

# **La ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una nueva apuesta por el diálogo y la complementariedad con las Cortes superiores nacionales (una visión comparada desde la experiencia europea)**

*Luis Jimena Quesada\**

## **1. Consideraciones preliminares: la figura de Antônio Augusto Cançado Trindade y las sinergias entre los estándares internacionales y nacionales sobre derechos humanos**

No pretende el presente trabajo realizar una semblanza del buen y admirado amigo Antônio Augusto Cançado Trindade. No obstante, no me resisto a recordar que, desde que nos conocimos en 1992 en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo (el profesor Cançado Trindade, toda una eminencia ya por aquel entonces; yo, un modesto profesor ayudante a la sazón en la Universidad de Valencia, España, que recibí sus excelentes clases sobre el sistema interamericano de derechos humanos), su enorme bonhomía, sincera amistad y

---

\* Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Valencia (España) y *Doctor Honoris Causa* por la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Actual secretario general (desde 2016) del Instituto Internacional de Derechos Humanos-Fundación René Cassin (Estrasburgo, Francia), en donde ha sido igualmente profesor y director de estudios desde 1993. Ex presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa (2009-2014) y actual juez “ad hoc” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde 2019).

excelsa pedagogía para transmitir sus enseñanzas sobre derechos humanos (él siempre las compartía con serenidad, pese a hacer de cualquier discusión en la materia una temática de debate y de combate), han sido para mí una inspiración constante y permanente. Un año después, en 1993, me cumplió el honor de ejercer como director de estudios de la sesión veraniega anual de enseñanza del Instituto y tuvimos ocasión de estrechar unos lazos de amistad (a los que se unió nuestro fraternal amigo Fabián Salvioli) que siempre perduraron, todos nosotros imbuidos por el legado de René Cassin.

Recordado lo anterior, de las numerosas materias que ha cultivado Antônio en su prolífica producción doctrinal y jurisprudencial en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>1</sup> (desde el agotamiento de los recursos internos hasta las medidas cautelares, pasando por una amplia variedad temática que siempre puso a la persona y su dignidad en el centro del sistema global de derechos humanos), me ha parecido pertinente dedicar estas páginas a su preocupación por explotar las sinergias entre los estándares internacionales y nacionales, así como a la paralela complementariedad entre las instancias internacionales y nacionales y a la necesidad de profundizar en los mecanismos de colaboración y diálogo judicial (que aquí me permito reconducir a una nueva ampliación de la competencia consultiva de la Corte IDH), todo ello en aras de la realización del principio *pro personae*. Desde esta perspectiva, además de nuestros encuentros en las sesiones del mes de julio en Estrasburgo, he tenido la fortuna de participar en gestos,

---

1 Tan improbable era la posibilidad de que él rechazara algún compromiso en el terreno de los derechos humanos, como inmensa su capacidad para hacer frente a todos los retos que se imponía (Fabián Salvioli y yo bromeábamos diciéndole que resultaba imposible que redactara sus trabajos científicos y sus votos particulares si no lo hacía, en parte, en los vuelos que tomaba en sus incontables desplazamientos por toda la geografía mundial).

momentos y eventos en los que ha estado presente Antônio y la citada preocupación. Rememoraré tres de ellos.

Un primer gesto vino propiciado por su discípulo y apreciado amigo Renato Zerbini Ribeiro Leão, quien me invitó cordialmente a participar en la obra colectiva (coordinada por el propio Renato) *Os Rumbos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade/Los Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en homenaje al Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade/Trends in the International Law of Human Rights. Studies in Honour of Professor Antônio Augusto Cançado Trindade/Liber amicorum Cançado Trindade*; en mi caso, participé con una contribución relacionada con dicha temática y titulada “El lugar de la Constitución en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”<sup>2</sup>.

El segundo momento vino marcado por la defensa en 2008 de la Tesis Doctoral de Renato, en cuyo tribunal participé por sugerencia de su maestro el profesor Cançado Trindade. La Tesis estaba conectada con las sinergias entre estándares de derechos humanos, en este caso a nivel horizontal entre los sistemas europeo e interamericano en el preciso campo de los derechos sociales<sup>3</sup>. Como continuación de dicho momento, Antônio tuvo el

---

2 La obra fue publicada en 2005 por Sergio Antônio Fabris Editor (Porto Alegre), seis tomos (mi contribución, en el tomo V, pp. 195-256).

3 El título de la Tesis fue “Los derechos económicos, sociales y culturales en Europa y América: un estudio a partir de la construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos”. Contó con la dirección del profesor Remiro Brotóns y fue defendida públicamente el 13 de junio de 2008 en el Instituto Universitario Ortega y Gasset de Madrid (adscrito a la Universidad Autónoma de Madrid). Obtuvo la máxima calificación de “Sobresaliente Cum Laude”. Los otros cuatro miembros del Tribunal fueron los siguientes doctores: José Antonio Pastor Ridruejo (presidente), Fernando Mariño (vocal), Consuelo Ramón Chornet (vocal) y Carlos Sposito (secretario).

generoso gesto de sugerir nuevamente mi nombre para redactar el prólogo al libro que surgió de dicha Tesis<sup>4</sup>. A este respecto, no por casualidad, la excelencia investigadora del doctor Leão le hizo merecedor, unos años más tarde, de convertirse en miembro y vicepresidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

Y el tercer evento tuvo lugar en Estrasburgo, el 31 de enero de 2014, con motivo de la apertura oficial del año judicial del TEDH, precedida por un almuerzo y por un seminario que abordó la temática “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos: ¿Una responsabilidad judicial compartida?”<sup>5</sup>. Antônio, en su condición de juez de la Corte Internacional de Justicia, fue uno de los ponentes principales, con una de sus brillantes intervenciones. El debate que siguió fue muy enriquecedor. Yo había sido invitado a participar en mi condición de presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales. Luego de dicho evento, continuamos coincidiendo con Antônio en Estrasburgo, en nuestro siempre querido Instituto Cassin.

Pues bien, retomando las sinergias entre los estándares internacionales y nacionales sobre derechos humanos, el maestro Cançado Trindade ya destacó hace años la coincidencia de objetivos entre los órdenes interno e internacional, así como el

---

4 Leao, R.Z.R.: *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Nuria Fabris Editoria, Porto Alegre, 2009, 446 pp., el prólogo concretamente en pp. 17-22.

