

Opiniones consultivas de la Corte IDH ¿Utopía o mandato?

Pablo Castillo



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Serie Magíster

Opiniones consultivas de la Corte IDH ¿Utopía o mandato?

Pablo Castillo



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Serie Magíster
Vol. 370

Opiniones consultivas de la Corte IDH: ¿Utopía o mandato?

Pablo Castillo

Primera edición

Producción editorial: Jefatura de Publicaciones
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Annamari de Piérola, jefa de Publicaciones
Shirma Guzmán P., asistente
Patricia Mirabá T., secretaria

Corrección de estilo: Alejo Romano
Diseño de la serie: Andrea Gómez y Rafael Castro
Impresión: Fausto Reinoso Ediciones
Tiraje: 120 ejemplares

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar,
Sede Ecuador: 978-9942-641-53-3
© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Toledo N22-80
Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
• www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión por pares, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Impreso en Ecuador, mayo de 2024

Título original:
Efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte IDH:
Su aplicación en Ecuador y Bolivia

Tesis para la obtención del título de magíster en Derecho
Autor: Pablo Andrés Castillo Rodríguez
Tutora: María Augusta León Moreta
Código bibliográfico del Centro de Información: T-3402

*A mi querido hermano Santiago,
te quiero y te abrazo en el cosmos.*

CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS	7
INTRODUCCIÓN	9

Capítulo primero

EFFECTOS JURÍDICOS DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH	13
NACIMIENTO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH: BREVE RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA.....	13
EFFECTOS JURÍDICOS HIPOTÉTICOS DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH	21
ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH	38

Capítulo segundo

APLICACIÓN DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN ECUADOR Y BOLIVIA	51
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE VINCULAN A LAS OPINIONES CONSULTIVAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO DE ECUADOR, Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: LA ADOPCIÓN IGUALITARIA, UN RETO PENDIENTE	52
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE VINCULAN A LAS OPINIONES CONSULTIVAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO DE BOLIVIA, Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL: MATRIMONIO IGUALITARIO, UN RETO PENDIENTE.....	68
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	93

AGRADECIMIENTOS

Gratitud a mis abuelitos, Jorge, Luz Bolivia, Luz América y Luis, por sus enseñanzas y guía.

A mis padres, Pablo y Elvia, por el regalo de la vida y por arroparme en el camino.

A mis hermanos, Danny, Michelle, Carlos y Santiago, por su cariño y apoyo.

A Nathy, por el caminar compartido y el amor en cada paso.

A Bartolito, por la contención en la mirada y el ladrido.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, mi gratitud, por darme la oportunidad de cursar mis estudios superiores, incluso en contextos nacionales difíciles, como el paro nacional de octubre de 2019 y la pandemia de COVID-19.

Agradezco también a cada uno de los profesores que gentilmente compartieron sus conocimientos, tanto en las aulas como en las clases virtuales.

Gracias a mis compañeros, cuya diversidad enriqueció mi visión del derecho.

Gracias a Claudia Storini, María Augusta León, Juan Carlos Estivariz y Marcelo Guerra, por confiar en las ideas aquí esbozadas y enriquecer el presente trabajo académico con sus acertados comentarios.

INTRODUCCIÓN

Con el nacimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), se atribuyó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dos grandes funciones: la contenciosa y la consultiva.¹ Sin embargo, no se establecieron los efectos jurídicos de las opiniones derivadas de la función consultiva, lo que sí se hizo en el caso de la facultad contenciosa.² Esta situación ha generado imprecisión sobre cuáles son sus consecuencias para los Estados.

Los criterios sobre estos efectos jurídicos han mantenido una evolución a lo largo de los años dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Inicialmente, la Corte IDH señaló que las opiniones consultivas «no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa».³ Luego especificó que a través de ellas no se resuelven cuestiones de hecho, sino que, cumpliendo una función asesora, se emite con efectos jurídicos

1 OEA Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, arts. 61-4.

2 *Ibíd.*, art. 62.1.

3 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-1/82: «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte*, 24 de septiembre de 1982, párr. 51, <https://tinyurl.com/etj43y3w>.

innegables⁴ una opinión sobre la interpretación de una norma jurídica⁵ relativa a la protección de los derechos humanos, así como a cualquier tratado internacional que rija en los Estados de América.⁶

En sus opiniones consultivas más recientes, la Corte IDH ha señalado que su competencia consultiva, al igual que la contenciosa, tiene el objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales.⁷ Asimismo, indicó que su atribución consultiva «contribuye también, y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía de los Estados para resolver cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos».⁸ En consecuencia, este «control preventivo» busca evitar ulteriores vulneraciones de derechos humanos que puedan provocar los Estados, sin tener que esperar a establecer estos estándares a través de una sentencia contenciosa.

Por lo tanto, las opiniones consultivas se han constituido como verdaderas herramientas que tienen los Estados para respetar, proteger, garantizar y evitar vulneraciones de derechos fundamentales. A pesar estas interpretaciones, la Corte IDH no ha sido clara para explicar los efectos jurídicos que derivan de estas decisiones. Esto ha ocasionado que los Estados desconozcan estos estándares de derechos humanos y asuman una posición de discrecionalidad para su aplicación. Así, es necesario aterrizar esta investigación en los países que ratificaron la CADH para verificar cómo han sido reconocidas las opiniones consultivas en su derecho interno, de qué herramientas se dispone para exigir su tutela y qué retos se mantienen actualmente para garantizar su efectiva aplicación.

4 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-15/97: Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 14 de noviembre de 1997, párr. 26, <https://tinyurl.com/2vu86j7v>.

5 Manuel Ventura y Daniel Zovatto, *La naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 165.

6 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-1/82*, opinión primera.

7 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-23/17: Medio ambiente y derechos humanos*, 15 de noviembre de 2017, párr. 28, <https://tinyurl.com/3rzxr9cd>.

8 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24 noviembre de 2017, párr. 27, <https://tinyurl.com/bdec4tnx>.

Por la extensión de esta investigación, no será posible analizar todos los países que ratificaron la CADH. En esta ocasión se estudiará a Ecuador y Bolivia, los cuales consagran parámetros constitucionales equivalentes,⁹ entre los que destacan la cláusula abierta, la favorabilidad, el principio de progresividad y la aplicación directa e inmediata de los instrumentos de derechos humanos, que permiten entender las opiniones consultivas como parte de sus constituciones. Asimismo, estos países cuentan con garantías constitucionales que hacen posible exigir la tutela de derechos y, al mismo tiempo, con retos en materia de derechos humanos para los cuales las opiniones consultivas constituyen una fuente de derecho que permite limitar el exceso del poder, declarar vulneraciones y determinar medidas de reparación.

Por lo tanto, el objetivo central que guía la presente investigación es determinar cuáles son los efectos jurídicos que derivan de las opiniones consultivas de la Corte IDH en el derecho constitucional de los Estados de Ecuador y Bolivia. Para responder esta interrogante, se proponen dos objetivos específicos. El primero es explicar los efectos jurídicos que derivan de las opiniones consultivas de la Corte IDH en los Estados parte de la CADH, y el segundo, verificar cómo se aplican en Ecuador y Bolivia. Para cumplir el primer objetivo, se desarrolla el capítulo primero, «Efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte IDH», estructurado en tres acápite: en el acápite inicial, se realiza una aproximación al nacimiento y la evolución de las opiniones consultivas, para delimitar cuáles fueron los criterios para su reconocimiento; en el segundo, se plantean las categorías de efectos jurídicos hipotéticos y efectos jurídicos concretos para explicar la forma en que deben ser reconocidas las opiniones consultivas; finalmente, en el tercero se propone la categoría de *ratio decidendi* para plantear en qué medida estas deben ser aplicables, y si ello es en su totalidad o en parte. Esto permitirá que las personas de cualquier Estado que haya ratificado la CADH cuenten con una herramienta conceptual que coadyuve a explicar la obligatoriedad de la aplicación de las opiniones consultivas y las consecuencias que asume el Estado cuando las desconoce.

9 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 3.1, 10, 11.3.7.8, 417 y 424; Bolivia, *Constitución Política del Estado de 2009*, Gaceta Oficial NCPE, 7 de febrero de 2009, arts. 13.1.2.4, 109 y 256.1.2.

En cuanto al segundo objetivo, se plantea el capítulo «Aplicación de las opiniones consultivas en Ecuador y Bolivia», estructurado en dos acápite. El primero está dedicado a Ecuador, y en él se determinan los principios constitucionales que vinculan las opiniones consultivas a su ordenamiento jurídico interno. Asimismo, se analiza su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Finalmente, se plantea la adopción igualitaria como un reto en materia de derechos humanos, cuya tutela efectiva depende de la aplicación de la opinión consultiva OC-24/17.¹⁰

En el segundo acápite, dedicado a Bolivia, se analizan los principios constitucionales que vinculan las opiniones consultivas a su ordenamiento jurídico interno. Posteriormente, se analizan los pronunciamientos del Tribunal Plurinacional Constitucional que permiten entender a las opiniones consultivas como parte de su bloque de constitucionalidad. Finalmente, se plantea cómo el matrimonio igualitario debe ser reconocido en Bolivia a partir de la aplicación de la opinión consultiva OC-24/17.¹¹

10 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-24/17*.

11 *Ibíd.*

CAPÍTULO PRIMERO

EFFECTOS JURÍDICOS DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH

El presente capítulo tiene como propósito escudriñar los orígenes, la evolución y los debates que giran en torno a los efectos jurídicos de las opiniones consultivas. Se transitará por los archivos y las actas iniciales que germinaron la idea consultiva. Luego, se abordará el desarrollo de la misma Corte IDH, en sus funciones consultiva y contenciosa, así como los aportes más relevantes de la doctrina. Seguidamente, se fundamentará cómo las opiniones consultivas gozan de efectos jurídicos hipotéticos. Finalmente, se delimitará cuáles de sus elementos gozan de efectos vinculantes, utilizando para ello la categoría de *ratio decidendi*.

NACIMIENTO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH: BREVE RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA

La idea de un tribunal internacional con capacidad para emitir opiniones consultivas y conocer y resolver conflictos no ha estado presente desde los inicios del pensamiento jurídico. Esta concepción se empezó a desarrollar luego de la Primera Guerra Mundial, con el surgimiento del Pacto de la Sociedad de Naciones en junio de 1919. Lo suscribieron

EE. UU. y la URSS (disuelta en diciembre de 1991).¹² El compromiso principal fue de evitar una nueva guerra y garantizar la paz y la seguridad de los pueblos.¹³ Para ello, se dispuso al Consejo de la Sociedad la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), dotada con capacidad para conocer divergencias de carácter internacional y emitir opiniones consultivas.¹⁴ Posteriormente, entre 1922 y 1940, esta CPJI absolvería 27 consultas,¹⁵ de modo que se convertiría en el primer tribunal internacional al que se concedió la función consultiva.¹⁶

Sin embargo, estas competencias no giraron en torno a proteger a las personas frente a los Estados, sino a regular conflictos entre estos últimos. Así lo refleja el art. 1 del Estatuto de la CPJI, el cual detalla que esta surge como un órgano «adicional a la Corte de Arbitraje, organizada por las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, y a los tribunales especiales de arbitraje, respecto de los cuales los Estados están en libertad de someter la solución de sus controversias».¹⁷

Después de la Segunda Guerra Mundial, según Agemir Bavaresco, «se han constituido casi doscientos países que nacieron de los antiguos imperios coloniales, según el modelo del Estado nación soberano»,¹⁸

-
- 12 Guadalupe Pacheco, «El diseño institucional de la URSS y su desintegración: Antecedentes geohistóricos y la dinámica del conflicto intraélites», *Espacialidades. Revista de Temas Contemporáneos sobre Lugares, Política y Cultura* 1, n.º 1 (2011): 42, <https://tinyurl.com/2nwphjz>.
 - 13 Sociedad de Naciones, *Pacto de la Sociedad de Naciones*, 28 de junio de 1919, preámbulo, <https://tinyurl.com/fkn4tr8t>.
 - 14 *Ibíd.*, art. 14.
 - 15 Carlos Espósito, *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia: Su valor en la determinación del derecho internacional y en la solución pacífica de controversias* (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1995), 302.
 - 16 Antônio Cançado, «Estatuto de la Corte Internacional de Justicia», *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2016, 13, <https://tinyurl.com/3xwuxchs>.
 - 17 Sociedad de Naciones, «Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional», en *ibíd.*, 2. El artículo en el idioma original es el siguiente: «Indépendamment de la Cour d'Arbitrage, organisée par les Conventions de La Haye de 1899 et 1907, et des Tribunaux spéciaux d'Arbitres, auxquels les Etats demeurent toujours libres de confier la solution de leurs différends, il est institué, conformément à l'article 14 du Pacte de la Société des Nations, une Cour permanente de Justice internationale».
 - 18 Agemir Bavaresco, «La crisis del Estado nación y la teoría de la soberanía en Hegel», *Recerca. Revista de Pensament i Anàlisi* 1 (2003): 64, <https://tinyurl.com/3rnjpsww>.

que tradicionalmente tenía como elementos principales el territorio, el pueblo y la soberanía.¹⁹ Esta última se entendía como «sinónimo de independencia en el sentido de no ser sumisa a alguna fuerza externa. Es decir, la soberanía como expresión de poder jurídico más alto —el Estado— tiene el poder de decisión en las manos y decide sobre la eficacia de cualquier norma jurídica».²⁰ Bajo esta concepción, el Estado posee la competencia exclusiva para decidir sobre la vulneración o el menoscabo de los derechos de las personas, sin que un órgano externo de ningún tipo pueda revisarlo o contradecirlo.

De acuerdo con Peter Drucker, la concepción de soberanía del Estado nación perdió peso a finales de la Segunda Guerra Mundial, debido a que internamente los países tenían sociedades pluralistas y, en lo externo, empezaron a compartir competencias con instancias transnacionales.²¹ De este modo, «los Estados aceptaron restringir sus soberanías para mantener la paz y la seguridad internacionales».²² Con el debilitamiento de la concepción tradicional de soberanía y la necesidad imperiosa de evitar una tercera guerra mundial, optaron por procesos que permitieran solucionar los problemas internacionales por la vía pacífica y diplomática.

En esta dinámica, el 26 de junio de 1945 surge la Carta de las Naciones Unidas, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional.²³ Con ella, nace la Corte Internacional de Justicia (CIJ), órgano principal de las Naciones Unidas inspirado en la CPJI,²⁴ que mantuvo la facultad consultiva y, por tanto, su capacidad para expresar su opinión sobre cualquier cuestión jurídica.²⁵ Esta amplitud y ambigüedad generó muchos problemas en la práctica, pues no

19 Ibid., 56.

20 Ibid., 59.

21 Peter Drucker, *Sociedad pós-capitalista*, en *ibíd.*, 64.

22 Sebastián Rey, «Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales: ¿Tres conceptos incompatibles?», *Revista Derechos Humanos* 1, n.º 1 (2012): 100, <https://tinyurl.com/ysdb9new>.

23 ONU Asamblea General, *Carta de las Naciones Unidas*, 26 de junio de 1945, nota introductoria, <https://tinyurl.com/mr5xzdbf>.

24 Ibid., art. 92.

25 Ibid., art. 96.

existía claridad sobre su ámbito de acción.²⁶ Por otro lado, mantuvo la competencia de su predecesora para resolver «conflictos entre Estados y no de personas contra Estados».²⁷

Posteriormente, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Estados adoptaron un compromiso con todos los pueblos y nacionalidades, para respetar, proteger y garantizar sus derechos y libertades.²⁸ Sin embargo, no se estableció un tribunal internacional que vigilara su cumplimiento, por lo que su exigibilidad quedó limitada a una obligación moral de los Estados.

Bajo esta influencia, en América se empiezan a consolidar los primeros acuerdos sobre un catálogo supranacional de derechos, con un tribunal internacional con capacidad de interpretarlo y vigilar su cumplimiento. Así, en agosto de 1959, en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de convención sobre derechos humanos y un proyecto de convención sobre una Corte IDH y otros órganos adecuados para la tutela de aquellos.²⁹

El proyecto fue finalmente elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959, inspirado en los siguientes avances: el proyecto de Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1952; el proyecto de Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizado en 1953 por la CIDH; y la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).³⁰

26 Espósito, *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, 164-8. Aquí se aborda con mayor detalle el desarrollo de la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia, para su revisión.

27 ONU Asamblea General, *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, 26 de junio de 1945, art. 34.1, <https://tinyurl.com/2yhu78av>. En ella se detalla que solo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte.

28 ONU Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, Resolución 217 A (III), preámbulo, <https://tinyurl.com/ej375uas>.

29 OEA Secretaría General, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968* (Washington DC: OEA, 1973), 66.

30 CIDH, *Informe sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria*, 15 de octubre de 1965, 12, OEA/Ser.L/V/II.U, <https://tinyurl.com/46sa4bv2>.

En el caso de los dos pactos antes referidos, concluyeron con el reconocimiento de derechos civiles y políticos,³¹ así como económicos, sociales y culturales,³² pero dentro de ellos no se contempló la idea de una Corte IDH y menos aún la facultad para emitir opiniones consultivas. Así, el primer borrador de la CADH llegó de la mano de la CEDH, celebrada en Roma en 1950, y contó con el apoyo de quince Estados miembros del Consejo de Europa. Sí contempló la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con competencia para conocer y resolver los litigios puestos en su conocimiento en contra de una alta parte contratante, pero sin competencia para emitir opiniones consultivas.³³

Por lo tanto, en 1959, en materia de derechos humanos aún no se concebía la idea de la opinión consultiva, ni en Europa ni en América. La atribución consultiva de la CPJI y posteriormente la CIJ no fue concebida con el ánimo de defender a los seres humanos frente al Estado, sino de resolver problemas entre Estados, por lo que no tenía autoridad sobre derechos humanos. Sin embargo, el proyecto de la CADH siguió mejorando, al punto que el 1.º de mayo de 1968, el Consejo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) dispuso a la CIDH su redacción definitiva, a fin de ponerlo en conocimiento y discusión de los Estados de la región.³⁴

Para aquel entonces, en Europa ya se había compuesto, el 6 de mayo de 1963, el protocolo n.º 2 a la CEDH, a través de la cual se confería al TEDH la competencia para resolver las solicitudes de opiniones consultivas planteadas por el Comité de Ministros.³⁵ Dicho protocolo sirvió

31 ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 23 de marzo de 1976, Resolución 2200 A (XXI), <https://tinyurl.com/3p4987m7>.

32 ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 3 de enero de 1976, Resolución 2200 A (XXI), <https://tinyurl.com/yc44mmf3>.

33 Consejo de Europa Asamblea General, *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 4 de noviembre de 1950, BOE 243, arts. 45 y 48, texto previo a las modificaciones del protocolo adicional número 2.

34 OEA Secretaría General, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y documentos*, 7 a 22 de noviembre de 1969, 1-2, OEA/Ser.K/XVI/1.2.

