⁸¹, reconociendo que al vincularse la consulta de un Estado parte con situaciones jurídicas, históricas y políticas que involucren la protección de los derechos humanos, sus respuestas prestan una utilidad concreta dentro de una realidad en la cual los principios que informan el sistema interamericano han sido a menudo objeto de cuestionamiento.⁸²

Ligado a los fines protectores efectivos de las OCs, la Corte aclaró en la OC 14/94 que:

*“La labor interpretativa que debe cumplir la Corte en ejercicio de su competencia consultiva busca **no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.**”*⁸³ (énfasis añadido)

Es importante resaltar que en dicho pasaje no se hace referencia a una función asesora y útil respecto del estado solicitante, sino hace referencia a dicha competencia como un instrumento que busca cumplir sus fines de protección en relación a todo el sistema interamericano de protección.

Como hemos podido apreciar, la transición hacia el *criterio de utilidad* no es un giro jurisprudencial que se exprese de manera sostenida en las OCs posteriores a la 3/83, sino más bien constituye un desarrollo progresivo y evolutivo de criterios expresados en la OC 1/82 en torno a los fines protectores de las OCs, señalando que no constituyen meras interpretaciones, sino que constituyen una herramienta de protección efectiva de los derechos humanos.

El hecho que ha sido identificado como el asentamiento definitivo de este criterio se identifica con la dictación de la OC 15/97, donde se hizo expresa alusión a la

⁸¹ OC 5/85, párr. 26.

⁸² Cfr. Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 convención americana sobre derechos humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1989, No. 9, párr. 17.

⁸³ OC. 14/94, párr. 23. Véase también, OC 17/02, párr. 33, OC 18/03, párr. 63.

existencia de un efecto jurídico de las OCs. Indicando las diferencias que existen entre la competencia contenciosa y la consultiva, la Corte señaló que en los pronunciamientos consultivos no existen partes involucradas, son de carácter multilateral, en ellos no se resuelven litigios y puede ser promovidos por todos los Estados Miembros de la OE.A. y órganos principales de ésta, siendo notificada la OC a todos los Estados Miembros de la organización.⁸⁴ Pero haciendo alusión a la comparación entre los efectos que produce la sentencia en cada una de sus competencias, expresó:

*“(...) aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, **tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables.** De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento.”⁸⁵ (énfasis añadido)*

El uso de la noción “innegable” es notable, porque muestra que la Corte reconoce en las OC efectos jurídicos y no solamente morales, académicos o científicos. En este pasaje se puede apreciar prístinamente que las OCs no se aplican bajo los mismos criterios que en un caso contencioso, es decir, no se puede someter a los procedimientos que describen el art. 68 de la CADH y el reglamento de la Corte a los Estados Parte para ejecutar lo sentenciado, pero se extrae el reconocimiento de un efecto innegable que afecta a todos los Estados Parte y los vincula a la interpretación de la Corte IDH en su rol de interprete último de la CADH.⁸⁶

Posteriormente las siguientes OCs no expresarían nuevos criterios con relación al carácter obligatorio de las interpretaciones de la Corte pero es necesario destacar que la Corte adopta una estructura más uniforme y completa al momento de expresar las causales de admisibilidad y las cuestiones preliminares a tener en consideración al expresar las siguientes opiniones manteniendo los criterios de utilidad antes expresados. En especial se destaca por la doctrina la importancia que

⁸⁴ OC 15/97, párrs. 25 y 26. A su vez, OC 17/02 párr. 33 y OC 18/03, párr. 63.

⁸⁵ OC 15/97, párr. 26.

⁸⁶ Cfr. Benz (2020), min. 56:30.

tiene la OC 16/99, en donde de forma preliminar se permitió que los diferentes Estados Parte y diferentes organizaciones no gubernamentales interesadas en el contenido de la OC expresaran su parecer para coadyuvar la opinión final de la Corte.⁸⁷

A su vez, en sede de rechazo de solicitud de OC se establecería un precedente destacable al expresar la Corte que:

“(sobre los asuntos planteados en solicitudes de OC) *también debe constituir una guía para la actuación de otros Estados que no son partes en el caso o las medidas. Los máximos tribunales de diversos Estados que han reconocido la competencia de la Corte han tomado la jurisprudencia de ésta, emitida respecto de otros Estados o en opiniones consultivas, como un parámetro para decidir en asuntos sometidos a su conocimiento.*”⁸⁸ (énfasis añadido)

Dicho pronunciamiento daría un adelanto al cambio de criterio que expresaría la Corte IDH en años posteriores en relación a esta temática.

2.1.3. Etapa actual: Los Estados Parte deben realizar el respectivo control de convencionalidad sobre la base de lo que señale la Corte en ejercicio de su competencia consultiva.

Los criterios interpretativos de la Corte IDH evolucionan a la par de las instituciones que se desarrollan ejercicio de su competencia contenciosa y viceversa. En 2006 luego de la sentencia del *caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*, se comienza a desarrollar la doctrina del *control de convencionalidad*, la cual importa la adecuación del caso conocido por la judicatura nacional del Estado Parte a los tratados internacionales de derechos humanos.⁸⁹ El control de convencionalidad presenta dos variantes: una *represiva* que procura la inaplicación de las reglas nacionales (incluyendo las constitucionales) opuestas a la CADH y la doctrina de la Corte IDH,

⁸⁷ Cançado Trindade (2005), pp. 87-88.

⁸⁸ Corte IDH. *Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de junio de 2005., par. 13

⁸⁹ Gialdino (2008): “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aporte del derecho internacional de los derechos humanos”, en *La Ley* (2008-C), p. 1295.

y una *constructiva* que propone un reciclaje de todo el derecho interno en función de la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH, no ciñéndose solo a la CADH sino a todas las concernientes a Derechos Humanos.⁹⁰

En específico la aparición del control de convencionalidad apareció en la sentencia referida expresando que:

*Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben 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.*⁹¹

Esta doctrina surgió en algunos votos particulares y se fue consolidando a lo largo del tiempo, para la Corte IDH actualmente es una doctrina estabilizada, firme que ha sido aceptada por muchos tribunales de otros Estados.⁹² Se ha expresado en múltiples casos contenciosos a lo largo del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH⁹³, pero su expansión a la competencia no contenciosa de la Corte radica de la OC 21/14. En dicho pronunciamiento, la Corte IDH interpretó múltiples disposiciones

⁹⁰ Cfr. Sagüés, (2014), p. 222.

⁹¹ 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, párr. 124.

⁹² García Ramírez (2011a), min. 7:50.

⁹³ A modo de ejemplo: Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173, Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209., Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 113, Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte de 28 de agosto del 2013, considerando 23 y *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 124, entre otros.

de la CADH, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En dicha opinión que versa sobre los derechos de niñas y niños en el contexto de la migración, como aspecto preliminar la Corte expresó el criterio de utilidad práctica que tendrá su interpretación, señalando que en relación a la gran cantidad de Estados solicitantes y organizaciones que realizaron observaciones:

“(...) la Corte entiende que su respuesta a la consulta planteada prestará una utilidad concreta dentro de una realidad regional en la cual aspectos sobre las obligaciones estatales...”

(La Corte recuerda) que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos (...) Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.”⁹⁴

La Corte en este contexto reafirmó el criterio de utilidad que señalábamos anteriormente, pero agregó que con el fin de cumplir su cometido de propender al fortalecimiento y la protección de los derechos humanos puede adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer cumplir lo prescrito en los cuerpos normativos protectores de derechos fundamentales:

*“(...) la Corte estima que no solo no queda necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan sino que, en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva y en vista de lo previsto en el artículo 2 de la Convención y del propósito de las opiniones consultiva de “coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos, **puede también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de***

⁹⁴ OC 21/14, párrs. 27 y 28.

tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas.⁹⁵ (énfasis añadido)

Dichas medidas se circunscriben al deber que tienen los Estados como parte de la CADH a adoptar disposiciones de derecho interno en conformidad al art. 2 de la Convención, por lo que obliga a todos los órganos del país a adoptar dichas medidas y su violación genera responsabilidad internacional para el Estado, por lo que la Corte estimó necesario señalar que:

*“Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, **conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, 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” ...***

Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana, todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la Declaración Americana, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana, así como para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta.” (énfasis añadido)⁹⁶

La Corte mediante esta OC declaró por primera vez que los Estados deben realizar el control de convencionalidad no solo sobre la base de los criterios establecidos en

⁹⁵ OC 21/14, párr. 30.

⁹⁶ OC 21/14, párrs. 31 y 32.

sus casos contenciosos sino también en lo que señala dentro de las opiniones consultivas, además de aclarar que las OC producen efectos de *res interpretata* debiendo ser tomadas en cuenta no solo por los Estados Parte de la CADH sino por todos los Estados miembros de la OEA.⁹⁷

Para los propósitos de esta investigación es necesario desentrañar el contenido de dicho pasaje que marca el paso a la etapa actual que vive el entendimiento del carácter vinculante de las OC para la Corte IDH.

Primeramente, el *criterio de utilidad* desarrollado en la etapa anterior si bien contaba con un principio rector que inspiraba a la Corte a interpretar los pasajes solicitados por el Estado Parte o por el órgano legitimado activamente, dicho principio no contaba con una herramienta concreta que permitiera materializar dicha protección, hasta la aparición de la doctrina del control de convencionalidad. Es atinente señalar a su vez, que entre la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y la OC 21/14, solo medió una OC que versó sobre un aspecto procesal de la Corte IDH⁹⁸ y no sobre obligaciones que los Estados deben adoptar en relación a sus compromisos asumidos al suscribir la CADH. La OC 21/17 fue la primera expresión de dichas obligaciones desde el surgimiento del control de convencionalidad en sede consultiva.

En segundo lugar, la Corte expresa su clara intención de querer materializar la utilidad de las OCs y reconoce que su competencia no contenciosa involucra a todos los Estados (incluso aquellos que no han ratificado la Convención).

En tercer lugar, es necesario destacar la materia sobre la cual se manifestó la Corte en esta OC, donde se desentrañó el contenido de la protección de los derechos y garantías fundamentales de los niños y niñas en el contexto de la migración y su protección internacional, un tema que por sí mismo reviste un carácter amplio y fundamental que involucra a todos los miembros del sistema interamericano, en donde se consultaron los estándares que deben regir el debido proceso de los litigios y trámites migratorios que involucran niños y niñas. Dicha interpretación no

⁹⁷ Benz (2020), min. 58:45.

⁹⁸ La OC 20/09 que versó sobre el alcance del art. 55 de la CADH.

se encuadró en un conflicto doméstico o en una disputa interpretativa entre los solicitantes. La Corte es enfática en señalar que su interpretación se refiere a una obligación general de los Estados Parte de cumplir sus compromisos internacionales con el fin de cumplir el propósito central de la CADH.

Autores como Sergio Roa caracterizan la emisión de la OC 21/17 como el paso de la etapa de las opiniones consultivas que equivalen a *victorias pírricas* hacia una etapa de *victorias estratégicas*. Señala que en la primera etapa se construyeron las bases sólidas del sistema interamericano, que perduran hasta el día de hoy, y se definieron los alcances generales de la competencia consultiva, ampliando excesivamente su ámbito de conocimiento sin definir claramente los efectos que tienen dichas interpretaciones. La etapa de las *victorias estratégicas* comienza con la integración de las opiniones consultivas al parámetro de convencionalidad, enriqueciendo la agenda de la función consultiva y cobrando una nueva fuerza que genera estándares vinculantes que intervienen en la política interna de los Estados miembros.⁹⁹

Varias de las ideas innovadoras y citas sostenidas en la OC 21/17 se replican en los pronunciamientos consultivos posteriores.¹⁰⁰

Cabe destacar una idea expresada en la OC 22/16 en donde se señala que:

(...) las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo.¹⁰¹ (énfasis añadido)

⁹⁹ Roa (2020): min. 23:22. Véase también: Roa (2015), pp.95-148.

¹⁰⁰ Véase, OC 22/16, párrs. 14, 16, 19 y 24, OC 23/17, párr. 15, 16, 17, 28, 29 y 30, OC 24/17, párrs. 15,16,17,22, 25, 26 y 28, Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25., párrs. 21, 30, 34, 50, 52, 58 y 59 y Corte IDH. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)*. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, párr. 36.

¹⁰¹ OC 22/16 párr. 26.

Dicho pasaje veremos que reviste importancia en torno a la discusión del efecto de las OC en las votaciones disidentes de los Jueces de la Corte IDH en relación a la aplicación del control de convencionalidad en la judicatura y legislación de los Estados Parte.¹⁰²

También, es atingente destacar lo señalado en las OCs que la Corte emitió de forma más reciente, las cuales hacen un corolario en sus exámenes de admisibilidad acerca de la función práctica que tiene la OC, sus fines protectores dentro del sistema interamericano y la aplicación concreta que cada Estado miembro debe realizar a través del control de convencionalidad.

“(refiriéndose al potencial de trascendencia de la OC) *no constituye una mera especulación abstracta y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos, en tanto se refiere a una cuestión basal que toca al sistema interamericano como un todo.*

(...) *la Corte ha entendido que, si bien no debe perder de vista que su función consultiva **implica esencialmente el ejercicio de una facultad interpretativa, las consultas deben revestir un alcance práctico y tener previsibilidad de aplicación**, al mismo tiempo que no deben circunscribirse a un presupuesto fáctico en extremo preciso que torne difícil desvincularla de un pronunciamiento sobre un caso específico, lo cual iría en desmedro del interés general que pudiera suscitar una consulta. Ello requiere, en última instancia, un ejercicio delicado de apreciación judicial para discernir el objeto sustancial de la solicitud **que pueda alcanzar pretensiones de validez generalizada y trascender a todos los Estados americanos, más allá de los motivos que puedan haberla originado o de la referencia a hechos particulares, a fin de coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales.***

(...) *la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas*

¹⁰² Infra. 2.2.2.

*internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, **coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos.** Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.*

(...) conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, 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, el cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.”¹⁰³ (énfasis añadido)

2.2. Posiciones doctrinales y votos disidentes de Jueces de la Corte Interamericana que se manifiestan acerca del carácter vinculante de las opiniones consultivas.

Como vislumbramos en la sección anterior, la Corte IDH ha ido desarrollando el alcance práctico de sus pronunciamientos en sede consultiva, ampliando de a poco el espectro de normas que puede interpretar y entregándole una mayor utilidad a sus pronunciamientos interpretativos, al punto que los integra al parámetro de convencionalidad.

Si bien la jurisprudencia ha tomado un cauce desde la OC 21/17, el cual ha mantenido hasta el pronunciamiento de las últimas OCs, la doctrina aún se encuentra dividida en torno al entendimiento de su carácter vinculante. Incluso los

¹⁰³ OC 27/21, párrs. 27, 28, 35. Ver también OC 26/20, párr. 31 y OC 28/21, párrs. 32, 33, 40 y 41

mismos jueces de la Corte IDH han manifestado mediante votos disidentes y concurrentes su postura en torno a este respecto.

En esta sección presentaremos dichas posiciones haciendo alusión general a la posición de diversos autores sobre la materia y los dividiremos en tres grupos: (1) Los autores que defienden que las OCs tienen un efecto vinculante y obligatorio para los Estados americanos, (2) Aquellos autores que defienden que las OCs no son pronunciamientos vinculantes y constituyen meras interpretaciones carentes de efectos jurídicos y (3) Aquellos autores que si bien reconocen una fuerza jurídica obligatoria en las OCs, no se comprometen con su carácter vinculante al ser un aspecto poco desarrollado por la CADH y la Corte misma.¹⁰⁴

2.2.1. Las opiniones consultivas poseen un carácter vinculante para todos los estados miembros de la CADH.

Una de las aristas basales acerca de la discusión del valor vinculante de las OCs radica en determinar si dichos pronunciamientos corresponden a un ejercicio de carácter jurisdiccional de la Corte IDH. Dicha discusión nace de las interpretaciones del art. 2 del Estatuto de la Corte IDH y lo expresado en las tres primeras OCs, en donde se hace referencia a la función consultiva como una tarea que difiere de las funciones jurisdiccionales de la Corte. Al respecto, en los albores de la Corte IDH, autores como el expresidente de la Corte Héctor Gross Espiell reconocían que la competencia consultiva constituye una manifestación de la función jurisdiccional *latu sensu* que cumple la Corte, por lo que al igual que el procedimiento contencioso está precedido por un estudio lo más completo posible del asunto consultado, reúne la mayor cantidad de información posible y permite participar legítimamente a todos los estados como exigencia necesarias de una buena justicia.¹⁰⁵ En la misma línea, Cisneros señaló años antes que: *“La Corte no deja de actuar como tribunal, si nos adscribimos a la teoría del órgano, la conclusión no admite réplica, pues parte de la*

¹⁰⁴ Cabe señalar que esta división está realizada en un marco de apreciación personal del autor en base a la interpretación de la doctrina reseñada.

¹⁰⁵ Cfr. Gross (1988), p. 544.

base que toda la actividad de un tribunal —como el Interamericano— es jurisdiccional, por ser un cuerpo de esencia judicial.”¹⁰⁶

En este sentido, una de las críticas a la visión de las OCs como meras interpretaciones acerca del sentido y alcance de la norma consultada se ve reflejada en el voto disidente del Juez Piza Escalante realizado en la OC 7/86. En dicho voto se señala que la jurisdicción consultiva no se limita a la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que en el contexto que vive el derecho internacional contemporáneo, la Corte IDH debe pronunciarse en relación a las medidas y los medios por los cuales los Estados deben respetar y garantizar los derechos que interpreta. A su vez expresa sobre la utilidad de las OC que: “...de la misma manera como el artículo 2 de la Convención crea para los Estados Parte la obligación de “adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos (los) derechos y libertades” de la persona humana, la función consultiva hay que entenderla con criterio amplio, encaminado también a hacer efectivos tales derechos y libertades.”¹⁰⁷

En esta línea argumental, autores como Rodríguez Rescia razonan que los Estados al solicitar OCs, lo hacen con la finalidad que se aclare el contenido de la norma y su aplicación, lo cual conlleva la puesta en marcha de mecanismos complejos del sistema interamericano que producen pronunciamientos no pueden ser considerados simplemente como una interpretación con carácter de fuerza moral para el solicitante.¹⁰⁸

Acerca del valor vinculante de las OCs, múltiples autores han defendido que los pronunciamientos consultivos tienen un valor vinculante y obligatorio para los Estados Parte de la CADH. Quizás uno de los análisis más extensos que defienden dicha posición la encontramos en la obra de Héctor Faúndez, quien al analizar la función consultiva (con anterioridad a la OC 21/17) critica el tratamiento que las

¹⁰⁶ Cisneros (1986), p. 53.

¹⁰⁷ Cfr. Corte IDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7., Opinión separada del Juez Rodolfo Piza Escalante. Párrs. 14 y 18.

¹⁰⁸ Cfr. Rodríguez (1997), p. 62.

mismas OCs le han dado a la competencia consultiva de la Corte, señalando incluso que la denominación del pronunciamiento consultivo como una *opinión* es incorrecto, ya que se confunde dicha competencia con las facultades no contenciosas que se contemplan en otros instrumentos internacionales como la Carta de Naciones Unidas y el Estatuto de la CIJ. Faúndez expresa que dicho pronunciamiento se emite por la Corte IDH en su rol de intérprete autorizado de la CADH y su interpretación es vinculante para los Estados Parte, por lo que no puede revestir el carácter de una mera opinión, sino que, en aplicación del art. 64.1 de la CADH, constituyen dictámenes que reúnen características de certeza y finalidad, y en uso de la facultad del art. 64.2 constituyen una “opinión” con un efecto jurídico notable que los Estados Parte no pueden ignorar.¹⁰⁹ Faúndez resume su posición expresando que:

“(Si) la función consultiva no puede desvincularse de los propósitos de la Convención, y si dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos, ella no puede cumplir una función meramente asesora, dotada de la autoridad moral o científica del órgano llamado a ejercerla, pero desprovista de toda fuerza jurídica y, por lo tanto, carente de consecuencias prácticas; tal interpretación privaría a la Convención de todo su efecto útil.

(...) Los dictámenes que pueda evacuar la Corte en respuesta a las consultas que se le formulen, si bien son vinculantes para todos los Estados Parte en la Convención, no se pueden ejecutar internamente del mismo modo como está previsto en la Convención respecto de las sentencias; pero eso no les resta fuerza jurídica, ni exime a los Estados de observar la Convención en los términos en que ésta ha sido interpretada por la Corte.”¹¹⁰

Algunos autores como Salvioli y Nikken han expresado estar de acuerdo con la posición de Faúndez.¹¹¹ Nikken señala que, al ejercer su función consultiva, la Corte

¹⁰⁹ Cfr. Faúndez (2004), pp. 989-992.

¹¹⁰ Faúndez (2004), p.993.

¹¹¹ Salvioli (2004), p. 455 y Nikken (1999), p. 176.

IDH actúa como un órgano jurisdiccional y sus decisiones, si bien no están llamadas a ser ejecutadas de inmediato, están dotadas de un efecto práctico virtual que repercute dentro de las legislaciones del ámbito interamericano. El autor aclara que existe una cierta confusión en relación a la diferenciación de las competencias de la corte realizadas en las OCs 1/82 y 3/83, en donde a simple vista pareciera restársele valor vinculante a dichas interpretaciones, ya que se señala directamente que no tienen los mismos efectos que la sentencias contenciosas y que cumplen una función *asesora*, pero dichos pasajes fueron esbozados en relación a los parámetros de admisibilidad de las OC de no interferir con casos contenciosos de forma encubierta, ni generar pronunciamientos judiciales contradictorios en la esfera internacional. En ambos casos las expresiones estaban destinadas a afirmar y explicar la amplitud de la competencia consultiva y no debilitarla. Para Nikken la OC no constituye una interpretación cualquiera, son conclusiones obtenidas por la Corte cumpliendo su propósito de creación en relación al art. 2 de la CADH, las cuales tienen un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado, que representan una interpretación auténtica del Derecho internacional de los derechos humanos y en que como fuente auxiliar del mismos, deben ser tenidas como normas por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.¹¹²

Otros autores como Alfonso Gómez Robledo reconocen un valor vinculante en las OC, señalando que *“Además de poseer un gran valor, tanto por el órgano que las dicta, como por la precisión y puntualización que realizan en cuanto al alcance del derecho interamericano, podríamos decir que poseen además force de droit en lo general, ya que son susceptibles de conllevar ciertos efectos jurídicos a la par que ciertas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas.”*¹¹³ En dicha línea, en cierta etapa de su obra, Sergio García Ramírez señalaba que las OC revisten un elevado valor moral y jurídico que no es posible desconocer¹¹⁴, pero en declaraciones posteriores al desarrollo de la doctrina del control de

¹¹² Cfr. Nikken (1999), pp. 171-176. En la misma línea véase: Núñez (2015), pp. 55-56.