5 Se desarrolló en las dos lenguas oficiales del Consejo de Europa, francés (“La mise en oeuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme: une responsabilité judiciaire partagée?”) e inglés (“Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights: A Shared Judicial Responsibility?”): [https://www.coe.int/fr/web/portal/news-2014/-/asset\\_publisher/o7J4kBL595Ox/content/opening-of-the-judicial-year-of-the-european-court-of-human-right-1?\\_101\\_INSTANCE\\_o7J4kBL595Ox\\_languageId=en\\_GB](https://www.coe.int/fr/web/portal/news-2014/-/asset_publisher/o7J4kBL595Ox/content/opening-of-the-judicial-year-of-the-european-court-of-human-right-1?_101_INSTANCE_o7J4kBL595Ox_languageId=en_GB).

papel complementario entre las instancias judiciales nacionales e internacionales<sup>6</sup>. Pero, sobre todo y ante todo, tanto en su obra académica como en su actividad judicial, como bien se ha destacado, “siempre privilegió la humanización de las normas, interpretándolas de manera abierta, dinámica, maximizando lo que él consideraba el efecto útil de las mismas. Sus opiniones separadas sobre la responsabilidad estatal en situaciones de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, su visión sobre las reparaciones más allá de la proporcionalidad y su trabajo incansable a favor de maximizar la importancia de las víctimas, dejaron huella en el Sistema Interamericano. Siempre privilegió la interpretación evolutiva del derecho internacional a favor de las personas”<sup>7</sup>.

## 2. La competencia consultiva ya existente de la Corte IDH y su funcionalidad

Como es conocido, la competencia consultiva prevista en el

- 
- 6 Cançado Trindade, A.A.: “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *Colección “Cuadernos de derechos humanos» de Guatemala*, 1995, p. 20: “Cabe, pues, naturalmente a los jueces internos interpretar y aplicar las leyes de los países respectivos, ejerciendo los órganos internacionales específicamente la función de supervisión, en los términos y parámetros de los mandatos que les fueron atribuidos por los tratados e instrumentos de derechos humanos respectivos. Pero cabe, además, a los tribunales internos, y otros órganos de los Estados, asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección, lo que realza la importancia de su rol en un sistema integrado como el de protección de los derechos humanos, en el cual las obligaciones convencionales abrigan un interés común superior de todos los Estados Partes, el de la protección del ser humano”.
- 7 Rodríguez Huerta, G.: “In Memoriam: Antonio Cançado Trindade (1947-2022)”, *IberICONnect*, 21 de junio de 2022. Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2022/06/in-memoriam-antonio-cancado-trindade-1947-2022/>.

art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) habilita a la Corte IDH a responder a las preguntas que le formulen los Estados miembros de la OEA o los órganos principales de ella con respecto a dos aspectos fundamentales: de un lado, la compatibilidad de las normas de producción nacional con la CADH y, de otro lado, la interpretación de la CADH o de otros tratados del sistema interamericano de derechos humanos. En la formulación de opiniones consultivas, destaca la situación especial del régimen de legitimación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>8</sup>.

En cualquier caso, es muy amplio el tratamiento de la jurisdicción consultiva de la Corte IDH por cualificados concededores, desde dentro, del sistema interamericano de derechos humanos<sup>9</sup>. En congruencia con ello, y dado que

---

8 Roa, J.E.: *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 50-51: Presume la Corte que la Comisión ostenta un “interés legítimo institucional” en todas sus consultas, sirviendo como fundamentos “la amplitud de las funciones establecidas para la Comisión y su importancia central en el Sistema Interamericano” (se traen a colación por dicho autor las Opiniones Consultivas OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 16; OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 8, y OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 11).

9 Una primera monografía de referencia fue redactada por Ventura Robles, M. y Zovatto, D. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: naturaleza y principios (1982-1987)*, Civitas/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1989. Por otra parte, además de otras contribuciones que se citan en el presente trabajo, un breve balance de la función consultiva de la Corte IDH, la jurisprudencia que ha fraguado y la doctrina especializada que la ha analizado, pueden encontrarse en estos dos comentarios: Burgorgue-Larsen, L.: “Advisory Jurisdiction” [capítulo cuarto]; en Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. (eds.): *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 75-104; y, Nuño A.: “Función consultiva (artículo 64 de la CADH)”; en Steiner, C. y Fuchs, C. (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Fundación Konrad Adenauer, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, 2019, pp. 1008-1013.

resultaría pretencioso por mi parte intentar una aportación novedosa, me limitaré a acudir a algunas de esas fuentes autorizadas para resaltar brevemente la relevancia de dicha competencia consultiva.

Por lo pronto, se ha destacado que esa competencia se sustenta en “una sólida base normativa” que, desde la primera opinión emitida en 1982<sup>10</sup>, ha propiciado que la Corte construya “un verdadero repertorio jurisprudencial”, de manera que “sirviéndose de este pilar, desde el inicio de su práctica pretoriana y desarrollando una interpretación *pro homine* en la mayoría del contenido de sus opiniones consultivas emitidas, ha consolidado esta competencia definida como de características únicas en el derecho internacional contemporáneo”<sup>11</sup>. En análogo sentido, se ha enfatizado que “la tarea consultiva del Tribunal Interamericano tiene mayor alcance –material y subjetivo– que la atribuida a otras instituciones judiciales internacionales”<sup>12</sup>; o se ha hecho un meridiano balance de ello observando que “comparándolo con otras experiencias protectoras de derechos humanos en los marcos regionales, el esquema interamericano en la materia es bastante amplio y la experiencia consultiva aquilatada es rica”<sup>13</sup>.

---

10 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 septiembre de 1982. Serie A No. 1.

11 Salvioli, F.: “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en Leao, R.Z.R.: *Os Rumbo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*, *Op. cit.*, tomo III, p. 413.