35 Consejo de Europa Asamblea General, *Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Conferring upon the European*

de base para que la CIDH realizara un estudio comparado de estos avances en materia de derechos humanos y los incluyera en su proyecto de la CADH.³⁶

Sin embargo, se advierte que la CIDH no planteó en su proyecto la función consultiva en los mismos términos que los europeos. En el protocolo n.º 2 a la CEDH, se establecieron tres principales limitaciones al ejercicio de la función consultiva: 1. la imposibilidad del TEDH de pronunciarse sobre temas relacionados al contenido o alcance de los derechos y libertades reconocidos en la CEDH o sus protocolos;³⁷ 2. la prohibición de emitir opiniones inherentes a recursos que habían de conocer la Comisión, el TEDH o el Comité de Ministros;³⁸ y 3. el Comité de Ministros era el único órgano legitimado para solicitar una opinión consultiva al TEDH, siempre y cuando contara con el apoyo mínimo de dos tercios de sus miembros.³⁹ Por el contrario, la CIDH no tomó en cuenta estas restricciones y redactó en el anteproyecto de la CADH el art. 53, en el cual se concibió a la opinión consultiva en los siguientes términos:

La Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta convención o de otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; y los Estados partes, acerca de la compatibilidad entre alguna de sus leyes internas y dichos instrumentos internacionales.⁴⁰

De manera que, a diferencia de la CEDH, no se estableció prohibición alguna a la Corte IDH para el ejercicio de su función consultiva. Por el contrario, la CIDH fue más allá y la legitimó para interpretar la CADH y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos. Asimismo, fortaleció el efecto irradiación de los derechos humanos al darle competencia para realizar un examen de compatibilidad entre las leyes internas y los instrumentos de protección de derechos humanos. Por lo tanto, este punto de partida marcó una diferencia

Court of Human Rights Competence to Give Advisory Opinions, 6 de mayo de 1963, arts. 1-3, <https://tinyurl.com/4k4vm5kh>.

36 CIDH, *Informe sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 12-4.

37 Consejo de Europa Asamblea General, *Protocol No. 2*, art. 1.2.

38 *Ibíd.*, art. 2.

39 *Ibíd.*, art. 1.3.

40 OEA Secretaría General, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*, 148.

trascendental que daría una fuerza vinculante especial a las opiniones consultivas del SIDH. Sin embargo, esa discusión será retomada con mayor especificidad más adelante.

Posteriormente, el proyecto de convención fue adoptado como documento de trabajo para la Conferencia Especializada Interamericana Extraordinaria,⁴¹ celebrada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, y que tenía por objeto que los Estados de América discutieran, aprobaran y firmaran el proyecto de convención trabajado por la CIDH.⁴²

Sin duda, no existía un criterio homogéneo sobre la necesidad de dotar a la Corte IDH de la función consultiva. Por ejemplo, Uruguay propuso un proyecto de convención sobre derechos humanos que no contempló la idea de opinión consultiva,⁴³ mientras que Chile sí lo hizo,⁴⁴ planteándolo en los mismos términos que la CIDH en su proyecto, pero con tres diferencias: 1. no contempló la posibilidad de que la Corte IDH pudiera realizar un análisis de la compatibilidad de las leyes internas de los países con la convención; 2. tanto la función jurisdiccional como la consultiva fueron incluidas en el acápite de «procedimiento judicial» sin diferenciar estas dos atribuciones, mientras que la CIDH los incluyó dentro de la «competencia de la Corte»; y 3. la legitimación activa era ampliada a los Estados contratantes y no a la Asamblea General.

Ya en la Conferencia, la idea de la facultad consultiva tuvo un especial apoyo de República Dominicana y Guatemala. La primera abogó por dar mayor independencia y dignidad a la Corte IDH a través de reconocerle su función consultiva,⁴⁵ y la segunda la mantuvo dentro de su propuesta de modificaciones a la CADH.⁴⁶ Finalmente, en la Conferencia se decidió someter a debate la convención en dos comisiones: una encargada de la materia de protección y otra, de los órganos de protección y disposi-

41 *Ibíd.*, 156-67.

42 OEA Secretaría General, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, 1-3.

43 OEA Secretaría General, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*, 298-317.

44 *Ibíd.*, 284-95.

45 OEA Secretaría General, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, 84.

46 *Ibíd.*, 119.

ciones generales.⁴⁷ Precisamente en la Comisión II, con la participación de diecinueve Estados miembros de la conferencia,⁴⁸ se abordó el tema de la función consultiva, y se llegó a la siguiente conclusión:

El art. 65, que corresponde al art. 53 del Proyecto, extiende el derecho de formular consultas a la Corte, en relación con la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, a todos los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización reformada por el Protocolo de Buenos Aires, así como a todos los Estados miembros de la Organización.⁴⁹

Como se observa, la Comisión II alteró el proyecto original de la CIDH, en el cual solo la Asamblea General, el Consejo Permanente y la CIDH contaban con legitimación para solicitar opiniones consultivas. Incluyó además a los Estados miembros de la OEA, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los consejos, el Comité Jurídico Interamericano, la Secretaría General, las conferencias y organismos especializados.⁵⁰ De esta manera, la redacción final propuesta por la Comisión fue la siguiente:

Artículo 65.- 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 los 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.

La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualesquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.⁵¹

Esta propuesta de la Comisión II fue llevada a la tercera sesión plenaria de la Conferencia, a través de la cual, con presencia de delegados de diecinueve países, se aprobó por unanimidad el texto del art.

47 Ibid., 404 y 428.

48 Ibid., 370.

49 Ibid., 377.

50 OEA Asamblea General, *Protocolo de reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos (B-31)*, «Protocolo de Buenos Aires», 27 de febrero de 1967, art. 51, <https://tinyurl.com/t8tzh2ab>.

51 OEA Secretaría General, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, 392.

65 referido en líneas anteriores,⁵² a diferencia de otros artículos en los cuales sí hubo observaciones de por medio.⁵³ Finalmente, debido a modificaciones realizadas en otros artículos de la CADH, la función consultiva pasó a contemplarse en el art. 64 y no en el 65. Adicionalmente, figura un cambio de forma en el segundo párrafo, a partir del cual se elimina la palabra *cualesquiera* y se agrega *cualquiera*.⁵⁴

Con lo expuesto, se observa que las primeras ideas de dotar a un tribunal internacional con facultad consultiva se desarrollaron en Europa. La CPJI y luego su sucesora, la CIJ, fueron las primeras en contar con dicha atribución. Sin embargo, esta no estaba direccionada a tutelar los derechos de las personas frente al Estado.

En materia de derechos humanos, los avances del SIDH dieron como resultado una Corte IDH dotada con mayor capacidad de acción a partir de su función consultiva; una diferencia con su par europeo, el TEDH, con límites en el ejercicio de esta atribución —por lo cual, según Laura Camarillo, se recurre poco a esta competencia—.⁵⁵ Se observa a la CADH entonces como un tratado más moderno y avanzado que los anteriores, en gran parte por el acercamiento cultural y político de los Estados que lo negociaron.⁵⁶ Sin embargo, en cuanto a los efectos de las decisiones adoptadas en el ámbito de esta competencia, no ha existido unanimidad sobre si son o no de obligatorio cumplimiento. Por ello, a continuación se abordará el debate que gira en torno a este tema, para determinar en qué medida son de observancia ineludible.

EFFECTOS JURÍDICOS HIPOTÉTICOS DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH

La función consultiva nació con elementos innovadores para el sistema jurídico de los derechos humanos de la época. No obstante, los

52 Ibid., 451–3 y 457.

53 Ibid., 41, 237, 239 y 301; por ejemplo, el debate que giró en torno al derecho a la propiedad privada.

54 Ibid., 497.

55 Laura Camarillo, «Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos», *Prolegómenos. Derechos y Valores* 19, n.º 37 (2016): 76, <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1680>.

56 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-5/85: La colegiación obligatoria de periodistas*, 13 de noviembre de 1985, párr. 5, <https://tinyurl.com/mpt9p67n>.

Estados no fueron claros al estipular en el texto de la CADH los efectos de las opiniones consultivas. Esto pudo obedecer a una técnica de redacción deficiente o a la falta de voluntad política. La realidad parece inclinarse a la segunda, conforme se detalla a continuación:

[P]ara el 22 de noviembre de 1969, fecha de la adopción de la Convención, tan solo 11 de los 34 países signatarios firmaron este instrumento internacional, siendo estos países Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela, lo cual denota que inicialmente la Convención no tuvo el apoyo y compromiso de la mayoría de los Estados.⁵⁷

Ante esta omisión, ¿cómo y en qué medida surten efectos jurídicos las opiniones consultivas? Al respecto, Carlos Villarroel sostiene que «gozan de gran autoridad y llenan una importante función como medio de protección de los derechos humanos».⁵⁸ Por otro lado, Ventura y Zovatto indican que, por la misma naturaleza de las opiniones consultivas, no gozan del mismo efecto vinculante que tienen las sentencias contenciosas.⁵⁹ Por su parte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor señala que las apelaciones a la CADH incluyen no solo las desarrolladas en las sentencias contenciosas, sino también las originadas en las opiniones consultivas, por cuanto ambas tienen el propósito de interpretar la Convención y otros tratados internacionales de protección de derechos humanos.⁶⁰

Con esta diversidad de criterios, lo más adecuado es observar, a partir de las opiniones consultivas de la Corte IDH, cómo ha evolucionado

57 Pablo Castillo, «Obligaciones positivas como medidas en casos de reparación en casos de vulneración de los derechos sociales: El papel de la Corte Constitucional ecuatoriana en el año 2018» (monografía, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019), 19. Allí se realiza un análisis de los datos que reposan en la OEA, «Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32): Estado de Firmas y Ratificaciones», *Organización de Estados Americanos*, accedido el 4 de marzo de 2024, <https://tinyurl.com/sx2d665>.

58 Carlos Villarroel, «La competencia consultiva de los tribunales internacionales», *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 2, n.º 4 (2014): 18, <https://tinyurl.com/83rkpumw>.

59 Ventura y Zovatto, *La naturaleza de la función consultiva*, 165.

60 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma del juez mexicano», *Estudios Constitucionales* 9, n.º 2 (2011): 584-5, <https://tinyurl.com/yxttph4v>.

su criterio sobre los efectos que generan. Para ello, se han estudiado las 29 opiniones consultivas dictadas entre 1982 y 2022, por iniciativa de la CIDH y doce países partes de la CADH.⁶¹ Al momento, se encuentra en trámite la que sería la opinión consultiva número 30, solicitada por los Estados de Colombia y Chile, referente a la relación entre emergencia climática y derechos humanos.⁶² Los solicitantes más recurrentes han sido la CIDH (en diez ocasiones), Costa Rica y Colombia (cinco cada uno), Uruguay (cuatro) y Argentina (tres). Los siguen Ecuador, con dos, y Perú, México, Venezuela, Paraguay, Brasil, Panamá y Chile, con una solicitud cada uno.

Previo a analizar estos criterios y sin caer en reduccionismos innecesarios, se plantea a continuación un contexto cronológico general, referente a la evolución del criterio de efectos jurídicos desde la misma Corte IDH. En su primera opinión consultiva, dictada el 24 de septiembre de 1982, la Corte IDH mencionó que a través de la competencia consultiva se cumple una función asesora, la cual coadyuva a los Estados americanos a cumplir sus obligaciones internacionales.⁶³ Asimismo, señaló que no genera las mismas consecuencias que gozan las sentencias dictadas en la competencia contenciosa, ya que no resuelve sobre hechos.⁶⁴ Adicionalmente, indicó que no tendría eventuales efectos para aquellos países que no hubieran participado en el proceso consultivo.⁶⁵ Empero, este criterio no fue retomado en las siguientes opiniones.

En el mismo día se emitió la segunda opinión consultiva, en la que se señaló que no existe organismo más autorizado que la Corte IDH para interpretar la CADH, lo cual incluye el ámbito consultivo⁶⁶ y no solo el contencioso. Un año más tarde, en 1983, expresó que la opinión

61 Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

62 Colombia y Chile, «Solicitud de opinión consultiva sobre emergencia climática y derechos humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la República de Colombia y la República de Chile», *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 9 de enero de 2023, <https://tinyurl.com/46zcte8k>.

63 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-1/82*, párr. 25.

64 *Ibíd.*, párr. 51.

65 *Ibíd.*

66 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-2/82: El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, 24 de septiembre de 1982, párrs. 12-3, <https://tinyurl.com/ycyunj2>.

consultiva es una interpretación judicial desarrollada como un método alternativo al contencioso, el cual busca ayudar a los Estados y órganos a cumplir a cabalidad sus obligaciones internacionales, sin necesidad de someterlos a los requisitos formales de un juicio.⁶⁷

En 1984, la Corte IDH señalaría que la función consultiva tiene como horizonte hacer efectivos los derechos y las libertades de que goza toda persona.⁶⁸ En 1985, ratificaría que a través de la opinión consultiva no se generan los mismos efectos que producen las sentencias.⁶⁹ Para el año 1987, la Corte IDH fortalecería el criterio de los efectos jurídicos de las opiniones consultivas, al señalar que su objetivo es que puedan ser aplicadas a futuro en situaciones concretas.⁷⁰

En 1989, la Corte IDH señaló que está habilitada para interpretar en esta función cualquier norma de la CADH.⁷¹ En 1994, indicó que a través de esta interpretación se fortalece el sistema de protección de derechos, ya que contribuye a definir las obligaciones internacionales de los Estados, además del sentido de las normas que regulan la materia.⁷² Tres años más tarde, en 1997, la Corte IDH se refirió a que sus decisiones consultivas acarrearán efectos jurídicos innegables.⁷³ En 1999, señaló que a través de esta función resuelve cuestiones jurídicas relevantes,⁷⁴

67 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-3/83: Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 8 de septiembre de 1983, párrs. 22 y 43, <https://tinyurl.com/2sazyrsy>.

68 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, 19 de enero de 1984, párr. 25, <https://tinyurl.com/mry83dty>.

69 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-5/85*, párr. 22.

70 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-9/87: Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 6 de octubre de 1987, párr. 16, <https://tinyurl.com/32x67pt2>.

71 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-10/89: Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 14 de julio de 1989, párr. 24, <https://tinyurl.com/4r873bpu>.

72 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-14/94: Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, 9 de diciembre de 1994, párr. 23, <https://tinyurl.com/34tcvcw9>.

73 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-15/97*, párr. 26.

74 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1 de octubre de 1999, párr. 65, <https://tinyurl.com/2wt9676b>.

y posteriormente, en 2009, se fortaleció la idea de que la Corte IDH tiene la autoridad total para determinar el alcance la CADH, por ser su intérprete auténtico, lo cual incluye la función consultiva.⁷⁵

A partir de 2014, la Corte señaló que el control de convencionalidad debe realizarse no solo sobre los criterios desarrollados en la competencia contenciosa, sino también tomando en cuenta los contenidos de las opiniones consultivas, los cuales contribuyen de manera preventiva.⁷⁶ Este criterio fue bautizado en 2016 con el nombre de *control de convencionalidad preventivo*.⁷⁷ Sin embargo, hubo posiciones contrarias, como la del voto salvado de la opinión consultiva OC-24/17, en la que el juez Vio Grossi manifestó que la importancia de la opinión consultiva radicaría en su autoridad moral e intelectual.⁷⁸

En 2020, la Corte manifestó que los criterios desarrollados en las opiniones consultivas constituyen parámetros para el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales, cuya incidencia radica en el deber de prevenir violaciones de derechos humanos.⁷⁹ Asimismo, en 2021 señaló que las opiniones consultivas coadyuban a desarrollar políticas públicas en la materia, lo cual no constituye un prejuzgamiento de casos o peticiones pendientes de resolución.⁸⁰

Se ha transitado brevemente por el criterio de los efectos jurídicos de las opiniones consultivas, a partir de la interpretación autorizada de la misma Corte IDH. Ello permite tener una noción general de cómo

75 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-20/09: Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 29 de septiembre de 2009, párr. 18, <https://tinyurl.com/yc5rdu52>.

76 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 de agosto de 2014, párr. 31, <https://tinyurl.com/3vsehnvs>.

77 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-22/16: Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 26 de febrero de 2016, párr. 26, <https://tinyurl.com/muuw9t6y>.

78 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-24/17*, párr. 150.

79 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-26/20: La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*, 9 de noviembre de 2020, párr. 91, <https://tinyurl.com/4t4vu6ju>.

80 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-28/21: La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 7 de junio de 2021, párr. 24, <https://tinyurl.com/2n4fd56b>.

evolució esta concepción. A continuación se analizarán los argumentos a partir de los cuales se sostiene que las opiniones consultivas gozan de efectos jurídicos hipotéticos.

En la primera opinión consultiva, dictada en 1982 a petición de Perú, la Corte IDH señaló 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.⁸¹

De aquí se extraen dos ideas clave: primero, que las opiniones consultivas tienen efectos, pero no son los mismos que tienen las sentencias contenciosas; segundo, que estos efectos no se extenderían sobre aquellos países que no participaron del proceso consultivo. Sobre el primer punto, resultó ser un criterio que no cambió a lo largo de los años; es más, fue reforzado,⁸² ya que queda claro que no se resuelve un proceso que involucre la responsabilidad de un Estado sobre la vulneración de derechos humanos a determinada víctima en un caso concreto. Por el contrario, la consulta resuelve interrogantes en abstracto, interpreta el alcance de la CADH y otras normas jurídicas y no resuelve cuestiones de hecho.⁸³

Esta idea es clave para entender el alcance de la opinión consultiva, pues se debe partir de que no es lo mismo que una sentencia dictada en el ámbito contencioso. Tiene sus propias características y manera de ser aplicada, como se verá más adelante. En cuanto a la segunda idea, la Corte IDH inicialmente señaló que no existen razones para creer que aquellos países indiferentes al proceso de consulta se puedan ver obligados a aplicar las interpretaciones generadas en esta competencia.⁸⁴ Sin embargo, este criterio no se volvió a repetir en las 28 opiniones

81 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-1/82*, párr. 51.

82 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-3/83*, párr. 31. Señaló 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».

83 *Ibíd.*, párr. 32.

84 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-1/82*, párr. 51.

consultivas siguientes. Por el contrario, posteriormente se señaló que los países que no solicitaron la consulta sí pueden verse afectados por las interpretaciones generadas en esta competencia,⁸⁵ y se indicó que sus intereses están protegidos al contar con la oportunidad de participar en el procedimiento y formular sus posturas.⁸⁶

Así, las opiniones consultivas producen efectos a todos los países parte de la CADH, los cuales no son los mismos que generan las sentencias contenciosas. Partiendo de ello, se debe entender que las opiniones consultivas tienen su propio camino, el cual gira en torno a sus efectos preventivos. Esta idea se planteó por primera vez en la opinión consultiva OC-21/14, en la cual se señaló que,

a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados miembros de la OEA, incluyendo a los que no son parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (art. 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (arts. 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también, y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos.⁸⁷

Por lo tanto, mediante las opiniones consultivas, la Corte IDH advierte a los Estados sus obligaciones en materia de derechos humanos. En consecuencia, los países no deben observar solamente los estándares de protección desarrollados en las sentencias contenciosas, sino también los generados en las opiniones consultivas. Lo que se propone entonces es que se realice un control de convencionalidad también sobre la base de las opiniones consultivas, lo cual implica «la incorporación de estándares, aplicación directa de normas internacionales y análisis de la compatibilidad de normas internas con la CADH por parte de órganos públicos llamados a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales».⁸⁸ A continuación, cuatro razones que sostienen esta idea.

85 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-3/83*, párr. 24.

86 *Ibíd.*

87 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-21/14*, párr. 31.

88 Claudio Nash Rojas, «Control de convencionalidad: Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 19 (2013): 506, <https://tinyurl.com/59yfe9b8>.