¹¹³ Gómez (2000), p. 46.

¹¹⁴ García (2002), p. 91.

convencionalidad, ha expresado que si un Estado incorpora a su derecho la CADH, la hace obligatoria, hace parte de su torrente jurídico las normas de la Convención, está sujeta a ella por voluntad soberana y por lo tanto está reconociendo que ese Tribunal tiene las facultades de interpretar la Convención y fijar el alcance de sus preceptos, en ese sentido, tan obligatoria es la CADH para los Estados, como la jurisprudencia que sobre la Convención Emite la Corte IDH, explicando a su vez que la jurisprudencia de la Corte cubre tanto sus pronunciamientos en sede contenciosa como las interpretaciones que realiza en sede consultiva.¹¹⁵ Cabe destacar que el autor señala que lo que vincula a los Estados Parte es la interpretación de normas, la fijación del sentido de las disposiciones convencionales y el entendimiento general del precepto para todos los fines aplicativos que éste pueda tener, no así a los extremos específicos del caso en el que se hizo la interpretación: hechos y condenas puntuales, que sólo conciernen al Estado y a la víctima que comparecieron en el juicio, y con respecto a los cuales es indudable la *fuerza inter partes* de la sentencia emitida por el tribunal.¹¹⁶

Otros autores como Ovalle llegan a la conclusión que es claro que las OC tienen efectos vinculantes para los Estados solicitantes de la consulta, señalando que si no fuera de este modo la existencia de la competencia consultiva carecería de sentido y constituiría un ejercicio innecesario de *gimnasia académica*. Del mismo modo los pronunciamientos de la Corte en sede consultiva comparten ciertas características que revisten sus sentencias en sede contenciosa, constituyendo fallos definitivos e inapelables que se notifican a todos los Estados miembros de la CADH, revistiendo un efecto *erga omnes* que comparten los pronunciamientos e interpretaciones de la Corte sostenidos en sede consultiva.¹¹⁷ En esta línea sería, absurdo que un Estado alegue que una opinión consultiva no le vincula porque no participó del debate de ésta cuando fue notificado y emplazado a participar en el proceso y simplemente decidió no hacerlo.¹¹⁸

¹¹⁵ García (2011a), min. 5:20.

¹¹⁶ García (2011), p. 139.

¹¹⁷ Ovalle (2012), pp. 601-602.

¹¹⁸ Véase, Bolaños (2018).

Algunos autores defienden la idea de otorgar plena eficacia a todos los pronunciamientos de la Corte IDH, con independencia del acto procesal del que emanen o del tipo de competencia que haya sido ejercida por la Corte. Por ejemplo, Carbonell, Hitters y Sagüés indican que se debe reconocer la fuerza jurígena que tienen las Opiniones Consultivas y con mayor razón los fallos de la Corte Interamericana, por provenir de un organismo típicamente jurisdiccional.¹¹⁹ Sagüés explica que el fundamento del control de convencionalidad se encuentra en el argumento de autoridad de la Corte IDH, como intérprete final y supremo de la CADH, por el material controlante del mismo consiste en una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en las interpretaciones dadas a aquella convención por la Corte sin interesar mayormente la vía por la que la Corte ha interpretado, sino el producto interpretativo al que ha arribado.¹²⁰ En esta línea, autores como Hitters y Aguilar le entregan incluso un efecto vinculante *erga omnes* a los razonamientos y argumentos interpretativos en materia de derechos humanos contenidos en las decisiones de casos particulares de la CIDH, ya que forman parte del sistema internacional de derechos humanos al que los estados se han afiliado y en el que asumieron obligaciones de protección.¹²¹

Otras investigaciones centran el valor vinculante de las OCs en el rol de intérprete último de la CADH que recae en la Corte IDH. El razonamiento se da en base a que en el marco de la Convención de Viena, un Estado que ratifica un tratado en ejercicio de su poder soberano, debe ceñirse a lo establecido en él, obligación que conlleva la de adoptar la interpretación autorizada respecto del significado y alcance de sus disposiciones emitida por el órgano competente.¹²² A su vez, vinculado por el compromiso de los Estados de incorporar las directrices que fije la Corte como órgano controlador del cumplimiento de la CADH, mediante la adopción de medidas/prácticas legislativas, judiciales y/o administrativas que recojan y pongan en práctica estas pautas.¹²³ Esto conlleva a decir que, si un Estado reconoce

¹¹⁹ Carbonell, Miguel (2013), p. 83 y Hitters (2008), p. 140. Véase también, Sagüés (1999).

¹²⁰ Sagüés (2015), p. 281.

¹²¹ Hitters (2008), pp. 136-141, en especial p. 140 y Aguilar (2020), pp. 236-241, en especial p. 241.

¹²² Véase, Salazar, Cobo, Cruz, Guevara y Mesías (2019), p. 127, Aguilar (2008), p. 225, Llugdar, (2016), pp. 12-13, Landa (2016), p. 35, Soto (2012) y Ibáñez (2017), pp. 106-107.

¹²³ En esta línea véase: Romero (2011), p. 53 y Becerra (2013), p. 65.

expresamente a la Corte como el intérprete auténtico y final de la CADH, la ejerce cuando desarrolla su competencia tanto en los casos contenciosos como consultivos, en ambos casos es la interprete auténtica y final de la CADH, como en el plano interno de los estados es la jurisdicción constitucional respectiva, actuar de otra forma constituiría asimismo una clara violación de los principios de buena fe en el cumplimiento de los derechos asegurados por el *corpus iuris* interamericano y del objeto y fin de la CADH, además de un desacato de las sentencias de la Corte IDH.¹²⁴ En palabras de Bazán: (Las OC) *son resultado de la labor hermenéutica de esta* (refiriéndose a la Corte IDH) *en tanto intérprete final de tal instrumento internacional, parece razonable concluir que al llevar adelante la fiscalización convencional aquellos habrían de tener necesariamente en cuenta, en lo aplicable, los productos interpretativos vehiculados en dichas opiniones consultivas.*¹²⁵

Hoy en día el valor jurídico de las OC es difícil de desconocer, ya que se ha convertido en un precedente sólido la integración de los pronunciamientos consultivos de la Corte al control de convencionalidad. Lo que sigue siendo un terreno difícil de definir para los autores es, como dichas interpretaciones se aplican dentro de la judicatura y en la legislación de los Estados Parte, desafíos parecidos a los que ha asumido la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad, que en palabras de Sagüés: *“es una figura jurídica zigzagueante, a borbotones, con avances y repliegues, y una sedimentación no siempre uniforme, que no 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.”*¹²⁶ Sobre este respecto, Clérico señala que las OC generan *normas adscriptas*, que son mandatos que se ganan de un proceso consultivo donde intervienen la deliberación de numerosos argumentos jurídicos, no constituyen una sola voz que se manifiesta a favor o en contra de una interpretación, sino que representan *contenidos* que generan un impacto dentro de las interpretaciones de las mismas normas discutidas dentro del ejercicio de su competencia contenciosa y

¹²⁴ Nogueira (2017), p. 19. Véase también: Ferrer (2017), p.65.

¹²⁵ Bazán (2015), pp 28.

¹²⁶ Sagüés (2015), p. 280.

en la aplicación de derecho de los Tribunales de las Américas. Para la autora las OCs se manifiestan de tres formas dentro de las judicaturas nacionales de los Estados Parte: Como simples citas a la OC (las cuales tienen un impacto atenuado), como citas jurisprudenciales dentro de la cadena argumentativa que justifican el *holding* de una sentencia (con un impacto mayor y fundamental para la sustanciación del fallo) o como un parámetro de control de convencionalidad, cotejando la norma interna en contraste a la CADH además del contenido del que se ha enriquecido a través de la OC (con un efecto vinculante para la judicatura).¹²⁷

2.2.2. Las opiniones consultivas carecen de carácter vinculante.

Quienes niegan el carácter vinculante de las OC, lo hacen comúnmente sobre la base argumentativa de reflejar sus diferencias con la sentencia que emana de la Corte en sede contenciosa, entendiendo a la OC como un pronunciamiento que no es producto de un litigio, sino de un acto voluntario de un Estado Miembro o de otros órganos de la OEA, de someter a consulta interpretativa de algún tema vinculado a los derechos humanos garantizados por los instrumentos americanos, en tanto la sentencia es producto de una contienda entre un sujeto víctima, conforme a los enunciados del art. 1.2 de la CADH y el Estado denunciado por violar algún derecho fundamental.¹²⁸ Dichas interpretaciones se basan principalmente en el contenido expuesto en las opiniones consultivas 1/82 y 3/83, como lo expone Buerghenthal en trabajos realizados durante los primeros años de funcionamiento de la Corte IDH al expresar que en los procedimientos no contenciosos, los demás Estados americanos no son partes del proceso y no se encuentran en la obligación legal de cumplir las opiniones de la Corte. El interés de un Estado puede ser afectado de una manera o de otra por una interpretación dada en una OC.¹²⁹ Aun con lo expuesto, el autor señala que sería contraproducente para un Estado americano el no hacer caso del contenido de una OC, ya que aunque carezcan de fuerza obligatoria difícilmente serían ignoradas, es más fácil para los Estados cumplir con la interpretación de la Corte y no ser estigmatizados como violadores de los

¹²⁷ Cfr. Clérico (2020), min.1:19:07.

¹²⁸ Llugdar (2016), p. 12.

¹²⁹ Buerghenthal (1985), p. 18. En esta línea véase también: Pacheco (2003), pp. 72-73.

derechos humanos.¹³⁰ Es decir, que esta posición reconoce un valor abstracto y no vinculante a las OC, que permiten crear conciencia sobre la necesidad de un actuar gubernamental acorde con el respeto de los derechos humanos de los individuos como beneficiarios de este sistema de protección, coadyuvando a los Estados a no violar la CADH e involucrarse en casos contenciosos.¹³¹ En esta línea autores como Zelada si bien desconocen el carácter vinculante de las OCs, reconocen que aquellas han desarrollado una vocación preventiva o de advertencia frente al riesgo estatal de incurrir en responsabilidad internacional.¹³² En síntesis, para los autores de esta posición las OCs no son obligatorias en sentido estricto y su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte.¹³³

Autores como Ventura y Zovatto señalan que mediante el ejercicio de su competencia consultiva la Corte cumple una función asesora y de interpretación, de modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que sus sentencias en materia contenciosa, las cuales evidentemente son materias distintas que son reguladas por disposiciones distintas, por lo cual, no afecta a los demás Estados americanos, ya que en caso de existir un desacuerdo entre la judicatura o la legislación interna de un Estado Parte de la CADH, no existirían argumentos para plantear dicha contradicción, ya que no han sido partícipes de dichos procesos consultivos.¹³⁴

A su vez, otras críticas se basan en el desconocimiento del carácter jurisdiccional de la competencia consultiva. Así, Fix Zamudio criticando a Gross Espiell afirma que el pronunciamiento de una OC no implica la resolución de una controversia por un órgano público imparcial, sino exclusivamente la emisión de un dictamen u opinión sobre los preceptos cuya interpretación se solicita y se refiere a la competencia contenciosa como equivalente de competencia jurisdiccional¹³⁵

¹³⁰ Cfr. Buergenthal (1982), p. 244.

¹³¹ Arias y Galindo (2013), p. 140. En el sentido de ser una facultad que responde a priori cuestiones de carácter abstracto, véase, Ruiz (1998), p. 1355.

¹³² Zelada (2020), pp.40-41

¹³³ Dunshee de Abranches (1980), p. 123. En la misma línea: Vargas (1992), pp. 331-332, Pasqualucci (2012), p. 37 y Burgorgue-Larsen y Úbeda de Torres (2011), p. 90.

¹³⁴ Ventura y Zovatto (2007), pp. 165-166.

¹³⁵ Cfr. Fix-Zamudio (2004), 158.

Críticas posteriores al desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad han sido proferidas por el Juez Eduardo Vio Grossi, quien expresó latamente en la OC 24/17 su interpretación disidente en relación al valor real de las interpretaciones realizadas en sede consultiva y su vínculo con el control de convencionalidad que deben realizar los Estados Parte expresadas principalmente en las OCs 21/14 y 24/17. Expresa que la competencia no contenciosa de la Corte no consiste en *ordenar o disponer* una medida, sino más bien en convencer acerca de una interpretación, siendo su condición no vinculante su principal diferencia con sus sentencias contenciosas. Vio Grossi explica que las OC son concebidas en la Convención como pronunciamientos que permiten advertir a los Estados del riesgo que asumen llegado el caso de que se les reclame y se declare su responsabilidad si su proceder no se ajusta a aquellas interpretaciones. Además, señala que las OCs carecen de carácter vinculante, ya que si lo fueran no se diferenciarían de los pronunciamientos en sede contenciosa y porque además en ellas no hay partes, de donde se desprende que sería del todo injusto que una resolución de la Corte fuese obligatoria para los que no han comparecido ante ella ni han sido demandados o interpelados. Por otra parte, en la hipótesis de que se estimara que las opiniones consultivas fuesen obligatorias para todos los Estados, no solo el derecho de defensa se vería muy seriamente afectado, sino que también los Estados que no son parte de la Convención serían, de esa forma, sometidos a la jurisdicción de la Corte, lo que escapa del todo de lo que establece la propia Convención. El valor que dicho juez otorga a las OC se basa en la autoridad moral e intelectual de la Corte, por lo que interpreta que el control de convencionalidad que los Estados deben realizar en base a sus interpretaciones es de carácter preventivo para los Estados que han reconocido su competencia contenciosa, ya que de no ajustar su conducta a la interpretación que ella hace de la Convención, se arriesgan a que, sometido un caso a su conocimiento y resolución que diga relación con dicho proceder, declare la responsabilidad internacional del respectivo Estado.¹³⁶ En trabajos posteriores, dicho Juez desarrolla esta posición en base a un análisis exegético de la CADH y un trabajo comparativo entre las competencias de la Corte,

¹³⁶ Cfr. OC 24/17, Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párrs. 12-13.

que lo lleva a concluir que: *La Convención no dispone que las OCs sean obligatorias para los Estados o los órganos de la OEA que la hayan solicitado, según corresponda, o para todos ellos. Tampoco establece quién debe ejecutarla y no se refiere a ella como “fallo” ni hace, consecuentemente, alusión alguna al efecto de cosa juzgada.*¹³⁷

Como se ha expuesto, los autores que sostienen esta posición no desconocen que exista valor jurídico alguno en las OCs, sino más bien señalan que su contenido carece de fuerza obligatoria propia y constituye una herramienta de carácter subsidiario del sistema regional de protección de derechos fundamentales. En dicha línea argumental, Candia expone que a través del desarrollo que la Corte IDH ha realizado de las causales de inadmisibilidad de solicitudes de OCs, la Corte IDH ha custodiado el carácter subsidiario y la finalidad coadyuvante de la CADH, que en términos del autor, opera en casos concretos de vulneraciones a derechos humanos que no han sido solucionados dentro de la jurisdicción y legislatura nacional y soberana del Estado miembro. Así la OC reviste una naturaleza coadyuvante, que busca apoyar al estado en el cumplimiento de sus propias responsabilidades dentro del sistema regional de protección de derechos y son los propios Estados los que deciden si recogen o no las interpretaciones de la Corte en base a la calidad del pronunciamiento. Aun con esto, clarifica que la Corte IDH al ir ampliando su ámbito de ejercicio consultivo ha dado un giro jurisprudencial que la ha llevado a inmiscuirse en pronunciamientos genéricos de corte político y ha ido dotando de carácter general y obligatorio el contenido de sus interpretaciones.¹³⁸ Dicho riesgo de caer en el ámbito del activismo judicial internacional a través de pronunciamientos consultivos ha llevado a autores como Maino a criticar el contenido de las OCs 21/14 y la 24/17, señalando que la Corte se ha auto-atribuido facultades, respondiendo interrogantes que no realizaron los Estados solicitantes y estableciendo la obligatoriedad *erga omnes* de las OC, lo que da lugar a una remisión *ad infinitum* respecto de los fundamentos de la obligación de obedecer.¹³⁹

¹³⁷ Vio Grossi (2018), p. 206.

¹³⁸ Cfr. Candia (2018), pp. 58-59.

¹³⁹ Maino, (2019), p.356.

En este sentido, Machado afirma que las interpretaciones de la Corte IDH más bien constituyen un sistema de precedentes que posibilitarían la vinculación interpretativa como parámetro de unidad, igualdad y coherencia del sistema interamericano, protegiendo de manera más amplia y completa los derechos humanos consagrados en la Convención Americana.¹⁴⁰ Lo que no obsta a los Estados a incorporar directamente en sus normas constitucionales las interpretaciones que la Corte IDH realice ejerciendo su competencia no contenciosa.¹⁴¹

En términos prácticos, los críticos del valor vinculante de las OCs señalan que si se les otorgara un valor obligatorio a dichas interpretaciones se vulneraría el principio de consentimiento *pacta sunt servanda*, ya que la Corte IDH estaría haciendo uso, sin estar previamente autorizada por la CADH, de una ampliación encubierta de su competencia contenciosa, extendiendo un manto jurisdiccional a quienes siquiera son parte de dicho tratado a través de un instrumento que no tendría aplicación, ya que no cuenta con mecanismos de supervisión de cumplimiento, como si cuentan las sentencias de casos contenciosos.¹⁴² Para algunos autores, esta extralimitación estaría fundada en las ansias de parte de la Corte de hacer progresar la agenda de derechos humanos en el continente, que conllevan al sistema interamericano a extralimitarse en sus atribuciones convencionales y exceder su competencia.¹⁴³

2.2.3. Posiciones intermedias.

Existen múltiples autores que se refieren a esta discusión sin encuadrarse en su totalidad con alguna de las dos posturas anteriormente expuestas. Estas líneas doctrinales se basan en parte en el carácter ambiguo que tiene el desarrollo de la competencia consultiva de la Corte, señalando que si bien, en referencia a la expresión de la OC 15/97, las OCs tienen *efectos jurídicos innegables*, dichos efectos son indeterminados, quedando esclarecidos solo ciertos aspectos a lo largo del desarrollo de sus interpretaciones. Así autoras como Garro señalan que el

¹⁴⁰ Machado (2017), p. 356.

¹⁴¹ En esta línea, Abril (2020), pp.79-80 y Burgos (2020), p.77.

¹⁴² Zelada (2020), p. 95.

¹⁴³ Véase, Vítolo (2020), pp. 213 y 214.

problema radica en dilucidar en qué sentido y para que partes es vinculante el contenido de una OC.¹⁴⁴

Por su lado, Roa afirma que en base a dicha indeterminación la balanza de esta discusión doctrinal se inclina más hacia el reconocimiento de una *fuerza vinculante relativa* de las OCs. El autor afirma que;

*En el escenario de la Corte Interamericana no existe claridad sobre los efectos y alcances de una opinión consultiva. La Convención Americana establece, en el artículo 64, la competencia consultiva de la Corte, pero nada dice sobre la fuerza vinculante de sus decisiones; el Reglamento de la Corte también regula en los artículos 70 a 75 aspectos del procedimiento consultivo y guarda silencio sobre las consecuencias de la emisión de una opinión consultiva.*¹⁴⁵

El autor señala que la no definición de los efectos de las OCs es una de las grandes *fisuras* que posee la Competencia no contenciosa de la Corte, no existiendo claridad en los efectos y alcances de dicha competencia.¹⁴⁶ Cabe destacar que en exposiciones más recientes, Sergio Roa se ha referido a la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH desde la OC 21/17, aludiendo a la inclusión de las interpretaciones en sede consultiva dentro del parámetro de convencionalidad, señalando como dijimos anteriormente¹⁴⁷ que la competencia consultiva ha pasado de una etapa de OCs que constituían *victorias pírricas*, en donde al definir su competencia consultiva la Corte amplió excesivamente su ámbito de competencia consultiva y contribuyó a la indefinición de sus efectos, defendiendo un estándar fundamental de derechos humanos pero sin entregar los materiales para hacer efectiva dicha protección, a una etapa de *victorias estratégicas*, en donde las OCs han adquirido un verdadero impacto transformador de los sistemas jurídicos americanos, enriqueciendo la doctrina interamericana de derechos humanos con estándares de bases fuertes, pero corriendo riesgos de transformarse en herramientas de instrumentalización política y estratégica que extralimiten a la Corte

¹⁴⁴ Garro (2009), pp. 202-203.

¹⁴⁵ Roa (2015), p. 121.

¹⁴⁶ Cfr. Roa (2015), pp. 96-100.

¹⁴⁷ Supra 2.1.3.

en sus competencias no contenciosas.¹⁴⁸ Fuchs señala en torno a este riesgo de instrumentalización que es necesario desarrollar y perfeccionar los criterios jurídicos de admisibilidad de las solicitudes de OCs, delimitando de forma más enfática la respuesta a las interrogantes que realizan los solicitantes para no extralimitarse dentro de sus competencias y cuidando que la OC no tenga efectos políticos dentro de los Estados americanos, evitando funcionar como una especie de *solución encubierta* de asuntos que se deben decidir por organismos políticos.¹⁴⁹ Incluso se ha señalado la importancia de considerar el *timing* o espacio temporal cuando se tramita la opinión consultiva, señalándose que en la práctica la emisión de opiniones consultivas han tenido consecuencias extrajurídicas que han afectado indirectamente elecciones presidenciales como el balotaje celebrado en Costa Rica en abril de 2018, 3 meses después de la emisión de la OC 24/17.¹⁵⁰

En la actualidad, ciertas posiciones doctrinales reconocen un valor *intermedio* o *relativo* en la inclusión de las OCs en el parámetro de convencionalidad, en esta línea Zelada señala que si bien las OCs carecen de fuerza vinculante por si mismas, el control de convencionalidad en base a sus interpretaciones hace tangibles sus *efectos jurídicos innegables*, otorgando un fundamento argumentativo más sólido a la Corte a la hora de fundamentar sus sentencias contenciosas y haciéndolas obligatorias a través de un mecanismo externo. En una línea diferente, Navas señala que en relación a las competencias consultivas de las demás Cortes internacionales de derechos humanos, las OCs tienen efectos *crystalizadores* y *constitutivos*, en donde la Corte adopta una resolución sobre una práctica que se reconoce como Derecho, la cual puede originar el futuro surgimiento de una costumbre de los Estados que confirman a través de sus prácticas el valor jurídico de la OC, radicando en sus interpretaciones un fuerte poder coercitivo en los Estados americanos, que buscan no ir en contra de las interpretaciones de la Corte

¹⁴⁸ Roa (2020): min. 23:22

¹⁴⁹ Cfr. Fuchs (2020), min. 42:05.