12 García Ramírez, S.: “Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, p. 189.

13 Bazán, V.: “La Corte Interamericana y su interacción con los Tribunales nacionales”, en *Hacia la construcción del diálogo judicial. Un acercamiento al sistema interamericano*, Serie ‘Cuadernos de Regularidad Constitucional’, Centro

Dicho lo anterior, es evidente que la funcionalidad de la jurisdicción consultiva de la Corte IDH se encuentra estrechamente vinculada con los efectos que derivan de sus opiniones. En este punto, si bien en la doctrina se ha debatido acerca de la naturaleza vinculante o no de las opiniones consultivas, la consecuencia de su obligatoriedad no debe admitir duda alguna. No solamente porque, como en la actualidad se ha planteado con las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con arreglo al Protocolo No. 16 al CEDH (apartado IV, *infra*), ya antes en el caso de la Corte IDH esa consecuencia del carácter vinculante se alcanzaría igualmente a través de los casos contenciosos en los que se asuma por la propia Corte IDH (o el TEDH) su jurisprudencia consultiva, sino también porque resulta indiscutible que el ejercicio de la función consultiva “es jurisdiccional” y las opiniones consultivas de la Corte IDH “son jurisprudencia internacional”<sup>14</sup>.

Ambos argumentos me parecen inapelables<sup>15</sup>. Por añadidura, sin menoscabo de la posición que se confiera formalmente a los tratados internacionales (y, en particular, a los estándares internacionales sobre derechos humanos) en el ordenamiento constitucional de cada país (la jerarquía de los tratados, o si integran o no el bloque de constitucionalidad<sup>16</sup>), no debiera ser

---

de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia, México, 2015, p. 68.

14 Nikken, P.: “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, en particular pp. 171 a 176: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>.

15 En el mismo sentido me manifesté en Jimena Quesada, L.: “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en Revenga Sánchez, M. (coord.): *El Poder Judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, 2009, Valencia, pp. 495-544.

16 Véase Salazar Marín, D., Cobo Ordóñez, A.I., Cruz García, C., Guevara Ruales, M. y Mesías Vela, M.: “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia



puesto en entredicho que la obligatoriedad de las opiniones consultivas de la Corte IDH se asienta en los principios rectores de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en cuanto a asegurar la aplicación de los tratados (*pacta sunt servanda*) y su efecto útil de buena fe, lo cual incluye asimismo el seguimiento y articulación de las reglas de interpretación en el sentido más favorable al disfrute de los derechos (principio *pro personae*)<sup>17</sup>.

Por añadidura, ese último mandato internacional hermenéutico es la consecuencia lógica de la aplicación efectiva de las normas internacionales<sup>18</sup>, sobre todo cuando esas mismas normas instauran órganos encargados de interpretarlas con carácter auténtico y final. De hecho, las disposiciones de los tratados internacionales (también sobre derechos humanos) contienen cláusulas más o menos genéricas, más o menos detalladas que, en todo caso, merecen ser interpretadas para responder a las necesidades de protección de la dignidad humana. Y a ese pragmatismo teleológico atiende, en definitiva, la funcionalidad de las propias opiniones consultivas de la Corte IDH.

En el mismo orden de consideraciones, pretender disociar las fases de aplicación y de interpretación carece de toda consistencia. Por lo demás, el referido mandato interpretativo internacional, sin perjuicio de la ubicación formal de los tratados en la Carta Constitucional de cada país, sí suele venir

---

constitucional en Ecuador”, *Foro. Revista de Derecho*, No. 32, 2019, pp. 123-143.

17 Salvioli, F.O.: *Introducción a los derechos humanos. Concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado y criterios de interpretación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 429.

18 Ferer Mac-Gregor, E.: “El desarrollo del *Corpus Juris Interamericano* a través de la acción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Burgorgue-Larsen, L. (dir.), *Les défis de l’interprétation et de l’application des droits de l’homme. De l’ouverture au dialogue*, Pedone, Paris, 2017, pp. 197 y ss.

acompañado de un mandato constitucional de interpretación de las normas sobre derechos fundamentales de conformidad con los estándares internacionales sobre derechos humanos. En otras palabras, las reglas de la Convención de Viena, al margen de su ratificación, han sido interiorizadas formal y sustancialmente en la propia Constitución nacional.

Dicho lo cual, en fin, no comparto la postura de quienes mantienen la naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas porque –entre otros argumentos– la propia Corte IDH no haya declarado explícitamente su obligatoriedad, ni me parece consistente hacer depender esa obligatoriedad del margen de apreciación de cada Estado según lo que disponga su respectivo orden constitucional, pues evoca una especie de inasumible dualismo<sup>19</sup>.

### **3. Las posibles disfunciones y colisiones entre canon constitucional y canon internacional en la experiencia de la Corte IDH**

Procede avanzar que los posibles antagonismos y fricciones entre los parámetros constitucionales y los estándares internacionales se han verificado de manera intensa, lógicamente, en los casos contenciosos y consultivos en los que la Corte IDH ha declarado que las normas constitucionales no se adecuaban a las exigencias establecidas por la CADH. Lo ilustraremos con dos ejemplos.

El primero lo brinda la Sentencia de la Corte Interamericana de 5 de febrero de 2001 (Caso “*La última tentación de Cristo*”

---

19 Cf. Grossi, E.V.: “La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 2, No. 2, 2018, particularmente pp. 212-213.

–*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*–). Como es sabido, el asunto fue sometido por la Comisión Interamericana, postulando la condena de Chile con diversos pedidos, debiendo subrayarse estos dos, a saber, que la Corte ordene al Estado chileno que: “1. Autorice la normal exhibición cinematográfica y publicidad de la película ‘*La última tentación de Cristo*’. 2. Adecúe sus normas constitucionales y legales a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la Convención Americana, [con el] fin de eliminar la censura previa a las producciones cinematográficas y su publicidad”.

Pues bien, la Corte concluyó efectivamente que el Estado chileno violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la Convención Americana (párr. 73), tras entender que:

la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párr. 72). (...) En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos

consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención (párr. 88)<sup>20</sup>.

El segundo ejemplo lo ofrece la Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>21</sup>. Más exactamente, la consulta planteaba indirectamente el problema de la extensión de la pena de muerte mediante la reforma constitucional de 1993 en Perú con respecto a lo previsto en la Constitución de 1979, lo cual entendía la Comisión Interamericana que podía comportar una contradicción con la progresividad contemplada en los apartados 2 y 3 del art. 4 CADH.