Primero, los Estados que ratificaron la CADH tienen la obligación de aplicar este tratado internacional y su interpretación autorizada, realizada por la Corte IDH, por sobre toda norma interna que la contradiga,⁸⁹ incluso aquellas de rango constitucional.⁹⁰ En segundo lugar, el control de convencionalidad debe hacerse no solo sobre los estándares desarrollados en la competencia contenciosa, sino también sobre las decisiones de las opiniones consultivas.⁹¹ Tercero, «las opiniones consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo»,⁹² control «conforme al cual las obligaciones internacionales asumidas soberanamente por los Estados deben cumplirse de buena fe y respetando el efecto útil de los instrumentos internacionales que las estipulan».⁹³ Finalmente, por el «efecto vinculante horizontal», la Corte IDH debe guardar coherencia entre los estándares de derechos humanos desarrollados en las opiniones consultivas y lo resuelto en sus sentencias.⁹⁴ Por lo tanto, si un Estado no realiza el control de convencionalidad sobre la base de las opiniones consultivas, en un proceso contencioso posterior podrá ser sancionado por la Corte IDH a través de una sentencia en la que se individualicen las víctimas y medidas de reparación.

En consecuencia, los Estados que ratificaron la CADH se encuentran en la obligación de observar el contenido de las opiniones consultivas, debido a que estas interpretaciones «no son especulaciones puramente académicas»,⁹⁵ sino estándares de protección de derechos humanos.

89 Corte IDH, «Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)», *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124, <https://tinyurl.com/ymh7ubt8>.

90 Corte IDH, «Sentencia de 5 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas)», *Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, 5 de febrero de 2001, párr. 21, resolutive párr. 4, <https://tinyurl.com/2vu2zs4j>.

91 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-21/14*, párr. 31.

92 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-22/16*, párr. 26.

93 Víctor Rodas, «Aplicación del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos», *Revista IIDH* 64 (2016): 312, <https://tinyurl.com/5f3kzh9e>.

94 Jorge Roa, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 107.

95 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-9/87*, párr. 16.

En cuanto a la aplicación de las opiniones consultivas, existen diferentes modelos de control de convencionalidad que pueden adoptar los Estados parte de la CADH, los cuales se pueden resumir en tres: 1. un modelo de «control concentrado» en el que existe una corte o tribunal constitucional con capacidad privativa y exclusiva para declarar la supremacía de la CADH por sobre cualquier norma del ordenamiento jurídico interno, atribución que no se extiende a otros órganos judiciales; 2. un modelo de «control difuso» en el que los jueces y tribunales de instancia se encuentran en la capacidad de aplicar directamente la CADH por sobre otra norma jurídica interna, sin que sea necesario el pronunciamiento de una corte o tribunal constitucional de cierre; y, finalmente, 3. un modelo de «control mixto», que echa mano de ambos criterios y propone que los jueces de instancia puedan inaplicar cualquier norma contraria a la CADH —cuya decisión tiene efectos solamente para las partes procesales— y posteriormente una corte o tribunal constitucional se pronuncie sobre la decisión y genere efectos *erga omnes*.

Entonces, ¿por cuál modelo de control de convencionalidad deberían decantarse los Estados para implementar las opiniones consultivas en su derecho interno? La Corte IDH, en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, expresó que

la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.⁹⁶

Los Estados tienen un margen de libertad para implementar en su derecho interno diferentes mecanismos de protección de derechos convencionales. Esta protección se debe extender a aplicar directamente la CADH en casos concretos, inaplicar normas contrarias a las obligaciones internacionales y gozar de facultad para expulsarlas del

96 Corte IDH, «Sentencia de 30 de enero de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)», *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, 30 de enero de 2014, párr. 124, <https://tinyurl.com/mryfd6n5>.

ordenamiento jurídico. Sin embargo, la Corte IDH establece que, independientemente del modelo de control de convencionalidad elegido por los Estados, estos deberán brindar recursos judiciales «efectivos e idóneos» para tutelar derechos. Esto significa que, «además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes». ⁹⁷ Asimismo, «se requiere que [el control de convencionalidad] sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla». ⁹⁸ Por lo tanto, los Estados tienen la obligación de realizar un control de convencionalidad sobre la base de las opiniones consultivas, así como la libertad de implementar el modelo que mejor se ajuste a su realidad y tradición jurídica, siempre y cuando brinden recursos judiciales efectivos e idóneos para tutelar derechos convencionales.

Por otro lado, cumpliendo un rol preventivo, ¿qué efectos producen las opiniones consultivas? Estos no son los mismos que los que generan las sentencias contenciosas. Para diferenciar estos dos tipos de efectos se usarán las categorías de efectos jurídicos hipotéticos y concretos, de Rómulo Morales: ⁹⁹

Para nosotros, hay cinco conceptos diferentes cuando se estudia la norma jurídica relacionada con la realidad. Un concepto es el hecho concreto o el hecho que nace de la realidad que puede ser jurídicamente valorado por el ordenamiento jurídico o por el contrario prescinde de toda valoración. Otro concepto es el hecho jurídico hipotético, que es el hecho previsto hipotéticamente o el hecho jurídico probable regulado en la norma jurídica. Otro concepto es el hecho jurídico concreto, que es el hecho concreto incorporado o subsumido en el hecho jurídico hipotético. Otro concepto es el efecto jurídico hipotético, que es aplicable al hecho jurídico hipotético y también está regulado en la norma jurídica. Y el último concepto es el efecto jurídico concreto, que es el resultado de la aplicación del efecto jurídico hipotético al hecho jurídico concreto. Los casos deben ser

97 Corte IDH, «Sentencia de 5 de julio de 2011 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)», *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*, 5 de julio de 2011, párr. 95, <https://tinyurl.com/mr2wpmppy>.

98 Corte IDH, «Sentencia», *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, párr. 116.

99 Rómulo Morales, «Hechos y actos jurídicos», *Foro Jurídico* 9 (2009), <https://tinyurl.com/3s5fw9ts>.

analizados primero como hechos concretos o hechos de la realidad y luego como hechos y efectos jurídicos concretos.¹⁰⁰

Si bien son postulados desarrollados para el derecho civil, sirven para explicar cómo surten efecto las interpretaciones de la Corte IDH en los ámbitos consultivo y contencioso. A continuación, se abordará lo contencioso para aterrizar luego en lo consultivo, aclarando que la propuesta aquí planteada se puede alejar de las ideas originales de Morales, que son usadas solamente como recurso metodológico.

En lo contencioso, existen hechos que son conocidos por la Corte IDH, a través de los cuales se denuncia en forma individual o colectiva una vulneración a la CADH por parte de algún Estado. Ello es un «hecho concreto», por nacer de la realidad. Luego del proceso contencioso, mediante el cual las víctimas, la CIDH y el Estado denunciado ejercen su derecho a la defensa, la Corte IDH debe interpretar la CADH, es decir, los «hechos jurídicos hipotéticos» que esta contiene, para determinar así las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

Finalmente, si, a partir de las pruebas presentadas, se establece que los hechos concretos denunciados contravienen la CADH y los hechos jurídicos hipotéticos que esta contiene, la consecuencia será el «hecho jurídico concreto», es decir, la subsunción de los hechos concretos denunciados con los hechos jurídicos hipotéticos establecidos en la CADH. Sobre la base de esta decisión se establecerán las medidas de reparación y los estándares de protección de los derechos contenidos en la CADH. Ambos son obligatorios para el Estado denunciado, lo que genera así efectos jurídicos concretos, por ser destinados solamente al caso en análisis. Sin embargo, el segundo tiene también efectos jurídicos hipotéticos, ya que serán de irrestricto cumplimiento para los demás Estados parte de la CADH. Ello, debido a la obligación que tienen de hacer un control de convencionalidad entre sus normas internas —aplicables en casos concretos—, la CADH y la interpretación autorizada de esta, generada a través de las sentencias.¹⁰¹

De esta manera, en la función contenciosa, el efecto de las decisiones es concreto e hipotético a la vez: concreto, porque se aplican los efectos

100 *Ibíd.*, 14.

101 Corte IDH, «Sentencia», *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, párr. 124.

generales al caso específico, en el que un Estado tiene la obligación de cumplir con lo resuelto en un plazo determinado y reparar la vulneración de derechos de personas plenamente identificadas; hipotético, porque la interpretación de la CADH genera obligaciones a futuro a todos los Estados parte, pues tienen el deber de realizar el control de convencionalidad.

En la función consultiva, no se conoce una denuncia con la que se busque la reparación de algún derecho contenido en la CADH. Por ello, no se pueden advertir hechos concretos, como sí se hace en la función contenciosa. Lo que existe es una duda sobre el alcance de la CADH. Sobre la base de esta duda, los Estados miembros de la OEA, así como los órganos establecidos en Carta de la Organización de los Estados Americanos,¹⁰² solicitan la interpretación de la Corte IDH. Al emitirse la opinión consultiva, se establecen estándares de protección de derechos y se realiza un «control global sobre la forma como los Estados en su conjunto —e independientemente de cualquier disputa— interpretan y aplican la Convención, corrigiendo cualquier posible desviación».¹⁰³ Así, «no pueden generar efectos jurídicos concretos», debido a que no se declara la vulneración de derechos humanos en un caso específico. Sin embargo, sí existen los efectos jurídicos hipotéticos, resultados que también generan las sentencias contenciosas. Al respecto, Pedro Nikken señala que

las opiniones consultivas de la Corte IDH tienen, en general, un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado: si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del derecho internacional [...], que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.¹⁰⁴

102 OEA Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 64.

103 Héctor Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Aspectos institucionales y procesales* (San José, CR: Instituto Interamericano de Derechos Humanos [IIDH], 2004), 948.

104 Pedro Nikken, «La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Instituto de Investigaciones Jurídicas* (2019): 174 y 176, <https://tinyurl.com/4ayk3jv3>.

En consecuencia, los efectos jurídicos hipotéticos deberán ser observados por los Estados parte, quienes en un eventual proceso contencioso sí podrían llegar a ser declarados responsables de vulnerar la CADH y su interpretación en las opiniones consultivas. Ello daría como resultado que las opiniones consultivas tienen solamente efectos jurídicos hipotéticos, por lo que necesitan de la función contenciosa para generar efectos jurídicos concretos.

Jorge Ernesto Roa corrobora estos criterios, al advertir que es posible identificar al menos veinte casos contenciosos en los que la Corte aplicó sus interpretaciones desarrolladas en las opiniones consultivas.¹⁰⁵ A continuación se plantean tres ejemplos.

En la sentencia del 6 de febrero de 2020, dictada en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, la Corte IDH determinó, entre otros aspectos, la vulneración del derecho a un ambiente sano.¹⁰⁶ Para ello hizo uso de los criterios desarrollados en la opinión consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, a través de los cuales se determinó, por un lado, que el medio ambiente se encuentra incluido en los derechos económicos, sociales y culturales amparados por el art. 26 de la CADH y, por otro, que hay estándares de protección que cobijan este derecho.¹⁰⁷

El 25 de noviembre de 2019 se emitió sentencia dentro del caso López y Otros vs. Argentina.¹⁰⁸ Se declaró, entre otros aspectos, la responsabilidad del Estado en la vulneración de los derechos a la integridad personal, a la prohibición de que la pena trascienda a los familiares del delincuente y a no sufrir injerencia arbitraria en la vida privada y la de su familia, así como en la vulneración a los derechos a la familia y a los derechos del niño.¹⁰⁹ Ello, debido a que se trasladó indebidamente a

105 Roa, *La función consultiva*, 107-11. El autor desarrolla tres ejemplos puntuales sobre cómo la Corte IDH ha utilizado las opiniones consultivas en casos concretos.

106 Corte IDH, «Sentencia de 6 de febrero de 2020 (fondo, reparaciones y costas)», *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, 6 de febrero de 2020, párrs. 331-2, <https://tinyurl.com/u46uhx4r>.

107 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-23/17*, párrs. 203-9.

108 Corte IDH, «Sentencia de 25 de noviembre de 2019 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)», *Caso López y Otros vs. Argentina*, 25 de noviembre de 2019, <https://tinyurl.com/5n6zk4nu>.

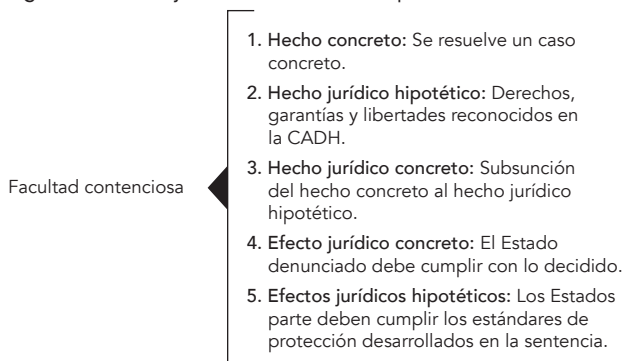
109 *Ibíd.*, párr. 178.

privados de la libertad a cárceles alejadas del lugar de residencia de sus familiares.¹¹⁰ Para llegar a esta conclusión, la Corte IDH hizo uso de los estándares de separación excepcional del niño de su familia, desarrollados en la opinión consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002.¹¹¹

En el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, la Corte IDH dictó sentencia el 2 de julio de 2004.¹¹² En ella se declaró la vulneración del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.¹¹³ Uno de los fundamentos principales fue el criterio de necesidad social imperiosa para restringir el mencionado derecho, el cual fue desarrollado por la Corte Europea de Derechos Humanos y acogido como propio por la Corte IDH en la opinión consultiva OC-5/85.¹¹⁴

Para ilustrar los contenidos propuestos a lo largo del presente acápite, se proponen las siguientes figuras explicativas:

Figura 1. Efectos jurídicos concretos e hipotéticos de las sentencias



Elaboración propia a partir de Morales, «Hechos y actos jurídicos», 14-24.¹¹⁵

110 *Ibíd.*

111 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-17/2002: Condición jurídica y derechos humanos del niño*, 28 de agosto de 2002, párrs. 71-7, <https://tinyurl.com/bde699kr>.

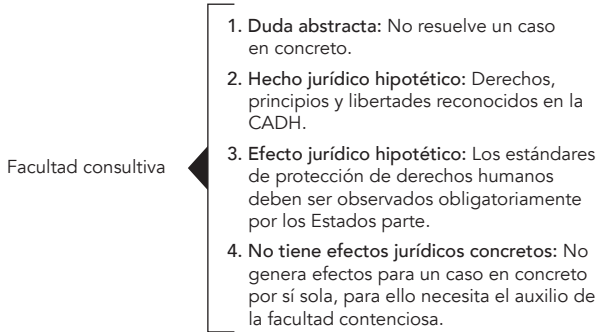
112 Corte IDH, «Sentencia de 2 de julio de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)», *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004, <https://tinyurl.com/yc2umd8m>.

113 *Ibíd.*, resolutive 1.

114 *Ibíd.*, párr. 122.

115 Se toma la estructura metodológica, pero las conclusiones a las que se arriba son propias, a raíz de la revisión de sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH.

Figura 2. Efectos jurídicos hipotéticos de las opiniones consultivas



Elaboración propia a partir de Morales, «Hechos y actos jurídicos», 14-24.¹¹⁶

En la figura 1 se observa cómo generan efectos jurídicos las sentencias contenciosas. En este caso existe un doble efecto: el primero es el efecto jurídico concreto, el cual implica que el Estado denunciado debe cumplir con la decisión obligatoriamente; por otro lado, el efecto jurídico hipotético implica que los demás Estados parte de la CADH deben observar irrestrictamente los estándares de protección de derechos humanos desarrollados en la sentencia.

En cuanto a la figura 2, se observa cómo generan efectos las opiniones consultivas. Estas, a diferencia de las sentencias contenciosas, tienen solo efectos jurídicos hipotéticos, debido a que son estándares que deben ser observados obligatoriamente por todos los Estados parte de la CADH. No pueden generar efectos jurídicos concretos porque necesitan de otra garantía que les permita judicializar los incumplimientos y determinar responsabilidades específicas en casos concretos.

Al momento, se han desarrollado las categorías de efectos jurídicos concretos y efectos jurídicos hipotéticos, los cuales se expresan en lenguaje de obligación. Pero, antes de finalizar este tema, resulta necesario plantear la diferencia entre estas categorías y la de efectos jurídicos no vinculantes, planteada por autores como Vio Grossi, Buergenthal y Jiménez.

¹¹⁶ Se toma de Morales la estructura metodológica, pero las conclusiones a las que se arriba son propias, a raíz de la revisión de sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH.

Eduardo Vio Grossi, exjuez de la Corte IDH, señala que las opiniones consultivas no son vinculantes debido a sus efectos jurídicos propios —que difieren de los de las sentencias contenciosas—; así, el objetivo principal de las opiniones consultivas es contribuir de forma preventiva a que los Estados observen los estándares de protección de derechos humanos desarrollados en ellas.¹¹⁷ Carecen de fuerza obligatoria por cuanto no lo ha establecido así la Corte IDH; en cambio, constituyen una fuente auxiliar del derecho internacional, es decir, funcionan como un medio para determinar reglas de derecho.¹¹⁸

En este orden de ideas, Thomas Buergenthal, juez de la Corte IDH desde 1979 a 1991,¹¹⁹ señala que

el mero hecho de que un Estado no cumpla con lo señalado en la opinión no constituye un quebrantamiento de la Convención. Sin embargo, si un Estado realiza actividades que, de acuerdo con la opinión consultiva del Tribunal, son incompatibles con la Convención, dicho Estado recibe la advertencia de que su conducta viola las obligaciones que le impone.¹²⁰

Asimismo, Jiménez, sobre los efectos de las opiniones consultivas, señala lo siguiente:

[E]s bueno dejar sentada una característica propia de la opinión consultiva: ella es por esencia no obligatoria, lo que no implica que carezca de juridicidad o de fortaleza vinculante. En este sentido, su fuerza deriva de las razones y los fundamentos del pronunciamiento mismo, del prestigio que paulatinamente va ganando el órgano y de la jerarquía moral y técnica de sus integrantes.¹²¹

117 Eduardo Vio Grossi, «La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos», *Revista Jurídica Digital UANDES 2*, n.º 2 (2018): 210-3, <https://tinyurl.com/2ywavusw>.

118 *Ibid.*, 210-2.

119 Thomas Buergenthal, «Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista IIDH 39* (2004): 11 y 28, <https://tinyurl.com/bd8dm6ww>.

120 Thomas Buergenthal, *Derechos humanos internacionales* (Ciudad de México: Gernika, 2002), 227.

121 Eduardo Jiménez, «El día que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofreció una postura institucional al preservar su autonomía de decisión en el caso concreto», en *Derechos humanos. Corte Interamericana: Opiniones consultivas, textos completos y comentarios*, coord. Germán Bidart y Calogero Pizzolo (Mendoza,

De los criterios precitados, se concluye que para los autores las opiniones consultivas tienen efectos jurídicos no vinculantes, a diferencia de lo que se sostiene en la presente investigación: que tienen efectos jurídicos hipotéticos. A continuación se plantean las principales diferencias entre estas categorías.

Primero, quienes defienden los efectos jurídicos no vinculantes plantean que las opiniones consultivas no son obligatorias, debido a que son solamente una fuente auxiliar del derecho internacional que sirve como medio para determinar las reglas de derecho. Al contrario, para quienes defienden los efectos jurídicos hipotéticos, las opiniones consultivas son obligatorias, pues a través de ellas sí se crean reglas de derecho que permiten definir estándares de derechos humanos que son y deben ser aplicados por los Estados y la Corte IDH al momento de resolver cuestiones relacionadas.