¹⁵⁰ Véase, Romero (2018), p. 165 y Roa (2020), min. 30:25.

IDH para no vulnerar el sistema de protección interamericano de derechos humanos.¹⁵¹

2.3. Ejemplos de impactos prácticos que han tenido las opiniones consultivas en reformas legales, constitucionales y jurisdiccionales de los Estados americanos.

La delimitación del impacto que han tenido las OCs dentro del panorama americano es un tópico difícil de abordar, ya que si bien, se podría evaluar el impacto que ha tenido una OC en torno a la aplicación de un parámetro de interpretación expresado por la Corte IDH, no se puede asegurar con certeza que dichos actos públicos hayan sido realizados al alero del pronunciamiento consultivo (salvo en ciertos casos que destacamos en esta sección).

Aun con esta dificultad, podemos entregar ejemplos que han sido evaluados por la doctrina para caracterizar ciertos actos públicos como consecuencias del contenido de una OC, más allá de meras citas o aclaraciones de un término jurídico indeterminado.

Uno de los ejemplos de reformas constitucionales que cita la doctrina es el actuar del Estado de Guatemala luego de la emisión de la OC 3/83 sobre restricciones a la pena de muerte.¹⁵² Así el Estado centroamericano al redactar la Constitución de 1985 realizó un cambio al antiguo art. 52 de la Constitución de 1945, que establecía que: *La pena de muerte sólo se aplicará previa sentencia dictada en juicio por los tribunales de la República, y por los delitos que determina la ley, cometidos por varones mayores de edad*, estableciendo actualmente un catálogo de casos y personas a las cuales no puede imponerse y la posibilidad de abolición de la pena capital por parte del Congreso de la República.¹⁵³ Según Gutiérrez Colmenares, el

¹⁵¹ Navas (2018), p. 34.

¹⁵² Véase. Faúndez (2004), p. 991.

¹⁵³ "Artículo 18. Pena de muerte. La pena de muerte no podrá imponerse en los siguientes casos: a. Con fundamente en presunciones; b. A las mujeres; c. A los mayores de sesenta años; d. A los reos de delitos políticos y comunes conexos con los políticos; y e. A reos cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.

Contra la sentencia que imponga la pena de muerte, serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, inclusive el de casación; éste siempre será admitido para su trámite. La

espíritu de los constituyentes era el de facilitar la abolición de la pena de muerte sin seguir el procedimiento especial de reforma contenido en la propia Constitución, mediante la convocatoria por el Tribunal Supremo Electoral a asamblea nacional constituyente con el voto afirmativo de las 2/3 partes de los Diputados que integran el Congreso de la República.¹⁵⁴

Otras reformas destacadas por la doctrina se ejemplifican en los cambios a la legislación colombiana en base a lo interpretado en la OC 5/85 sobre “La Colegiación Obligatoria de Periodistas” solicitada por Costa Rica.¹⁵⁵ En la línea de dicha interpretación la Constitución de Colombia de 1991 estableció la protección de la actividad periodística, garantizando su libertad e independencia profesional en su artículo 75, situación que no contemplaba la anterior Carta Fundamental, lo cual ha sido sustento para frenar las iniciativas legales que han intentado restringir la actividad periodística en Colombia como el debate generado en base al establecimiento de la *tarjeta de periodista* para ejercer legalmente la profesión dentro del Estado colombiano. En aquella ocasión la Sociedad Interamericana de Prensa con respaldo de Ministros del gobierno de ese entonces exhortaron a la Corte Constitucional la derogación de dicho requisito que vulnera el derecho a la libertad de expresión, pasajes que fueron declarados inconstitucionales dentro del *Estatuto del periodista* por dicha Corte mediante la sentencia C-087/98.¹⁵⁶ Dicha decisión fue destacada por la CIDH en su tercer informe sobre la situación de los derechos humanos de Colombia de 1999, señalando que sigue la línea argumental expuesta por la corte IDH en su OC 5/85.¹⁵⁷

En torno a OCs más recientes, Sijniensky destaca los avances logrados luego del desarrollo de la denominada “regla de no privación de libertad por condición migratoria” desarrollada por la OC 21/14, aquella regla limita la privación de libertad de niñas y niños por razones exclusivas de índole migratorio, ya que dichas medidas

pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos.
El Congreso de la República podrá abolir la pena de muerte.”

¹⁵⁴ Véase, Gutiérrez (2003).

¹⁵⁵ Faundez (2004), p.991.

¹⁵⁶ Véase, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-087/98, de 18 de marzo de 1998.

¹⁵⁷ Véase. CIDH (1999), en especial el capítulo VIII: El Derecho a la Libertad de Pensamiento.

exceden el requisito de necesidad de la CADH y no responde al interés superior del niño, obligando a los Estados a promover en forma prioritaria medidas de protección especial a niños y niñas que entren de forma irregular a un país y obligándolos a implementar (en caso de ser detenidos acompañados por familiares) soluciones alternativas en los centros de detención que aseguren la unidad familiar. Dicha regla ha logrado implementación fuera del espectro americano y ha logrado convertirse en un estándar internacional de derechos humanos reconocido por la Asamblea General de la OEA en su comunicado de prensa C-427/14, en el informe A/HRC/26/68 del Relator especial de la ONU contra la Tortura de 2015, en la observación general conjunta del Comité de Derechos del Niño y el Comité de Trabajadores Migratorios de la ONU en 2017, en la nota aclaratoria sobre la posición del ACNUR respecto a la detención de niños refugiados y migrantes en el contexto migratorio de 2017, en el documento final de la Conferencia Internacional: *Inmigration Detention of Children* celebrada en República Checa el 2017, en el Estudio Mundial sobre los Niños privados de Libertad A/75/136 de 2019 y en el informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU en 2020. También ha sido aplicada en reformas legales de Estados americanos como en art. 111 del Reglamento de la Ley General de los Derechos de los Niños Niñas y Adolescentes de México en 2015 y en la reforma de la Ley de Refugiados y la Ley de Inmigración del mismo país en 2020, como también en el desarrollo de la Ley Orgánica de Movilidad Humana de Ecuador.¹⁵⁸

El ejemplo angular sobre la aplicación de una OC como parámetro de convencionalidad podemos vislumbrarlo en las sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador en torno a la constitucionalidad del matrimonio igualitario desarrollada en 2018 y 2019. Desde el pronunciamiento de la OC 24/17, numerosas parejas de mismo sexo comenzaron a acudir al Registro Civil de Ecuador, señalando que el contenido de la interpretación proferida por la Corte IDH facultaba al Estado para autorizar el matrimonio igualitario y la inscripción de padres o madres del mismo sexo, ante la negativa del Registro Civil se presentaron múltiples

¹⁵⁸ Sijniensky (2020), min. 13:23.

acciones de protección en su contra y el conflicto fue elevado por la judicatura ecuatoriana a la Corte Constitucional, en donde se consultó si existe una contraposición entre el artículo 67 de la Constitución que señala: “*El matrimonio es la unión entre hombre y mujer..*” y el contenido de la OC 24/17 que expresa que las condiciones para contraer matrimonio y fundar una familia en un Estado americano no deben afectar el principio de no discriminación. La CC en el denominado Caso Satya señaló:

*“(La OC 24/17) ... por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano Interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos...”*¹⁵⁹

Posteriormente en la sentencia conocida como *caso matrimonio igualitario*, la CC reafirmó el valor jurídico que se le asigna a la Opinión Consultiva dentro del orden jurídico interno ecuatoriano:

“De todo lo dicho, se desprende que las opiniones consultivas son una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional: la Corte IDH, cuya competencia nace de un tratado internacional del que el Ecuador es parte, y que Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe, sin que se pueda “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Los derechos y las garantías que se derivan de la interpretación auténtica de la Corte IDH a la CADH, que constan en las opiniones consultivas, son parte del sistema jurídico ecuatoriano, y tienen que ser observados en Ecuador por toda autoridad pública en el ámbito de su competencia.

En consecuencia, los derechos y las garantías reconocidos en la Opinión Consultiva OC24/17, que interpreta con autoridad la CADH, forman parte de lo que se ha

¹⁵⁹ Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia No. 184-18- SEP-CC, 29 de mayo de 2018, p. 58.

conocido como bloque de constitucionalidad, o, como lo denomina la Corte IDH, son parte del corpus iuris, y esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano."¹⁶⁰

Dentro de los análisis que se han realizado a la última sentencia, la Jueza y Vicepresidenta de la CC de Ecuador Daniela Salazar identifica 3 focos de argumentación que desarrolló la Corte para determinar que el art. 67 de la Constitución ecuatoriana y la OC 24/17 no contenían normas contrapuestas sino más bien complementarias:

- La CC determinó que la Constitución no permite ser interpretada como un texto rígido, sino más bien de una forma sistemática que incluya los derechos fundamentales reconocidos por el Estado de Ecuador mediante el bloque de constitucionalidad, procurando una interpretación evolutiva de la Carta Fundamental con pleno respeto al principio *pro homine*.
- La CC a través hizo aplicación de los principios constitucionales de *aplicación directa, de clausula abierta* y del principio *pro homine* para entender la relación entre las dos normas aparentemente contrapuestas.
- La CC reconoció la obligación de realizar el control de convencionalidad sobre la base de las interpretaciones de la Corte IDH con el fin de no comprometer la responsabilidad internacional de Ecuador. La CADH comprende el bloque de constitucionalidad ecuatoriano, por lo que las interpretaciones autorizadas de dicho tratado se entienden adheridas a la Constitución.¹⁶¹

Otro ejemplo del alcance material que tuvo la OC 24/17 se manifestó en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Costa Rica, en donde se declaró inconstitucional el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia que estatuyó que es legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo. En su

¹⁶⁰ Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia N°11-18-CN/19 (Matrimonio Igualitario), de fecha 12 de junio de 2019, pars.38 y 39.

¹⁶¹ Salazar (2020), min. 22:16.

sentencia, la Sala Constitucional hizo referencia a la OC 24/17 y señaló que dicho pronunciamiento junto a las sentencias de los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*, evidencian una clara línea jurisprudencial que indica que el criterio de la orientación sexual no puede ser utilizado para justificar que a alguna persona se le niegue el acceso a un derecho, llegando a la conclusión que:

“El impedimento estatuido en el inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia, impugnado en esta acción, resulta inconstitucional por violación al derecho a la igualdad, cobijado en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”¹⁶²

Aun con todo, la Sala Constitucional aclaró que si bien la Corte IDH señala en la OC 24/17 de forma contundente que los Estados miembros deben observar las reformas legislativas requeridas para dar plena vigencia a las uniones entre personas del mismo sexo para solucionar el estado de cosas inconstitucionales, fruto de la evolución jurídica, en base a los párrafos 226 y 227 del mismo instrumento señaló que dicha reforma no puede ser impuesta de manera inmediata e irreflexiva, por lo que facultados por el art. 91 de la Ley de Jurisdicción Nacional otorgaron un plazo de 18 meses a la Asamblea Legislativa costarricense para adecuar el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo.¹⁶³ El 26 de mayo de 2020 se cumplió el plazo que la Sala Constitucional estableció y se derogó la norma reseñada.

¹⁶² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Costa Rica, Resolución N° 12782 – 2018, Expediente: 15-013971-0007-CO, del 8 de agosto de 2018, párr. VII.

¹⁶³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Costa Rica, Resolución N° 12782 – 2018, Expediente: 15-013971-0007-CO, del 8 de agosto de 2018, párr. IX.

CAPITULO III: LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE.

3.1. Interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en opiniones consultivas presentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En las últimas décadas la Corte Suprema chilena ha recurrido a citas de opiniones consultivas realizadas por la Corte IDH con el fin de esclarecer el alcance de derechos fundamentales que protege tanto el sistema jurídico nacional como a su vez, derechos que se encuentran presentes en los múltiples tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. A lo largo de este capítulo podremos ver como se recurre a la interpretación realizada por la Corte IDH para complementar el alcance y entendimiento de los derechos que protege el sistema jurídico, lo cual nos entrega una herramienta importante para el análisis del carácter vinculante que tienen dichas interpretaciones en nuestro sistema jurisdiccional en la práctica del máximo Tribunal de la judicatura nacional.

3.1.1. Extensión del derecho al debido proceso contenido en el art. 8 de la CADH.

En octubre de 2020, la CS acogió un recurso de casación en la forma deducido en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que redujo el monto de indemnización de perjuicios en concepto de daño moral, al que se había condenado al Estado de Chile a pagar a una demandante que reclamó errores en el proceso identificatorio de restos mortales que realizó el Servicio Médico Legal sobre el cuerpo de su hermano, reduciendo el monto indemnizatorio de 30 millones de pesos a 15 millones de pesos.¹⁶⁴

La CS indicó que la sentencia de alzada no se fundamentó de forma correcta, por lo que no cumple con los requisitos legales que exige el numeral 4 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, ya que no se expuso con claridad, congruencia,

¹⁶⁴ Corte Suprema, Rol N°21264-2020, de 14 de octubre de 2020.

armonía y lógica los razonamientos observados en el fallo de alzada. Para reforzar la importancia de dichos requisitos, la CS indicó que la garantía del debido proceso está protegida por el artículo 8 de la CADH y señala que la jurisprudencia de la Corte IDH es clara sobre el alcance de dicha garantía respecto a los procesos que atañe:

*“Las garantías de debido proceso consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se extienden a todo tipo de procedimientos, inclusive civiles, en la medida que determinen o afecten los derechos de las personas.”*¹⁶⁵

En dicho pasaje, la CS realizó una cita al párrafo 28 de la OC-9/87 que habla sobre cómo se deben proteger las garantías judiciales en Estados de Emergencia, en la cual se señala que el artículo 8 de la CADH reconoce el debido proceso legal abarcando las condiciones que deben cumplirse para asegurar la debida defensa de aquellas personas cuyos derechos u obligaciones estén bajo consideración judicial, haciendo un vínculo con el artículo 46.2 a) de la CADH cuando establece que el requisito de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna de un Estado no es aplicable cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección o derechos que se alega han sido violados.¹⁶⁶

La CS señala en esta sentencia que la no observancia del debido proceso no solo constituye una vulneración a una garantía protegida por el Código de Procedimiento Civil, sino que contraviene una garantía fundamental amparada por la CADH y otros tratados internacionales de derechos humanos, los cuales se encuentran incorporados en nuestro ordenamiento jurídico, por la disposición contenida en el artículo 5º, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental.¹⁶⁷

Es importante destacar para nuestro análisis posterior que la CS al hacer referencia a la OC 9/87 lo hace englobándola en la expresión “jurisprudencia”, haciendo referencia a su vez, a dos sentencias posteriores de la Corte IDH, el párrafo 124 de

¹⁶⁵ Corte Suprema, Rol N°21264-2020, de 14 de octubre de 2020, considerando 6

¹⁶⁶ OC-9/87, párr. 28.

¹⁶⁷ Corte Suprema, Rol N°21264-2020, de 14 de octubre de 2020, considerando 6.

la sentencia del Caso Baena y otros vs Panamá, y el párrafo 70 del Caso del Tribunal Constitucional v. Perú, ambos del año 2001. Dicho alcance es de suma importancia, ya que se puede considerar que dentro de dicho razonamiento la CS engloba dentro del término “jurisprudencia de la Corte IDH” tanto los pronunciamientos realizados en sede consultiva como los realizados en sede contenciosa.

El máximo Tribunal posteriormente dictó sentencia de reemplazo y confirmó el fallo de primera instancia.

3.1.2. Definición del término “identidad de género” y el alcance del “derecho a la identidad”.

La CS ha hecho referencia a la definición que la OC 24/17 adoptó para establecer que se entiende por “identidad de género” y expuso el contenido del “derecho a la identidad” desarrollado por la Corte IDH en dos sentencias dictadas el año 2018.¹⁶⁸

En el primer fallo conoció un recurso de casación, en donde se impugnó una sentencia que confirmó el rechazo de la solicitud de cambio de nombre y de sexo de la parte demandante de masculino a femenino. En sede de apelación, la CA de Santiago confirmó el rechazo del tribunal de primera instancia, señalando que la demandante no acreditó fehacientemente los antecedentes médicos que otorgasen validez a su petición, más allá de haberse acreditado que la peticionaria ha sido conocida durante más de 5 años con un nombre de género femenino y habiendo acompañado antecedentes que daban fe que había realizado durante años tratamientos hormonales.

Para la resolución de este conflicto, la CS recurrió a la definición de *identidad de género* que realizó la Corte IDH en la OC 24/17, estableciendo que se define como:

“La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento.”¹⁶⁹

¹⁶⁸ Corte Suprema, Rol N°18252-17, de 27 de noviembre de 2018 y Corte Suprema, Rol N°70584-16, de 29 de mayo de 2018.

¹⁶⁹ Corte Suprema, Rol N°70584-16, de 29 de mayo de 2018, considerando 3.

Esta definición la Corte IDH la extrae de la Relatoría de Derechos LGTBI de la CIDH la cual publicó su glosario de términos en octubre de 2017 y la CS en su sentencia también señala dicha fuente.¹⁷⁰

El máximo Tribunal aclaró que nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente el cambio de nombre y de sexo de personas transgénero, pero que la normativa vigente conduce a sostener, razonablemente, que no es posible rectificar el nombre de una persona sin que éste a su vez corresponda al sexo ahí señalado, ya que de lo contrario se estaría contraviniendo el artículo 31 de la Ley N°17.344, por lo cual dichos conflictos no son asuntos que puedan quedar entregados al criterio personal del Juez Civil que conoce la causa, a la luz de los derechos fundamentales a la identidad y a la dignidad protegidos por la Constitución, la legislación nacional y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, siendo que se debe respetar el principio de no-discriminación a las personas por motivos de sexo o cualquier otra condición social protegido por el artículo 1.1 de la CADH en cumplimiento del artículo 5 de la Carta Fundamental.¹⁷¹

La CS a lo largo del fallo hace alusión a otras normativas internacionales que regulan el principio de no-discriminación como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de género y los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de las leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género. A su vez, alude a razonamientos realizados en la sentencia del Caso Atala Riffo y otras contra Chile de la Corte IDH.¹⁷²

En su considerando octavo, la CS hace referencia nuevamente a la OC 24/17, ya que hace referencia directa a la protección de los derechos humanos dentro de los procesos de cambios de sexo, haciendo alusión al párrafo 78 de dicha OC en donde

¹⁷⁰ Ibid. considerando 6.

¹⁷¹ Ibid. considerandos 7 y 8.

¹⁷² Ibid. considerandos 7,8 y 12.

en base al contenido de los artículos 1.1 y 29 de la CADH y a lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA y lo señalado por organismos de Naciones Unidas, que La orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Señaló a su vez que el cambio de sexo se basa en el derecho a la identidad, el cual se funda en la autonomía de la persona y cuyos distintos aspectos están protegidos bajo varios artículos de la CADH, a saber, sus artículos 3, 7, 11 y 13.¹⁷³

En el mismo considerando se transcriben las conclusiones de la Corte IDH en relación al alcance del derecho a la identidad como derecho humano, pero en especial, se hace énfasis en las reflexiones de la Corte en relación al cambio de nombre como parte del derecho a la identidad y a los requisitos que se pueden exigir para la solicitud de un cambio de nombre, al indicar que:

“El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto-percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.” (párr. 116). Estableció, asimismo, que para este reconocimiento “no [se] podrá[n] requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales” (párr. 146). Más bien, los Estados deben contar “con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su

¹⁷³ Ibid. considerando 8.

derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión, a saber: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.” (párr. 160).”

Uno de los pasajes más relevantes que realiza la CS en este considerando en razón a los fines de esta investigación, se refiere al valor que tienen las interpretaciones de la CADH que realiza la Corte IDH tanto en sede contenciosa como en sede consultiva:

*“En cuanto a la vigencia de esta interpretación para el Estado de Chile, cabe recordar que la Corte Interamericana es el órgano a quien los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encargaron la función de aplicación y de interpretación autoritativa del tratado. **Por tanto, la interpretación que el tribunal regional le da a la Convención, incluso en la Opinión Consultiva recién mentada, tiene carácter de autoritativa para Chile a menos que todos los Estados Partes mediante un protocolo u otro instrumento que enmiende la Convención decidan reemplazar esta interpretación autoritativa por su propia “interpretación auténtica”, por lo cual la Corte ha adelantado en este caso su opinión respecto de un tema determinado, el cual en***

caso de ser llevado por una situación determinada, se fallaría bajo esos argumentos.” (énfasis añadido).

Es importante destacar dicho pasaje, ya que resalta el carácter vinculante y autoritativo de las interpretaciones realizadas por la Corte IDH en su rol de interprete auténtico y final de la CADH, en contraste a sentencias posteriores que revisaremos, en donde la CS señala que las OCs carecen de un carácter jurisdiccional, obligatorio y vinculante.

El máximo tribunal finaliza el considerando octavo concluyendo de las fuentes internacionales citadas que:

“...queda claro que las obligaciones internacionales que Chile ha contraído abarcan la prohibición de discriminación por identidad de género, incluyendo el derecho a la salud, integridad física y psíquica y la privacidad. En consecuencia, el Estado deberá facilitar el cambio de nombre y sexo registral, sin condicionamiento a una intervención quirúrgica o un tratamiento hormonal.”

La casación fue acogida y se revocó la sentencia apelada, considerando que los rechazos de los tribunales de instancia contienen yerros que constituyen contravenciones a la Ley N°17.344 y la Ley N°4.808 en relación a los principios que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile protegen en relación al derecho fundamental a la identidad.