Aunque por razones procedimentales la Corte no se pronunciara explícitamente sobre esa nueva disposición constitucional peruana (avalada incluso por referéndum), sugiere implícitamente la respuesta (párr. 28) por referencia al precedente de la Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983<sup>22</sup>, lo cual venía respaldado curiosamente por la comparecencia del Gobierno de Costa Rica, en oposición procedimental y sustancial al de Perú<sup>23</sup>. De nuevo, se constata que la noción amplia de ley o de legislación interna abarca asimismo las

---

20 En congruencia con ello, en el punto dispositivo 4 del fallo la Corte, por unanimidad, “decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘*La última tentación de Cristo*’, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”.

21 Sobre *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 CADH)*.

22 En dicha Opinión Consultiva OC-3/83 [sobre *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 CADH)*], falló la Corte que “la Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que, en consecuencia, no puede el Gobierno de un Estado Parte aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna”.

23 Véase el párr. 13 de la Opinión Consultiva OC-14/94.

normas constitucionales, lo cual se predica tanto del sistema interamericano<sup>24</sup>, como del sistema europeo<sup>25</sup>.

En ambos ejemplos, al margen del debate acerca de la ejecución o implementación de las sentencias y de las opiniones consultivas de la Corte IDH, la consecuencia jurídica práctica no podía ser otra que la reforma constitucional<sup>26</sup>, lo cual es trasunto de la creciente *internacionalización del Derecho constitucional*<sup>27</sup> y correlativa *constitucionalización del Derecho internacional*<sup>28</sup>.

---

24 Véase la Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986 de la Corte IDH sobre *La expresión “leyes” en el art. 30 de la CADH*, solicitada por el Gobierno de Uruguay.

25 Por ejemplo, el CEDH se refiere en diversas disposiciones a “previstas por la Ley” (“prévues par la loi” o “prescribed by Law”). Véase Cremona, J.J. “The Interpretation of the Word *Law* in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Revista IIDH*, No. 3, 1986, pp. 79-84.

26 Véase Jimena Quesada, L.: “Reforma constitucional y estándares internacionales de derechos humanos”, en Aláez Corral, B. (coord.): *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, CEPC, Madrid, 2020, pp. 151-185, concretamente pp. 165-166. Una versión en inglés de dicho trabajo, en Jimena Quesada, L.: “Constitutional Amendment and International Human Rights Standards: A Multilevel Approach with Particular Focus on the Spanish Case”, *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, vol. 7, No. 4, 2020, pp. 340-355, en particular, pp. 346-347.

27 Se trata del “desafío de la apertura del Derecho constitucional al Derecho internacional”, que debe estar presente en la enseñanza del primero, como ha destacado Flauss, J.F.: “Conclusions générales. Deux siècles d’enseignement de droit constitutionnel: esquisse d’un bilan”, en Flauss, J.F. (ed.): *L’enseignement du droit constitutionnel*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 212-213.

28 Escobar Roca, G.: *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama editorial, Madrid, 2005, p. 145. Para el concreto marco del sistema interamericano de derechos humanos, véase la fundamental obra en dos tomos de Von Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E. y Morales Antoniazzi, M. (coords.): *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM/Max Planck Institut, México, 2010.

En efecto, de un lado, el Derecho constitucional no puede permanecer ajeno a los vientos de la mundialización<sup>29</sup> o de la globalización<sup>30</sup>; y las disposiciones constitucionales sobre la reforma no son ajenas a dicho movimiento y, por ende, a la influencia de esos estándares internacionales sobre derechos humanos. De otro lado, la internacionalización del ejercicio de la función constituyente no solamente se manifiesta *preventivamente* en el procedimiento de la elaboración de las normas constitucionales (originarias y derivadas de reformas constitucionales)<sup>31</sup>, sino igualmente en la adaptación de dichas normas a ese factor exógeno fundamental que es la evolución de los estándares internacionales<sup>32</sup> (una evolución que se certifica por la correspondiente jurisprudencia internacional).

Con tal filosofía, suscribo plenamente de nuevo las palabras de Antônio Cançado cuando señaló que:

es un tema que por mucho tiempo nos ha atraído la atención, y que hemos intentado desarrollar a partir de la perspectiva de un internacionalista sensible a los avances del constitucionalismo (especialmente en América Latina) en materia de protección

---

29 De Vega García, P.: “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 100, 1998, p. 52.

30 Gomes Canotilho, J.J.: “¿Revisar o romper la Constitución dirigente?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 43, 1995, p. 23.

31 Flauss, J.F.: “L’internationalisation de l’exercice de la fonction constituyente: une nouvelle forme de constitutionnalisme?”, en Alvizatos, N. (coord.): *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Ant. N. Sakkoulas/Berliner Wissenschafts/ Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 401-433.

32 Wong Meraz, V.A.: “La reforma constitucional como defensa de la Constitución de 1917. Un análisis desde la problemática del poder constituyente y las ideas de libertad y democracia”, en Wong Meraz, V.A., León Bastos, C., y Sosa Carrero, J.L. (coords.): *La Reforma Constitucional y su problemática en el Derecho Comparado* (coords.), VLex, México, 2017, p. 250.

de los derechos humanos, y consciente de la necesidad de reducir la brecha que parece persistir en muchos de nuestros círculos jurídicos entre los enfoques internacionalista y constitucionalista de la temática de la protección de los derechos humanos. El antagonismo irreconciliable entre las posiciones monista y dualista clásicas probablemente llevó a los juristas a abordar más recientemente la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno desde ángulos distintos<sup>33</sup>.

Consecuentemente, la experiencia normativa nacional debe verse como complementaria de la internacional y viceversa, pues la fuente interna y la supranacional (lo mismo que la jurisdicción internacional y la nacional) se retroalimentan en aras de la “integralidad maximizadora” del sistema global de derechos humanos<sup>34</sup>. De igual manera, las clásicas fronteras entre monismo y dualismo al abordar el lugar de los tratados internacionales en el orden constitucional se han perfilado tenues hasta difuminarse<sup>35</sup>.