La segunda diferencia radica en que, para los defensores de los efectos jurídicos no vinculantes, las opiniones consultivas son parámetros que pueden ser tomados en cuenta por ser emitidos por una Corte IDH dotada de jerarquía moral y técnica. Para los defensores de los efectos jurídicos hipotéticos, en cambio, las opiniones consultivas son obligatorias por ser emitidas por la Corte IDH como intérprete auténtico de la CADH. Por lo tanto, más allá del prestigio de los jueces como juristas destacados de América, cumplen un rol de defensores de la CADH y están obligados a mantener coherencia en sus pronunciamientos contentiosos y consultivos.

La tercera diferencia es que los primeros alegan que las opiniones consultivas no pueden generar efectos para aquellos países que no han participado en el procedimiento consultivo.¹²² Sin embargo, para los defensores de los efectos jurídicos hipotéticos está claro que sí generan efectos sobre otros países, pues estos cuentan con la oportunidad de participar en el procedimiento consultivo y formular posturas.

Finalmente, la cuarta diferencia se refiere a que los primeros sostienen que no se debe hacer un control de convencionalidad sobre la base de las opiniones consultivas, porque son solamente una guía que no

AR: Cátedra de Derecho Constitucional Latinoamericano / Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000), 680.

122 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-1/82*, párr. 51.

establece obligaciones inmediatas ni exigibles. En cambio, para quienes defienden los efectos jurídicos hipotéticos sí se debe hacer un control de convencionalidad.

En conclusión, en este estudio se sostiene que los Estados tienen la obligación de hacer un control de convencionalidad preventivo. La diferencia está en que no se puede exigir su cumplimiento a través de esta competencia: necesita el auxilio de la facultad contenciosa. Como señala Ramiro Ávila Santamaría, «en el plano de la protección o garantía, su inexistencia o imperfección de modo alguno invalida la existencia del derecho».¹²³ Por lo tanto, el hecho de que la opinión consultiva por sí sola no garantice la protección de derechos no implica que su inobservancia no los trasgreda. Una vulneración de los estándares de derechos humanos no necesita ser reconocida en un caso concreto para existir.

ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH

Hasta el momento se ha realizado una aproximación a los efectos jurídicos que derivan de las opiniones consultivas. Ahora, corresponde identificar qué elementos tendrían el carácter de obligatorio. Para ello, se hace uso de la categoría de *ratio decidendi* como recurso metodológico.

Conforme indica Héctor Faúndez, la facultad consultiva tiene dos aspectos: el material y el formal. El primero se extiende a: «1. la interpretación de la Convención o de cualquier otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; y 2. al examen de la compatibilidad de las leyes internas de los Estados miembros del sistema interamericano con los instrumentos internacionales previamente mencionados».¹²⁴ Por lo tanto, estas categorías también serán usadas a lo largo de la presente investigación para diferenciar los dos tipos de consultas que se pueden tramitar ante la Corte IDH.

Uno de los problemas que giran en torno a las opiniones consultivas es el referente a su forma de aplicación. No existe claridad sobre sus elementos y cuáles de ellos son de obligatorio cumplimiento —en

123 Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 273.

124 Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos*, 950. Ver también *ibíd.*, 961-2.

adelante, *elementos esenciales*—. El reglamento de la Corte IDH establece que sus decisiones consultivas deberán contener: «1. el nombre de quien preside la Corte IDH y de los demás jueces que la hubieren emitido, del secretario y del secretario adjunto; 2. las cuestiones sometidas a la Corte; 3. una relación de los actos del procedimiento; 4. los fundamentos de derecho; 5. la opinión de la Corte; y 6. la indicación de cuál es la versión auténtica de la opinión».¹²⁵ Sin embargo, no se puede asumir que todos estos elementos tengan efecto hipotético para los Estados parte de la CADH.

Una forma para determinar los elementos esenciales que generan efectos jurídicos hipotéticos es la categoría de *ratio decidendi*, que ha sido usada para establecer el carácter vinculante de las sentencias. Empero, nada impide aplicarla en las opiniones consultivas, en cuanto estas contienen estándares de protección de derechos y obligaciones directas para los Estados.

En cuanto a su concepto, se entiende por *ratio decidendi* la «formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial específica».¹²⁶ Asimismo, «está constituida por las razones que guardan una relación estrecha, directa e indivisible con la resolución final. Sin ellas la determinación concluyente del dictamen no sería comprensible o carecería de fundamento, de manera que sería imposible saber la razón por la cual se decidió en un sentido y no en otro diferente».¹²⁷ Debe ser diferenciada de las *obiter dicta*, «aquellos argumentos de apoyo o secundarios, expuestos en la parte considerativa de una sentencia, que corroboran la decisión principal, pero que carecen de poder vinculante, de tal manera que si est[o]s últim[o]s están equivocad[o]s o no estuvieran, la decisión del tribunal no cambia».¹²⁸ A continuación se plantea la diferencia entre ambas:

125 Corte IDH, «Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 28 de noviembre de 2009, art. 75, <https://tinyurl.com/3dycasw5>.

126 Colombia Corte Constitucional, «Sentencia», *Juicio SU-047/99*, 29 de enero de 1999, 53, <https://tinyurl.com/saznhf27>.

127 Greta Lima, «Apuntes metodológicos», en *Ratio Decidendi Obiter Dicta: Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 2012-2013*, ed. Corte Nacional de Justicia (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2014), 83.

128 *Ibíd.*, 89.

Se diferencian las *obiter dicta* de la *ratio decidendi* en que la última constituye el sentido mismo de la decisión sin la cual el fallo carecería de fundamento, convirtiéndose en el fundamento normativo directo de la resolución. Las *obiter dicta* son reflexiones previas, no vinculantes, que se toman como opiniones dentro de la argumentación del fallo; en sí, son criterios auxiliares que lo complementan y no por esto se les debe restar importancia, pues están ligados a la resolución al ubicar el problema jurídico planteado dentro del contexto jurídico y a viabilizar su solución.¹²⁹

Otra diferencia radica en que «la *ratio decidendi* tiene la aptitud de vincular el proceso de decisión de un tribunal posterior (dependiendo de las posiciones relativas de los tribunales en la jerarquía), mientras que [las] *obiter dicta* no obliga[n] aunque tiene[n] cierta “autoridad persuasiva”».¹³⁰ Por lo tanto, en la *ratio decidendi* encontramos los argumentos que sustentan directamente la decisión, sin los cuales esta carecería de motivación, mientras que de las *obiter dicta* se desprenden los argumentos persuasivos que utiliza el juez para fortalecer y complementar su decisión, sin los cuales esta seguiría siendo fundamentada, pero carecería de elementos metodológicos que facilitarían su comprensión. Con lo señalado, la propuesta que se plantea es utilizar la categoría de *ratio decidendi* como recurso metodológico para establecer los elementos esenciales de las opiniones consultivas.

Ahora bien, ¿cómo identificar la *ratio decidendi*? Existen diferentes métodos, como el test de Goodhart o el de Oliphant. El primero «considera que la *ratio decidendi* se encuentra en el vínculo o nexo que existe entre los hechos del litigio y la decisión concreta a que llegó el juez»,¹³¹ mientras que el segundo concibe que «los jueces no resuelven las cosas según las normas vigentes sino conforme a sus concepciones personales, de ahí que para conocer la *ratio decidendi* hay que conocer los estímulos o reacciones del juez ante situaciones concretas».¹³²

129 Merck Benavides, «La *ratio decidendi* y la *obiter dictum* en el actual sistema de justicia penal», en *Ratio Decidendi Obiter Dicta: Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 2012-2013*, ed. Corte Nacional de Justicia (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2014), 41-2.

130 Simon Whittaker, «El precedente en el derecho inglés: Una visión desde la ciudadela», *Revista Chilena de Derecho* 35, n.º 1 (2008): 49, <https://tinyurl.com/3a683a9j>.

131 Rodolfo Pérez, «La jurisprudencia vinculante como norma jurídica», *Justicia Juris* 7 (2007): 13, <https://tinyurl.com/5awe2233>.

132 *Ibíd.*

Sin embargo, en las opiniones consultivas no existen hechos en litigio ni situaciones concretas; por lo tanto, esos no son métodos adecuados para explicar sus efectos. Al respecto, Núñez menciona que no existen hechos del caso en aquellos procesos en los cuales el juzgador se limita a analizar la validez de una norma en abstracto para establecer su compatibilidad con normas jerárquicamente superiores, así como para fijar una interpretación autorizada de textos normativos. De este modo, su utilización como categoría para ubicar la *ratio decidendi* debería limitarse a aquellos procesos judiciales que resuelven casos individuales.¹³³

Esto no significa que las opiniones consultivas carezcan de *ratio decidendi*, sino más bien que se deben utilizar otros métodos para su identificación. Uno de ellos es el test de la Corte Constitucional colombiana, recogido en su sentencia T-292/06, el cual plantea tres criterios que ayudan a explicar los elementos esenciales de las opiniones consultivas.¹³⁴ A continuación, se presenta cada uno y su aplicación a las opiniones consultivas:

1. La *sola ratio* constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata no debe ser considerado como *ratio* del fallo;
2. la *ratio* es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y
3. la *ratio* generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico.¹³⁵

La primera categoría se ajusta al aspecto formal de las opiniones consultivas, y constituye el primer elemento esencial identificado, a través del cual se faculta a la Corte IDH para pronunciarse sobre solicitudes

133 Álvaro Núñez, «La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes», en *La construcción del precedente en el civil law*, coord. Marina Gascón y Álvaro Núñez (Barcelona: Atelier, 2020), 85–6.

134 Si bien estos criterios han sido creados dentro del derecho constitucional, ello no obsta de poder estudiarlos en materia de derechos humanos, por cuanto ambos tienen por objeto tutelar de manera efectiva al ser humano.

135 Colombia Corte Constitucional, «Sentencia», *Juicio T-292/06*, 6 de abril de 2006, 36–7, <https://tinyurl.com/pwwn9bwe>.

relacionadas a «la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales».¹³⁶ Cuando se resuelve este tipo de consultas, el elemento esencial es el resultado de la comparación entre la norma jurídica en consulta y el instrumento de protección de derechos. Este elemento es el que genera los efectos jurídicos hipotéticos. Por lo tanto, los efectos son exclusivos para el Estado que solicitó el pronunciamiento. Los demás Estados parte no están obligados a acatar la decisión, por cuanto se analiza la especificidad de la norma de un país en concreto. Esta posición estaría respaldada por la Corte IDH, que ha indicado que

la única diferencia importante entre las opiniones tramitadas según el artículo 64.1 y las que lo son según el artículo 64.2 es de procedimiento. Según el artículo 52 del Reglamento, en este último caso no es indispensable cumplir con el sistema de notificaciones previsto para el primero, sino que se deja a la Corte un amplio margen para fijar las reglas procesales de cada caso, en previsión de que, por la propia naturaleza de la cuestión, la consulta deba resolverse sin requerir puntos de vista externos a los del Estado solicitante.¹³⁷

Estos criterios han sido ratificados en la opinión consultiva OC-5/85, en la cual se señaló que una consulta de este tipo no involucra a todos los Estados miembros y órganos principales de la OEA, sino al Estado consultante.¹³⁸ Solo el país que consulta está obligado a acatar la opinión.

¿Qué sucede si no lo hace? La Corte IDH, en la opinión consultiva OC-14/94 de 1994 indicó que la expedición de una ley contraria a las obligaciones contempladas en la CADH constituye una violación de esta y si, producto de su aplicación en casos concretos, se atenta contra los derechos y las libertades de las personas, también se deberá responder internacionalmente por estas violaciones.¹³⁹ Por lo tanto, si el Estado consultante no acata la opinión, puede ser sancionado en un posterior procedimiento contencioso en el cual se encuentren individualizadas las víctimas.

136 OEA Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, art 64.2.

137 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-4/84*, párr. 17.

138 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-5/85*, párr. 6.

139 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-14/94*, párrs. 16-7.

Para abordar la segunda categoría, referente a que «la *ratio* es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución»,¹⁴⁰ primero es necesario realizar una aproximación a los derechos. Según Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales son universales y subjetivos, es decir, con alcance para todo ser humano que tenga el estatus de persona o de ciudadano, lo que se expresa como una expectativa positiva de prestación o negativa que implica abstenciones para no sufrir.¹⁴¹ La CADH contiene un catálogo de derechos en su primera parte;¹⁴² el estatus referido por Ferrajoli se ve reflejado en el art. 1,¹⁴³ el cual detalla que será persona todo ser humano. En lo referente a lo subjetivo, las expectativas positivas se encuentran reguladas al nivel de protección y garantía,¹⁴⁴ y las negativas, por el deber de respeto.¹⁴⁵ Por lo tanto, nadie podría dudar del reconocimiento de derechos en el texto de la CADH.

Sin embargo, en cuanto a los principios, estos por sí solos no pueden resolver casos jurídicos concretos, necesitan del auxilio de las reglas. A partir de las categorías planteadas por Lozada y Ricaurte, se plantea justificar cómo la primera parte de la CADH, inherente a los deberes de los Estados y derechos protegidos,¹⁴⁶ se expresa también en forma de principios. Luego, se establecerá cómo a través de la opinión consultiva se crean reglas que subyacen a la CADH, las cuales serán consideradas como elementos esenciales. Las categorías son tres, desde su estructura lógica, desde las razones para actuar o decidir, y desde la fisiología de las antinomias.¹⁴⁷

La categoría de la estructura lógica de las reglas se caracteriza por enlazar un supuesto fáctico a una conducta jurídica calificada.¹⁴⁸ Por

140 Colombia Corte Constitucional, «Sentencia», *Juicio T-292/06*, 36.

141 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2014), 37.

142 OEA Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, arts. 1-32.

143 *Ibíd.*, art. 1.

144 *Ibíd.*, arts. 8, 11, 17 y 25. Ejemplos son las garantías judiciales, la protección de la honra y de la dignidad, la protección a la familia y la protección judicial.

145 *Ibíd.*, arts. 7, 12, 13 y 16. Ejemplos son la libertad personal, la libertad de pensamiento y expresión, la libertad de asociación y la libertad de conciencia y religión.

146 *Ibíd.*, arts. 1-32.

147 Alí Lozada y Catherine Ricaurte, *Manual de argumentación constitucional: Propuesta de un método* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2015), 44-7.

148 *Ibíd.*, 44.

ejemplo, en Ecuador, el art. 141 del Código Orgánico Integral Penal, referente al delito de femicidio, señala que «[l]a persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género será sancionada con pena privativa de libertad de 22 a 26 años».¹⁴⁹ En este caso, el supuesto fáctico es que una persona, como resultado de relaciones de poder ejercidas con violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género. Su comprobación da como consecuencia la calificación jurídica de una conducta,¹⁵⁰ es decir, la sanción con pena privativa de libertad para todo aquel que incurra en este supuesto fáctico.

Por otro lado, en lo referente a los principios, no se indican las condiciones específicas de cómo deberá aplicarse la norma; se enuncia solamente una determinada calificación jurídica a una cierta clase de conducta.¹⁵¹

La CADH, en este aspecto, se inclina a la estructura lógica de los principios, dado que su articulado no establece un supuesto fáctico. Por ejemplo, el art. 4 señala que «[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida».¹⁵² Como se observa, no se establece su forma de aplicación, solo la calificación jurídica «derecho» a una cierta clase de conducta, «respeto a la vida», destinada a «toda persona».¹⁵³ En consecuencia, a partir de la estructura lógica, la CADH se desarrolla en forma de principios.

En segundo lugar, a partir de las «razones para actuar o decidir», se sostiene que las reglas «son razones excluyentes, en el sentido de que pretenden impedir el recurso a su justificación subyacente, es decir, a las razones que las sustentan, al porqué de aquellas».¹⁵⁴ De manera que las reglas buscan resolver el problema por sí solas, sin intervención de

149 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 141.

150 Lozada y Ricaurte, *Manual de argumentación constitucional*, 46.

151 *Ibíd.*, 44-5.

152 OEA Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 4.

153 Lozada y Ricaurte, *Manual de argumentación constitucional*, 46. Este análisis está basado en el ejemplo propuesto por los autores, a través del cual se estudia el principio por el que «nadie podrá ser obligado a realizar un trabajo gratuito».

154 *Ibíd.*, 46.

los principios que están detrás, mientras que los principios «son razones que integran, precisamente, esas razones subyacentes, y por tanto, operan como justificaciones a favor de ciertas reglas. Pero también pueden actuar como justificaciones en contra de determinadas reglas».¹⁵⁵ Por lo tanto, los principios son la base de las reglas: en el caso del delito de femicidio, el principio que subyace es del respeto a la vida. Cuando la regla es contraria al principio, este puede actuar para inaplicar la regla.

En cuanto a la CADH, esta se manifiesta en forma de principios que justifican la aplicación de las reglas, establecidas en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. Pero, cuando estas reglas contradicen los principios, actúan como herramienta para inaplicarlas. Por ejemplo, en la sentencia dictada en el caso *Barrios Altos vs Perú*, la Corte IDH señaló que las leyes de amnistía —reglas— que pretenden impedir la investigación y sanción por violaciones graves a derechos humanos son contrarias a los principios consagrados en las garantías y a la protección judicial,¹⁵⁶ de forma que carecen de efectos jurídicos.¹⁵⁷

Finalmente, desde la fisiología de las antinomias, cuando dos reglas colisionan, «solamente una de ellas será considerada como parte del ordenamiento jurídico, en tanto que la otra será tenida como inválida y ajena al sistema».¹⁵⁸ En el caso de los principios, en cambio, «solo uno de ellos (el que tenga mayor peso) se aplicará al caso concreto y el otro será desplazado, pero no considerado inválido, es decir, extraño al sistema».¹⁵⁹ En cuanto a la CADH, se observa nuevamente el enfoque de principios y no de reglas, por cuanto, cuando la Corte IDH resuelve un caso en el que se encuentran en conflicto dos principios convencionales, no declara inválido uno para mantener el otro. Por el contrario, hace un examen de ponderación y aplica el que mejor satisfaga el derecho, desplazando al otro solamente en el caso concreto.

Un ejemplo de esta práctica es el caso *Kimel vs Argentina*, en el cual existió una colisión de dos derechos, el de la libertad de expresión sobre asuntos de interés público y el derecho a la honra y dignidad de

155 *Ibíd.*, 36.

156 Corte IDH, «Sentencia de 14 de marzo de 2001 (fondo)», *Caso Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001, párr. 44-9, <https://tinyurl.com/2jtv4jzw>.

157 *Ibíd.*, reparación 4.

158 Lozada y Ricaurte, *Manual de argumentación constitucional*, 46-7.

159 *Ibíd.*, 47.

un servidor público, cuya solución dependía de un juicio de ponderación.¹⁶⁰ Finalmente, la Corte IDH determinó que en el caso concreto prevaleció la libertad de expresión, debido a que, si bien la restricción pudo ser idónea y necesaria,¹⁶¹ no cumplió con el requisito de ser proporcional con relación a la supuesta violación al derecho a la honra.¹⁶² En consecuencia, se aprecia que la CADH, como tratado de protección de derechos humanos, se expresa en principios, tanto en su estructura lógica —sus razones para actuar o decidir— como desde la fisiología de las antinomias.