En el segundo fallo que hace alusión a este respecto, la CS conoció un recurso de casación en el fondo, en donde la recurrente, una persona transexual que solicitaba su cambio de sexo de femenino a masculino, solicitó al máximo Tribunal revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que acogió parcialmente su solicitud de rectificación de partida de nacimiento que había sido rechazada en primera instancia, accediendo solo al cambio de su nombre pero no a su cambio de sexo. La recurrente señaló que el tribunal de alzada incurrió en infracciones a la ley N°4.808 y a los artículos 5,11 y 24 de la CADH, ya que acreditó mediante certificados psicológicos y psiquiátricos su sexo real, por lo que acusó que el rechazo de los tribunales de instancia a declarar su cambio de sexo vulnera su

derecho a la dignidad, al libre desarrollo de su personalidad, a la identidad y a la igualdad ante la ley, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

La CS nuevamente hizo referencia a la definición del término “identidad de género” realizada por la Corte IDH en la OC 24/17 e hizo alusión a la sentencia Rol N°70.584-2016 señalando que:

“Como ya lo ha reconocido esta Corte en su sentencia de fecha 5 de abril de 2018, rol 70.584-2016, la valoración y la protección jurídica de la identidad de género se encuentran presentes en nuestro ordenamiento al estimarse ser ésta una de las “categorías sospechosas” o indiciarias de discriminación arbitraria prohibidas por la Ley N°20.609. En dicha sentencia, que compartimos, se destaca también el hecho innegable que, en casos como el de la especie, el sexo y la identidad de género no son coincidentes, razón por la cual corresponde al Derecho proveer los medios para evitar que tal discordancia se transforme en fuente de afectación de derechos y de trato peyorativo de quien vivencia tal realidad.

Que, en tal perspectiva, debe tenerse presente además que el Estado de Chile se ha obligado, a través de la ratificación de distintos tratados de derechos humanos, a la protección de los derechos humanos de todas las personas “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Art. 1.1 Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Estas obligaciones vinculan a todos los órganos del Estado, incluyendo a esta Corte Suprema, tal como se establece en el Artículo 5º inciso 2 de la Constitución Política de la República: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta

*Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*¹⁷⁴

A su vez, en su considerando sexto la CS reafirma el carácter de la Corte IDH de intérprete auténtico de la CADH:

“Que interesa, también para estos efectos, conocer la interpretación que esgrime la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos ya citada y que es parte del Derecho interno del Estado de Chile, acerca de solicitudes como la planteada en el caso que nos ocupa.”

Igualmente, se vuelven a realizar citas a los pasajes que se señalaron anteriormente de la OC 24/17, en relación con las conclusiones que se realizan en torno al reconocimiento del derecho a la identidad en la CADH y las limitaciones que tienen los requisitos que pueden imponer los Estados parte a los o las solicitantes de cambio de sexo en relación con su derecho a la identidad.¹⁷⁵

La CS acogió el recurso de casación, revocó el fallo de instancia y dictó sentencia de reemplazo acogiendo la solicitud de la recurrente de cambiar su sexo y nombre, ordenando rectificar su partida de nacimiento.

Ambas sentencias se pronunciaron sobre un tipo de conflicto que no está regulado en la legislación nacional, resolviendo el desacuerdo con interpretaciones que han sido reguladas a nivel internacional, con definiciones y categorías doctrinales que fueron desarrolladas por la Corte IDH en sede contenciosa y consultiva, las cuales entregan una interpretación que permite confluir la regulación de los cambios de nombre y de sexo con pleno respeto a la identidad, la dignidad y los derechos que emanan de la naturaleza del ser humano, haciendo una aplicación de dichas categorías mediante el mandato constitucional del artículo 5 inciso 2 de la Carta Fundamental. A su vez, hacen aplicación directa del entendimiento de la aplicación del *principio de no discriminación por género*, el cual es una doctrina que se desprende del sistema de protección interamericano con un importante desarrollo

¹⁷⁴ Corte Suprema, Rol N°18252-17, de 27 de noviembre de 2018, considerando 3.

¹⁷⁵ Realiza citas a los párrafos 116, 146 y 160 de la OC 24/17.

de su alcance y entendimiento en la OC 24/17, la cual como vimos en párrafos anteriores, ha tenido repercusiones dentro del desarrollo del matrimonio igualitario en la jurisprudencia constitucional de otros países.¹⁷⁶ Estos conflictos se resolvieron sin entrar en pugna referente a la aplicación del derecho nacional, haciendo la CS aplicación (sin hacer alusión directa) del control de convencionalidad interno, aplicando un parámetro de convencionalidad en relación al sentido y alcance definido por la Corte IDH en sede consultiva y dando cumplimiento del mandato constitucional de inexcusabilidad del art. 76 de la Carta Fundamental con pleno respeto a los derechos humanos que protege nuestro sistema jurídico.

3.1.3. El derecho a la libertad de expresión como piedra angular para la existencia misma de una sociedad democrática.

Dentro de la OC 5/85, la Corte IDH se expresó acerca de la importancia de la libertad de expresión como derecho fundamental, señalando que:

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”¹⁷⁷

Dicho pasaje ha sido citado en múltiples sentencias de la Corte Suprema. Aparece citado primeramente en sede de voto disidente en el Rol N°4808-2013, en donde se confirmó el rechazo de un recurso de protección donde se reclamaron contravenciones al derecho de libertad de expresión en el procedimiento disciplinario que vivió un miembro de la Gran Logia de Chile y su posterior expulsión del grupo por el reenvío de un correo electrónico. En primera instancia la CA de Santiago rechazó el recurso, señalando que los hechos descritos en la presentación

¹⁷⁶ Véase supra. 2.3.

¹⁷⁷ OC-5/85, párr. 70.

y las peticiones que se formularon exceden las materias que deben ser conocidas por el presente recurso, atendida su naturaleza cautelar.¹⁷⁸ La CS confirmó en alzada lo señalado por la Corte de Santiago, pero en el voto disidente de uno de los Ministros y uno de los abogados integrantes, se hizo alusión al contenido del derecho a la libertad de expresión contenido en múltiples pasajes de normas nacionales e internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Carta Democrática Interamericana, La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión y Declaración de Chapultepec. Al desarrollar el contenido del derecho a la libertad de expresión, los disidentes realizaron la cita a la Corte IDH antes indicada en la OC 5/85, a su vez desarrollada en una sentencia posterior de la Corte IDH en el caso *Palamara Iribarne vs Chile*.¹⁷⁹

En sentencias posteriores, dicha cita volvería a replicarse en el rol N°26.124-2018 pero en sede de voto de mayoría, donde la CS conoció un recurso de protección que dedujo la Directora Ejecutiva de una residencia de niños en contra de un canal de televisión que deseaba a emitir un reportaje en donde se iban a dar a conocer detalles de la vida privada de dos menores de edad. El máximo Tribunal en alzada al ponderar ambos derechos fundamentales enfrentados en este caso: la libertad de expresión contra el honor y la honra de dos menores de edad, hizo referencia al alcance e importancia que tiene la libertad de expresión como derecho fundamental, señalando que dicho derecho no es una garantía de carácter absoluto pero se constituye como la piedra angular de un Estado democrático, carácter expresado por la Corte IDH en la OC 5/85 y en las sentencias contenciosas posteriores casos *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, *Ricardo Canese vs Paraguay*, *Apitz Barbera y otros vs*

¹⁷⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°5.169-2013, de 28 de enero de 2013.

¹⁷⁹ Corte Suprema, Rol N°4808-13, de 13 de agosto de 2013, voto disidente, párrs. 5 y 6. Véase también, Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile* (Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 68, 71, 72, 79 y 85.

*Venezuela, Ríos vs Venezuela, Perozo y otros vs Venezuela y San Miguel Soza y otras vs Venezuela.*¹⁸⁰

La misma referencia a la OC 5/85 y las sentencias que hacen referencia a aquella han sido citadas en otros fallos de recursos de protección rechazados en favor al derecho a la libertad de expresión que versaron sobre reportajes periodísticos que afectan el derecho al honor y la honra de una persona, como en la sentencia Rol N°31.871-2019¹⁸¹ y el Rol N°33.079-2020.¹⁸²

Una referencia diferente que encontramos dentro de la jurisprudencia de la CS, que hace alusión al alcance del derecho de libertad de expresión desarrollado en la OC 5/85, es el voto disidente de la sentencia Rol N°9152-2019, en donde el máximo Tribunal acogió un recurso de queja deducido por un canal de televisión en contra de tres Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmaron una sanción de multa que le impuso el Consejo Nacional de Televisión por infracciones a la Ley N°18.383. En la disidencia se cita como interpretación del sentido y alcance del abuso al derecho de libertad de expresión del artículo 13 de la CADH, el párrafo 39 de la OC 5/85, en donde la Corte IDH indica que:

“El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,*
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,*
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y*
- d) Que esas causales de responsabilidad sean " necesarias para asegurar " los mencionados fines.*

¹⁸⁰ Corte Suprema, Rol N°26124-2018, de 22 de enero de 2019, considerando 4.

¹⁸¹ Corte Suprema, Rol N°31817-2019, de 6 de julio de 2020, considerando 6.

¹⁸² Corte Suprema, Rol N°33079-20, de 18 de agosto de 2020, considerando 5.

Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.”¹⁸³

En opinión de la disidencia, la sanción impugnada por los actores es una amonestación que sanciona el abuso a la libertad de expresión, al cumplir los 4 requisitos que ha establecido la Corte IDH para delimitar las fronteras de dicho derecho fundamental.¹⁸⁴

3.1.4. Definición y alcance del concepto “orden público”.

Una de las referencias más antiguas que la CS realiza a opiniones consultivas de la Corte IDH se realizó en 2007, al dictar la sentencia de reemplazo del Rol N°6.251-2005. En sede de casación el máximo Tribunal anuló de oficio una sentencia dictada por la Segunda Fiscalía Militar Letrada de Santiago, por sancionar a un miembro del Ejército de Chile sin fundamentar su sentencia en conformidad al artículo 546 del antiguo Código de Procedimiento Penal. En el fallo de reemplazo de la CS se interpreta el término “orden público” contenido en el artículo 276 del Código de Justicia Militar a la luz de la legislación nacional e internacional, en donde se hace referencia a dicho término contenido en el artículo 13 de la CADH, al establecer que la libertad de expresión no puede estar sujeta a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: *“La protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública.”*

Posteriormente, en su considerando 22, se alude al concepto de orden público haciendo referencia al párrafo 64 de la OC 5/85:

“(…) las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrán justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”¹⁸⁵

¹⁸³ Corte Suprema, Rol N°9152-19, de 9 de septiembre de 2019, segundo voto disidente, párr. 7.

¹⁸⁴ Ibid. párr. 8.

¹⁸⁵ Corte Suprema, Rol N°6251-05, de 28 de mayo de 2007, considerando 22.

La CS indica en su sentencia la compatibilidad entre el artículo 13 de la CADH y el artículo 19 N°12 de nuestra Carta fundamental, por lo que haciendo uso de la interpretación realizada en sede consultiva determina que el derecho a la libertad de expresión puede ser restringido *en pos* de la protección del orden público.

3.1.5. La facultad que tienen los Estados miembro de la CADH para expulsar extranjeros que residen en su territorio.

En sede de recurso de protección, la CS en el rol N°50696-2020 acogió la acción constitucional impetrada por una ciudadana colombiana en contra del Departamento de Extranjería y Migración de Chile, por rechazar una solicitud de regularización migratoria y dictar su expulsión del país al haber ingresado al territorio de manera clandestina en dos ocasiones. En la sentencia se hace referencia a un marco general en términos jurídicos: El derecho que tiene cada estado de expulsar extranjeros que residen en su territorio. La CS señala que dicho derecho está reconocido en la jurisprudencia internacional, haciendo directa alusión a la OC 18/03 de la Corte IDH y a las sentencias de los casos *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana* y el caso *Vélez Loor vs Panamá*. La CS no realizó una cita textual de la opinión consultiva, más bien hace alusión al derecho que tiene cada Estado miembro de expulsar extranjeros bajo un marco normativo que asegure el respeto a los derechos humanos¹⁸⁶, en conformidad al artículo 22.6 de la CADH que versa del siguiente tenor:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.”

Es menester señalar que la OC 18/03 nunca hace referencia directa al artículo señalado, ni al derecho o facultad que tienen los Estados de expulsar personas extranjeras del territorio de un Estado miembro de la CADH, sino que se refiere directamente al aseguramiento de los derechos humanos de los trabajadores inmigrantes indocumentados, a los cuales no se les puede negar el derecho a la

¹⁸⁶ Corte Suprema, Rol N°50696-2020, de 9 de septiembre de 2020, considerandos 3 y 5.

protección judicial al ser expulsados, deportados o privados de libertad.¹⁸⁷ Sobre el establecimiento de políticas migratorias señala:

“(…) la Corte estima conveniente señalar que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas.”¹⁸⁸

La interpretación de la CS sobre la facultad de expulsar extranjeros que habiten dentro del territorio de un Estado miembro de la CADH es más bien una inferencia del máximo Tribunal, que señala la posibilidad de ejercer dichas medidas sancionatorias en citas donde la Corte IDH se refiere principalmente a las limitaciones y la forma correcta de aplicar las políticas de migración sobre dichas personas sin vulnerar sus derechos.

3.1.6. Sobre el alcance del derecho de igualdad ante la ley.

Existe jurisprudencia de la CS en donde se ha recurrido a la interpretación realizada por la Corte IDH en dos opiniones consultivas para delimitar el alcance real del derecho de igualdad ante la ley. Al igual que en el caso de las causas que trataban sobre el concepto “identidad de género”, el caso en cuestión involucra el cambio de sexo de la parte recurrente, pero la contraparte en este caso fue una Isapre que se negaba a otorgar cobertura financiera a la actora para financiar diversas cirugías de reasignación sexual.¹⁸⁹

¹⁸⁷ OC 18/03, párr.126.

¹⁸⁸ Ibid. párr 169.

¹⁸⁹ Corte Suprema, Rol N°97283-20, de 10 de noviembre de 2020.

El máximo Tribunal revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago y acogió la acción, para lo cual tuvo presente que la negativa de la Isapre es ilegal y arbitraria, ya que no tomó en cuenta que la Carta Fundamental y los tratados internacionales de derechos humanos que Chile ha ratificado protegen ampliamente el *principio de no discriminación*, sin poder hacer la aseguradora distinción alguna para otorgar cobertura por razones de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra condición social, lo cual incluye la “orientación sexual y de género de la persona” en palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁹⁰

Desarrollando el contenido del derecho a la igualdad ante la ley como derecho fundamental que se desprende directamente de la naturaleza del ser humano, la CS refiere los alcances que ha determinado la Corte IDH “en su calidad de interprete autorizado en la materia y que interpreta una normativa de carácter general reconocida por nuestro país.”¹⁹¹

Sobre la OC 18/03, cita:

*“El derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende ‘directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona humana’. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos”*¹⁹²

Incluso la CS señala que dichas ideas se replican en la OC 24/17 al señalar que:

“(…) la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del

¹⁹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (2009), párr 32 y Corte Suprema, Rol N°97283-20, de 10 de noviembre de 2020, considerando 4.

¹⁹¹ Corte Suprema, Rol N°97283-20, de 10 de noviembre de 2020, considerando 5.

¹⁹² OC 18/03, párr. 100.

*goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación”*¹⁹³

La CS hace énfasis en el alcance mayor de este derecho fundamental, haciendo alusión a una idea expresada en la OC 18/03, al indicar la Corte IDH que:

*“(…) el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.”*¹⁹⁴

Esta idea fue replicada en otros casos de competencia contenciosa que posteriormente conoció la Corte IDH, entre los que incluso se encuentra el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, en donde queda establecido en ambas competencias de la Corte IDH que el principio de igualdad ante la ley y de *no discriminación* impregna toda la actuación del poder del Estado, porque se relacionan directamente con el respeto y garantía de los derechos humanos, surge de manera lógica y concordante, como derecho fundamental implícito.¹⁹⁵

La CS dictaminó que el actuar de la Isapre al denegar a la recurrente la cobertura solicitada para la realización de sus cirugías de reasignación sexual carece de razonabilidad y vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, a la protección de la salud y de propiedad, habiendo debido incorporar y adaptar a los planes de salud de la usuaria, conforme a la homologación pertinente ya que entran dentro de la categoría de “cirugías plásticas reparadoras y reconstructivas” sin afectar a dicha categoría la identidad sexual de la actora.¹⁹⁶

¹⁹³ OC 24/17, párr. 61.

¹⁹⁴ OC 18/03, párr. 101.

¹⁹⁵ Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 216, Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239., párr. 79, Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310., párr.91, Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 238, y Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 109 y Rol 97.283-2020. Cs 5° y 6°.

¹⁹⁶ Corte Suprema, Rol N°97283-20, de 10 de noviembre de 2020, considerandos 7 y 8.

3.2. Interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en opiniones consultivas presentes únicamente en votos disidentes de la Corte Suprema.

Si bien, existen múltiples referencias a interpretaciones de la Corte IDH realizadas en sede consultiva dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema que han estado presentes tanto en los votos de mayoría como los de minoría, existen ciertas citas a dichas opiniones que solo se han realizado en sede de voto de disidencia. Para el propósito de esta investigación, haremos alusión a aquellas igualmente ya que como vimos en los casos anteriores, parte de las citas a OCs surgieron primeramente en votos particulares de Ministros o Ministras para luego pasar a formar parte de la hermenéutica de la CS.

3.2.1. Alcance y sentido del artículo 13 de la CADH.

En sede de recurso de queja, se ha realizado una cita reiterada en cuatro ocasiones a la OC 5/85, en relación al artículo 13 de la CADH que protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la CADH. Las disidencias son de la autoría del Ministro Sergio Muñoz en todas las ocasiones y se dan en casos de recursos de queja acogidos en contra de sentencias que rechazan reclamos de ilegalidad en contra de amparos por denegación de información acogidos por el Consejo para la Transparencia.¹⁹⁷ Los casos varían en los hechos que motivan la acción, pero los votos de disidencia son casi idénticos, en los cuales se desarrolla el contenido y los orígenes del derecho al acceso a la información, realizando una cita en referencia a como se ha presentado en la jurisprudencia de la Corte IDH haciendo alusión a la OC 5/85, al expresar:

“En el concierto Latinoamericano la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5/85 expuso que “el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar y ya recibir informaciones, protege el

¹⁹⁷ Roles Corte Suprema, Rol N°2423-12, de 28 de noviembre de 2012, Corte Suprema, Rol N°2582-12, de 28 de noviembre de 2012, Corte Suprema, Rol N°2788-12, de 28 de noviembre de 2012 y Corte Suprema, Rol N°8517-12, de 25 de junio de 2013.

derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención.

Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto."¹⁹⁸

Esta cita en realidad no pertenece directamente a la OC 5/85, es un pasaje del considerando 77 de la sentencia del caso *Claude Reyes y otros vs Chile*.¹⁹⁹ Aun no coincidiendo precisamente el párrafo citado con una referencia textual a la OC 5/85, dicha referencia no se aleja de la interpretación del derecho a buscar y recibir información que la Corte IDH expresa en dicha OC, la cual en su considerando 30 indica:

"El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole..." Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y

¹⁹⁸ Roles Corte Suprema, Rol N°2423-12, de 28 de noviembre de 2012, voto disidente párr. 1, Corte Suprema, Rol N°2582-12, de 28 de noviembre de 2012, voto disidente párr. 1, Corte Suprema, Rol N°2788-12, de 28 de noviembre de 2012, voto disidente párr. 1 y Corte Suprema, Rol N°8517-12, de 25 de junio de 2013, voto disidente párr. 1.

¹⁹⁹ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 77.

*representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.”*²⁰⁰

3.2.2. El deber de la Corte Suprema de interpretar en conformidad al principio “pro homine”.

El principio *pro homine* (también conocido como principio pro-persona o favor persona), 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 cuando se trata de establecer las restricciones permanentes al ejercicio de los derechos humanos.²⁰¹ Es un principio que tiene su fundamento en el derecho positivo en multiplicidad de tratados internacionales de derechos humanos como en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966, el artículo 5.2 del Pacto de derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, el artículo 41 de la Convención de Derechos del Niño, el artículo 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y el artículo 29 de la CADH, entre otros tratados.²⁰²

La CS en múltiples ocasiones ha citado como principio de interpretación constitucional el alcance que desarrolla la OC 5/85 del principio pro homine en sede de votos disidentes. Una de las primeras apariciones de las que se tiene registro es en una sentencia que rechazó un recurso de casación que impugnaba el rechazo de una acción de indemnización de perjuicios contra el Estado por falta de servicio, deducido ante la CA de Santiago, en el cual, en su voto de disidencia el Ministro Carlos Cerda explica que el *principio pro homine* o *favor persona* “*tiene por objeto aplicar siempre la norma que mejor asegure y garantice la vigencia de los derechos fundamentales. Cuando hay dos posibles normas referentes a derechos fundamentales, una de derecho interno (acción posiblemente prescriptible) y otra de*

²⁰⁰ OC 5/85 párr. 30.

²⁰¹ Pinto (1997), p. 163.

²⁰² Nogueira (2018a), p. 240.

derecho internacional (acción imprescriptible) que consagran soluciones antagónicas corresponde necesariamente preferir las que permiten reconocer, declarar y potenciar el ejercicio de derechos."²⁰³ Luego haciendo referencia a los Roles 740 de 2007 y 1361 de 2009 del Tribunal Constitucional de Chile, da cuenta de la aplicación del principio favor persona en la jurisprudencia chilena. Al definir el principio recurre al pronunciamiento que consagró la Corte IDH dentro de la OC 5/85:

*"Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana."*²⁰⁴

Este voto disidente ha sido replicado en múltiples ocasiones en otros votos de disidencia de la Corte Suprema, en específico en sentencias de recursos de casación en donde se falla en favor a la pretensión del Consejo de Defensa del Estado al hacer valer una excepción de prescripción extintiva o de cosa juzgada que no permite a los actores perseguir la responsabilidad del Estado. Estos votos disidentes se han redactado bajo el patrocinio de los Ministros Carlos Cerda y Sergio Muñoz, replicando referencias idénticas.²⁰⁵ En dichos casos se desarrolla una postura contraria a aplicar categorías de derecho común a una responsabilidad del administrador que tiene como fuente normas de derecho público, señalan por ejemplo los disidentes en uno de los votos que versa sobre una excepción de prescripción extintiva:

"(...) existe ausencia de normativa que regule la prescripción extintiva de las acciones en el Derecho Administrativo, se reconocen igualmente sus particularidades. Esta ausencia de regulación jurídica para determinadas

²⁰³ Corte Suprema, Rol N°2724-2010, de 30 de noviembre de 2012. Voto disidente párr.19.