Sin embargo, los dos ejemplos conflictivos mencionados podrían haberse evitado si, en el primer caso, se hubiera ejercido correctamente el control de convencionalidad en el ámbito de las instancias jurisdiccionales domésticas que conocieron del asunto en el curso del agotamiento de los recursos internos; en el segundo, hubiera funcionado una buena técnica normativa *ex*

---

33 Cançado Trindade, A.A.: “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 7.

34 Bidart Campos, G.J.: *La interpretación de los derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1994, pp. 30-31.

35 Boerefijn, I.: “International Human Rights in National Law”, en Krause, C., y Scheinin, M. (eds.): *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Åbo Akademi University, Institute for Human Rights, Turku/Åbo, 2009, pp. 577-599.

*ante* teniendo presentes los compromisos internacionales en el momento de la redacción de las disposiciones constitucionales nacionales, máxime cuando en el sistema interamericano ha quedado abierta la posibilidad cautelosa de consultar a la Corte IDH sobre compatibilidad con las normas del sistema de proyectos legislativos nacionales (incluidos de reforma constitucional)<sup>36</sup>.

El caso es que, sobre todo en el primer supuesto, el ejercicio del control de convencionalidad resulta sencillo cuando hay jurisprudencia bien sentada de la jurisdicción internacional (en nuestro caso, de la Corte IDH) y, consiguientemente, la convencionalidad satisface asimismo los principios de seguridad jurídica y de igualdad aplicativa de los cánones internacionales en el terreno doméstico. El problema radica en las situaciones en las que, llegado el asunto a la jurisdicción constitucional del país concernido, dicha instancia suprema nacional ignora (involuntaria o, a lo peor, voluntariamente) el canon internacional.

En cualquiera de estas dos tesituras (a las que cabe agregar el supuesto de una problemática nueva, huérfana de tratamiento normativo o jurisprudencial), pero especialmente en la de inaplicación consciente del parámetro internacional, la tensión será grave. A evitar ese choque de trenes jurisdiccionales (constitucional e internacional) o “guerra de cortes” atiende, justamente, nuestra propuesta de ampliar el impacto de la jurisdicción consultiva de la Corte IDH, a la manera en que se ha hecho en el Consejo de Europa mediante el Protocolo No. 16

---

36 Esa posibilidad se verificó mediante la consulta efectuada en junio de 1983 por el Gobierno de Costa Rica a propósito de la compatibilidad del proyecto de enmienda de los arts. 14 y 15 de su Constitución Política con la CADH, lo que dio lugar a la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (Corte IDH, *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Serie A No. 4).



a la Convención Europea de 1950<sup>37</sup>, lo que pasamos a concretar a continuación.

#### **4. La pertinencia de ampliar la jurisdicción consultiva de la Corte IDH mediante un nuevo Protocolo a la CADH**

Acabamos de evocar que una correcta utilización del control de convencionalidad constituye un imperativo de coherencia para aprehender el sistema de fuentes del Derecho en su conjunto<sup>38</sup>. Con lo cual, el control de convencionalidad “es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional)”<sup>39</sup>. En tal dirección, con razón se ha esgrimido que “para una correcta aproximación al denominado ‘control de convencionalidad’ es preciso partir de la premisa según la cual dicho control se enmarca en la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno” o, expresado en otros términos, dicho control participa de “la internacionalización del Derecho interno y la nacionalización del Derecho Internacional”<sup>40</sup>.

En realidad, ese desarrollo progresivo de la teoría del control

---

37 Abierto a la firma en Estrasburgo el 2 de octubre de 2013 y entrado en vigor el 1 de agosto de 2018 tras conseguirse el número mínimo requerido de ratificaciones (diez) en virtud de su art. 8.

38 Jimena Quesada, L.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 18.

39 García Ramírez, S.: “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS-Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 28, 2011, p. 127.

40 Ibáñez Rivas, J.M.: *Manual auto formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. Instituto Interamericano de derechos humanos, San José de Costa Rica, 2015, p. 17.

de convencionalidad continúa en construcción, al estar todavía dicho control necesitado del constructivo diálogo judicial entre las Cortes internacionales y las máximas Cortes de cada Estado, a fin de llegar a soluciones que armonicen la interpretación y aplicación de las normas en favor de los beneficiarios del sistema. De este modo, semejante diálogo servirá para mutar el origen internacional de la doctrina, hacia la *convencionalización del Derecho constitucional*<sup>41</sup>. Se llega así a erigir el Estado convencional de los derechos y la convencionalización del Derecho integrando la supremacía normativa de la Constitución con los estándares continentales comunes<sup>42</sup>.

A este respecto, en la jurisprudencia interamericana, como premisa del control de convencionalidad claramente establecido en la Sentencia *Almonacid* de 2006, la Corte IDH ya había apuntado en su Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994 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” (párr. 35); y precisó luego en el caso *Almonacid* que “esta regla ha sido codificada en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” (párr. 125). Con estos parámetros, naturalmente cabía colegir de manera meridiana y lógica que “las obligaciones contenidas en el derecho convencional internacional, con mayor razón aún si se trata de derechos fundamentales, sobre todo si el Estado es parte de la

---

41 Tomo la expresión prestada de Farinella Arcella, F.: *Constitución y Control de Convencionalidad*, Ediciones InSurgente, Santiago de Chile, 2021, particularmente en sus disquisiciones sobre “la construcción jurisprudencial del control de convencionalidad en América” (Sección II).

42 Mendieta González, D. y Algarín Herrera, G.: “El Estado convencional de los derechos y la convencionalización del derecho” (capítulo 5), en Aguilar Cavallo, G. et al.: *El control de convencionalidad: Ius Constitutionale Commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 152.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el cual es parte, además, del derecho interno, constituyen para los jueces derecho directamente aplicable y con carácter preferente a las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyos los arts. 26 y 31.1, por una parte y el 27 de la Convención, por otra<sup>43</sup>.