Aclarado este punto, corresponde establecer cómo a través de una opinión consultiva se crean reglas derivadas de los principios y derechos consagrados en la CADH. Por ejemplo, en el caso de la facultad contenciosa, a través de sus sentencias, la Corte IDH ha adoptado un enfoque amplio y no restrictivo de los derechos, creando reglas derivadas de los principios convencionales. En la sentencia dictada en el caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, señaló que haber obligado a seis mujeres internas del centro de privación de libertad a desnudarse y estar cubiertas con tan solo una sábana constituye violencia sexual, ya que fueron observadas todo el tiempo por hombres.¹⁶³ En consecuencia, creó una nueva regla a partir de la cual se determina que la violencia sexual se encuentra prohibida y que, cuando el Estado lo permite, lo propicia y no lo sanciona, se convierte en responsable por la vulneración del art. 5.2 de la CADH, referente a la integridad personal.¹⁶⁴

Ahora bien, en cuanto al ámbito consultivo, se han creado también reglas derivadas de la CADH. Por ejemplo, en la opinión consultiva OC-16/99 se señaló que el derecho a la información sobre asistencia consular del detenido extranjero se encuentra amparado por la Convención de Viena sobre Relaciones Culturales (CVRC), la cual es parte

160 Corte IDH, «Sentencia de 2 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas)», *Caso Kimel vs. Argentina*, 2 de mayo de 2008, párr. 51, <https://tinyurl.com/5t2t3sj2>.

161 *Ibíd.*, párrs. 71 y 79-80.

162 *Ibíd.*, párrs. 94-5.

163 Corte IDH, «Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas)», *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 25 de noviembre de 2006, párr. 306, <https://tinyurl.com/2d959px4>.

164 *Ibíd.*, párr. 312.

de la normativa internacional de los derechos humanos.¹⁶⁵ Se creó entonces la siguiente regla: cuando el Estado no informe al extranjero detenido en su territorio sobre la asistencia consular de su país de origen, será internacionalmente responsable por la vulneración del art. 36 de la CVRC. En dicho caso, este es uno de los elementos esenciales. Sin embargo, para que este elemento esencial sea obligatorio, se requiere que el país haya ratificado también la CVRC; lo contrario implicaría obligar a un Estado, a través de una opinión consultiva, a acatar un tratado que no ha ratificado.

Otro ejemplo es la opinión consultiva OC-24/17. En ella, la Corte IDH señaló que los Estados tienen la obligación de garantizar a las parejas del mismo sexo todos los derechos reconocidos a las parejas heterosexuales, en igualdad y paridad de derechos, incluido el acceso al matrimonio.¹⁶⁶ Esta garantía se reconoce a la luz de los derechos a la protección de la honra y dignidad y a la familia —arts. 11.2 y 17—.¹⁶⁷ Por lo tanto, la regla es esta: el Estado que no garantice a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que mantienen las parejas heterosexuales, dentro de ellos el acceso al matrimonio, será responsable por la vulneración de los arts.11.2 y 17 de la CADH.

En conclusión, el segundo elemento esencial de la opinión consultiva se encuentra en la regla que se genera como resultado de la interpretación de los principios y derechos establecidos en la CADH y aplicados al tema en consulta.

La tercera y última categoría enunciada por la Corte Constitucional colombiana señala que «la *ratio* generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico».¹⁶⁸ A continuación, se la analiza desde los aspectos formal y material.

En lo formal, la solicitud gira en torno a establecer si la norma jurídica del Estado consultante es o no compatible con la CADH, por lo

165 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-16/99*, párr. 137.

166 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-24/17*, párrs. 227-8.

167 *Ibid.*, párr. 225.

168 Colombia Corte Constitucional, «Sentencia», *Juicio T-292/06*, 36-7.

que la respuesta al problema jurídico que se plantea es la *ratio decidendi*,¹⁶⁹ entendida en esta investigación como elemento esencial. No obstante, como se advirtió anteriormente, este elemento tiene efectos jurídicos hipotéticos solo para el Estado consultante. Respecto a la consulta de aspecto material, se fija el sentido interpretativo de la CADH,¹⁷⁰ cuyos efectos jurídicos hipotéticos sí tienen como destinatarios a todos los Estados parte.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que la *ratio decidendi* es «el conjunto de razones que son esenciales para la justificación de lo decidido».¹⁷¹ Por lo tanto, cuando la Corte IDH resuelve el o los problemas jurídicos planteados, esta motivación constituye la base de la decisión final.

En conclusión, a partir de la *ratio decidendi* se extraen los elementos esenciales de las opiniones consultivas. En lo formal estos serán: 1. el resultado de la comparación entre la norma jurídica en consulta y el instrumento de protección de derechos; y 2. la resolución del problema jurídico. Ambos generan efectos jurídicos hipotéticos solo al Estado consultante. En lo material, los elementos esenciales serán: 1. la regla que se genera como resultado de la interpretación de los principios y derechos; y 2. la resolución del problema jurídico. Ambos generan efectos jurídicos hipotéticos para los Estados parte.

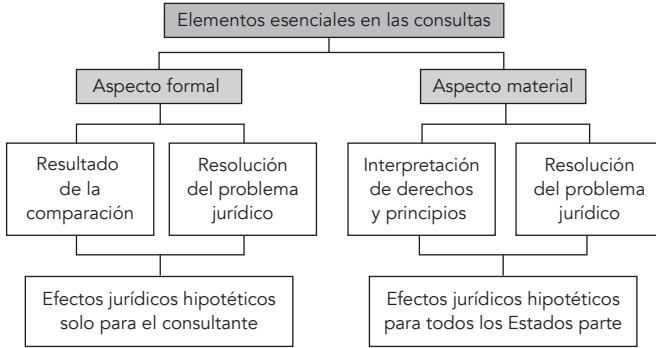
En conclusión, aquellas opiniones consultivas de aspecto formal generan efectos jurídicos hipotéticos solamente para el Estado consultante, el cual deberá observar ineludiblemente el resultado de la comparación entre la norma de derecho interno, la CADH y otros instrumentos internacionales de protección de derechos, y la resolución del problema jurídico. Respecto al aspecto material de las opiniones consultivas, deberán ser acatadas obligatoriamente por todos los Estados parte de la CADH, los cuales deberán observar la interpretación de derechos y principios y la resolución del problema jurídico planteado.

169 *Ibíd.*, 60.

170 *Ibíd.*

171 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 109-11-IS*, 26 de agosto de 2020, párr. 23.

Figura 3. Elementos esenciales en las consultas a la Corte IDH



Elaboración propia a partir de Morales, «Hechos y actos jurídicos», 14-24, y Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, 950 y 961-2.¹⁷²

172 De Morales y Faúndez se toman sus estructuras metodológicas, pero las conclusiones a las que se arriba son propias a raíz de la revisión de sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH.

CAPÍTULO SEGUNDO

APLICACIÓN DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN ECUADOR Y BOLIVIA

Se ha transitado por los pronunciamientos más relevantes de la Corte IDH en los ámbitos consultivo y contencioso para explicar los efectos jurídicos hipotéticos que derivan de las opiniones consultivas. Asimismo, utilizando la metodología de detección de la *ratio decidendi* de la Corte Constitucional de Colombia, se ha determinado qué elementos de las opiniones consultivas gozan de estos efectos. Establecidos estos parámetros, corresponde ahora verificar cómo se aplican las opiniones consultivas en los países. Para ello se abordarán los Estados de Ecuador y Bolivia, dado que sus constituciones consagran parámetros constitucionales equivalentes, como aplicación directa e inmediata de los tratados internacionales de derechos humanos, cláusula abierta, favorabilidad y progresividad.¹⁷³ Esto permitirá sostener que en el caso de ambos países se cuenta con garantías internas a partir de las cuales las opiniones consultivas generan efectos jurídicos concretos.

De igual manera, a través de la jurisprudencia constitucional de Ecuador y Bolivia se analizará críticamente la forma de aplicación de las opiniones consultivas en sus ordenamientos jurídicos internos.

173 Ecuador, *Constitución (2008)*, arts. 3.1, 10, 11.3.7.8, 417 y 424; Bolivia, *Constitución*, arts. 13.1.2.4, 109 y 256.1.2.

Finalmente, se plantearán ejemplos de retos pendientes para estos países en materia de derechos humanos, frente a los cuales las opiniones consultivas contienen estándares de protección.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE VINCULAN LAS OPINIONES CONSULTIVAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO DE ECUADOR, Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: LA ADOPCIÓN IGUALITARIA, UN RETO PENDIENTE

Se pretende establecer cuáles son los principios de la Constitución de Ecuador que refuerzan los efectos jurídicos hipotéticos de las opiniones consultivas. Se verificará cómo estos permiten entenderlas como parte de la Constitución e incluso prevalecer sobre ella cuando contengan derechos más favorables, lo que obliga al Estado a garantizar, proteger y respetar los elementos esenciales desarrollados. Asimismo, se explorará cómo la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) ha aplicado las opiniones consultivas y los efectos jurídicos que les ha reconocido. Finalmente, se analizará la adopción igualitaria como reto pendiente en materia de derechos humanos, en vista de que la opinión consultiva OC-24/17 constituye fuente de derecho.

Los principios enunciados en la Constitución de Ecuador que refuerzan los efectos jurídicos hipotéticos de las opiniones consultivas de la Corte IDH son los siguientes: aplicación directa e inmediata de los tratados internacionales de derechos humanos, cláusula abierta, favorabilidad, no restricción de derechos, progresividad y no regresividad.¹⁷⁴

El principio de aplicación directa e inmediata de los tratados internacionales de derechos humanos se encuentra reconocido en la Constitución ecuatoriana de 2008.¹⁷⁵ Sin embargo, su consagración no es nueva: su incipiente reconocimiento se dio con la Constitución de 1979, cuando se determinó como regla general que «el Estado garantizará [...] el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos [...] enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales

174 Ecuador, *Constitución (2008)*, arts. 3.1, 10, 11.3.6.7.8, 417 y 424-6.

175 *Ibíd.*, arts. 11.3.8 y 424-6.

vigentes». ¹⁷⁶ Claro está, no se establecía aún que fueran de directa e inmediata aplicación.

En la Constitución de 1998 también se reconoció este principio, y esta vez sí se estableció que «los derechos y garantías determinados [...] en los instrumentos internacionales vigentes serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad». ¹⁷⁷ En 2008, con la Constitución actual, se dictaminó adicionalmente que «los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público». ¹⁷⁸ Por lo tanto, este principio ha venido evolucionado desde hace más de cuarenta años en el derecho constitucional ecuatoriano, lo cual denota su compromiso por la protección de los derechos y su esfuerzo por no limitarse a garantizar solamente los detallados en la carta magna. En consecuencia, los tratados e instrumentos internacionales deben prevalecer incluso sobre la Constitución cuando sean más «favorables» que esta.

En forma conexas, el art. 417 de la Constitución ecuatoriana establece que para los tratados como la CADH y, por ende, para su interpretación autorizada, establecida en las opiniones consultivas, «se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta». ¹⁷⁹ Es decir, cuando en los elementos esenciales de una opinión consultiva se desarrollen estándares de protección de derechos más favorables a los establecidos en la Constitución, deberán ser aplicados sobre esta, ya que en tal caso la obligación de garantizar, proteger y respetar derechos no se limita al catálogo constitucional, sino también a los que se desarrollen en un ámbito internacional. Estas disposiciones constitucionales resultan indispensables para determinar cómo deberían aplicarse las opiniones consultivas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, más allá de las obligaciones que se generan en el ámbito internacional.

176 Ecuador, *Constitución Política del Ecuador*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979, art. 44.

177 Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Decreto Legislativo n.º 000, RO/1, 11 de agosto de 1998, arts. 17-9 y 23-4.

178 Ecuador, *Constitución (2008)*, art. 424.

179 *Ibíd.*, art. 417.

Sobre los principios de progresividad y no regresividad,¹⁸⁰ la CCE ha señalado que «si un derecho, en su configuración, alcanzó determinado nivel de protección, dicho nivel no puede ser menoscabado de forma injustificada, a partir de una regulación normativa».¹⁸¹ Estos principios permiten garantizar que los logros en materia de derechos humanos contenidos en las opiniones consultivas no sean menoscabados por normas infraconstitucionales que limiten su ejercicio; por el contrario, deben ser coherentes con la interpretación auténtica de la CADH.

En cuanto a las garantías, las opiniones consultivas cuentan con un amplio espectro de acción que les permite generar efectos jurídicos concretos en casos específicos, con delimitación de las víctimas y medidas de reparación. Estas se pueden exigir tanto en las garantías constitucionales como en las vías judiciales ordinarias —es decir, aquellas vías judiciales no establecidas en la Constitución como garantías constitucionales, cuyo objeto es resolver cuestiones de legalidad y que cuentan con un procedimiento específico determinado en la ley—.

Este tipo de acciones, en principio, resuelven solamente cuestiones relativas a la aplicación de la ley. Sin embargo, en el caso ecuatoriano, la Constitución y, por ende, las opiniones consultivas adheridas a su texto son «de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte».¹⁸² Al respecto, la CCE ha detallado que constituye «un reto de constitucionalización de los procesos ordinarios, en pro del fortalecimiento de la administración de justicia como mecanismo de garantía ordinaria del orden constitucional».¹⁸³ Asimismo, ha señalado que a través de estas se tutelan derechos, pero a partir del control de legalidad,¹⁸⁴ lo cual implica que las opiniones consultivas deben aplicarse también en aquellos procesos que tienen como objeto, en principio, resolver cuestiones de legalidad.

180 *Ibíd.*, art. 11.8.

181 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 049-16-SIN-CC*, 21 de septiembre de 2016, 27.

182 Ecuador, *Constitución (2008)*, art. 11.3.

183 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 003-13-SIN-CC*, 4 de abril de 2013, 16.

184 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 020-14-SIS-CC*, 7 de octubre de 2014, 7.

En cuanto a las garantías constitucionales, la Constitución las subdivide en tres categorías: 1. garantías normativas; 2. garantías de las políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana; y 3. garantías jurisdiccionales.¹⁸⁵ A través de las primeras, se establece que «la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales».¹⁸⁶ Dentro de estas se encuentran la acción pública de inconstitucionalidad y la consulta de norma, cuya resolución corresponde a la CCE.¹⁸⁷ Las segundas, por su parte, buscan que «la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se ajusten a los derechos reconocidos en la Constitución».¹⁸⁸ Finalmente, las jurisdiccionales son la acción de protección, la acción de *habeas corpus*, la acción de acceso a la información pública y la acción de *habeas data*,¹⁸⁹ con competencia de los jueces de primera y segunda instancia,¹⁹⁰ y la acción por incumplimiento,¹⁹¹ la acción extraordinaria de protección¹⁹² y la acción de incumplimiento de sentencias constitucionales,¹⁹³ con competencia exclusiva de la CCE.¹⁹⁴

En el presente estudio se hará alusión únicamente a las sentencias emitidas por la CCE, ya que «es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en este materia»,¹⁹⁵ y sus sentencias constituyen jurisprudencia vinculante.¹⁹⁶ La primera sentencia de la que se tiene registro en la que se aplicó una opinión consultiva fue la 003-14-SIN-CC del 17 de septiembre de 2014, en la que se usaron las opiniones consultivas OC-5/85 y OC-7/86. Con

185 Ecuador, *Constitución (2008)*, art. 84-94.

186 *Ibíd.*, art. 84.

187 *Ibíd.*, art. 428.

188 *Ibíd.*, art. 85.

189 *Ibíd.*, arts. 86-92.

190 *Ibíd.*, art. 86.2.

191 *Ibíd.*, art. 93.

192 *Ibíd.*, art. 94.

193 Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, arts. 162-5.

194 *Ibíd.*, arts. 163-5; Ecuador, *Constitución (2008)*, arts. 436.5 y 436.6.

195 Ecuador, *Constitución (2008)*, art. 429.

196 *Ibíd.*, art. 436.6.

la primera se delimitaron los estándares de protección del derecho a la libertad de expresión, mientras que con la segunda se refirió que la ley debe regular las condiciones para el ejercicio del derecho a la rectificación o respuesta.¹⁹⁷

Posteriormente, mediante sentencia 019-16-SIN-CC del 22 de marzo de 2015, la CCE usó la opinión consultiva OC-17/2002 para establecer el contenido del derecho a la igualdad y las categorías incompatibles con este.¹⁹⁸ Asimismo, en la sentencia 140-18-SEP-CC del 18 de abril de 2018 se hizo uso de la opinión consultiva OC-18/03,¹⁹⁹ a través de la cual la Corte IDH señaló 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».²⁰⁰

Hasta aquí, la CCE usó las opiniones consultivas para desarrollar estándares de derechos. Sin embargo, no se había pronunciado sobre cuál es el valor jurídico de estas y los efectos que generan en el ordenamiento jurídico interno ecuatoriano. El primer acercamiento a esta idea se dio con la sentencia 184-18-SEP-CC del 29 de mayo de 2018, en la cual se utilizó la opinión consultiva OC-24/17 para desarrollar el concepto de diversos tipos de familia, los derechos que las cobijan y la prohibición de restringir derechos basados en criterios sospechosos de discriminación.²⁰¹ En ella, el valor jurídico de las opiniones consultivas fue reconocido en los siguientes términos:

La Corte Interamericana, en la opinión consultiva OC-24/17, instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del

197 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 003-14-SIN-CC*, 17 de septiembre de 2014, 60, 72, 98-9, 112 y 130.

198 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 019-16-SIN-CC*, 22 de marzo de 2015, 14-6 y 54.

199 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 140-18-SEP-CC*, 18 de abril de 2018, 54.

200 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-18/03: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, párr. 101, <https://tinyurl.com/4h57j8d6>.

201 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 184-18-SEP-CC*, 29 de mayo de 2018, 18 y 70.

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...²⁰²

Es decir, en este caso se reconoce a las opiniones consultivas como adheridas a la Constitución, al catalogarlas como interpretaciones autorizadas de la CADH e instrumentos internacionales de derechos humanos. Este criterio ha sido respaldado por autores como Daniela Salazar, quien ha señalado que en el caso ecuatoriano las opiniones consultivas tienen la categoría de instrumento internacional de derechos humanos debido a que este término engloba «no solo [...] tratados o convenciones, sino [...] otro tipo de instrumentos, como son las interpretaciones autorizadas que realizan los organismos internacionales de derechos humanos respecto de la convención cuyo cumplimiento supervisan».²⁰³ Igualmente, María Augusta León señala que, «[c]onsiderando que las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH son parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, a través del principio de aplicación directa e inmediata, los derechos contenidos en la OC-24/17 constituyen parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano».²⁰⁴

Posteriormente, en el año 2019, a raíz de dos consultas de norma realizadas en dos acciones de protección distintas,²⁰⁵ a la CCE le correspondió pronunciarse a través de dos sentencias sobre la compatibilidad de la opinión consultiva OC-24/17 —relativa a la identidad de género,

202 *Ibíd.*, párrs. 58-9.

203 Daniela Salazar et al., «La fuerza vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador», *Foro. Revista de Derecho* 32 (2019): 131, <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.7>.

204 María Augusta León, «La fuerza vinculante de la OC-24-17, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” para el Estado ecuatoriano», *Foro. Revista de Derecho* 32 (2019): 55, <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.3>.