²⁰⁴ OC 5/85, párr. 19.

²⁰⁵ Corte Suprema, Rol N°672-11, de 23 de noviembre de 2012, voto disidente, párr. 19, Corte Suprema, Rol N°6920-11, de 12 de septiembre de 2012, voto disidente, párr. 19, Corte Suprema, Rol N°4399-11, de 30 de enero de 2013 voto disidente, párr. 19, Corte Suprema, Rol N°4734-12, de 3 de diciembre de 2012, voto disidente, párr. 19, Corte Suprema, Rol N°4742-12, de 30 de enero de 2013, voto disidente, párr. 19, Corte Suprema, Rol N°9660-11, de 16 de enero de 2013, voto disidente, párr. 19, Corte Suprema, Rol N°7495-12, de 29 de enero de 2013, voto disidente, párr.19 y Corte Suprema, Rol N°1577-13, de 24 de octubre de 2013 voto disidente, párr. 19.

situaciones impone al juez interpretar, o mejor dicho, integrar la normativa existente, que en el evento de estar sustentada en iguales directrices, podrá aplicar la analogía. Al no responder a iguales paradigmas, debe integrarse la normativa con los principios generales del derecho respectivo, en este caso, del Derecho Administrativo y no del Civil.”²⁰⁶

Al explicar dicha laguna de derecho, los disidentes señalan en el párrafo siguiente que es menester hacer aplicación del principio de interpretación más favorable para el administrado y al desarrollar el contenido del principio *pro homine* complementan su alcance con las interpretaciones que ha expresado la jurisprudencia nacional del Tribunal Constitucional además de la definición que realizó la Corte IDH en la OC 5/85.

3.3. Análisis del carácter vinculante de las opiniones consultivas realizado por la Corte Suprema en el Rol N°33.316-2019.

Para los fines de esta investigación, nos parece oportuno analizar por separado y en detalle el fallo rol N°33.316-2019, dictado por la tercera sala de la Corte Suprema en julio de 2020, ya que hace referencia directa a la opinión de sus Ministros sobre el carácter vinculante de las OCs de la Corte IDH, las cuales en parte siguen la senda interpretativa que ha ido sosteniendo el máximo Tribunal al reconocer el carácter de intérprete auténtico que tiene la Corte IDH sobre la CADH y los demás tratados internacionales de derechos humanos que Chile ha ratificado, pero que contrasta con otras sentencias al desconocer su carácter vinculatorio o autoritativo, señalando que el efecto real de las opiniones consultivas en Chile es más cercano a un llamamiento o recomendación de ajuste en la legislación interna y señalando que no es posible aplicar dichas interpretaciones a través del control de convencionalidad en su variante supresiva, desplazando la tarea de adaptar el ordenamiento jurídico al estándar internacional de derechos humanos al órgano legislativo nacional.

²⁰⁶ Corte Suprema, Rol N°1577-13, de 24 de octubre de 2013, voto disidente, párr. 18.

Por estas razones analizaremos más a fondo este caso, tanto en los hechos que motivaron la causa, lo que dictaminó la CA de Santiago en primera instancia y el fallo de alzada de la Corte Suprema. En el próximo capítulo de esta investigación ahondaremos en un análisis más profundo de dichos argumentos, realizando un contraste con la evolución de esta discusión que expresamos en capítulos anteriores.

3.3.1. Los hechos de la causa.

En 2017 una mujer dio a luz a dos menores, luego de haberse sometido a un método de fertilización asistida, quien a su vez, es conviviente civil de otra mujer. Al momento de intentar inscribirse como madres e intentar inscribir el apellido paterno de ambas como apellidos de los menores, el Servicio de Registro Civil e Identificación denegó su solicitud, indicando que el estatus de madre solo corresponde a la mujer que dio a luz a los menores y que solo se puede inscribir los apellidos de la progenitora. Ambas intentaron por vía de un recurso de reclamación administrativa anular aquella decisión, donde se les indicó en noviembre de 2018 que dicho error no es susceptible de corrección administrativa y que para su rectificación se deben ejercer las acciones legales pertinentes, por lo cual presentan un recurso de protección a finales de 2018 ante la CA de Santiago.

Las recurrentes acusaron que la negativa del Registro Civil de acceder a su solicitud de inscripción conculcó en ambas su garantía de igualdad ante la ley asegurada en el art. 19 N°2 de la Constitución, por actuaciones que van en contra de los estándares de igualdad y su derecho a fundar una familia instalados por la doctrina de la Corte IDH, principalmente en la OC 24/17.

3.3.2. La causa en primera instancia.

En el recurso, uno de los principales argumentos argüidos por las recurrentes fue la conculcación del art. 5 inciso 2 de la Carta Fundamental, al indicar que el actuar del Registro Civil es ilegal, ya que contraviene tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, en especial los estándares de igualdad ante la ley que han sido desarrollados e interpretados por la Corte IDH en su rol de interprete auténtico de la CADH, principalmente en la Opinión consultiva 24/17, en donde la

Corte se refiere a la aplicación del principio de *no-discriminación* de la Convención, en relación al derecho de identidad de género y a los derechos de las personas del mismo sexo que son pareja, en donde expresa que:

“(Refiriéndose a los artículos sobre el principio de no discriminación)... envía al ámbito de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del respectivo Estado, también en esta materia, la determinación de las condiciones para contraer matrimonio y fundar una familia, agregando que ellas no deben afectar el principio de no discriminación.....como lo sería, por ejemplo, se prohibiera el matrimonio entre tales personas en razón de la “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”²⁰⁷

A su vez, argumentaron que la Corte está obligada a aplicar las interpretaciones de la Corte IDH por medio de la aplicación del control de convencionalidad de la CADH en relación a lo que ha dicho la misma Corte en la OC 21/14, que anteriormente desarrollamos en este trabajo.²⁰⁸

El Registro Civil por su parte, replicó que sus actuaciones se justificaban en base a las normas de rango legal del sistema jurídico chileno que regulan la inscripción de hijos, las cuales indican que la legislación chilena no contempla la posibilidad de inscribir a dos padres o dos madres basados en el texto de la ley N°4.808, del Decreto con Fuerza de Ley N°2.128 y las disposiciones sobre filiación del Código Civil chileno. El Registro Civil indicó que no existe acto ilegal o arbitrario en su denegación, sino más bien, una aplicación correcta del sistema de registro contemplado en nuestro país. A su vez, indicó que estas disposiciones son normas de orden público y no pueden disponerse por la mera voluntad de las partes.

La CA razonó en su sentencia que las declaraciones de la Corte IDH y sus recomendaciones pertenecen a fuentes de derecho de carácter de *Soft Law* los cuales son instrumentos suavemente coercitivos que invitan a observar un comportamiento determinado emanados de organismos internacionales que

²⁰⁷ OC 24/17. Párr. 106.

²⁰⁸ Véase supra. 2.1.3.

proponen y recomiendan, pero carecen de fuerza impositiva.²⁰⁹ A su vez, reconoció que la negativa del Registro Civil es contraria a las garantías del derecho a formar una familia, entendiendo a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, por lo que si la negativa se basa únicamente en el sexo de las solicitantes, constituye un acto arbitrario e ilegal que viola sus garantías fundamentales aseguradas por la Constitución y en diversos pasajes de la CADH que dicen relación con el derecho a formar una familia. Aun con esta exposición previa, los sentenciadores indicaron que las argumentaciones en las que se basan las recurrentes son en base a una opinión consultiva de la Corte IDH, y que la misma entidad ha indicado en opiniones consultivas previas como la 1/82 y la 15/97, que las consultas a la Corte IDH carecen de un carácter vinculante, a diferencia de las sentencias de casos contenciosos. También argumenta su posición en base a la reserva de ley y el principio de legalidad establecido en el art. 7 de la Constitución, señalando que las reglas de filiación estatuyen una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico civil y de ahí que sea propio que la ley lo establezca.²¹⁰ A su vez indica que la Corte Suprema ante casos similares ha fallado la negativa de la acción de protección.

Por todo lo anterior, se desestimó la solicitud de inscripción de ambas solicitantes como madres, pero basados en las reglas del Decreto con Fuerza de Ley N°2.128, al encontrarse determinada solo la maternidad de los hijos, los inscritos deben llevar como apellido paterno aquel que la madre requirente declare y como apellido materno, el paterno de la madre, razón por la cual accedieron parcialmente al recurso, ordenando al recurrido a la rectificación de los apellidos de los menores.

Cabe señalar, que existió una prevención que concurrió al rechazo de todo el recurso, que indicó a grandes rasgos que las normas que regulan al Registro Civil son de orden público y no se pueden interpretar de forma extensiva, que el acuerdo de unión civil no tiene efectos sobre la filiación de los hijos y que por parte del

²⁰⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°88402-12, de 7 de octubre de 2019, considerando 5.

²¹⁰ En esta sección hace alusión a la sentencia Tribunal Constitucional, Rol N°1881, de 3 de noviembre de 2011, Considerando 5.

recurrido no existieron actos ilegales ni arbitrarios, al actuar dentro de su competencia y a la luz de la legislación nacional.

A su vez, existió un voto de disidencia que estuvo por acoger la totalidad del recurso, en donde se argumentó que, en el sistema americano de protección de derechos humanos, las observaciones generales del CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH han indicado la obligación de los jueces domésticos de aplicar directamente la Convención y sus Pactos complementarios, ejerciendo, consecuentemente, un control de convencionalidad *ex officio*. También indicó que la doctrina de la Corte IDH reconoce la protección del vínculo familiar que puede derivar de la relación de una pareja del mismo sexo y que el recurrido al realizar la denegación denunciada conculcó múltiples tratados internacionales, como la CADH y la Convención Internacional de Derechos del Niño.

3.3.3. La sentencia de la Corte Suprema.

La CS se pronunció sobre la apelación de este caso en julio del 2020. La sentencia comienza con una explicación de las diferencias que existen entre los conceptos de filiación y Estado Civil e indica que estos términos están determinados por la ley chilena y la OC 24/17 no se encarga explícitamente del desarrollo de los derechos de filiación y estado civil de hijo respecto a los progenitores del mismo sexo. Luego, pasa a hacer un recuento sobre las leyes chilenas que se encargan de la regulación de la filiación en Chile y de la inscripción de hijos en el Servicio de Registro Civil e Identificación y concluye que la normativa chilena “*no considera a las parejas homosexuales con vínculo matrimonial, acuerdo de unión civil o sin éstos- como titulares de la acción de adopción, única forma no biológica de alterar la filiación y, en consecuencia, de modificar el estado civil de hijo de una persona.*”²¹¹

El máximo Tribunal indicó que ha realizado encomiendas con el fin de promover las ideas que la Corte IDH expresó en la OC 24/17, con el fin que la legislación nacional adopte los alcances que dicho instrumento expresa, al encargarse de realizar, en torno al Proyecto de Ley sobre Adopción de Menores por Parejas del Mismo Sexo,

²¹¹ Sentencia Corte Suprema, Rol N°33316, de 20 de julio de 2020, considerando 5.

un informe en el que manifestaron su aprobación, indicando que el proyecto no merecía reparos, señalando incluso en votos particulares que el proyecto pondría “fin a la discriminación estructural que sufren las familias formadas por parejas homosexuales, y que afecta todas sus interacciones con la sociedad; en tanto el matrimonio no es, ni ha sido jamás, una simple regulación de la propiedad, la herencia y la procreación.”²¹² Señala además que, la existencia de estas irregularidades en el sistema son materia de las que se debe encargar el legislador, por lo que en el caso en cuestión no se está ante una afectación de la garantía de igualdad ante la ley o una discriminación arbitraria por parte de la Administración, sino ante un cumplimiento de las reglas de filiación establecidas por el Estado chileno.

Desde el considerando octavo en adelante se manifestó sobre la obligatoriedad de las OC en Chile y el control de convencionalidad que recaería sobre la OC 24/17 en casos como este. Se refirió en general al contenido de la opinión consultiva y los lineamientos que establece en torno a la no discriminación a las parejas del mismo sexo. A su vez, señaló que anteriormente ha reconocido en su jurisprudencia derechos fundamentales que no se encuentran declarados expresamente en la Constitución como el derecho a contraer matrimonio, deducido del art. 17 de la CADH (por ejemplo en el Rol CS 6109-2018), pero que en casos similares al que está en análisis, ha sido enfática al indicar que no se está en presencia de un acto discriminatorio por parte del Estado, sino antes bien, ante una estricta aplicación de la legislación vigente sobre la materia (criterio similar a la jurisprudencia que viene sosteniendo hace años, como en los casos rol N°971-2018 y 15.108-2018). Lo que se arguye, en definitiva, es el respeto de la vigencia del derecho interno y la seguridad jurídica, así como también el valor del pluralismo y la diversidad de pareceres que existen y deben existir en el seno de una sociedad democrática sana y robusta, de manera que la determinación final sobre la materia sea canalizada y adoptada por la institución democrática por antonomasia, esto es, por el Parlamento. Indicaron que adoptar lo que dice la OC 24/17 es ejercer sin restricción

²¹² Corte Suprema, Tribunal Pleno (2017), p. 7.

una interpretación progresista del sistema americano de derechos humanos con el riesgo de lesionar uno de los fines esenciales del derecho como lo es la certeza jurídica.²¹³

Señaló sobre la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas de la Corte IDH que:

“La opinión consultiva N°24/17 no es propiamente una “sentencia” emanada de un órgano que ejerce jurisdicción y, por lo mismo resulta discutible la potestad de ejecución e imperio en relación con su contenido. De ahí que se trate, más bien, de un llamamiento a los Estados en orden a adecuar su legislación interna a la interpretación que la CIDH hace del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.”^{214 215}

En torno a la aplicación del control de convencionalidad en base a interpretaciones realizadas por la Corte IDH en sede consultiva señaló:

“La alegación no puede ser acogida, toda vez que el control de convencionalidad presupone atender a la jurisprudencia e interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*Sin embargo, resulta discutible asignarle el carácter de jurisprudencia a la Opinión Consultiva N°24/17 por las razones ya latamente expuestas en los motivos que preceden...”*²¹⁶

A su vez, sobre el rol de la Corte IDH como intérprete auténtico de la CADH y la aplicación del contenido de una opinión consultiva a través del control de convencionalidad señaló en el mismo considerando que:

“Es necesario subrayar que esta Corte no discute que la CIDH resulta ser el intérprete último de la Convención Americana y, en general, del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Lo que se cuestiona es que una Opinión Consultiva pueda tener los efectos que las recurrentes creen ver,

²¹³ Sentencia Corte Suprema, Rol N°33316, de 20 de julio de 2020, considerando 13.

²¹⁴ Ibid. considerando 14.

²¹⁵ Cabe aclarar que en esta sentencia la CS se refiere a la Corte IDH como “CIDH”.

²¹⁶ Sentencia Corte Suprema, Rol N°33316, de 20 de julio de 2020, considerando 19.

más aún si el Estado ha adoptado las medidas internas necesarias para dar estricto cumplimiento a los artículos 11 N°2, 17, 19 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.”

CAPITULO IV: ANÁLISIS DEL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CON RELACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA.

4.1. Introducción y consideraciones a tener en cuenta para el análisis.

4.1.1. Fuentes de derecho positivo.

4.1.1.1. Fuentes del Derecho nacional a considerar.

Primeramente, hay que tener en cuenta la base jurídica que irradia todo el ordenamiento jurídico nacional que está consagrada en el art.1 de la Carta Fundamental nacional²¹⁷, la dignidad humana. Dicho valor y pretensión constituye el mínimo invulnerable del ser humano y constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional chileno.²¹⁸ La dignidad debe ser reconocida, respetada, promovida y protegida, no pudiendo ser creada, concedida, ni retirada, ya que existe en cada ser humano como algo que le es inherente.²¹⁹ Así, el TC ha señalado que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que toda persona nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia.²²⁰

²¹⁷ “Artículo 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

²¹⁸ Nogueira (2018), p. 119

²¹⁹ Sarlet (2009), p. 47.

²²⁰ Tribunal Constitucional de Chile, Rol N°976, de 26 de junio de 2008, considerando 23°.

En segundo lugar, es importante tener en cuenta el inciso 2 del art. 5 de la Constitución²²¹, el cual establece la limitación del ejercicio de la soberanía por los derechos fundamentales, los cuales como ha señalado la judicatura nacional *constituyen valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente.*²²² Esta disposición introduce la obligación jurídico constitucional para los tribunales y aplicadores del derecho, como así mismo para todos los demás órganos y autoridades del Estado de respetar y de no realizar ninguna acción u omisión que vaya en detrimento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como así mismo, un deber de promover, vale decir, concretar una acción positiva destinada a remover cualquier obstáculo que afecte el pleno goce y ejercicio de los derechos asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados y vigentes. Dicho artículo a su vez posibilita la existencia del *bloque constitucional de derechos fundamentales* en Chile, el cual constituye un bloque unificado que tiene una fuerza normativa superior dentro del marco constitucional respecto de toda otra fuente del derecho, en cuanto tales derechos constituyen una limitación del ejercicio de la soberanía y de las competencias de los órganos constituidos del poder público estatal, debiendo todas las normas internas del Estado y todos los actos de sus órganos y autoridades conformarse materialmente a los contenidos sustanciales de dicho bloque.²²³

Otras de las fuentes constitucionales a tener en cuenta por su constante contraste dentro de la doctrina y la jurisprudencia nacional a la hora de evaluar la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos son los arts. 6 y 7 de la Constitución²²⁴, los cuales son caracterizados como los principios de *supremacía*

²²¹ “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

²²² Corte Suprema, Rol 469-98, de 9 de septiembre de 1998 y Corte Suprema, Rol 559-2004, de 13 de diciembre de 2006.

²²³ Nogueira (2018), pp. 124-128.

²²⁴ Artículo 6° Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

constitucional y de *juridicidad* que imperan dentro del ordenamiento jurídico chileno, dichas normas revelan que el Estado de derecho se refiere a un orden imparcial y objetivo, en el cual la Constitución por su vinculación directa, es decir, por su relación con todas las partes del sistema jurídico y con todas las personas públicas y privadas, obliga a toda persona, asociación o grupo a su cumplimiento.²²⁵ Dichas disposiciones son esenciales para entender esta discusión ya que si bien, podemos comprender dichos principios con una interpretación favorable a la aplicación de preceptos, principios e interpretaciones del sistema americano de derechos humanos, entendiendo que estamos en un sistema de imperio de derecho y no de ley, comprendiendo el derecho convencional internacional ratificado y vigente dentro del derecho interno con una fuerza normativa de aplicación preferente.²²⁶ Dicha postura doctrinal se tensiona en la práctica frente al entendimiento del principio de seguridad jurídica que inviste a los actos de las autoridades públicas tanto en la emisión de actos administrativos, como en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los tribunales de justicia, ya que dichas entidades de derecho público al enfrentarse con situaciones en donde es menester aplicar el estándar de protección de derechos humanos establecidos en interpretaciones de la Corte IDH (Por ejemplo: en materia de inmigración infantil en torno al contenido de la OC 21/14, en materia de ajusticiamiento del derecho al medio ambiente a personas o entidades fuera de su jurisdicción territorial en base a la OC 23/17 o de discriminaciones a parejas del mismo sexo en base al contenido de la OC 24/17), tensionan su ejercicio con la aplicación de las normas de derecho interno, las cuales son de orden público y no admiten interpretaciones extensivas en aplicación estricta de los principios de supremacía constitucional y de juricidad, creando la discusión

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Artículo 7° Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

²²⁵ Correa y Ruiz-Tagle (2010), p. 143.

²²⁶ Véase, Zúñiga (2017), p. 554. En la misma línea, Nogueira (2018), p. 140.

que se abordó en la sentencia rol N°33.316-2019 la cual será óbice de nuestro análisis.

4.1.1.2. Fuentes de Derecho internacional

Para nuestro análisis, es necesario tener en cuenta múltiples disposiciones contenidas en la CADH. Además del art. 64, el cual fue analizado en el párrafo 1.1. Es necesario considerar lo dispuesto en sus arts. 62.1 y 62.3, los cuales indican que los Estados Parte al momento de su ratificación o adhesión a la Convención pueden declarar que reconocen como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación y que entregan a la Corte la competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH siempre que el Estado Parte reconozca dicha competencia.²²⁷ Cabe señalar a su vez que dichas competencias están reconocidas por el Estado de Chile de forma expresa.²²⁸

Como señala García Ramírez: *“La CADH confiere a la Corte atribuciones para resolver en materia de interpretación o aplicación de la Convención. Ese Tribunal es, por lo tanto, el intérprete calificado del Pacto de San José -como de otros instrumentos que le confieren competencia material: sobre tortura, desaparición forzada y derechos económicos, sociales y culturales en el área americana-, llamado a fijar el sentido y el alcance de sus estipulaciones. En este sentido, cumple un papel análogo al que, en su propio ámbito, corresponde a las cortes o tribunales constitucionales establecidos para fijar, conforme a un criterio inexorablemente*

²²⁷ “1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”

²²⁸ Decreto Promulgatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos N°873, de Relaciones Exteriores, de 23 de agosto de 1990, letra b): *“el Gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativo a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62”.*

progresivo -que relea sistemáticamente, con mirada contemporánea, los textos escritos años atrás, bajo otras circunstancias-, el significado de las fórmulas supremas del Derecho interno."²²⁹

Por otra parte, se debe tener en cuenta como núcleo del desarrollo de los criterios de utilidad que invisten el desarrollo de la competencia consultiva el art. 2 de la CADH²³⁰, por el cual los Estados Parte *se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.* Además, es necesario tener presente las normas contenidas en el Título III reglamento de la CADH, las cuales se refieren a la interpretación de la Convención, de otros tratados y de las leyes internas de los Estados americanos en el ejercicio de su competencia consultiva, así como su procedimiento, contenido y límites.²³¹

Por último, normas importantes a tener en cuenta dentro del análisis las encontramos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la cual constituye un tratado basal en lo que respecta la regulación de las relaciones jurídicas entre Estados, de la cual se desprenden diversos pasajes que nos son útiles para nuestro análisis, como el principio *pacta sunt servanda*. la regulación de la relación entre el derecho interno y la observancia de los tratados y el principio de interpretación de buena fe de los tratados.²³²

²²⁹ García (2005), p.4.