Además, la famosa Sentencia *Almonacid* de 26 de septiembre de 2006 se complementará sólo dos meses después con otro hito del desarrollo progresivo del control de convencionalidad (Sentencia *Aguado Alfaro y otros vs. Perú* de 24 de noviembre de 2006 –caso *Trabajadores cesados del Congreso*–), en donde se afirma la necesidad de un control de oficio por parte de los jueces nacionales (control que se extiende realmente a todos los agentes, autoridades u órganos del Estado)<sup>44</sup> con carácter previo al que efectúa la propia Corte IDH, lo cual es un obvio guiño al principio *jura novit curia*<sup>45</sup>.

Por supuesto, las cortes supremas quedan incluidas entre esos órganos judiciales nacionales, de tal manera que el control de convencionalidad se opere previamente al eventual control de constitucionalidad, para evitar esa perniciosa “guerra de cortes” que haga perder credibilidad al sistema global de derechos humanos. De hecho, en el sistema interamericano se han detectado disfunciones de esa doble prejudicialidad si la instancia

---

43 Nogueira Alcalá, H.: “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 19, 2013, pp. 223-224.

44 Toda Castán, D.: “*The Respondent State Shall...*”: *International Human Rights Courts increasing their influence on the execution of their own judgments*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2021, p. 544.

45 Jimena Quesada, L.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad...*, op. cit., p. 51.

judicial suprema doméstica declara la constitucionalidad de una ley que, más tarde, se reputa inconvencional por la Corte IDH.

Dos ilustraciones nos serán útiles para comprobar dichas disfunciones. Como primer botón de muestra, cabe citar el caso *Guerrilha do Araguaia*, con decisiones divergentes en 2010 del Supremo Tribunal Federal de Brasil (Sentencia de 29 de abril de 2010, acción de incumplimiento No. 153) y de la Corte IDH (Sentencia *Gomes Lund y otros vs. Brasil* de 24 de noviembre de 2010). En su Sentencia, la Corte IDH observó “que no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional”<sup>46</sup>.

El segundo ejemplo viene suministrado por la más reciente divergencia surgida entre la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-101/18 de 24 de octubre de 2018) y la Corte IDH (Sentencia de 8 de julio de 2020) en el caso *Petro Urrego*. En su Sentencia, la Corte IDH constata como uno de los hechos relevantes que la Corte Constitucional colombiana se pronunció “sobre los alcances del art. 23.2 de la Convención Americana” llegando a una conclusión contraria a la auténtica y final que, con soporte en esa misma disposición convencional, declaró la Corte de San José de Costa Rica a la vista de la jurisprudencia interamericana previa referente a dichos alcances<sup>47</sup>.

---

46 Párr. 177. Recordemos que el caso se refería a la responsabilidad internacional del Estado por las desapariciones forzadas de los miembros de la Guerrilla de Araguaia ocurridas entre 1972 y 1975, así como por la falta de investigación de tales hechos.

47 Párr. 77, en conexión con párrs. 90 a 117. En el caso *Petro Urrego* la Corte IDH de Costa Rica declaró diversas violaciones de la CADH por destitución

Ante dicha eventualidad de colisión de controles constitucional e internacional, cabría prever esa doble prejudicialidad (con precedencia del control internacional sobre el control de constitucionalidad) en las normas constitucionales o infraconstitucionales domésticas, pudiendo completarse paralelamente esa previsión normativa doméstica mediante la adopción de un instrumento regional interamericano similar al Protocolo No. 16 al CEDH (conocido como “Protocolo del diálogo jurisdiccional”).

Sobre este punto, como bien se ha afirmado, “hoy día, como instrumento jurídico, la constitución no es ella sola, sino que se encuentra ‘convencionalizada’, es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos”<sup>48</sup>. O sea, canon de constitucionalidad y estándar internacional se perfilan como convergentes y complementarios; y en esa convergencia y complementariedad se inscribe la pertinencia de ampliar la jurisdicción consultiva de la Corte IDH mediante un nuevo Protocolo a la CADH<sup>49</sup>.

En este sentido, la ya reseñada (apartado II, *supra*) amplía competencia de la Corte IDH (en comparación con la más

---

desproporcionada de carácter administrativo, en vez de penal, de quien era alcalde de Bogotá; por el contrario, la Sentencia No. C-101/18 de la Corte Constitucional de Colombia de 24 de octubre de 2018 había avalado la constitucionalidad de dicha inhabilitación y la normativa nacional que le daba soporte.

48 Sagüés, N.P.: “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1, No. 2, Curitiba, 2014, p. 25.

49 Esa propuesta de “interamericanización” del Protocolo No. 16 en Jimena Quesada, L.: “Control de convencionalidad y contralímites”, *Revista Plural. Universidad Nacional de Mar del Plata*, No. 2, 2021, p. 15. Con anterioridad, más ampliamente, véase Zelada, C. *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño*, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, Lima, 2020, especialmente el capítulo 3, pp. 84 a 106.

restrictiva atribuida al TEDH) merecería completarse en la actualidad ensanchando el círculo de legitimación activa a las Cortes supremas y constitucionales americanas. En efecto, como acertadamente se ha destacado al estudiar el alcance del Protocolo No. 16 al CEDH,

la jurisdicción consultiva del TEDH estaba configurada en el CEDH de un modo restrictivo a tenor del Protocolo No. 2 (cuyo contenido se recoge en los actuales arts. 47 a 49 CEDH), por el peso político que se confirió a la legitimación activa (monopolio del Comité de Ministros del Consejo de Europa). Y esa naturaleza restrictiva se revelaba aún más restrictiva en comparación incluso con la competencia consultiva que se atribuyó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, en donde la dimensión política de su puesta en marcha ha supuesto un menor lastre a la hora de obtener interesantes opiniones jurídicamente determinantes para el desarrollo del sistema<sup>50</sup>.