205 Ecuador, *Constitución* (2008), art. 428. La consulta de norma es una herramienta jurídica que permite a los jueces paralizar un proceso cuando consideran que una norma jurídica podría ser contraria a la Constitución o a instrumentos internacionales de derechos humanos, y elevar en consulta ante la Corte Constitucional, órgano judicial que deberá absolverla en un plazo no mayor a 45 días.

e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo—²⁰⁶ con el art. 67 de la Constitución,²⁰⁷ el art. 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles²⁰⁸ y el art. 81 del Código Civil,²⁰⁹ referentes al derecho al matrimonio.

Estas sentencias son la 10-18-CN y la 11-18-CN, ambas del 12 de junio de 2019. En la primera, el juez ponente es Alí Lozada Prado y en la segunda, Ramiro Ávila Santamaría. En ambos casos, el juez Hernán Salgado emitió voto salvado. Aunque en las dos sentencias se reconoce el derecho al matrimonio igualitario, por las obligaciones derivadas de la opinión consultiva OC-24/17, su fundamentación mantiene algunas diferencias argumentativas que pueden generar problemas en la implementación de las opiniones consultivas y que se analizan a continuación.

1. Se reabrió el debate sobre el valor jurídico de las opiniones consultivas y se generó la interrogante sobre si deben ser aplicadas directa e inmediatamente por ser instrumentos internacionales de protección de derechos, o por ser la interpretación autorizada de un tratado internacional de derechos humanos. Al respecto, Ávila Santamaría —ponente de la sentencia 11-18-CN— señaló que las opiniones consultivas pertenecen al tipo de «instrumentos internacionales que no requieren ratificación», sino tan solo suscripción, como por ejemplo las resoluciones de organismos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, considera que forman parte del sistema jurídico ecuatoriano.²¹⁰ Dentro de los instrumentos internacionales se encuentran «el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinario de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos».²¹¹ Adicionalmente, indicó que «las opiniones consultivas son una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional: la Corte IDH, cuya competencia nace de un

206 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-24/17*.

207 Ecuador, *Constitución (2008)*, art. 67.

208 Ecuador, *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*, Registro Oficial 684, Suplemento, 8 de julio de 2019, art. 52.

209 Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 81.

210 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, párrs. 25-30.

211 *Ibíd.*, párr. 141.

tratado internacional del que el Ecuador es parte, y que Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe». ²¹²

Por su parte, Hernán Salgado, en sus votos salvados dictados en las sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19, señaló que las opiniones consultivas no son instrumentos internacionales por «carecer del elemento consensual (*negotium*), en razón de que no nacen de la voluntad de los Estados, sino de una declaración unilateral (y, por añadidura, no vinculante) de un tribunal internacional». ²¹³

Como se observa, no existe unanimidad sobre las categorías que se cobijan bajo el paraguas de «instrumento internacional de derechos humanos». De hecho, la fuente primaria de los precitados juristas es la doctrina internacional, pero ni la Constitución de Ecuador ni la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —ratificada en el año 2005— ²¹⁴ han llegado a definirlos. De este modo, cualquier argumento a favor o en contra de categorizar a la opinión consultiva como un instrumento de derechos humanos puede llegar a ser una arbitrariedad de la doctrina sin legitimación de los Estados.

Sin embargo, esta crítica no merma en lo absoluto la obligatoriedad de las opiniones consultivas, dado que los efectos jurídicos hipotéticos se generan por ser la interpretación autorizada de la CADH realizada por la Corte IDH, tal y como se ha fundamentado a lo largo del primer capítulo y como reconoce el juez Ávila Santamaría. Por ello, la propuesta es entender a las opiniones consultivas como una interpretación autorizada de la CADH y, por ende, que forma parte de esta y de la Constitución ecuatoriana, y no contemplarla como un instrumento autónomo y separado de la CADH.

Sobre este punto, Alí Lozada —ponente de la sentencia 10-18-CN/19— no se refiere a las opiniones consultivas como instrumentos internacionales de derechos humanos, sino que más bien plasma en su sentencia la idea que aquí se propone, esto es, vincular a las opiniones consultivas al ordenamiento jurídico ecuatoriano por ser la

212 *Ibíd.*, párr. 38.

213 Hernán Salgado, «Voto salvado del juez Hernán Salgado Pesantes», *Caso n.º 10-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, párr. 75; Hernán Salgado, «Voto salvado del juez Hernán Salgado Pesantes», *Caso n.º 10-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, párr. 75.

214 Ecuador, *Ratificación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Registro Oficial 6, 28 de abril de 2005, arts. 1-3.

interpretación autorizada de la CADH. El juez Lozada plantea que «lo convencional se vuelve constitucional debido a la dimensión sustantiva de la Constitución»,²¹⁵ lo cual incluye no solo el texto de la CADH sino también la interpretación de la Corte IDH —sobre la cual la Corte Constitucional tiene la obligación de allanarse—, por cuanto es la «intérprete última de la CADH», tiene la obligación «racional de universalizar hacia el futuro sus *ratios decidendi*» y es el «órgano jurisdiccional competente para establecer responsabilidad de un Estado parte por la violación de la Convención».²¹⁶ Señala también que esta interpretación de la Corte IDH se desarrolla tanto en la competencia contenciosa como en la consultiva.²¹⁷

Más allá de esta aclaración, la conclusión de la CCE, como intérprete máxima de la Constitución y los tratados ratificados por Ecuador,²¹⁸ se centra en que las opiniones consultivas son parte de la Constitución y por lo tanto deben ser aplicadas en forma directa e inmediata.

2. Cuando una opinión consultiva reconoce más derechos que la Constitución, ¿es necesario primero una reforma constitucional o legal para que puedan ser exigibles? El juez Ávila Santamaría señala en su ponencia que por jerarquía axiológica prevalece la norma o interpretación que establece derechos más favorables, la cual pasa a tener rango constitucional. Por lo tanto, «si la norma más favorable a los derechos está en el instrumento internacional, entonces prevalece al derecho reconocido por la Constitución y se incorpora a su texto».²¹⁹

Asimismo, el juez Ávila Santamaría plantea que no es necesaria una reforma constitucional ni legal para ejercer los derechos más favorables reconocidos en las opiniones consultivas, ya que ello constituiría un incumplimiento a la obligación de aplicación directa e inmediata de los derechos.²²⁰ Por otro lado, menciona que «el sistema jurídico debe tener coherencia con los derechos, que se llama *deber de adecuación*, se desprende tanto del 1. sistema jurídico nacional de protección de derechos, como

215 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 10-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, párrs. 77-8.

216 *Ibid.*, párr. 78.

217 *Ibid.*, párr. 79.

218 Ecuador, *Constitución (2008)*, art. 436.1.

219 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 11-18-CN/19*, párr. 131.

220 *Ibid.*, párr. 244.

del 2. sistema internacional de protección de derechos». ²²¹ Es decir, el sistema jurídico ecuatoriano debe guardar coherencia no solo con la Constitución, sino también con los estándares que se desarrollen en el SIDH, dentro de los cuales se encuentran las opiniones consultivas.

A su vez, señala que la autoridad sobre la cual recae la obligación de realizar dicha adecuación es la Asamblea Nacional, por cuanto «es el obligado primario pero no exclusivo ni siempre necesario». ²²² Por lo tanto, indica que no es necesario una reforma legislativa para aplicar los derechos, pues «toda autoridad pública está obligada a aplicar las normas constitucionales, las convencionales y las que se reconocen en los instrumentos internacionales de derechos humanos». ²²³ Asimismo, en su voto concurrente dictado en la sentencia 10-18-CN/19, plantea que «[l]os jueces y juezas y el resto de operadores tienen la capacidad de aplicar la Constitución directa e inmediatamente en casos de 1. vacíos normativos o lagunas y también de 2. antinomias». ²²⁴ Ello implica que ni siquiera se debería esperar a que la CCE se pronuncie sobre la norma que prevalece frente a otra por reconocer de mejor manera los derechos, sino que sobre toda autoridad pública recae la responsabilidad de aplicar directamente los derechos reconocidos en las opiniones consultivas —aunque no exista norma infraconstitucional que regule su ejercicio—, así como de elegir qué norma prevalece frente a un posible conflicto entre ellas.

El juez Lozada, en la sentencia 10-18-CN/19, señala en cambio que para que la opinión consultiva sea exigible de forma inmediata, es necesario que no existan dos «dificultades institucionales». La primera es que la Constitución no establezca una prohibición al legislador de instituir el derecho desarrollado en la opinión consultiva, en cuyo caso la medida que se debe promover es una «modificación a la Constitución». ²²⁵

Por lo tanto, cuando la Constitución establece una prohibición al ejercicio de un derecho desarrollado en una opinión consultiva —lo cual provoca en la práctica una antinomia—, no se puede exigir su

221 *Ibíd.*, párr. 212.

222 *Ibíd.*, párr. 227.

223 *Ibíd.*, párr. 255.

224 Ramiro Ávila Santamaría, «Voto concurrente del juez Ramiro Ávila Santamaría», *Caso n.º 10-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, párr. 30.

225 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 10-18-CN/19*, párrs. 87-8.

reconocimiento hasta que se reforme la Constitución. En este escenario, tanto la CCE como cualquier autoridad pública se encontrarían impedidas de elegir y aplicar la norma más favorable al ejercicio de los derechos. Estos criterios ni siquiera fueron esbozados por el juez Lozada en su *Manual de argumentación constitucional*,²²⁶ cuando planteó la posibilidad de que los operadores jurídicos resuelvan antinomias cuando dos reglas o principios entran en conflicto.

La segunda dificultad institucional que plantea es que cuando la Constitución se limita a «permitir» que se instituya el estándar de derechos humanos desarrollado en la opinión consultiva, el encargado de su ejecución es el legislador común, a través de la «reforma legal».²²⁷ Mientras que cuando la Constitución «obliga» a instituir el derecho y el legislador común no lo ha hecho, se puede superar esta dificultad a través de una sentencia sustitutiva y sustractiva de la CCE, según corresponda.²²⁸

Es decir, cuando el ordenamiento jurídico infraconstitucional no regula el ejercicio de un derecho reconocido en una opinión consultiva y que la Constitución permite instituir, se genera un «vacío» o «laguna» que solo podrá llenar el legislador común. La pregunta es, entonces: ¿qué hacer cuando el legislador común no reconoce un derecho desarrollado en una opinión consultiva y que la Constitución tan solo permite instituir? La respuesta parecería desalentadora, ya que sería una actuación exclusiva del legislador y por lo tanto se encontraría limitada la acción para las autoridades públicas en general. Esta formulación es sostenida por el juez Lozada²²⁹ de acuerdo con el párrafo 228 de la opinión consultiva OC-24/17:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen *dificultades institucionales* para adecuar las

226 Lozada y Ricaurte, *Manual de argumentación constitucional*, 46-7.

227 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 10-18-CN/19*, párrs. 89.

228 *Ibid.*, párrs. 90-7.

229 *Ibid.*, párr. 87.

figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, *tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.*²³⁰

De su literalidad no se observa que la Corte IDH plantee como condicionamiento al ejercicio de los derechos desarrollados en las opiniones consultivas la modificación de la Constitución o una reforma de la ley. De hecho, lo que plantea la Corte IDH es que mientras se desarrollen las reformas internas necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico a lo establecido en las opiniones consultivas, debe garantizarse a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que tienen las parejas heterosexuales, incluido el derecho al matrimonio.²³¹ Por lo tanto, este condicionamiento adicional contraviene el principio de aplicación directa e inmediata de los derechos, pues se imponen requisitos que no están establecidos en la CADH, en la Constitución ni en la ley.²³²

Es por esto que la propuesta del juez Ávila Santamaría resulta más favorable para el ejercicio de los derechos: brinda la posibilidad de que las autoridades públicas en general puedan garantizar en casos concretos el ejercicio de los derechos más favorables establecidos en las opiniones consultivas, sin tener que depender de la decisión de la Corte Constitucional o la Asamblea Nacional. En este mismo orden de ideas, el juez Lozada desarrolló su planteamiento con mayor amplitud en el voto concurrente que dictó en la sentencia 11-18-CN/19, cuyo ponente fue el juez Ávila Santamaría. En ella se observa que el modelo de control constitucional que subyace a su aseveración es el de «control concentrado», a través del cual sostiene que corresponde a la CCE la aplicación directa de las opiniones consultivas, y que esta competencia se puede extender a otras autoridades judiciales y administrativas únicamente —porque no establece otro caso— cuando exista una «regla constitucional perentoria» sumamente clara y no exista una ley que plantee lo contrario, ya que de existir deberá ser aplicada por presumirse su constitucionalidad.²³³

230 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-24/17*, párr. 228. Énfasis añadido.

231 *Ibid.*, párr. 227.

232 Ecuador, *Constitución (2008)*, art. 3

233 Alí Lozada, «Voto concurrente del juez Alí Lozada Prado», *Caso n.º 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, párrs. 12-5.

Es decir, el juez Lozada sostiene que solamente cuando la Constitución obliga a instituir un derecho desarrollado en una opinión consultiva y no existe una ley contraria se puede aplicar directamente. Ello significa que, aunque exista una norma manifiestamente contraria a una regla constitucional, la autoridad pública se encontraría prohibida de inaplicarla: primero sería necesario que el mismo órgano que la expidió o la CCE la expulse del ordenamiento jurídico.

En la práctica, los argumentos planteados en ambas sentencias pueden generar conflictos al momento en que las personas soliciten que se declare la vulneración de sus derechos sobre la base de los criterios de las opiniones consultivas y se disponga su reparación integral. Un ejemplo de esto es la «adopción igualitaria», la cual no ha sido aún reconocida en Ecuador y, por lo tanto, constituye un reto pendiente en materia de derechos humanos. En este escenario, la Constitución prevé que «la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo»,²³⁴ de modo que solo las parejas heterosexuales podrían acceder a ella. Por su parte, la opinión consultiva OC-24/17 establece que

los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende *garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio*, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.²³⁵

Como se ha señalado anteriormente, la CCE ha reconocido el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. Asimismo, la opinión consultiva OC-24/17 impone al Estado ecuatoriano la obligación de garantizar los mismos derechos que derivan del matrimonio. Vale preguntarse entonces si la adopción es uno de ellos. Al respecto, el código civil de Ecuador establece que «[l]a adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada *adoptante*, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama *adoptado*». ²³⁶ Asimismo, señala que «[l]as personas casadas pueden adoptar indistintamente

²³⁴ Ecuador, *Constitución (2008)*, art. 68.2.

²³⁵ Corte IDH, *Opinión consultiva OC-24/17*, párr. 227. Énfasis añadido.

²³⁶ Ecuador, *Código Civil*, art. 314.

a personas de uno u otro sexo, haciéndolo de común acuerdo».²³⁷ Es decir, a través de la institución de la adopción, las personas casadas adquieren con el menor adoptado los derechos y obligaciones de padres o madres. Por lo tanto, son derechos que se derivan del matrimonio; claro está, siempre que se cumpla con los demás requisitos y procedimientos establecidos en la ley.

Por otro lado, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece una restricción, al señalar que las parejas adoptantes deben ser heterosexuales,²³⁸ situación que contraviene la opinión consultiva OC-24/17 —por cuanto a las parejas del mismo sexo no se les garantizan los mismos derechos derivados del matrimonio— pero que es concordante con la Constitución, la cual refiere que la adopción solo corresponde a parejas de distinto sexo.²³⁹

Entonces, ¿la adopción igualitaria es exigible en forma inmediata en Ecuador? Utilizando los lineamientos del juez Lozada, y realizando una interpretación literal del texto constitucional, se advierte una «dificultad institucional», esto es, el reconocimiento de un solo tipo de adopción²⁴⁰ y la prohibición al legislador de instituir este derecho para parejas del mismo sexo, por lo que le correspondería al legislador constituyente derivado impulsar de buena fe la «modificación a la Constitución». Sin embargo, utilizando los criterios del juez Ávila Santamaría, la conclusión sería diferente: debería prevalecer la norma que mejor favorezca el ejercicio de los derechos, sin que sea necesario una modificación constitucional ni legal, ya que toda autoridad pública se encontraría con la capacidad de aplicar directa e inmediatamente los derechos constitucionales.

Por lo tanto, cuando ante la justicia constitucional se lucha por reivindicar este derecho desarrollado en la opinión consultiva OC-24/17, el escenario se encuentra dividido y puede tener dos salidas: la primera es que se señale que el reconocimiento de la adopción igualitaria es materia del constituyente derivado; la segunda, que por interpretación constitucional prevalezca la norma que mejor desarrolle el ejercicio de

237 *Ibíd.*, art. 319.

238 Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003, art. 159.6.

239 Ecuador, *Constitución (2008)*, arts. 68.2.

240 *Ibíd.*

los derechos. Esta contradicción entre sentencias puede vulnerar incluso el derecho a la seguridad jurídica, el cual garantiza

la regularidad o conformidad a derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos y, muy especialmente, de la interpretación y aplicación del derecho por parte de las autoridades. Esta previsibilidad en la actuación de autoridades, entre ellos los jueces, excluye la posibilidad de modificación arbitraria de situaciones jurídicas preexistentes, lo contrario son las actuaciones imprevisibles que ocasionan inseguridad jurídica, cuyo efecto puede ser la vulneración de derechos y la provocación de perjuicios.²⁴¹

En suma, debe existir tranquilidad social sobre qué acciones se pueden ejecutar dentro de los límites jurídicamente establecidos. En este caso, se observa que no hay previsibilidad sobre cómo deberán actuar los jueces y las autoridades públicas en general cuando una opinión consultiva reconozca derechos que la Constitución o la ley prohíban instituir, ya que cada sentencia plantea una solución diferente. Sobre este punto, la CCE ha señalado que los precedentes pueden ser horizontales —dictados por un órgano del mismo nivel jerárquico— o verticales —adoptados por un órgano jerárquicamente superior—. ²⁴²

[E]l precedente horizontal autovinculante es una necesidad racional y jurídica. Dicha autovinculatoriedad quiere decir que el *fundamento* (centralmente, la *ratio decidendi*) en cuya virtud una decisión judicial ha sido tomada por los jueces que componen un cierto tribunal obliga a esos mismos jueces cuando, en el futuro, tuvieren que resolver un caso análogo; de manera que dichos jueces pueden apartarse de su propio precedente solo si lo justifican suficientemente. Esto es así porque, si bien un juez resuelve casos *singulares*, debe *universalizar* el *fundamento* de sus decisiones para casos análogos futuros: resultaría irracional y contrario al derecho fundamental a la igualdad formal si un juez que, en el caso A, ha dicho que debe hacerse X por darse las circunstancias 1, 2 y 3, posteriormente, en el caso B, sostuviera lo contrario ante esas mismas circunstancias y sin justificar su cambio de opinión.²⁴³

241 Alfredo Ruiz y Pamela Aguirre, *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2016), 118.

242 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 1035-12-EP*, 22 de enero de 2020, párr. 17.

243 *Ibíd.*, párr. 19.

En el caso analizado, se observa que en la sentencia 11-18-CN/19 no se plantearon las razones que justifican el cambio del precedente establecido en la sentencia 10-18-CN/19. Esto puede afectar a futuro la igualdad formal, pues según los lineamientos dictados en la sentencia 10-18-CN/19 una autoridad pública no se encontraría en la capacidad de aplicar directamente una opinión consultiva cuando la Constitución y la ley lo prohíban, mientras que según la sentencia 11-18-CN/19 sí lo podría hacer cuando resulte más favorable. Por otro lado, en cuanto al precedente vertical, los jueces y las autoridades públicas no tienen certeza de qué criterios deberían aplicar, ya que ambas sentencias generan las mismas obligaciones.