²³⁰ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

²³¹ Arts. 70, 71, 72, 73, 74 y 75 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

²³² Arts. 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

4.1.2. Reflexiones acerca de las discusiones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica y el carácter vinculante de las opiniones consultivas.

Queda reflejado hasta ahora a lo largo de esta investigación que el carácter vinculante de las OCs es un tema ampliamente discutido desde el comienzo de las funciones de la Corte IDH, el cual ha ido mutando su entendimiento por parte de la Corte y a la par ha generado diferentes posturas dentro de la doctrina. Aun con esto podemos tomar en cuenta algunos factores relevantes que nos hacen adoptar ciertas posiciones dentro de este debate.

Primeramente, creemos que el derecho internacional de los derechos humanos no puede ser entendido en si mismo como una disciplina estática ni con normas de carácter pétreo, creemos que así como la sociedad históricamente ha ido desarrollando estándares de libertad y de igualdad que se han adaptado a la realidad temporal y física en donde se aplican, la protección de los derechos humanos ha ido respaldando dicha evolución, en donde dichos estándares progresivos deben ser aplicados dentro del entendimiento del valor de las OCs en nuestro país. Así interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que se basan principalmente en las diferenciaciones entre las competencias de la Corte IDH que se señalan en las OCs 1/82 y 3/83, no atienden al desarrollo basto y cambiante que ha tenido la Corte en sus más de 40 años de existencia, desarrollando estándares de interpretación y doctrinas aplicadas en todos sus ámbitos de competencia con el fin de cumplir su tarea última: la protección de los derechos humanos. Así los antiguos jueces que integraron la Corte IDH en sus inicios se manifestaron acerca del alcance de las OCs en un contexto donde siquiera se ejercía y reconocía su competencia contenciosa. De dichas interpretaciones se rescatan hoy en día bases jurídicas y fundamentos que la misma Corte continúa citando en el ejercicio de sus funciones, pero rescatando los aspectos que son aplicables a los estándares que ha desarrollado, como la caracterización amplísima de la competencia consultiva de la Corte y algunos criterios de admisibilidad entre otros.²³³

²³³ Véase por ejemplo en las últimas opiniones consultivas: OC 28/21, párr. 11 y OC 27/20, párr. 23.

Otro aspecto que nos parece importante destacar es que aun con todas las críticas que reciben los defensores del carácter vinculante de las OCs, sus críticos reconocen en aquellas un valor que ha de ser tomado en consideración, constituyendo reflexiones jurídicas altamente reconocibles que provienen de un Tribunal de alta jerarquía, en donde el mismo tratado que establece su competencia reconoce su carácter de interprete máximo. Además, es menester recalcar que las opiniones consultivas provienen de un ejercicio interpretativo reglado, que considera a todos los Estados del sistema americano como interesados dentro del proceso, en donde se les otorga la oportunidad a todos los Estados y organizaciones interesadas entregar su mirada dentro de la controversia interpretativa que se discute, las cuales la Corte puede tomar en consideración para ejercer su interpretación. La competencia consultiva y sus opiniones están lejos de ser un ejercicio académico o una mera agrupación de citas, a nuestro parecer constituye un ejercicio jurisdiccional que proviene de un órgano naturalmente jurisdiccional, en donde se presenta una controversia de interpretación con el fin que la Corte IDH establezca cuales son los alcances y sentidos de normas que obligan a todos los Estados miembros, criterios que por más restrictiva que pueda ser su interpretación guían a los Estados en torno a como se deben entender los contenidos del tratado al que están sujetos y señalan los márgenes a los que se sujetan dichos Estados para no recaer en violaciones a los derechos humanos y para propender a su protección.

En tercer lugar, creemos necesario señalar que entendemos la pertenencia de los estados miembros de la CADH como actos soberanos y de autoridad, por los que los Estados pusieron sus acciones políticas, jurídicas y públicas en manos de un sistema que propende a la protección de los derechos humanos, con lo cual dichos Estados se deben someter a los patrones que dicho organismo establezca, debiendo controvertir el contenido de sus pronunciamientos solo en aquellos casos en donde la interpretación realizada por la Corte propenda de forma más atenuada a la protección de los derechos humanos de los habitantes del Estado americano, contrastando la normativa interna del país y estableciendo su salida de la CADH si el Estado miembro decidiera en un proceso de deliberación que cumpla los

estándares mínimos y el respeto de la dignidad de los habitantes de su Nación que no desea aplicar ni las normas de la Convención, ni los estándares jurisprudenciales que desarrolla la Corte IDH.

Por último, es menester señalar que entendemos que la Corte IDH ha dejado en claro que sus interpretaciones materializadas en opiniones consultivas deben ser obedecidas y cotejadas por parte de los Estados que han ratificado la CADH, sosteniendo en base a un criterio jurisprudencial sólido e incuestionable que el control de convencionalidad que deben realizar los órganos legislativos y jurisdiccionales de los Estados Parte deben a su vez, ejercerse en base a lo que se exprese en sus opiniones consultivas, al compartir estas el mismo fin que sus pronunciamientos contenciosos, la protección de los derechos humanos. Aun con esto, creemos que los medios para materializar dicho deber no han sido clarificados del todo por parte de la Corte IDH, compartiendo la aplicación de las interpretaciones contenidas en opiniones consultivas los mismos desafíos que ha asumido la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad en el plano interamericano.

4.2. Los roles que han tenido las opiniones consultivas en la jurisprudencia de la Corte Suprema

A lo largo de esta investigación se vislumbran diferentes aplicaciones del contenido de las OCs dentro de las sentencias de la Corte Suprema, las limitadas sentencias en donde encontramos referencias directas a dichos pronunciamientos nos permiten encasillar su uso dentro de la judicatura chilena en cuatro categorías que pasaremos a exponer.

4.2.1. Rol esclarecedor del sentido y alcance de un derecho fundamental.

Como se ha señalado desde la OC 1/82, las opiniones consultivas poseen el rol de coadyuvar a los Estados americanos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales en lo que concierne a la protección de los derechos humanos.²³⁴ En dicho sentido, la misma Corte afirma que dentro de los fines de las OCs se

²³⁴ OC 1/82, párr. 25.

encuentran los de desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales protectoras de derechos humanos.²³⁵

En aquella línea podemos vislumbrar en varias sentencias de la Corte Suprema el uso de interpretaciones expresadas en OCs para explicar el verdadero sentido y alcance de un derecho fundamental en el sistema jurídico chileno, el cual tiene el deber de estar en concordancia con la CADH y los demás tratados internacionales de derechos humanos por mandato constitucional.

Por ejemplo, en la sentencia rol N°21264-2020 se analizó el alcance que tiene el deber del juez de expresar las consideraciones de hecho y derecho que le sirven de fundamento para sustanciar su fallo, deber establecido en el art. 170 del Código de Procedimiento Civil. La sentencia señala que si bien, dicho requisito emana de una disposición legal, a mayor escala forma parte de las garantías del debido proceso, derecho fundamental protegido a nivel nacional e internacional, ya que determina y afecta las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial en conformidad a lo establecido por la Corte IDH en la OC 9/87, por lo que se extiende a diversos tipos de procedimientos y debe ser asegurado por la judicatura por mandato constitucional.

Otras sentencias que podemos encasillar en este tipo de rol son los roles N°18252-17 y N°70584-16, en dichas sentencias se explica que el *principio de no discriminación* por identidad de género contenido en la CADH ha sido desarrollado y explicado a través de la competencia consultiva de la Corte IDH, en donde se han establecido parámetros que se deben tener en cuenta para que un Estado proteja de forma correcta la no discriminación de personas por su identidad de género y la extensión de dicha prohibición, la cual cubre intervenciones quirúrgicas y de terapia hormonal para llevar a cabo el cambio de sexo. Dichas interpretaciones de la Corte IDH permitieron a la CS determinar el alcance de un derecho que no está positivizado en la Constitución, esclareciendo la forma en que está protegido en la

²³⁵ OC 21/14, párr. 18.

CADH y las formas materiales de como dicho derecho es un límite a los Estados dentro del panorama americano.

Por último, podemos ver como las OCs 18/03 y 24/17 cumplen este rol en la sentencia rol N°97283-20, al establecer que dentro del derecho de igualdad ante la ley asegurado en nuestra Constitución y en numerosos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, se incluye el principio de *no discriminación*, el cual surge de la dignidad esencial y la naturaleza misma de la persona humana y ha entrado en el dominio del *ius cogens*. La CS razona que el alcance que la Corte IDH le ha dado a dicho principio permea todo el andamiaje del orden público nacional y el ordenamiento jurídico en su totalidad. Dicho argumento es esencial en la cadena de razonamiento que sostiene la CS en este caso, ya que si el sistema jurídico chileno asegura el principio de no discriminación por razones de género en los términos que la Corte IDH ha señalado como interprete autorizada de la CADH, dicho principio permea a todas las instituciones de orden público del país y dichos órganos deben permitir el acceso a las personas que buscan asegurar su derecho a la identidad de género a las herramientas que requieran para la superación de dicha discordancia entre su cuerpo y su orientación sexual, lo cual de no ser así constituiría una vulneración a los derechos de igualdad, de identidad sexual y de acceso a la salud. En nuestra apreciación, aunque la CS no lo indique textualmente, dicha sentencia además de reflejar el rol esclarecedor que tienen las OCs al interpretarse las garantías fundamentales que asegura la Constitución, es un claro ejemplo (aunque no se señale textualmente de esa forma) de la aplicación de pronunciamientos realizados por la Corte IDH en sede consultiva a través del control de convencionalidad interno, en donde se cotejaron las normas que regulan la contratación de seguros de salud con ISAPRES con los parámetros de convencionalidad que nuestro país tiene el deber de asegurar.

4.2.2. Rol de esclarecedor de derechos que no están regulados en la legislación positiva del país.

Las sentencias roles N°18252-17 y N°70584-16 también nos permiten vislumbrar otro rol fundamental que han cumplido las OCs al momento de aplicarse por la CS,

el rol de establecer el contenido de derechos que no se encuentran regulados por la legislación nacional y de los cuales no se tiene una noción sobre su contenido y aplicación a través de métodos o requisitos regulados a nivel legal en Chile. Dicho problema encuentra solución el recurrir a los pronunciamientos consultivos de la Corte IDH, el cual como órgano autorizado por el Estado de Chile a ser interprete último de la CADH si se ha pronunciado sobre ciertos derechos protegidos por el sistema interamericano que no encuentran expresión en la ley chilena.

En dicha línea el derecho a la identidad y los derechos que emanan de ella (como el derecho a la orientación sexual, a la identidad de género y a la expresión de género) son derechos fundamentales protegidos por la CADH que han sido plenamente desarrollados a nivel jurisprudencial por la Corte IDH, siendo entendidos dentro de la legislación chilena como límite al poder soberano, entendiendo la CS dichas interpretaciones establecidas en OCs como la 24/17 como *autoritativas* para Chile, a menos que todos los Estados Partes mediante un protocolo u otro instrumento que enmiende la Convención decidan reemplazar esta interpretación autoritativa por su propia “interpretación auténtica.”²³⁶

4.2.3. Rol esclarecedor de la jerarquía de un cierto derecho en el caso de una colisión de derechos fundamentales.

Al momento de colisionar dos o más derechos fundamentales en un litigio, en donde los intereses constitucionales favorecidos y perjudicados de las partes deben ser evaluados por el juez, el ejercicio de ponderación de garantías constitucionales se ha visto influenciada por interpretaciones realizadas por la Corte IDH a través de su competencia consultiva.

Dentro de la jurisprudencia analizada podemos vislumbrar casos en donde se produce esta colisión, como por ejemplo, en el conjunto de casos que versan sobre el derecho a la libertad de expresión como *pieza angular de una sociedad democrática*. Dicha locución usada en la OC 5/85 y replicada en numerosas sentencias contenciosas de la Corte IDH es utilizada en la totalidad de los casos

²³⁶ Corte Suprema, Rol N°70584-16, de 29 de mayo de 2018, considerando 8.

presentados para inclinar la balanza en favor al derecho de libertad de expresión en el ejercicio de ponderación de derechos fundamentales. Tanto en la OC como en las sentencias citadas se explica que la libertad de expresión no solo abarca el derecho a emitir y manifestar opiniones, sino que se extiende al derecho a la información de las personas, por lo que es un derecho social que asegura el estado democrático de derecho. Por lo tanto, dicho pronunciamiento consultivo es utilizado para realizar una ponderación de derechos fundamentales en relación a la interpretación de garantías fundamentales internas. Por ejemplo, en la sentencia Rol 26124-2018, se determinó proteger la emisión del reportaje de televisión que se solicitaba no transmitir, por supuestamente menoscabar el honor de los menores involucrados, ya que se debe proteger el derecho a la libertad de expresión del canal de televisión recurrido frente al perjuicio a la libertad de información de la sociedad al exponer las graves falencias que existen en relación con el sistema de adopción de nuestro país y de las instituciones encargadas de su administración.

4.2.4. Rol de consagrar facultades que se pueden inferir de interpretaciones a la CADH.

En ciertos casos, la CS ha recurrido a la cita de OCs para delimitar la existencia de una facultad o potestad que posee el Estado de Chile que se infiere de interpretaciones de la Corte IDH realizadas en sede no contenciosa. Así en casos como el rol N°6251-2005, la CS define la noción de *orden* público a través del concepto contenido en la interpretación de dicha figura jurídica dentro de la OC 5/85, señalando que el sistema chileno permite restringir el derecho a la libertad de expresión de las personas *en pos* del orden público. Catalogamos dicha cita como una inferencia, ya que en dicho párrafo de la OC 5/85 se señala textualmente que dicho pasaje es solo una *acepción posible* de la locución *orden público* dentro del marco de la CADH.²³⁷ Dicha opinión se encarga principalmente del análisis e interpretación de los límites que se pueden imponer al derecho a la libertad de expresión entre los que se encuentra el aseguramiento del orden público nacional. Incluso posteriormente la Corte desarrolla la limitación del art. 32.2 de la CADH

²³⁷ OC 5/85, párr. 64.

señalando que dicha disposición no es aplicable de forma automática y opera en casos especiales.²³⁸

A su vez, consideramos que dicho rol se cumple en el caso rol N°50.696-2020, ya que como indicamos en párrafos anteriores, dicha sentencia realiza una cita en donde se infiere de una expresión que versa sobre los estándares mínimos que debe asegurar el Estado para procesar a personas migrantes dentro del país en conformidad a la CADH, la facultad inherente del Estado de expulsar personas de nacionalidad extranjera de su territorio, lo cual como señalamos, es más cercano a una deducción en base al pasaje citado que la utilización de un parámetro de convencionalidad establecido textualmente en la OC 18/03.

4.3. El valor de las opiniones consultivas en la jurisprudencia la Corte Suprema.

Hemos podido vislumbrar como la CS ha recurrido a la interpretación en sede consultiva de la Corte IDH en pocas ocasiones (menos de 30 si consideramos incluso las referencias realizadas solo en votos de minoría). De dichas sentencias podemos extraer ciertos razonamientos sobre cual es la posición que tiene la CS en relación con el valor que tienen las OCs en nuestro país.

En primer lugar, la CS reconoce como *interprete último* de la CADH a la Corte IDH. Dicho reconocimiento lo vimos reflejado en las diversas sentencias analizadas, pero incluso se puede encontrar como una declaración asentada en la jurisprudencia general de la CS.²³⁹ Como pudimos vislumbrar en las sentencias relativas al *derecho a la identidad de género*, la CS incluso ha señalado que la Corte IDH es el órgano a quien los Estados Parte de la CADH encargan la aplicación y la interpretación *autoritativa* del tratado.²⁴⁰ Como analizamos en las discusiones

²³⁸ Cfr. OC 5/85, párrs. 65-67.

²³⁹ Véase por ejemplo las sentencias Corte Suprema Rol N°28212-19, de 6 de marzo de 2020, considerando 7, Corte Suprema Rol N°79496-20, de 12 de abril de 2020, considerando 4, Corte Suprema Rol N°31923-19, de 13 de abril de 2020, considerando 4, Corte Suprema Rol N°20163-19, de 5 de mayo de 2020, considerando 7, Corte Suprema Rol N°79499-20, de 20 de mayo de 2020, considerando 4, Corte Suprema Rol N°42870-20, de 21 de julio de 2020, considerando 4 y Corte Suprema Rol N°79498-20, de 28 de diciembre de 2020, considerando 4.

²⁴⁰ Corte Suprema Rol N°70584-20, de 29 de mayo de 2018, considerando 8.

doctrinales en relación al carácter vinculante de las OCs, el hecho de ser la Corte un órgano legitimado para dar una interpretación final de la Convención, en base a las competencias que le otorga el art. 62 de la CADH, hace que para una parte de la doctrina sus interpretaciones enunciadas tanto en sede contenciosa como en sede consultiva sean vinculantes, pero para otra parte de la doctrina, implica solo una interpretación de una autoridad reconocida por su jerarquía pero sin carácter obligatorio o vinculante para los Estados. Aun con todo, la CS al referirse directamente al deber de los Estados de realizar el control de convencionalidad en base a las OCs señaló que el carácter de interprete autorizado de la CADH no implica que dichos pronunciamientos tengan carácter vinculante u obligatorio.²⁴¹

En segundo lugar, la CS suele citar las OCs dentro de sus sentencias en conjunto con otras normas internacionales de derechos humanos y/u otras sentencias de carácter contencioso de la Corte IDH, por ejemplo, en sentencias como el rol 21264-2020, cita la interpretación que la Corte IDH realiza en la OC 9/87, la cual se indica que se replica en tres de sus sentencias contenciosas. A su vez, otros fallos como los roles N°70584-2016 y 97283-2020 recurren a la cita de numerosos instrumentos internacionales y sentencias contenciosas, además de las interpretaciones expresadas en las OCs 18/03 y 24/17 para realizar la argumentación de su fallo. De esta forma en la totalidad de las sentencias a las que hicimos referencia anteriormente, en ninguno se realizó una interpretación solo en base al contenido de una o más OCs, sino más bien, dichos instrumentos son solo una parte de los múltiples elementos citados por la Corte para señalar el alcance de un derecho, recurriendo a pronunciamientos realizados por la Corte IDH en ejercicio de sus dos competencias o haciendo referencia a derechos interpretados que se consagran en una gran lista de instrumentos internacionales que se citan para afirmar su importancia en el panorama internacional.

Dicha forma de referenciar las OCs dan cuenta que las citas realizadas por la CS no se basan en su totalidad en el contenido del pronunciamiento consultivo, sino más bien dichos razonamientos son anexados como dictámenes que la Corte IDH

²⁴¹ Véase Corte Suprema, Rol N°33316-19, de 20 de julio de 2020, considerando 19.

ha afirmado en múltiples instancias y que pasan a ser parte de sus bases jurisprudenciales, lo cual a nuestro parecer le resta valor a la OC, ya que si la CS le reconociera un valor vinculante en sí mismo a dicho instrumento, su sola referencia bastaría para fundamentar el alcance del derecho fundamental interpretado, sin la necesidad de citar tantos instrumentos y sentencias contenciosas. La CS incluso ha anexado citas a fallos de tribunales de otras jurisdicciones para realzar y solidificar sus argumentos).²⁴²

En tercer lugar, consideramos que la jurisprudencia de la CS es contradictoria si se contrasta el contenido del rol 33316-2019 con otros pronunciamientos del mismo Tribunal. Por ejemplo, el primero afirma en más de una ocasión que la OC 24/17 no es una sentencia emanada de un órgano que ejerza jurisdicción, siendo que en sentencias analizadas se engloban la OCs dentro de la noción de *jurisprudencia* de la Corte IDH. A su vez, la sentencia referida señala que las OCs constituyen llamamientos a los Estados en orden a adecuar su legislación interna a la interpretación de la Corte IDH, siendo que en otras sentencias se establece que los principios que emanan de la competencia consultiva impregnan toda la actuación del poder del Estado, porque se relacionan directamente con el respeto y garantía de los derechos humanos. También, es necesario señalar la contradicción que se da en torno a la caracterización de las interpretaciones de la Corte IDH, siendo que en el fallo comentado se afirma que las OCs constituyen meros llamamientos a la adaptación de la legislación interna de un Estado Parte e incluso se afirma que resulta discutible la potestad de ejecución e imperio de su contenido²⁴³, siendo que en otras sentencias se afirma que las interpretaciones de la Corte IDH tienen carácter de *autoritativas* para Chile, a menos que todos los Estados parte de la Convención enmienden el instrumento o Chile salga del sistema interamericano de protección de derechos humanos.²⁴⁴

²⁴² Por ejemplo, como sucede en el rol 33079-2020 en donde se llegan a citar múltiples sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos. Corte Suprema, Rol N°33079-20, de 18 de agosto de 2020, considerando 5.

²⁴³ Corte Suprema, Rol N°33316-19, de 20 de julio de 2020, considerando 14.

²⁴⁴ Corte Suprema, Rol N°70584-16, de 29 de mayo de 2018, considerando 8.