Obviamente, no resulta sencillo efectuar un pronóstico sobre la proyección práctica que tendrá esa posible interamericanización del Protocolo No. 16 en el supuesto de producirse esa retroalimentación o inspiración mutua, una vez

---

50 Tomás Mallén, Beatriz, “La efectividad del Protocolo No. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España”, *Estudios de Deusto*, vol. 70, No. 1, 2022, p. 391. La citada autora subraya, no obstante, que la menor incidencia política de la legitimación activa en el sistema interamericano no ha sido óbice para que la iniciativa gubernamental (concurrente con la de la Comisión Interamericana) haya tenido en ocasiones un enfoque de consulta o litigio estratégico para conseguir a través de la justicia internacional una medida para la que no se cuente con sólido respaldo parlamentario a nivel nacional. Como ejemplo de esa estrategia, cita la Opinión Consultiva de la Corte IDH OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

más, entre los sistemas interamericano y europeo de protección de derechos humanos. La reciente experiencia ante el TEDH revela un número discreto de consultas formuladas por las instancias jurisdiccionales de las Partes Contratantes del Protocolo No. 16<sup>51</sup>. Con ello en mente, no parece que deba haber temor a una sobrecarga o saturación de la Corte IDH en caso de adoptarse ese Protocolo del diálogo en el seno de la OEA. El problema, por ende, no reside tanto en cuestiones cuantitativas; se nos antoja, más bien desde una dimensión cualitativa, que ese Protocolo sería un buen termómetro de buena voluntad jurisdiccional por parte

---

51 Véase dicha praxis en el siguiente enlace web oficial de la Corte Europea: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinions&c=>. A fecha finales de julio de 2022, el TEDH había emitido cinco opiniones consultivas (dos con relación a Francia –una formulada por la Corte de Casación y la otra por el Consejo de Estado de dicho país–, dos con respecto a Armenia –una presentada por la Corte Constitucional y la otra por la Corte de Casación del citado país– y una relativa a Lituania –registrada por la Corte Suprema Administrativa lituana–) sobre la base del Protocolo No. 16. En lo que concierne a la vía de consulta originaria (introducida por el Protocolo No. 2 al CEDH –abierto a la firma el 6 de mayo de 1963 y vigente desde el 21 de septiembre de 1970– y prevista en el actual art. 47 CEDH), únicamente se dictaron dos opiniones consultivas, una de fecha 12 de febrero de 2008 y otra de 22 de enero de 2010, ambas sobre algunas cuestiones jurídicas relativas a las listas de candidatos presentadas en vista a la elección de jueces del propio TEDH (por lo demás, una consulta previa relacionada con la coexistencia, en términos generales, del Convenio de derechos humanos y libertades fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes de 1995 con el propio CEDH, fue rechazada por el TEDH mediante decisión de 2 de junio de 2004). En fin, la segunda vía de consulta ante el TEDH, anterior al Protocolo No. 16, es la contemplada en el art. 29 del Convenio de Oviedo relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 1997. Con apoyo en dicho cauce, hasta el presente se sometió única solicitud (enviada en fecha 3 de diciembre de 2019 por parte del Comité de Bioética del Consejo de Europa previsto en el art. 32 del Convenio de Oviedo), en la que se pedía al TEDH que se pronunciara sobre dos cuestiones relacionadas con los derechos humanos y la dignidad de las personas que sufran un trastorno mental grave ante un internamiento o un tratamiento involuntarios (a la luz del art. 7 del Convenio de Oviedo). El TEDH rechazó dicha consulta mediante decisión de 15 de septiembre de 2021 estimándose incompetente para resolverla.

de las Cortes superiores de los países americanos para procurar las sinergias con la Corte IDH, en lugar de episodios de rebeldía referentes, señaladamente, a la ejecución de sentencias de la Corte de San José de Costa Rica.

Ciertamente, esa vía preventiva del diálogo se presenta como idónea para evitar el conflicto entre las Cortes supremas nacionales y la Corte IDH, por más que las opiniones consultivas previstas en ese posible Protocolo a la CADH se configuren como no vinculantes (como en el caso del Protocolo No. 16 al CEDH). Pues, en efecto, en caso de no ser respetada la opinión consultiva dictada por la Corte IDH, la misma opinión será asumida en la *ratio decidendi* del caso contencioso que, una vez agotada la vía judicial interna ante la instancia superior que no atendió la opinión, ineludiblemente llegará a conocimiento de la propia Corte de San José de Costa Rica<sup>52</sup>.

Por último, esa reforma del sistema interamericano ampliando la jurisdicción consultiva de la Corte IDH desde la perspectiva de la extensión del círculo de legitimados activos a las jurisdiccionales nacionales presentaría otras ventajas. Entre ellas, como acertadamente ha sido argumentado,

en primer término, al ser el juez doméstico quien plantea la pregunta, la interpretación prejudicial le proporciona la certeza de que la aplicación concreta que realizará en el caso que analiza, por ejemplo, de la Convención Americana, posee la autoridad del tribunal internacional investido para interpretarla.

---

52 Así lo advirtió el Ex Presidente del TEDH: *Discours du Président Dean Spielmann*; Séminaire Tribunal constitutionnel, Madrid, 22 mai 2015; accesible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20150522\\_OV\\_Spielmann\\_Tribunal\\_constitutionnel\\_Madrid\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150522_OV_Spielmann_Tribunal_constitutionnel_Madrid_FRA.pdf), p. 7.



Otra importante ventaja es que, al momento de interpretar prejudicialmente, la Corte IDH podrá tomar en cuenta – como lo hace en sus sentencias– la totalidad de su acervo jurisprudencial, indistintamente de su origen contencioso o consultivo. De hecho, en el ámbito del Protocolo No. 16, el TEDH ha señalado que las interpretaciones prejudiciales (mal llamadas ‘opiniones consultivas’), ‘harán parte de la jurisprudencia del tribunal junto a sus sentencias y decisiones. Por lo tanto, la interpretación que se realice en estas opiniones consultivas de la Convención y sus protocolos será análoga en sus efectos a las sentencias y decisiones de este tribunal’. Y, finalmente, porque permitirá uniformizar el ejercicio judicial del parámetro de convencionalidad. En efecto, el control prejudicial puede ayudar a reducir los riesgos de que cada juez haga el ejercicio de convencionalidad a su manera<sup>53</sup>.

## **5. Reflexiones finales: una nueva jurisdicción consultiva de la Corte IDH como baluarte de sinergias en favor del principio *pro personae***

Llegados a este estadio, resulta pertinente acometer las reflexiones de cierre recordando que ya en su primera opinión, la Corte IDH sostuvo que su jurisdicción consultiva tenía 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 atribuidos los distintos órganos de la OEA”<sup>54</sup>. Por consiguiente, esa función consultiva no debe responder a “especulaciones puramente académicas”,

---

53 Zelada, C.: *Op. cit.*, pp. 105-106.

54 OC-1/82, párr. 25.

sino que está orientada “a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva”<sup>55</sup>.