Frente a este problema jurídico, se debe tomar en cuenta que las opiniones consultivas generan obligaciones a los Estados, y en el caso ecuatoriano son de directa e inmediata aplicación cuando desarrollan los derechos en forma más favorable que la Constitución;²⁴⁴ por lo tanto, su inobservancia puede generar responsabilidad internacional. Asimismo, se debe realizar un control de convencionalidad sobre toda norma interna que contradiga la CADH²⁴⁵ y su interpretación, desarrollada en las opiniones consultivas. Esto incluye también las normas de rango constitucional.²⁴⁶ Dicho control se complementa con el control de constitucionalidad, ya que

[e]n Ecuador, cuando hablamos de Constitución, no únicamente nos referimos a su texto, sino también a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, el parámetro de convencionalidad del que se viene hablando es la Constitución, eso sí, desde el punto de vista material. Es por ello que cuando los jueces y demás autoridades públicas en ejercicio de sus funciones hacen un control difuso de constitucionalidad, al mismo tiempo hacen un control de convencionalidad, cumpliendo así con la obligación internacional de realizar dicho control.²⁴⁷

244 Ecuador, *Constitución (2008)*, arts. 11.3 y 424.

245 Corte IDH, «Sentencia», *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, párr. 124.

246 Corte IDH, «Sentencia», *Caso «La Última Tentación de Cristo»*, párr. 21 y resolutive párr. 4.

247 Marcelo Guerra, «El control de convencionalidad: Una mirada a partir de los estándares de la Corte IDH y sus problemas de aplicación en Ecuador», *Cálamo. Revista de Estudios Jurídicos* 5 (2016): 88, <https://doi.org/10.61243/calamo.5.276>.

Por lo tanto, en Ecuador las opiniones consultivas han sido constitucionalizadas y deben ser aplicadas en forma directa e inmediata para proteger, prevenir y reparar vulneraciones de derechos humanos. Este control, entonces, debe realizarse bajo el modelo que haya elegido el Estado, ya que la CADH no impone uno en específico.²⁴⁸ En el caso ecuatoriano, no existe claridad sobre el modelo de control de convencionalidad adoptado: tanto el difuso como el concentrado y el mixto estarían dentro del margen permitido por la CADH.

Con lo expuesto, pese a que existe esta libertad para elegir un modelo de control de convencionalidad, la conclusión del juez Lozada podría desembocar en que se limite el ejercicio de un derecho por cuestiones procesales, mientras que la conclusión del juez Ávila Santamaría abre la posibilidad de que cualquier autoridad pública aplique directamente los estándares de derechos humanos más favorables a la Constitución, por lo que resulta más garantista. Esta discusión se resume en el control mixto de constitucionalidad planteado por el juez Ávila Santamaría, principalmente con su voto concurrente, y en el control concentrado de constitucionalidad defendido por el juez Lozada.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE VINCULAN LAS OPINIONES CONSULTIVAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO DE BOLIVIA, Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL: MATRIMONIO IGUALITARIO, UN RETO PENDIENTE

A lo largo del presente acápite se pretenden identificar los principios constitucionales que vinculan las opiniones consultivas al ordenamiento jurídico interno de Bolivia. Posteriormente, se analizarán las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), a través de las cuales se reconoce a las opiniones consultivas de la Corte IDH como parte de la Constitución y, por ende, de obligatorio cumplimiento. Finalmente, se propone el reconocimiento del matrimonio igualitario en Bolivia como consecuencia de la obligación internacional generada a partir de la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte IDH.

248 Corte IDH, «Sentencia», *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, párr. 124.

En cuanto al primer punto, la Constitución de Bolivia plantea principalmente seis principios constitucionales que vinculan las opiniones consultivas a su ordenamiento jurídico interno: cláusula abierta, favorabilidad, aplicación directa de los derechos, interpretación conforme a los pactos internacionales sobre derechos humanos, progresividad y juridicidad como piedra angular del Estado constitucional.

Sobre el principio de cláusula abierta, la carta magna plantea que «los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados»,²⁴⁹ es decir que el Estado no debe limitarse a promover, proteger y respetar solamente los derechos reconocidos en la Constitución, sino también aquellos que no se encuentran en ella. Ahora bien, además de la Constitución, ¿dónde se encuentran los derechos que se deben promover, proteger y respetar?

Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.²⁵⁰

Es decir, en el caso de Bolivia no existe distinción entre derechos consagrados en la Constitución y derechos reconocidos en tratados y convenios internacionales de derechos humanos, pues en cualquier caso deben ser promovidos, protegidos, respetados y garantizados. Asimismo, Bolivia incluye en su bloque de constitucionalidad a los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario ratificados por el país.²⁵¹ Al respecto, Medinaceli señala que esta disposición refleja la voluntad del constituyente de elevar estas normas a rango constitucional y, por ende, su imposición ante la ley y cualquier otra disposición normativa.²⁵² Por lo tanto, los derechos reconocidos en tratados o convenciones se entenderán adheridos al texto constitucional.

249 Bolivia, *Constitución*, art. 13.2.

250 *Ibíd.*, art. 13.4.

251 *Ibíd.*, art. 410.2.

252 Gustavo Medinaceli, «Interpretación de la Constitución boliviana: Voluntad del constituyente vs. jurisprudencia interamericana», *Umbral. Revista de Derecho Constitucional* 1 (2011): 59, <https://tinyurl.com/4kesb7s9>.

En consecuencia, cuando se habla de derechos constitucionales se engloban todos los derechos, independientemente de que estén reconocidos en la Constitución o en tratados y convenios internacionales. Uno de estos tratados es la CADH, aprobada y ratificada por Bolivia mediante la Ley n.º 1439, del 11 de febrero de 1993.²⁵³ La CADH se encuentra adherida al texto constitucional, así como su interpretación autorizada realizada por la Corte IDH,²⁵⁴ tanto en su función contenciosa como consultiva,²⁵⁵ por cuanto se reconoció «como obligatoria de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido, la jurisdicción y competencia [...] de conformidad al art. 62 de la Convención»,²⁵⁶ esto es, «sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención».²⁵⁷

Vale aclarar que la forma en la que se deberían vincular las opiniones consultivas en Bolivia, al igual que lo que se propone en el caso de Ecuador, es entendiéndolas como la interpretación autorizada de la CADH y no como un instrumento internacional autónomo, ya que esta figura requiere que previamente el Estado lo haya firmado, ratificado o adherido²⁵⁸ para que surta efecto, situación que no es posible realizar en el caso de las opiniones consultivas, pero sí con la CADH.

En cuanto al segundo principio, el de favorabilidad, la Constitución expresa que los «tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta».²⁵⁹ En este sentido, cuando la Corte IDH emita una opinión consultiva —entendida como la interpretación autorizada de la CADH— más favorable a los derechos que la Constitución de Bolivia, prevalecerá sobre esta y deberá ser aplicada de forma preferente. Sobre este principio, el TCP ha señalado lo siguiente:

253 Bolivia, *Ley n.º 1430*, 11 de febrero de 1993, art. 1, <https://tinyurl.com/259xuzyy>.

254 Corte IDH, «Sentencia», *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, párr. 124.

255 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-21/14*, párr. 31.

256 Bolivia, *Ley n.º 1430*, art. 3.

257 OEA Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 62.1.

258 Bolivia, *Constitución*, art. 256.1.

259 *Ibíd.*

[E]n caso de que [los tratados e instrumentos internacionales] reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán preferentemente sobre esta y por otra parte, que los derechos reconocidos en la Constitución política del Estado [CPE] serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos, cuando estos prevean normas más favorables, en virtud a lo que establece el art. 256 de la CPE, cuyo mandato da lugar a que los tratados e instrumentos en materia de derechos humanos sean aplicados inclusive por sobre lo que señala la propia Constitución, siempre y cuando declaren derechos más favorables a esta, garantizando de esta manera la máxima vigencia y ejercicio de estos derechos, en caso de que no estén reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico o estándolo, la normativa internacional prevea normas más favorables, en cuyo caso pueden ser aplicadas inclusive por encima de lo que señala la Constitución boliviana.²⁶⁰

En consecuencia, una opinión consultiva puede ser aplicada sobre la Constitución cuando resulte más beneficiosa para el ejercicio pleno de los derechos. Esta concepción permite inaplicar normas constitucionales que restrinjan derechos humanos reconocidos y establecidos en la CADH.²⁶¹

El tercer principio plantea que los derechos reconocidos en la Constitución son «directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección».²⁶² Ello implica que los derechos contemplados en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, al igual que los reconocidos en la Constitución, deben ser aplicados en forma inmediata y directa, es decir, sin que sea necesaria la promulgación de una ley para poder exigirlos, ya que esta tiene tan solo por objeto su regulación.²⁶³ En consecuencia, se observa que en Bolivia la CADH se encuentra adherida al texto constitucional, al constituir un tratado al que el país se ha adherido y que ha firmado y ratificado,²⁶⁴ lo cual incluye no solo el articulado literal de la CADH, sino su interpretación realizada por la Corte IDH en sus funciones consultiva y contenciosa.

260 Bolivia TCP, «Sentencia 0084/2017», *Expediente 20960-2017-42-AIA*, 28 de noviembre de 2017, 73.

261 *Ibíd.*, 27.

262 Bolivia, *Constitución Política del Estado de 2009*, art. 109.1.

263 *Ibíd.*, art. 109.2.

264 Bolivia, *Ley n.º 1430*, art. 1.

El cuarto principio es el de interpretación conforme a pactos internacionales sobre derechos humanos, desarrollado en la sentencia 2170/2013 del 21 de noviembre de 2013 en los siguientes términos:

[E]n virtud a la segunda [interpretación conforme a los pactos internacionales sobre derechos humanos], tienen el deber de —ejerciendo el control de convencionalidad— interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución política del Estado; obligación que se extiende, además, al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte IDH.²⁶⁵

Por lo tanto, al haber Bolivia firmado y ratificado la CADH, se encuentra en la obligación de aplicarla, así como la interpretación autorizada que ha dado de esta la Corte IDH, en sus atribuciones tanto contenciosa como consultiva. Este principio permite entonces entender a las opiniones consultivas como de obligatorio cumplimiento, incluso sobre la Constitución, cuando prevean derechos más favorables que esta. En la práctica, esta concepción obliga a los poderes del Estado, en ejercicio de sus atribuciones, a expedir sus normas en concordancia con la interpretación de los derechos dada por la Corte IDH. Hacer lo contrario implica vulnerar derechos y una eventual responsabilidad internacional del Estado.

En cuanto al principio de progresividad, el TCP, en la sentencia 2491/2012, mencionó lo siguiente:

El principio de progresividad concretamente establece la responsabilidad, para el Estado boliviano, de no desconocer los logros y el desarrollo alcanzado en materia de derechos humanos en cuanto a la ampliación en número, desarrollo de su contenido y el fortalecimiento de los mecanismos jurisdiccionales para su protección, en el afán de buscar el progreso constante del derecho internacional de derechos humanos que se inserta en nuestro sistema jurídico a través del bloque de constitucionalidad (art. 410.II de la CPE).²⁶⁶

265 Bolivia TCP, «Sentencia 2170/2013», *Expediente 03338-2013-07-AIC*, 21 de noviembre de 2013, 30.

266 Bolivia TCP, «Sentencia 2491/2012», *Expediente 02052-2012-05-AL*, 3 de diciembre de 2012, 7.

Es decir, el derecho internacional de los derechos humanos es parte del bloque de constitucionalidad por disposición del art. 410.1 de la Constitución. Dentro de este derecho internacional, se encuentran la CADH y la interpretación autorizada que ha dado de esta la Corte IDH a través de sus sentencias y opiniones consultivas, las cuales deben ser aplicadas obligatoriamente por el Estado cuando desarrollen nuevos logros y avances en materia de derechos humanos.

Finalmente, el principio de juridicidad como piedra angular del Estado constitucional es planteado por el TCP en los siguientes términos:

[E]l principio de juridicidad tiene una connotación de validez no solamente formal sino también material o de contenido, en ese contexto y con relación a la problemática planteada en el caso concreto, se establece que *las normas del bloque de constitucionalidad, incluyendo las sentencias emanadas de la CIDH*, informan el ordenamiento infraconstitucional, el mismo que, en cuanto a su contenido, debe sujetarse a los alcances de aquellas.²⁶⁷

Por lo tanto, al ser las opiniones consultivas decisiones de la Corte IDH que desarrollan el contenido de los derechos en un sentido material, deben irradiar el ordenamiento jurídico interno de Bolivia y en consecuencia ser aplicados ineludiblemente. Cuando esto no suceda, se entenderá vulnerada la CADH y por ende el bloque de constitucionalidad, lo cual implica que pueden ser reivindicados ante la justicia.

Una vez analizados los seis principios cardinales que vinculan las opiniones consultivas al ordenamiento jurídico interno de Bolivia, corresponde realizar un análisis de la jurisprudencia del TCP en materia de derechos humanos, a través de la cual reconoce a las opiniones consultivas como parte del bloque de constitucionalidad y, en consecuencia, de obligatorio cumplimiento. Al respecto, el TCP, en la sentencia 0061/2010-R del 27 de abril de 2010,²⁶⁸ utilizó la opinión consultiva OC-16/99 del 1.º de octubre de 1999²⁶⁹ para desarrollar el contenido del derecho del extranjero a la información sobre asistencia consular y del derecho a la información y la garantía del debido

267 Bolivia TCP, «Sentencia 0110/2010-R», *Expediente 2006-13381-27-RAC*, 10 de mayo de 2010, 11-2. Énfasis añadido.

268 Bolivia TCP, «Sentencia 0061/2010-R», *Expediente 2007-16790-34-RHC*, 27 de abril de 2010, sección 3.4.2, párr. 11.

269 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-16/99*, párr. 84.

proceso, estableciendo que estas decisiones «forman parte del bloque de constitucionalidad».

Posteriormente, en la sentencia 110/2010-R del 10 de mayo de 2010, respecto a la competencia de la Corte IDH para interpretar la CADH, el TCP señaló que «las decisiones que de [ella] emanan forman parte también de este bloque de constitucionalidad».²⁷⁰ Si bien la sentencia no utiliza textualmente el término *opiniones consultivas*, en la práctica estas constituyen una «decisión de la Corte IDH», ya que a través de ellas los jueces acuerdan responder o no la consulta formulada y, en caso de aceptar, convienen mediante votación dar sentido y alcance a las disposiciones convencionales.²⁷¹ De hecho, desde la opinión consultiva OC-12/9 del 6 de diciembre de 1991,²⁷² la palabra *decisión* es el término que ha empleado la Corte IDH para responder las solicitudes de opiniones consultivas. Por lo tanto, al constituir las opiniones consultivas decisiones de la Corte IDH, se deben entender como parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, de aplicación directa incluso sobre la Constitución, cuando resulten más favorables.

Asimismo, el TCP plantea que las decisiones de la Corte IDH forman parte del bloque de constitucionalidad por dos razones principalmente:²⁷³ primero, por el objeto de su competencia, y segundo, por la aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre derechos humanos.²⁷⁴ Sobre el primer punto, la CADH establece en su sección segunda las competencias y funciones de la Corte IDH,²⁷⁵ dentro de las cuales se encuentran sus funciones contenciosa y consultiva.²⁷⁶ Es decir, la atribución de emitir opiniones consultivas se encuentra dentro del objeto de la competencia de la Corte IDH

270 Bolivia TCP, «Sentencia 0110/2010-R», 9.

271 Bolivia TCP, «Sentencia 0577/2022-S2», *Expediente 35012-2020-71-AAC*, 22 de junio de 2022, sección 3.4, párr. 3. Posteriormente, en esta sentencia el TCP reconocería que el término *decisión* involucra no solo a las sentencias, sino también a las opiniones consultivas.

272 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-12/91: Compatibilidad de un proyecto de ley con el art. 8.2.h de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, 6 de diciembre de 1991, párrs. 22 y 31, <https://tinyurl.com/44vkr3a3>.

273 Bolivia TCP, «Sentencia 0110/2010-R», 6-7.

274 *Ibíd.*, 9-10.

275 OEA Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, arts. 61-5.

276 *Ibíd.*, arts. 62.3 y 64.

que plantea el TCP. Por otro lado, esta competencia y esta jurisdicción fueron reconocidas por el aquel entonces Congreso Nacional de Bolivia como obligatorias de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido, a través de la Ley n.º 1430 del 11 de febrero de 1993.²⁷⁷

En cuanto al segundo punto, el TCP plantea la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre derechos humanos. No obstante, este planteamiento no debe entenderse solamente para las sentencias, sino en general como el «efecto útil de los instrumentos internacionales» planteado por la Corte IDH, a través del cual sostiene lo siguiente:

[E]s importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales, en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina *control de convencionalidad*, según el cual cada juzgador debe velar por el *efecto útil de los instrumentos internacionales*, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.²⁷⁸

Es decir, el llamado *efecto útil* no es más que una categoría del control de convencionalidad, lo cual implica que la CADH debe irradiar al ordenamiento jurídico interno de los Estados parte y no solo sobre la base de las sentencias de la Corte IDH, sino en general sobre el texto de la CADH y su interpretación autorizada realizada en el ámbito de sus competencias. Una de ellas también es la facultad de emitir opiniones consultivas, las cuales «cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo».²⁷⁹

Así, cuando se habla de *efecto útil*, debe hacerse en su integralidad y no solo sobre las sentencias dictadas en la facultad contenciosa, sino también en el ámbito de la facultad consultiva, ya que ambas constituyen interpretaciones auténticas de la CADH y por lo tanto se entienden adheridas a su texto.

277 Bolivia, *Ley n.º 1430*, art.3.

278 Corte IDH, «Sentencia de 12 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)», *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, 12 de agosto de 2008, párr. 180, <https://tinyurl.com/3scxznf2>. Énfasis añadido.

279 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-22/16*, párr. 26.

Posteriormente, en la sentencia 0084/2017, del 28 de noviembre de 2017, el TCP utilizó la opinión consultiva OC-4/84 del 11 de enero de 1984 para establecer el contenido del derecho a la igualdad y no discriminación.²⁸⁰ Asimismo, el 22 de junio de 2022, mediante sentencia 0577/2022-S2, el Tribunal Constitucional ratificó que las sentencias 0061/2010-R, del 27 de abril de 2010, y 0110/2010-R, del 10 de mayo de 2010, incorporan las opiniones consultivas al bloque de constitucionalidad, y por lo tanto concluyó que «debe tenerse en cuenta que en el modelo constitucional boliviano [...], el bloque de constitucionalidad está constituido por la propia Constitución política del Estado, las normas e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, las sentencias, opiniones consultivas y demás decisiones emergentes de la Corte IDH».²⁸¹ En conclusión, a través de estas sentencias se evidencia que el TCP reconoce a las opiniones consultivas como parte de su bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, plenamente exigibles ante la justicia ordinaria y constitucional.