Por último, en ninguna de las sentencias (salvo en el rol 33316-2019 en donde se niega su efecto en la judicatura nacional) se hace referencia al deber que tienen los tribunales chilenos de realizar el debido control de convencionalidad sobre la base de lo que se indica la corte IDH en sus pronunciamientos consultivos y, aunque reconocemos que dicho ejercicio se ha realizado en ciertos casos sin hacer referencia al control de convencionalidad de forma textual, la CS misma ha reconocido que dicho control no se puede realizar en base de pronunciamientos consultivos ya que no constituyen jurisprudencia propiamente tal de la Corte IDH.²⁴⁵

Todos estos razonamientos nos llevan a afirmar que si bien, la CS no adscribe o rechaza alguna posición doctrinal en torno al carácter vinculante de las OCs dentro de la judicatura chilena, dicho Tribunal utiliza los pronunciamientos consultivos para complementar el alcance y la interpretación de ciertos derechos, figuras jurídicas y principios que se encuentran amparados en la legislación nacional (como las nociones de orden público y el derecho a la información) o del alcance de derechos desarrollados principalmente en instrumentos internacionales que son parte de nuestra legislación por el mandato del art. 5 inciso 2 de la Constitución (como el derecho a la identidad, el principio de no discriminación a las personas por su identidad sexual y el principio *pro homine* entre otros). Todas estas referencias son utilizadas en su mayoría como citas con un impacto atenuado (utilizando la tipología de manifestaciones que expusimos de Laura Clérico),²⁴⁶ es decir como simples citas a argumentos de la Corte IDH al ejercer sus competencias, pero que no llegan a manifestarse con un impacto mayor o vinculante, al no justificar de forma sólida y contundente el *holding* o la base de las sentencias reseñadas, ni utilizarse como un parámetro de convencionalidad para cotejar normas internas con los instrumentos internacionales suprimiendo la aplicación de la legislación nacional que vaya en contra de la CADH interpretada por la Corte (siendo que vislumbramos que en la práctica se da en ciertos casos sin hacer alusión expresa a dicho control). Aquel carácter nos hace alejar a la jurisprudencia de la CS de posiciones doctrinales favorables a la aceptación del carácter vinculante de los pronunciamientos

²⁴⁵ Corte Suprema, Rol N°33316, de 20 de julio de 2020, considerando 14.

²⁴⁶ Cfr. Clérico (2020), min.1:19:07.

consultivos de la Corte IDH y acercarlos más a aquellas posiciones que si bien no le reconocen un valor jurídico vinculante a dichos pronunciamientos, los consideran interpretaciones realizadas por un Tribunal de alta autoridad moral, jerárquica y científica, las cuales sirven para delimitar el alcance de ciertos derechos fundamentales con el fin de coadyuvar su entendimiento dentro de las judicaturas de los Estados Parte de la CADH, y a su vez entregan nociones que asistan a dichos Estados a no contravenir el sistema de protección interamericano de derechos humanos y comprometer su responsabilidad internacional, entendiendo que las interpretaciones realizadas a través de pronunciamientos consultivos carecen de valor vinculante y su contenido no puede ser aplicado por la judicatura nacional, ya que no revisten la forma de una sentencia contenciosa.

Aun con todo, existen sentencias y pasajes que acercan a la CS a la posición que valora el carácter vinculante de las OCs, principalmente en los pasajes analizados que se refieren al *carácter autoritativo* de las interpretaciones de la Corte IDH, lo cual sumado a las nociones contradictorias anteriormente expuestas dejan la puerta abierta a un giro jurisprudencial que vaya de la mano con la evolución del entendimiento de las competencias no contenciosas que la misma Corte IDH ha expresado en sus opiniones consultivas.

4.4. Análisis crítico de la posición de la Corte Suprema en relación al carácter vinculante de las opiniones consultivas.

Habiendo delimitado el valor que han tenido las OCs dentro de la jurisprudencia de la CS, cabe señalar los aspectos críticos que consideramos dentro de la sentencia rol 33316-2019, en la cual la CS se manifiesta acerca de su posición en relación al carácter vinculante de las OCs en el sistema jurídico chileno. Para dicho análisis separaremos ciertas afirmaciones sobre dicha disputa, entregando nuestra posición en torno a dichas hipótesis las cuales en parte justificarán lo señalado por la CS y criticará ciertos aspectos que consideramos negativos dentro de sus razonamientos, ya que no adscriben a lo que ha señalado la misma Corte IDH dentro de su jurisprudencia contenciosa y consultiva.

4.4.1. La Corte Suprema afirma que las opiniones consultivas no son sentencias emanadas de un órgano que ejerza jurisdicción.

Consideramos que dentro de esta afirmación existe un aspecto que sigue una línea que la Corte IDH siempre ha defendido: Las opiniones consultivas son diferentes a las sentencias pronunciadas en sede contenciosa y sus efectos jurídicos no son iguales. Dicha idea ha sido reafirmada por la misma Corte al señalar sostenidamente en su jurisprudencia que los pronunciamientos que emiten en cada una de sus sedes difieren, contemplándose una normativa específica para aplicar cada una, poseyendo cada una competencias *ratione personae* y *ratione materiae* diferentes, no existiendo un pronunciamiento de carácter litigioso en las OCs y contemplando efectos jurídicos distintos.

Dejando esto en claro, diferimos con la afirmación que señala que las OCs no provienen de un ejercicio jurisdiccional, ya que dichos pronunciamientos no provienen de un ejercicio *motu proprio* de la Corte IDH en busca de interpretar la CADH, sino de un procedimiento reglado y razonado, dentro del marco de sus competencias, en el cual se entregan garantías de participación a los Estados americanos para entregar los fundamentos que consideren necesarios para que la Corte entregue una interpretación que permita la protección de los derechos humanos, los cuales son notificados de su solicitud y veredicto. A su vez como hemos expuesto, las OCs no se limitan a señalar el mero sentido y alcance de una norma, sino a su vez se pronuncia sobre las medidas y los medios por los cuales los Estados deben respetar los derechos interpretados, en conformidad al mandato del art. 2 de la CADH. Por último, como señalan las últimas ocho opiniones consultivas emitidas por la Corte, dichas interpretaciones forman parte del parámetro del control de convencionalidad que deben realizar los estados parte compartiendo el mismo fin último que sus sentencias de carácter contenciosas, la protección de los derechos humanos.

4.4.2. La Corte Suprema justifica el actuar de órganos estatales en contra del estándar interamericano en base al respeto del derecho interno, la seguridad jurídica de la legislación nacional y el principio de supremacía constitucional.

En el rol 33316-2019 la CS expresa que en el caso de marras no se está en presencia de un acto discriminatorio por parte del Estado, sino antes bien, ante una estricta aplicación de la legislación vigente sobre la materia, y a su vez afirma que no se escuda en disposiciones de derecho interno para restringir derechos fundamentales ya que ha expresado su opinión favorable respecto a las iniciativas de ley de adopción homoparental que se han promovido en Chile. Señala que en definitiva se respeta *la vigencia del derecho interno y la seguridad jurídica, así como también el valor del pluralismo y la diversidad de pareceres que existen y deben existir en el seno de una sociedad democrática.*²⁴⁷

En dichos casos consideramos en general que los argumentos que se centran en desconocer el carácter obligatorio de los instrumentos internacionales de derechos humanos y su alcance determinado a través de las interpretaciones de sus órganos autorizados, en base a la vigencia del derecho interno y la protección de la seguridad jurídica, no consideran el alcance de los principios que ha establecido el derecho internacional de los Estados en relación a la observancia, aplicación e interpretación de los tratados, así los incisos primeros de los artículos 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señalan:

“27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

²⁴⁷ Corte Suprema, Rol N°33316, de 20 de julio de 2020, considerandos 12 y 13

Dichos principios fundamentales han sido incluso destacados por la Corte IDH en ejercicio de su competencias contenciosas y consultivas al señalar que:

*“(...) Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno.”*²⁴⁸

Dichos principios unidos al deber de los Estados Parte establecido en el art. 2 de la CADH de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, no permiten a los Estados Parte como Chile sostener que no se está violando el estándar de protección de derechos humanos en base a normativa de derecho interno, aun siendo esta de orden público, lo cual podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado ya que es deber de todos los Estados Parte de la CADH garantizar los derechos fundamentales reconocidos en la convención, lo que implica a su vez organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar y garantizar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.²⁴⁹

A su vez, las líneas argumentales que señalan que la defensa de los derechos humanos a través de la vía judicial está limitada por el ejercicio soberano de los Estados, no consideran que la misma Carta Fundamental chilena limita el ejercicio del poder soberano ante los derechos que emanan de la naturaleza del ser humano y que ni siquiera en sus orígenes la soberanía fue visualizada como el “poder absoluto y perpetuo” del Estado, ya que como señala Sagüés citando a Bodin: “... no era una herramienta sin cortapisas que servía para cualquier cosa, sino que tenía

²⁴⁸ OC 14/94, párr. 35. Véase también Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 59, Corte IDH, *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de noviembre de 2009, párr. 5, Corte IDH *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de noviembre de 2009, párr. 5.

²⁴⁹ Ferrer y Pelayo (2012), p. 154.

sus límites: el derecho divino, las leyes naturales, la justicia, las leyes fundamentales (legis imperii), los contratos pactados con los súbditos y con el extranjero, y el ius gentium. El cumplimiento de las promesas, por el soberano, era un acto obligado, del mismo modo en que Dios está ligado por las suyas."²⁵⁰ La aparición del derecho internacional de los derechos humanos permitió que los Estados ya no pudiesen sostener la idea tradicional de soberanías ilimitadas y libres de cualquier control externo y que el respeto de los derechos de los individuos sea un asunto de carácter doméstico.²⁵¹ Asimismo, dichas líneas argumentales no consideran como expusimos que la ratificación del Estado de Chile a la CADH comprometió el sometimiento a la autoridad contenciosa e interpretativa de la Corte IDH.²⁵²

Incluso, si se argumentara que las decisiones de no legislar medidas dentro del margen del sistema interamericano de derechos humanos fueron adoptadas dentro de un régimen democrático que cumple con los estándares internacionales de participación ciudadana, la sola existencia de dicho régimen no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana.²⁵³

4.4.3. La Corte Suprema afirma que las opiniones consultivas constituyen llamamientos a adoptar medidas legislativas a los Estados Parte de la CADH.

La CS al señalar que las OCs no constituyen propiamente tal, sentencias que emanan de un órgano que ejerce jurisdicción, indica que la OC 24/18 constituye más bien, un llamamiento a los Estados en orden a adecuar su legislación interna a la interpretación que la Corte IDH hace del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Consideramos que existen dos argumentos interconectados que la CS expone para señalar aquella hipótesis: 1) La OC 24/17 expone que la medida más sencilla para

²⁵⁰ Cfr. Sagüés (1978), pp. 74-77.

²⁵¹ Buergenthal (1989), p. 12.

²⁵² Véase supra 4.1.1.2.

²⁵³ Corte IDH (2011): *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

asegurar el derecho a la Identidad de género, de igualdad y la no discriminación a parejas del mismo sexo, es que los Estados Parte impulsen reformas legales para adecuar sus ordenamientos internos con el fin de garantizar que personas del mismo sexo tengan el derecho a contraer matrimonio, así como los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.²⁵⁴ 2) La CS al no reconocer un carácter vinculante a las OCs, les otorga el efecto jurídico de ser recomendaciones que da a los Estados Parte para el respeto de los derechos asegurados en la CADH, y en el caso de la OC 24/17 sería la recomendación de adecuar la legislación nacional para proteger los derechos a los que nos referimos anteriormente.

Estimamos que dicha interpretación es incorrecta y deriva de la complejidad del entendimiento de las OCs y de la evolución que han tenido como instituciones jurídicas por parte de la Corte IDH.

Como señalamos en el punto 5.4.1, las opiniones consultivas son diferentes a las sentencias contenciosas, pero poseen *efectos jurídicos innegables* los cuales tienen el fin no solo de establecer el alcance y sentido de una norma convencional sino que, también prestan una utilidad concreta dentro de la realidad regional de cada Estado Parte, coadyuvando al cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre derechos humanos, en donde se determinan principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplir, entre otras la definición y el desarrollo de políticas públicas que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.²⁵⁵ La Corte IDH también ha señalado en numerosas ocasiones que la CADH obliga a todos los órganos del Estado Parte incluidos sus poderes judiciales y legislativos, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél.²⁵⁶

²⁵⁴ Corte Suprema, Rol N°33316, de 20 de julio de 2020, considerando 9. Dichas citas se realizaron en base al contenido de los párrs. 198, 199, 217, 218 y 219 de la OC 24/17.

²⁵⁵ Cfr. OC 21/14, párrs 28 y 29.

²⁵⁶ Entre otros: Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93, 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, párr. 124, Corte IDH (2010): *Caso Cabrera*

Opinamos que dicha afirmación de la CS deriva de la sugerencia que la OC 24/17 realiza a los Estados Parte sobre la adecuación de normas internas en relación a las normas interpretadas, pero como señalamos dicha afirmación es en parte incorrecta ya que el contenido de una OC obliga a todos los órganos del aparato estatal a realizar el control de convencionalidad en base a sus interpretaciones expresadas mediante pronunciamientos consultivos.

4.4.4. La Corte Suprema señala que el control de convencionalidad solo recae sobre sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La CS afirmó que: *“el control de convencionalidad presupone atender a la jurisprudencia e interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, resulta discutible asignarle el carácter de jurisprudencia a la Opinión Consultiva N°24/17 por las razones ya latamente expuestas en los motivos que preceden”* (...), señalando posteriormente que: *“esta Corte no discute que la CIDH (refiriéndose a la corte IDH) resulta ser el intérprete último de la Convención Americana y, en general, del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Lo que se cuestiona es que una Opinión Consultiva pueda tener los efectos que las recurrentes creen ver (...).”*²⁵⁷

Como en el párrafo anterior, consideramos que dicho considerando contiene afirmaciones controvertibles, que derivan del entendimiento erróneo que tiene el nexo que se ha formulado entre el control de convencionalidad de las normas de los Estados Parte de la CADH y el contenido de las OCs.

En primer lugar, consideramos que existe una contradicción inicial de la CS, ya que señala que dicho control atiende a la *jurisprudencia e interpretación* de la Corte IDH, siendo que las opiniones consultivas constituyen interpretaciones auténticas de la CADH, por lo cual no vislumbramos la razón de no aplicar el control de convencionalidad sobre los mismos argumentos de la CS. Estimamos que lo que la

García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225, OC 28/21, párr. 41, OC 27/20, párr. 36 y OC 21/14, párr. 31.

²⁵⁷ Corte Suprema, Rol N°33316, de 20 de julio de 2020, considerando 19.

CS quiso señalar es que entienden que las sentencias contenciosas son la fuente única de interpretaciones sobre las cuales se puede realizar el control de convencionalidad, lo cual no es del todo cierto, siendo que la Corte IDH ha señalado en numerosas ocasiones desde la OC 21/14 que el control de convencionalidad también se debe realizar sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, ya que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito central del sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.²⁵⁸ Dicha interpretación de la Corte IDH demarcó el alcance del artículo 64 de la CADH en conformidad al resto del tratado en uso de su facultad inherente de determinar el alcance de su propia competencia en el marco del ejercicio de su función contenciosa y consultiva (concepto denominado *compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*).

Por dichas razones consideramos que el hecho de excluir de la aplicación del control de convencionalidad los pronunciamientos de la Corte en sede consultiva es una línea argumental que no se condice con la delimitación actual de la institución jurídica discutida y no sigue los mandatos que la Corte IDH ha establecido como interprete auténtico y último del contenido y alcance de la CADH.

²⁵⁸ OC 28/21, párr. 41, OC 27/20, párr. 36, OC 25/18, párr. 58, OC 24/17, párr. 26 y OC 21/14, párr. 31.

CONCLUSIONES.

Del análisis de las fuentes de derecho nacional e internacional analizadas, las múltiples opiniones consultivas examinadas, las numerosas posiciones doctrinales revisadas y las sentencias de la CS expuestas podemos extraer diferentes razonamientos y conjeturas que nos permiten concluir que:

1. La competencia consultiva de la Corte IDH es aquella que se ejerce con el fin de responder una duda o interrogante jurídica acerca de los derechos humanos, su correcta aplicación e interpretación, contenidos en la CADH o en los tratados internacionales que hayan ratificado los Estados que han reconocido la jurisdicción de la Corte y cuyo acto final corresponde a una opinión consultiva, la cual constituye una interpretación o explicación autorizada sobre el contenido de la CADH y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, concediendo a su vez la posibilidad que los Estados miembro de la OEA puedan solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. Se encuentra regulada por el art. 64 de la CADH y por el título III del reglamento de la Corte IDH.

2. Las opiniones consultivas difieren en su naturaleza jurídica de las sentencias contenciosas de la Corte. La CADH contempla reglas propias que caracterizan de forma distinta el alcance *ratione materiae* y *ratione personae* de ambas de sus competencias, contemplan diferentes reglas de tramitación, notificación, de examen de admisibilidad y el instrumento final que surge de cada una es diferente, emanando de la competencia contenciosa una sentencia litigiosa con carácter obligatorio para las partes involucradas que contempla un proceso formal de ejecución presente en la CADH. En cambio, de la competencia consultiva surge una opinión consultiva que en palabras de la misma Corte constituye un *método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir*

*y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.*²⁵⁹

3. Las opiniones consultivas son instrumentos jurídicos cuyo entendimiento ha ido evolucionando progresivamente, ha sido la misma corte IDH la cual ha definido a través de su ejercicio cuales son los alcances de su competencia consultiva, desarrollándose a lo largo de los años los criterios de admisibilidad de las solicitudes de opiniones consultivas de los estados miembros y organizaciones legitimadas activamente, ampliando su esfera de competencia *ratione materiae* estableciendo cuales son los tratados e instrumentos internacionales que cubre su jurisdicción no contenciosa y en especial esclareciendo el carácter vinculante de sus opiniones consultivas.

4. En el marco de la evolución antes referida hemos encasillado el entendimiento que la Corte IDH ha tenido del carácter vinculante de sus opiniones consultivas en 3 etapas: (1) Una que va desde la OC 1/82 a la 3/83 en donde la Corte IDH expresó que las OCs son instrumentos que no provienen del ejercicio jurisdiccional de la Corte y desconoció sus efectos vinculantes. (2) Una etapa que va desde la OC 4/84 a la OC 20/09, en donde la Corte IDH desarrolla el denominado por nosotros como *criterio de utilidad*, en donde busca otorgar un efecto útil a sus pronunciamientos consultivos que busca materializar el propósito principal de la Convención que es la protección de los derechos humanos, afirmando que son interpretaciones que se enclavan en un sistema de protección amplio encaminado a hacer efectivos los derechos y libertades que resguarda la CADH, asesorando a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales y afirmando que si bien, las opiniones consultivas carecen de los efectos vinculantes que tienen sus sentencias contenciosas, dichas interpretaciones poseen efectos jurídicos innegables que afectan a todos los Estados Parte y los vincula bajo dicha interpretación. (3) Una última etapa que es la que vivimos actualmente desde la OC 21/14 en donde al alero del desarrollo de la

²⁵⁹ OC 3/83, párr. 43. A su vez, OC 5/85, párr. 21, OC 17/02, párr. 34, OC 18/03, párr. 64, OC 19/05, párr. 18.

doctrina del *control de convencionalidad*, la Corte pasa a afirmar que la CADH obliga a todas las instituciones de poder público de los Estados Parte, incluyendo la judicatura y el poder legislativo de dichos países a realizar el respectivo control de convencionalidad en base a sus interpretaciones pronunciadas en sede consultiva, ya que constituyen interpretaciones autorizadas de la Corte que tienen como propósito la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

5. La doctrina que se ha encargado del estudio del valor jurídico de las opiniones consultivas es discordante, y si bien no sigue una línea argumental única para restarle o sumarle valor a las interpretaciones realizadas por la Corte en sede consultiva, fueron agrupadas bajo un criterio personal del autor en 3 grupos: (1) Un sector que afirma que las opiniones consultivas poseen un valor jurídico vinculante para los Estados americanos. (2) Un sector que niega que las opiniones consultivas posean efectos jurídicos ejecutables. (3) Un sector doctrinal que afirma que las opiniones consultivas poseen efectos jurídicos innegables pero que al estar expresados de forma ambigua por la Corte se desconocen. Muchas de aquellas posiciones fueron desarrolladas con anterioridad al pronunciamiento de la OC 21/14, de esa forma las posiciones defensoras del efecto vinculante de dichos años expresaron sus deseos de poseer un herramienta o institución por la cual la Corte reconociera que los Estados deben materializar sus interpretaciones realizadas en sede consultiva en la judicatura de los Estados americanos. Dicha herramienta se materializa en el desarrollo de la doctrina del *control de convencionalidad* a través de la cual, los Estados se encuentran en la obligación de cotejar su actividad pública con relación a las normas e interpretaciones de la CADH, incluso dentro de sus pronunciamientos consultivos. Con aquella aclaración hecha, dichos efectos materiales son inciertos ante una herramienta jurídica que continúa en estudio y desarrollo por parte de la Corte. Cabe destacar también que, aunque los críticos del carácter vinculante de las opiniones consultivas reniegan de su carácter obligatorio para las judicaturas americanas, reconocen la relevancia de dichas interpretaciones, su rol coadyuvante dentro de la protección de los derechos humanos y su carácter preventivo frente a posibles contravenciones a la CADH que conlleven la responsabilidad internacional del Estado Parte.

6. La Corte Suprema de Chile ha realizado citas y referencias a las interpretaciones de carácter consultivo de la Corte IDH, pero dichas citas se presentan como un recurso argumentativo poco usual e insólito. Nuestra búsqueda y análisis se remonta a sentencias que se fallaron desde 2007 y el haber recopilado menos de 30 sentencias de miles que se emiten al año dan cuenta sobre sus menciones solo en casos particulares. En esta investigación identificamos cuatro roles que han cumplido las opiniones consultivas dentro de las sentencias de la Corte Suprema: (1) el rol esclarecedor del sentido y alcance de un derecho fundamental, (2) el rol esclarecedor de derechos que no están regulados en la legislación positiva del país, (3) el rol esclarecedor en el ejercicio de ponderación de un cierto derecho en el caso de una colisión de derechos fundamentales y (4) el rol de consagrar facultades que se pueden inferir de la interpretación de la CADH.