La evolución de la jurisdicción consultiva de la Corte IDH, en el sentido que se propone en la presente contribución (en puridad, no sería una nueva competencia, sino una ampliación –judicial– del círculo de legitimados, para hacerla más operativa), significará un avance crucial en las sinergias propiciadas por el diálogo judicial global en aras del principio *pro personae*. Más precisamente, “hacer realidad esta competencia requiere –por supuesto– de la adopción de un protocolo adicional que dote a la Corte IDH de esta facultad. Y ése puede ser un largo recorrido. Pero nada cuesta soñar. El paso a la fórmula prejudicial permitiría no solo mejorar la *ratio* de confianza ciudadana en nuestros jueces sino también hacer que la Corte IDH esté más cerca de la gente”<sup>56</sup>.

En este orden de cosas, en los reseñados casos *Guerrilha do Araguaia* contra Brasil de 2010 o *Petro Urrego* contra Colombia de 2020, se pone de manifiesto que la conocida en Europa como *teoría de los contralímites* (que pone el foco en la identidad nacional<sup>57</sup> o la “reserva constitucional” nacional<sup>58</sup>) no

---

55 Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 80 CADH), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 16.

56 Zelada, C.: *Op. cit.*, p. 106.

57 Véase Balaguer Callejón, F.: “The dialectic relation between the national and the European constitutional identity in the framework of European Constitutional Law”, *UNIO-EU Law Journal*, vol. 3, No. 1, 2017, pp. 10-24; Cruz Villalón, P.: “La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 17, 2013, pp. 501-514, y Guastafarro, B.: “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause”, *Yearbook of European Law*, vol. 31, No. 1, 2012, pp. 263-318.

58 Sobre la idea de “reserva de constitucionalidad” en el caso de Francia, puede leerse la Decisión del Consejo Constitucional DC No. 2006-540 DC de 25 de

es procedente, pues en los casos europeos en que se ha planteado dicha teoría los contralímites juegan como canon más favorable a nivel constitucional, mientras en los supuestos interamericanos mencionados es al contrario (*teoría del margen de apreciación* como límite), en detrimento del principio *pro personae*. Cuando la Justicia europea (en concreto, el Tribunal de Justicia de la UE) no ha hecho prevalecer el margen de apreciación nacional y, al contrario, ha impuesto la “armonización” integradora pese a un cierto coste para la mayor vigencia de los derechos, ello ha generado una reacción en algunas Cortes Constitucionales<sup>59</sup>, basada en dicha teoría de los “contralímites” para hacer valer estándares constitucionales más garantistas<sup>60</sup>.

Ahora bien, retomando nuestro objeto de análisis, es obvio que la ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte IDH como nueva apuesta por el diálogo y la complementariedad de ella con las Cortes superiores nacionales se erigirá inexorablemente en baluarte de sinergias en favor del principio *pro personae*. Como atinadamente expuso el maestro Cançado Trindade,

el cumplimiento de las obligaciones internacionales de protección requiere el concurso de los órganos internos de los Estados, y éstos son llamados a aplicar las normas internacionales. Es éste el trazo distintivo y tal vez el más

---

julio de 2006.

59 Una ilustración reciente de cómo el propio TJUE acaba aceptando los “contralímites” más favorables en materia de derechos fundamentales bajo la presión de alguna Jurisdicción Constitucional, la ofrecen los casos “Taricco” (Italia): STJUE “Tarico II” de 5 de diciembre de 2017 (*M.A.S., M.B.*, asunto C-42/17), a raíz de la cuestión prejudicial formulada por la Corte Constitucional italiana para contrarrestar la posición más restrictiva de la STJUE “Taricco I” de 8 de septiembre de 2015 (*Taricco y otros*, asunto C105/14).

60 Vecchio, F.: *Primacía del Derecho Europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 127.

destacado de los tratados de derechos humanos, dotados de especificidad propia y al requerir una interpretación propia guiada por los valores comunes superiores que abrigan, diferentemente de los tratados clásicos que se limitan a reglamentar los intereses recíprocos entre las Partes. Con la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en el presente contexto, *los grandes beneficiarios son las personas protegidas*<sup>61</sup>.

En suma, nuestro querido y admirado amigo Antônio, siempre puso a la persona y su dignidad en el centro del debate acerca del reconocimiento, la interpretación y la aplicación de las normas, sobre todo frente a violaciones de normas de *ius cogens*, en coherencia con lo que él denominó el “nuevo *jus gentium*” y el “principio de humanidad”<sup>62</sup>. Con el mismo espíritu, para concluir, siempre he concebido el Derecho (y, *a fortiori*, el Derecho

---

61 Cançado Trindade, A.A.: “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *op. cit.*, pp. 39-40; cursiva nuestra.

62 Son numerosos sus trabajos e intervenciones en los que ha mostrado dicha coherencia Antônio Augusto Cançado Trindade, entre otros: *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001; “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, *Revista IIDH*, No. 46, 2007, pp. 273-329; “La expansión y la consolidación de las medidas provisionales de protección en la jurisdicción internacional contemporánea”, en Sanz Caballero, S. y Abril Stoffèls, R.M. (coords.): *Retos de la jurisdicción internacional*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2012, pp. 99-118; “La búsqueda de la realización de la justicia en la era de los Tribunales Internacionales”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Herrera García, A. (coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant lo Blanch, México/Valencia, 2013, pp. 1351-1412; o “Reflexiones sobre la presencia de la persona humana en el contencioso interestatal ante la Corte Internacional de Justicia: desarrollos recientes”, en Soroeta Licerias, Juan y Alonso Moreda, Nicolás (coords.): *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. XVII, 2017, pp. 223-271.

internacional de los derechos humanos) como una técnica vocacional que debe manejar con rigor los conceptos jurídicos (y, con ello, el buen hacer en el acceso, interpretación y aplicación de las normas) pero, al mismo tiempo, siendo conscientes en todo momento de que el objetivo último es la consecución de la Justicia en el respeto a la Dignidad inherente a toda Persona.