7. Existen múltiples contradicciones dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del entendimiento de la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas, las cuales dificultan el entendimiento real del alcance y del nivel de obligatoriedad que tienen dentro de la judicatura chilena, pero el análisis de estas sentencias nos demuestran que la Corte Suprema no otorga un valor de por sí a las opiniones consultivas, no hace uso de ellas de tal forma que en la fundamentación de su sentencia cumplan un rol preponderante y basal, sino más bien utiliza dichos pronunciamientos para coadyuvar argumentos basados en múltiples derechos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos o que también han sido pronunciados en múltiples ocasiones en sentencias contenciosas de la misma Corte IDH, alejando a la Corte Suprema de posiciones que la adscriban a defender el valor vinculante de dichos instrumentos, entendiéndolos más bien como pronunciamientos que contienen interpretaciones auténticas de la CADH, las cuales parecieran revestir valor por emanar de una alta autoridad moral, jerárquica y científica, delimitando el alcance de ciertos derechos fundamentales con el fin de coadyuvar su entendimiento dentro de las judicaturas de los Estados americanos y a su vez entregar nociones que asistan a dichos Estados a desarrollar políticas que no contravengan el sistema de protección interamericano de derechos humanos para no comprometer su responsabilidad internacional. Si bien, pudimos identificar

ciertas expresiones del control de convencionalidad realizado en base a opiniones consultivas, la misma Corte Suprema al enfrentarse a una controversia en donde se solicitó aplicar dicho control sobre las interpretaciones articuladas en la OC 24/17, señaló que dicho control no podía ser aplicado sobre opiniones consultivas ya que no constituyen sentencias propiamente tales.

8. La Corte Suprema al enfrentarse al rol 33316-2019 hizo mención argumentos que nos parecen controversiales, ya que realiza afirmaciones que denotan que no existe un completo entendimiento de la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas, de su desarrollo y su evolución dentro de los años de labor de la Corte IDH, en especial de la aplicación de interpretaciones contenidas en opiniones consultivas a través del control de convencionalidad interno. El máximo Tribunal afirma que lo expresado en sede consultiva constituye un llamamiento a que se adopten políticas internas acordes a la interpretación auténtica de la Corte IDH, por lo que dichos pronunciamientos no entran dentro del parámetro de convencionalidad por no revestir el carácter de sentencia litigiosa. La Corte Suprema no toma en consideración el desarrollo de los criterios de utilidad y de la integración de las opiniones consultivas dentro del parámetro de convencionalidad que ha expresado la Corte IDH, criterios que la han llevado a establecer el deber que recae en las judicaturas y en los órganos legislativos de los Estados Parte de la CADH de realizar el correspondiente control de convencionalidad sobre la base de sus interpretaciones en sede consultiva, lo cual nos lleva a afirmar que la Corte Suprema de Chile sostiene un entendimiento diferente del que ha determinado la Corte IDH en relación al instrumento jurídico analizado en esta investigación.

BIBLIOGRAFÍA

7.1 Doctrina.

Abril, Fernando (2020): *Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del principio de supremacía constitucional* (Ambato, Trabajo de Titulación modalidad proyecto de investigación y Desarrollo previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Técnica de Ambato).

Aguilar Cavallo, Gonzalo (2008): “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales* (Año 6, núm. 1), pp. 223-247.

Aguilar Cavallo, Gonzalo (2017): “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete auténtico y final del corpus iuris interamericano y su impacto en el derecho nacional”, en Nogueira Alcalá, Humberto, y Aguilar Cavallo, Gonzalo (coords.): *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano* (Santiago, Editorial Triángulo), pp. 158-191.

Aguilar Cavallo, Gonzalo (2020): “El valor de la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo, Algarín, Gloria, Arcaro, Luiz, Bermúdez, Manuel, Garat, Paula Y Mendieta, David: *El control de convencionalidad: ius commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano* (Santiago, Tirant lo Blanch), pp. 181-270.

Albanese, Susana (2012): “Las opiniones consultivas en la estructura del control de convencionalidad”, en Rey, Sebastián y Filardi, Marcos (Coords.): *Derechos Humanos: Reflexiones desde el Sur* (Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) pp. 19-60.

Arias, Felipe y Galindo, Juliana (2013): “El sistema interamericano de derechos humanos”, en Bandeira, George, Urueña, René Y Torres, Aída (Coords.): *Protección multinivel de derechos humanos* (Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior), pp. 131-163.

Bazán, Víctor (2015): “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y algunos retos y cuestiones actuales y conflictivas relacionados con la jurisdicción contenciosa de la corte interamericana”, en *Revista Temas Socio-Jurídicos* (Vol. 35, N°68), pp. 11-55.

Becerra, Manuel (2013): “Control de cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derecho humanos”, en Corzo, Edgar, Carmona, Jorge y Saavedra, Pablo (Coords.): *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (México D.F., Tirant lo Blanch)

Bolaños, Ricardo (2018): “Reflexiones sobre la fuerza vinculante de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito de la reciente Opinión Consultiva 24/17” [Disponible en: https://www.enfoquederecho.com/2018/01/18/reflexiones-sobre-la-fuerza-vinculante-de-la-funcion-consultiva-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-a-proposito-de-la-reciente-opinion-consultiva-2417/#_ftnref8]. [Fecha de consulta 20 de agosto de 2021].

Buergenthal, Thomas (1982): *International Human Rights* (Saint Paul, West Publishing Co.).

Buergenthal, Thomas (1985): “The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court”, en *The American Journal of International Law* (vol 79, N°1), pp. 1- 27.

Buergenthal, Thomas (1989): “International Human Rights in an Historical Perspective”, en Symonides, Janusz (ed.): *Human Rights: Concept and Standards* (Paris, UNESCO Secretariat).

Buergenthal, Thomas (2004): “Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista IIDH* (vol. 39), pp. 11-31.

Burgorgue-Larsen, Laurence (2004): “La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como tribunal constitucional”, en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, (WP IDEIR, N°22), pp. 1-28.

Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya (2011): *The Inter-American Court of Human Rights. Case law and commentary* (Oxford, Oxford University Press).

Burgos, Francisca (2020): *Control de convencionalidad y el efecto de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Santiago, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile).

Cançado Trindade, Antônio (2004): “El sistema americano de protección de los derechos humanos (1948-2002), en GOMÉZ, Felipe y PUREZA, José Manuel (coord.): *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, pp. 549-592.

Cançado Trindade, Antônio (2005): “El reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional”, en CANÇADO TRINDADE, Antônio y VENTURA ROBLES, Manuel: *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tercera Edición (San José, Costa Rica-Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Candia Falcón, Gonzalo (2018): “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), pp. 57-80.

Carbonell, Miguel (2013): *Introducción general al control de convencionalidad*. (México, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México).

Cisneros, Máximo (1986): “Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estudios y documentos* (San José, IIDH), pp.53-66.

Correa, Sofia y Ruiz-Tagle, Pablo (2010): *Ciudadanos en Democracia, fundamentos del sistema político chileno* (Santiago, Random House)

Dunshee de Abranches, Carlos (1980): *La Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Washington D.C., OEA), pp. 91-147.

Faúndez Ledesma, Héctor (2004): *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (San José, IIDH).

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2001): “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (Coord.): *Derechos Humanos. Memorias del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 209-224.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2017): “el control de convencionalidad en la jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos (a una década de su creación)” en Henríquez, Miriam y Morales, Mariela (Coords.): *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (Santiago, DER Ediciones), pp.37-70.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo, Carlos María (2012): “La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana” en *Estudios Constitucionales* (Año 10, N°2), pp. 141-192.

Fix Zamudio, Héctor (2004): “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Latinoamericana de Derecho* (año I, núm. 1, enero-junio) pp.141-180.

García Ramírez, Sergio (2002): *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana* (interamericano (México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas Porrúa)

García Ramírez, Sergio (2005): “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en VV.AA.: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Un cuarto de siglo: 1979-2004* (San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos) pp. 3-85.

García Ramírez, Sergio (2008), Cuestiones de la jurisdicción interamericana de Derechos Humanos, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Vol. VIII), pp, 187-221.

García Ramírez, Sergio (2011): “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (Año V, núm. 28), pp. 123-159.

Garro, Anamari (2009): “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), pp. 191-227.

Gialdino, Rolando (2008): “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aporte del derecho internacional de los derechos humanos”, en *La Ley* (2008-C), pp. 1295-1306.

Gómez Robledo, Alonso (2000): *Derechos humanos en el sistema interamericano* (México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas Porrúa).

Gordillo, Agustín (1998): “Hacia la unidad del orden jurídico mundial, en, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. 2. (Buenos Aires, FDA.) pp. 1-48.

Gross Espiell, Héctor (1988): “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios sobre derechos humanos* (San José, IIDH) pp. 511-548.

Gross Espiell, Héctor (2001): “Una reflexión sobre el sistema regional americano de protección de los Derechos Humanos”, en BIDART CAMPOS, G. y PIZZOLO, C. (Coords.) *Derechos humanos. Corte Interamericana. Opiniones consultivas: textos completos y comentarios* (Mendoza, Ediciones Jurídicas), tomo I, pp. 17-37.

Gutiérrez, Carmen (2003): “Los derechos humanos y los tratados que los Contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia de Guatemala”, en *Ius et Praxis* (Año 9-N°1), [Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100008#nota1] [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2021].

Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel (2013): “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los ámbitos nacional y local”, en, *El Derecho Administrativo hoy, 16 años después*, (Buenos Aires, RAP), pp. 1-15.

Hitters, Juan Carlos (2008): “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (N°10, julio-diciembre), pp. 131-155.

Ibáñez, Juana (2017): *Control de convencionalidad* (México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México)

Landa, Cesar (2016): “Los estándares en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional* (N°11-Diciembre 2016) pp. 29-47.

Llugdar, Eduardo (2016): “La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los Derechos Fundamentales”, [Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>] [Fecha de consulta 15 de julio de 2020].

Machado, Priscila (2017): “El efecto erga omnes de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo (Coords.): *El parámetro de control de la convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (Santiago de Chile, Editorial Triángulo), pp. 356-375.

Maino, Gabriel (2019): El carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en *Universidad y Sociedad* (11-1), pp. 350-358.

Monterisi, Ricardo (2009): *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos* (La Plata, Librería Editora Platense)

Navas, Mariano (2018): *Los efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la corte interamericana de derechos humanos. Una mirada crítica a través del análisis de la oc-24/17 y su impacto para el colectivo LGBTI* (Alcalá de Henares, XIV Máster Universitario en Protección Internacional de Derechos Humanos, Universidad de Alcalá)

Nikken, Pedro (1999): “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, [Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>]. [Fecha de consulta 15 de julio de 2020] pp. 161-181.

Nogueira Alcalá, Humberto (2012): “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales* (Año 10, N°2, 2012), pp. 57-140.

Nogueira Alcalá, Humberto (2017): “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos” en *Revista Derecho (Universidad Católica Dámaso A Larragaña, Facultad de Derecho)* (N°15), pp. 143-200.

Nogueira Alcalá, Humberto (2018): “Bases jurídicas de derecho interno que habilitan el desarrollo del control de convencionalidad en Chile”, en Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo: *Control de convencionalidad interno, La aplicación del corpus iuris internacional por los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial, las jurisdicciones especiales* (Santiago, Librotecnia).

Nogueira Alcalá, Humberto (2018a): “El principio pro homine o favor persona en la delimitación e interpretación de derechos humanos”, en Nogueira Alcalá, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo: *Control de convencionalidad interno, La aplicación del corpus iuris internacional por los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial, las jurisdicciones especiales* (Santiago, Librotecnia).

Núñez, Constanza (2015): *Control de convencionalidad: Teoría y aplicación en Chile* (Santiago, Tribunal Constitucional de Chile).

Ovalle, José (2012): “Influencia de la jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Año XLV, núm. 134), pp. 595-623.

Pacheco, Máximo (2003): La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Corte Interamericana de Derechos humanos: *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomo I, 2a ed. (San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos), pp. 71-89.

Pasqualucci, Jo (2012): *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, segunda edición (New York, Cambridge University Press).

Paul, Álvaro (2017) Rechazo de solicitudes de opinión consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (Vol. 8, N°1), pp. 119-131.

Pinto, Mónica (1997): “El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales), pp. 163-172.

Rábago, Miguel (2007): “El avance de los Derechos Humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. (México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas), p. 223-271.

Roa, Jorge (2015): *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita - Universidad Externado de Colombia), pp.95-148.

Rodríguez Rescia, Víctor (1997): *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (San José, IJSA investigaciones jurídicas)

Romero, Xiomara (2011): *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

Romero, Enrique (2018): Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, en *Revista de Ciencias Jurídicas* (N°148), pp. 157-202.

Ruiz, Miguel (1998): “La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?”, en Gaviria, Cesar (coord.) *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio, volumen II* (San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos), pp.1345-1363.

Sagüés, Néstor (1978): *Jean Bodin y la escuela española* (Rosario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica Argentina).

Sagüés, Néstor (1999): Nuevamente sobre el valor, para jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *JA* (1999-II-364).

Sagüés, Néstor (2014): “Control constructivo (positivo de convencionalidad)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Fabiola y Figueroa Giovanni (Coords.): *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y convencional*, Tomo I (México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas), pp. 222-224.

Sagüés, Néstor (2015) “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad” en *Pensamiento Constitucional* (N°20, Año 2015) pp.275-283.

Salazar, Daniela, Cobo, Isabel, Cruz, Camila, Guevara, Mateo Y Mesías, Paula (2019): La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas e la Corte Interamericana

de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador, en *FORO: Revista de Derecho* (N°32, julio-diciembre 2019), p. 123-143.

Salvioli, Fabián (2004): “La competencia consultiva de la Corte interamericana de Derechos Humanos: Marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en *Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*, T. III (Brasilia, Editorial Sergio Fabris), p. 417-472.

Sarlet, Ingo Wolfgang (2009): *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, 7ª ed. (Porto Alegre, Livraria Do Advogado)

Shaver, Lea (2010): “The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection?”, en *Washington University Global Studies Law Review* (V. 9, I. 4.), pp. 639-676.

Soto, Víctor (2012): “La ratio decidendi y la opinión consultiva en los fallos de Corte IDH como factor vinculante a los Estados parte de la CADH”, [disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-ratio-decidendi-y-la-opinion-consultiva-en-los-fallos-de-corte-idh-como-factor-vinculante-a-los-estados-parte-de-la-cadh/>] [Fecha de consulta 20 de agosto de 2021].

Vargas Carreño, Edmundo (1992): *Introducción al Derecho Internacional*, 2a ed. (San José, Editorial Jurídica Juricentro).

Ventura Robles, Manuel (2007): “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos civiles y políticos”, en *Estudios sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos* (San José, IIDH), pp.95-161.

Ventura Robles, Manuel y Zovatto, Daniel (2007): “La naturaleza de la función consultiva de la corte interamericana de Derechos Humanos”, [Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura_%20IIDH%2007.pdf], pp, 156.

Vio Grossi, Eduardo (2018): “La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos”, en *Revista Jurídica Digital UANDES* (2/2, 2018), pp. 200-214.

Vítolo, Alfredo (2020): El valor de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de las OC-21/14 y 23/17 (El “canto del tero” u “Otro ladrillo más en la pared de la doctrina del ‘control de convencionalidad’”), en *Revista Jurídica Austral* (Vol. 1 N°1 - junio de 2020), pp. 187y 217.

Zelada, Carlos (2020): *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?* (Lima, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, Promsex).

Zúñiga, Francisco (2007): “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Dilemas y perspectivas”, en Henríquez, Miriam y Morales, Mariela: *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (Santiago, DER Ediciones)

7.2. Conferencias, entrevistas y ponencias en video.

Benz, Eleanor (2020): “La evolución de la función consultiva de la Corte IDH: El ejemplo del debate sobre los efectos de las opiniones consultivas, [Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=kqd8gtr_v48&ab_channel=CEADMx] [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2021].

Clérico, Laura (2020): “Las opiniones consultivas en el control de convencionalidad en el orden interno. La opinión consultiva como parámetro de control”, [Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=kqd8gtr_v48&ab_channel=CEADMx] [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2021].

Fuchs, Marie-Christine (2020): *Las opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus impactos* [Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=kqd8gtr_v48&ab_channel=CEADMx] [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2021].

García Ramírez, Sergio (2011a): “Las Facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, actualidad” [Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=gfa2vidXSQ8&ab_channel=IJUNAM] [Fecha de consulta: 4 de agosto de 2021]

Julio, Alexei (2019): “Valor jurídico e impacto de las opiniones consultivas”, [disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=kqEvKAEhB0E&ab_channel=IIDHAudiovisuales]. [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2021].

Roa, Jorge (2020): “Las opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus impactos”, [Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=kqd8gtr_v48&ab_channel=CEADMx] [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2021].

Salazar, Daniela (2020): “El Impacto de las Opiniones Consultivas de la Corte IDH”, [Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=drpBnKd0ktw&ab_channel=CEADMx] [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2021].

Sijniensky, Romina (2020): “Contribuciones de la Corte IDH al desarrollo del derecho internacional, en materia de movilidad humana, en el marco de su función consultiva”, [Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=kqd8gtr_v48&ab_channel=CEADMx] [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2021].

7.3. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH. *"Otros tratados" objeto de la función consultiva de la corte, (art. 64 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 De Setiembre De 1982, Serie A No. 1.

Corte IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 De Setiembre De 1982, Serie A No. 2.

Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 De Setiembre De 1983, No. 3.

Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, No. 4.

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, No. 5.

Corte IDH. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

Corte IDH. *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 convención americana sobre derechos humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1989, No. 9.

Corte IDH. *Interpretación de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la convención americana sobre derechos humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, No. 10.

Corte IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

Corte IDH. *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991, No. 12.

Corte IDH. *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993. Serie A No. 13.

Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, No. 14.

Corte IDH. *“Informes de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos” (Art. 51 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1994, No. 15.

Corte IDH. *“El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, No. 16.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, No. 17.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Corte IDH. *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19.

Corte IDH. *Artículo 55 de la convención americana sobre derechos humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, No. 20.

Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, No. 21.

Corte IDH. *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)*, Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016, No. 22.

Corte IDH. *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)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos)*, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, No. 24.

Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la convención americana sobre derechos humanos)*, Opinión Consultiva OC-25/17 del 30 de mayo de 2018, No. 25.

Corte IDH. *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*, Opinión Consultiva OC-26/20 del 9 de noviembre de 2020, No. 26.

Corte IDH. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)*. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27.

Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana)*. Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28.

7.4. Solicitudes de opiniones consultivas y rechazos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH. *Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de junio de 2005

Corte IDH (2016): *Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos*.

7.5. Sentencias de casos contenciosos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

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. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH (2010): *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

Corte IDH (2011): *Caso Gelman Vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

Corte IDH. *Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2020. Serie C No. 417.

Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419.

Corte IDH. *Caso Cordero Bernal Vs. Perú*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 16 de febrero de 2021. Serie C No. 421.

7.6 Resoluciones de supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH, *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de noviembre de 2009.

Corte IDH *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de noviembre de 2009.

Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte de 28 de agosto del 2013.

7.7. Informes y Cuadernillos.

CIDH (1999): “Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia” [Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm>] [Fecha de consulta: 13 de agosto de 2021]

Corte idh (2018) *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana*. Preguntas frecuentes. (San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Corte Suprema, Tribunal Pleno (2017): Informe Proyecto de ley 32-2017, antecedente boletín N°11422-07, Oficio N°173-2017.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (2019): La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2,

párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),
Observación general N°20.

7.8 Jurisprudencia Nacional.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°5.169-2013, de 28 de enero de 2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°88402-12, de 7 de octubre de 2019.

Corte Suprema, Rol 469-98, de 9 de septiembre de 1998.

Corte Suprema, Rol 559-2004, de 13 de diciembre de 2006.

Corte Suprema, Rol N°6251-05, de 28 de mayo de 2007.

Corte Suprema, Rol N°2724-10, de 30 de noviembre de 2012.

Corte Suprema, Rol N°672-11, de 23 de noviembre de 2012.

Corte Suprema, Rol N°4399-11, de 30 de enero de 2013.

Corte Suprema, Rol N°6920-11, de 12 de septiembre de 2012.

Corte Suprema, Rol N°9660-11, de 16 de enero de 2013.

Corte Suprema, Rol N°4734-12, de 3 de diciembre de 2012.

Corte Suprema, Rol N°4742-12, de 30 de enero de 2013.

Corte Suprema, Rol N°7495-12, de 29 de enero de 2013.

Corte Suprema, Rol N°1577-13, de 24 de octubre de 2013.

Corte Suprema, Rol N°2423-12, de 28 de noviembre de 2012.

Corte Suprema, Rol N°2582-12, de 28 de noviembre de 2012.

Corte Suprema, Rol N°2788-12, de 28 de noviembre de 2012.

Corte Suprema, Rol N°8517-12, de 25 de junio de 2013.

Corte Suprema, Rol N°4808-13, de 13 de agosto de 2013.

Corte Suprema, Rol N°70584-16, de 29 de mayo de 2018.

Corte Suprema, Rol N°18252-17, de 27 de noviembre de 2018.

Corte Suprema, Rol N°26124-18, de 22 de enero de 2019.

Corte Suprema, Rol N°9152-19, de 9 de septiembre de 2019.

Corte Suprema Rol N°28212-19, de 6 de marzo de 2020.

Corte Suprema Rol N°79496-20, de 12 de abril de 2020.

Corte Suprema Rol N°31923-19, de 13 de abril de 2020.

Corte Suprema Rol N°20163-19, de 5 de mayo de 2020.

Corte Suprema Rol N°79499-20, de 20 de mayo de 2020.

Corte Suprema, Rol N°31817-2019, de 6 de julio de 2020.

Corte Suprema, Rol N°33316-2019, de 20 de julio de 2020.

Corte Suprema Rol N°42870-20, de 21 de julio de 2020.

Corte Suprema, Rol N°33079-20, de 18 de agosto de 2020.

Corte Suprema, Rol N°50696-2020, de 9 de septiembre de 2020.

Corte Suprema, Rol N°21264-2020, de 14 de octubre de 2020.

Corte Suprema, Rol N°97283-2020, de 10 de noviembre de 2020.

Corte Suprema Rol N°79498-2020, de 28 de diciembre de 2020.

Tribunal Constitucional, Rol N°1881, de 3 de noviembre de 2011.

Tribunal Constitucional de Chile, Rol N°976, de 26 de junio de 2008.

7.9. Jurisprudencia internacional.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-087/98, de 18 de marzo de 1998.

Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia No. 184-18- SEP-CC, 29 de mayo de 2018.

Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia N°11-18-CN/19 (Matrimonio Igualitario), de fecha 12 de junio de 2019.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Costa Rica, Resolución N° 12782 – 2018, Expediente: 15-013971-0007-CO, del 8 de agosto de 2018.