Hasta el momento, se han determinado los principios constitucionales que vinculan las opiniones consultivas al ordenamiento jurídico interno de Bolivia y cómo la jurisprudencia del TCP las reconoce como parte del bloque de constitucionalidad. Esto permite que las opiniones consultivas generen efectos jurídicos concretos en el derecho interno de Bolivia, ya que «todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección»,²⁸² mandato que involucra no solo al TCP, sino también a los jueces y tribunales de garantías que ejercen justicia constitucional, así como a los jueces o autoridades de la justicia ordinaria, agroambiental, indígena originaria campesina y de jurisdicciones especiales.²⁸³

Por lo tanto, en la justicia ordinaria y en la constitucional deberán aplicarse las opiniones consultivas, al ser fuentes jurídicas vinculantes para la tutela de derechos. Esta obligación se traduce en realizar el control de convencionalidad, que en Bolivia no se diferencia del control de

280 Bolivia TCP, «Sentencia 0084/2017», 55.

281 Bolivia TCP, «Sentencia 0577/2022-S2».

282 Bolivia, *Constitución Política del Estado de 2009*, art. 109.

283 Bolivia TCP, «Sentencia 0112/2012», *Expediente 00198-2012-01-AL*, 27 de abril de 2012, 5.

constitucionalidad, pues este país cuenta con una «Constitución convencionalizada», la cual le permite entender a los tratados —por ejemplo la CADH— como integrantes de su Constitución.²⁸⁴ Asimismo, este control ha sido definido por el TCP como

una vía para que el Estado boliviano cumpla con su deber de adoptar y emprender todo lo que se encuentra a su alcance para materializar el *corpus iuris* de los derechos humanos y evitar incurrir en responsabilidad internacional, *incluso al grado de inaplicar su propia norma suprema, aplicando preferentemente el corpus iuris de derechos humanos*.²⁸⁵

Es decir, dentro del control de convencionalidad, previo a aplicar una norma nacional, se debe colegir que esta sea compatible con las opiniones consultivas de la Corte IDH. En caso de que no exista esta compatibilidad y se observe que las opiniones consultivas desarrollan de mejor manera el contenido de los derechos, para su aplicación se deberán observar los siguientes lineamientos desarrollados por el TCP.

Por un lado, cuando el encargado de realizar dicho control sea el propio TCP, a través de las acciones de inconstitucionalidad abstracta y concreta, deberá seguir dos pasos. Primero, deberá identificar la norma nacional acusada de inconvencional, así como los estándares o parámetros mínimos de contrastación que cobijan este derecho y se desarrollan en el *corpus iuris*;²⁸⁶ dentro de ellos se encuentran las opiniones consultivas, entendidas como parte del bloque de constitucionalidad de Bolivia, tal como se fundamentó anteriormente.

En el segundo paso, debe contrastar la norma nacional con el estándar del *corpus iuris*²⁸⁷ desarrollado en las opiniones consultivas. De dicho contraste, el TCP tendrá tres opciones para resolver: 1. establecer que ambas normas pueden coexistir; 2. concluir que la norma nacional tiene varias interpretaciones y que entre ellas existe una compatible o complementaria con el *corpus iuris*; y finalmente, 3. señalar que la norma se contrapone a las obligaciones internacionales y, por lo tanto, debe dejarla sin efectos generales, así como declarar la aplicación preferente

284 Bolivia TCP, «Sentencia 0032/2019», *Expediente 28497-2019-57-AIA*, 9 de julio de 2019, 20.

285 *Ibíd.*, 19. Énfasis añadido.

286 *Ibíd.*, 21.

287 *Ibíd.*

(por ser más favorable) del *corpus iuris*,²⁸⁸ dentro del cual, como se reitera, se encuentran las opiniones consultivas. Además, deberá tomar en cuenta que si el control de convencionalidad se relaciona con el principio de igualdad, deberá aplicar el test de razonabilidad de desigualdad si lo considera necesario.²⁸⁹

Por otro lado, para cuando el encargado de realizar el control de convencionalidad sea cualquier autoridad pública, el TCP no ha brindado lineamientos con la misma claridad. Por ejemplo, en el año 2010 señaló que a través de una acción de amparo constitucional no se puede alegar la inconstitucionalidad de una disposición legal, ya que para ello existe el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad conocido por el TCP, criterio que se ha reiterado en otras sentencias, como las dictadas en los años 2012 y 2015.²⁹⁰ Por ende, bajo este criterio el TCP sería el único con competencia para establecer si existe o no compatibilidad entre las opiniones consultivas y la Constitución y demás normas nacionales.

Pese a haber dado este criterio, en el año 2019 el Tribunal aparentemente cambió su posición y mencionó lo siguiente:

[E]l examen de compatibilidad de las normas internas con el *corpus iuris* de derechos humanos, a efectos de realizar una interpretación conforme o aplicación preferente al caso concreto, puede ser efectuado de oficio por toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias, en lo que respecta a dejar una norma interna constitucional o infraconstitucional sin efectos jurídicos *erga omnes*.²⁹¹

Bajo este lineamiento, cualquier autoridad pública podría aplicar directamente las opiniones consultivas, aunque esta decisión conlleve inaplicar la normativa nacional. En este caso, la decisión no tendría efectos *erga omnes*, por lo que se limitaría a generar efectos únicamente en el proceso administrativo o judicial correspondiente.

288 *Ibíd.*

289 *Ibíd.*

290 Bolivia TCP, sentencia del expediente SC 2765/2010-R, del 10 de diciembre de 2010, en Bolivia TCP, «Sentencia 0443/2012», *Expediente 00690-2012-02-AAC*, 22 de junio de 2012, 3, y en Bolivia TCP, «Sentencia 0782/2015-S3», *Expediente 09973-2015-AAC*, 22 de julio de 2015, 11.

291 Bolivia TCP, «Sentencia 0032/2019», 19.

En conclusión, como se ha dicho anteriormente, la CADH no impone un modelo de control de convencionalidad;²⁹² por lo tanto, en aras de desarrollar uno que mejor se adapte a la realidad social y tradición jurídica de Bolivia, su TCP ha desarrollado lineamientos mucho más claros para realizar el control de convencionalidad en el ámbito de sus competencias. Esta situación no ha ocurrido con la competencia de las autoridades públicas en general, sobre lo cual caben dos lecturas. La primera es que ni siquiera ante la justicia constitucional —a través de la acción de amparo— se podría alegar la incompatibilidad de una norma de derecho interno con una opinión consultiva. La segunda es que toda autoridad pública puede establecer la compatibilidad entre una norma nacional y una opinión consultiva y decidir cuál resulta más beneficiosa para el ejercicio de los derechos, resolución que tendría efectos únicamente para el caso en particular.

Corresponde ahora analizar un caso concreto en el que, aplicando una opinión consultiva, se lograría la tutela de un derecho. El caso que se propone es el derecho al matrimonio igualitario. Actualmente el TCP, en la sentencia 0577/2022-S2 del 22 de junio de 2022, ya reconoció el «derecho a la unión de hecho para parejas del mismo sexo»,²⁹³ aplicando para ello la opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017,²⁹⁴ que establece la obligación de los Estados parte de la CADH de garantizar a las parejas del mismo sexo todos los derechos reconocidos a las parejas heterosexuales, en igualdad y paridad de derechos. Sin embargo, la decisión final no se refirió al derecho al matrimonio igualitario, sino tan solo a la unión de hecho.²⁹⁵

292 Corte IDH, «Sentencia», *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, párr. 124.

293 Bolivia TCP, «Sentencia 0577/2022-S2».

294 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-24/17*, párr. 227.

295 *Ibid.*, párrs. 224-5. La Corte IDH señaló que «no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria y por tanto incompatible con la CADH». Asimismo, con fundamento en el principio de dignidad humana, indicó que la persona tiene el derecho a escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea este por la unión de hecho o el matrimonio.

Por el contrario, a la fecha seguirían vigentes los criterios desarrollados por el TCP en la sentencia 0076/2017 del 9 de noviembre de 2017²⁹⁶ —dictada quince días antes que la opinión consultiva OC-24/17—, a través de la cual resolvió la acción de inconstitucionalidad abstracta planteada por miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, cuyo objeto fue la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos de la Ley de Identidad de Género que regulaban y garantizaban el acceso al cambio de datos de sexo.

Del análisis realizado por el TCP en la sentencia 0076/2017 se desprenden dos principales argumentos con los cuales sostiene la «imposibilidad de que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio»: 1. la «voluntad» del constituyente por instituir un solo tipo de matrimonio, el heterosexual; y 2. la «procreación como fin último del matrimonio». Se verá cómo, aplicando los criterios de acceso al matrimonio para parejas del mismo sexo, desarrollados en la opinión consultiva OC-24/17, se desvirtúan los argumentos del TCP, que impiden el acceso a este derecho. Esto mostrará de qué modo la aplicación obligatoria de las opiniones consultivas en Bolivia permite reconocer nuevos derechos y cómo pueden causar efectos jurídicos concretos en su derecho interno.

Sobre el primer argumento, la Constitución de Bolivia reconoce que «[e]l matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges».²⁹⁷ De su redacción sin duda caben varias interpretaciones. Entre ellas, el TCP se ha decantado por la literal y ha señalado que constituye base del matrimonio civil «la concurrencia de un hombre y una mujer, es decir, de la presencia de dos condicionantes sexuales en plano de complementariedad y heterogeneidad»;²⁹⁸ por lo tanto, esta definición «reconoce explícitamente la conformación matrimonial por una mujer y hombre en su sentido sexual y al que se le asignan efectos jurídicos en el marco de la igualdad de derechos y deberes».²⁹⁹ Así, el TCP reconoce un solo tipo de vínculo matrimonial, el heterosexual.

296 Bolivia TCP, «Sentencia 0076/2017», *Expediente 16831-2016-34-AIA*, 9 de noviembre de 2017.

297 Bolivia, *Constitución Política del Estado de 2009*, art. 63.

298 Bolivia TCP, «Sentencia 0076/2017», 15.

299 *Ibíd.*, 16.

A su vez, plantea que para reconocer otros tipos de matrimonio «apremia un debate democrático que involucre a los actores e instituciones de la sociedad en su conjunto, esto es, Asamblea Legislativa, organizaciones sociales, civiles, públicas como privadas y otras que así corresponda».³⁰⁰ En consecuencia, el criterio del TCP se centra en la existencia de un solo tipo de matrimonio y en que la modificación de ello debe darse a través de un «debate democrático», que sería la reforma constitucional por iniciativa popular o a través de la Asamblea Legislativa.³⁰¹ Sobre estos argumentos, la Corte IDH en la opinión consultiva OC-24/17 señala:

[E]s posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las *reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos*.³⁰²

Es decir, para que la argumentación planteada por el TCP sea válida se requiere justificar efectivamente la existencia de una «dificultad institucional». Esta dificultad, como se ha dicho, estaría en que la Constitución plantea un solo tipo de matrimonio y que para modificarlo se requiriere un debate democrático en la Asamblea Legislativa. Sin embargo, si se aplica la OC-24/17, se observa que este argumento resulta insuficiente.

Primero, la OC-24/17 expone que las reformas sobre el matrimonio igualitario pueden ser no solo legislativas y administrativas, sino también judiciales, para adecuar su ordenamiento, interpretaciones y prácticas internos.³⁰³ Es decir, el TCP puede adecuar vía interpretación el

300 *Ibíd.*, 47.

301 Bolivia, *Constitución Política del Estado de 2009*, art. 411.2.

302 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-23/17*, párr. 226. Énfasis añadido.

303 *Ibíd.*

contenido de los derechos constitucionales para que sean consecuentes con las obligaciones internacionales que generan las opiniones consultivas.³⁰⁴ Esto, además, es un mandato constitucional, ya que los derechos y deberes consagrados en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia,³⁰⁵ dentro de los cuales se encuentra la CADH.

Adicionalmente, en el caso de Bolivia no es necesario reformar el art. 63 de la Constitución, que regula el derecho al matrimonio, pues no establece una prohibición para que sea reconocido a parejas del mismo sexo. Por lo tanto, lo que se propone es una complementariedad entre la opinión consultiva OC-24/17 y el art. 63 de la Constitución, argumento que ha sido planteado por la CCE para reconocer el matrimonio igualitario.³⁰⁶ Esta alternativa incluso estaría avalada por la propia jurisprudencia del TCP, en la cual se señaló que cuando este realice un control de convencionalidad entre sus opciones para decidir se encuentra «[l]a posibilidad de que la norma interna sea compleja y admita diferentes interpretaciones, debiendo aplicar el principio *pro homine* y elegir la interpretación más amplia y garante, ampliando lo favorable y restringiendo lo odioso, es decir, tratándose de restricción de derechos, es menester estar a la más limitada».³⁰⁷

Asimismo, el TCP, en la sentencia 0084/2017 del 28 de noviembre de 2017, al resolver una acción de inconstitucionalidad abstracta planteada por miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional, y cuyo objeto fue la «reelección indefinida» para las dignidades de elección popular, mencionó lo siguiente:

El Tribunal Constitucional Plurinacional desarrolló la doctrina del estándar más alto, estableciendo que bajo los principios de constitucionalidad y convencionalidad, el intérprete debe acudir a aquella jurisprudencia que desarrolle de mejor forma o de manera más razonable los derechos

304 Bolivia TCP, «Sentencia 0577/2022-S2». El TCP ya reconoció el derecho a la unión de hecho para parejas del mismo sexo, aplicando directamente la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte IDH y sin que fuera necesario proceder previamente con un proceso de reforma constitucional y/o legal.

305 Bolivia, *Constitución*, art. 13.4.

306 Ecuador Corte Constitucional, «Sentencia», *Caso n.º 11-18-CN/19*, párrs. 136 y 211.

307 Bolivia TCP, «Sentencia 0032/2019», 21.

fundamentales, estableciendo que para la máxima eficacia de estos, está vigente como fuente jurídica del derecho el entendimiento más favorable, progresivo y extensivo del derecho en cuestión, el cual puede emanar de órganos supraestatales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁰⁸

Es decir, cuando una fuente jurídica del bloque de constitucionalidad —como por ejemplo la interpretación autorizada de la CADH realizada por la Corte IDH— establece estándares de derechos más beneficiosos a los reconocidos en el texto literal de la Constitución, se deben aplicar en forma inmediata, sin que medie una reforma constitucional para su ejercicio.³⁰⁹ Por lo tanto, el TCP no puede arbitrariamente señalar en qué casos se debe recurrir a un debate democrático y en qué casos no: para aplicar en forma inmediata los derechos tan solo basta que otra norma jurídica los proteja de mejor manera. En el caso concreto del matrimonio igualitario, el estándar más alto se encuentra desarrollado en la OC-24/17:

De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo, por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.³¹⁰

308 Bolivia TCP, «Sentencia 0084/2017», 4.

309 *Ibíd.*, 48 y 78. Sobre este punto, el TCP de Bolivia ha llegado a declarar inconstitucionales normas contenidas en la misma Constitución y, en consecuencia, a aplicar preferentemente otras normas del bloque de constitucionalidad que desarrollan de mejor manera el ejercicio de los derechos, sin que fuera necesario, en consecuencia, derivarlas a la Asamblea Legislativa previamente para que se realice el proceso de reforma constitucional. Sin embargo, se observa con preocupación que, en el caso citado, el Tribunal llegó a dar contenido a los derechos de participación de la CADH para concluir que, a la luz de este tratado internacional de derechos humanos, se estaría garantizando el derecho a la reelección indefinida, inobservando que la Corte IDH es la única intérprete auténtica de la CADH. Por el contrario, posteriormente y mediante opinión consultiva OC-28/21 del 7 de junio de 2021, la Corte IDH detalló que: 1. la reelección presidencial indefinida no es un derecho protegido por la CADH; 2. la prohibición de la reelección indefinida es compatible con la CADH; y 3. la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de la democracia representativa.

310 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-24/17*, párr. 227.

Por lo tanto, mientras la Constitución reconoce *a priori* solo el matrimonio heterosexual, la OC-24/17 reconoce su acceso a todas las parejas, incluidas las del mismo sexo. Dicho estándar es de obligatorio cumplimiento, conforme lo ha resuelto el mismo TCP en la ya citada sentencia 0577/2022-S2 del 22 de junio de 2022.³¹¹ Así, este último criterio debe ser aplicado en forma preferente e inmediata, ya que constituye el estándar más alto del derecho a la familia.

Una vez aclarado el primer punto, conviene analizar el segundo, referente a la procreación como fin último del matrimonio. Al respecto, el TCP señala en lo pertinente lo siguiente:

[E]l ordenamiento jurídico ha investido al matrimonio de la calidad de un convenio jurídico celebrado entre dos partes que sexualmente se complementan (hombre y mujer) en aras de alcanzar uno de los fines humanos más imprescindibles para el desarrollo humano y la perpetuación de su especie, cual es la procreación, crianza y educación de los hijos o descendientes.³¹²

Es decir, entiende que el matrimonio solamente es el medio para la continuidad de la vida humana y, por lo tanto, su acceso está condicionado a cumplir con el requisito biológico de ser parejas heterosexuales capaces de procrear. Esta concepción sin duda es contraria a la establecida en la OC-24/17, a través de la cual

[l]a Corte [IDH] advierte que para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo de uniones no cumplirían con tal fin. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber, la protección de la familia como realidad social. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas —casadas o no— que por cualquier motivo carecen de capacidad *generandi* o de interés en procrear.³¹³

311 Bolivia TCP, «Sentencia 0577/2022-S2», 20. Se señala que «[l]a Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 [...] ordena a los Estados parte del Sistema Interamericano a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso a la figura del matrimonio a las parejas de mismo sexo».

312 Bolivia TCP, «Sentencia 0076/2017», 7.

313 Corte IDH, *Opinión consultiva OC-24/17*, párr. 221.

Se observan entonces dos concepciones distintas: la primera impone como fin del matrimonio la procreación y, por lo tanto, un condicionante para el acceso a esta institución a las parejas del mismo sexo, mientras que la segunda estima degradante esta restricción y entonces no la constituye como una categoría que defina una relación conyugal como el matrimonio. Entre ambas concepciones corresponde aplicar el «estándar más alto», que desarrolle de mejor forma y de modo fundamentado los derechos.³¹⁴ Este es sin duda la opinión consultiva OC-24/17, en la que no se impone la procreación como fin del matrimonio, lo cual en la práctica implica reconocer diferentes tipos de familia, basados en relaciones afectivas, auxilio mutuo y comunidad de bienes.

En conclusión, en Bolivia las opiniones consultivas son de obligatorio cumplimiento, no solo por los efectos jurídicos hipotéticos que generan por sí solas en un contexto interamericano, sino también por los principios constitucionales que las vinculan a su ordenamiento jurídico interno. Asimismo, la jurisprudencia del TCP —principalmente desarrollada en las sentencias 0061/2022-R (del 27 de abril de 2010), 0110/2010-R (del 10 de mayo de 2010), 0076/2017 (del 9 de noviembre de 2017), 0084/2017 (del 28 de noviembre de 2017), 0032/2019 (del 9 de julio de 2019) y 0577/2022-S2 (del 22 de junio de 2022)— permite aplicarlas incluso sobre la Constitución, cuando desarrollen en forma más favorable el contenido de los derechos.

Sin duda, el reconocimiento del matrimonio igualitario en Bolivia es una tarea pendiente, dentro de la cual la opinión consultiva OC-24/17 constituye una herramienta jurídica ineludible y de obligatorio cumplimiento que debe generar efectos jurídicos concretos que permitan su tutela definitiva. Por lo tanto, cuando el TCP deba pronunciarse sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario, deberá observar esta decisión de la Corte IDH, la cual desvanece los argumentos con los cuales anteriormente se impidió la posibilidad de reivindicar este derecho.

314 Bolivia TCP, «Sentencia 0084/2017», 4.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A lo largo de la presente investigación se han esbozado algunas ideas que permiten explicar de mejor manera los efectos jurídicos que generan las opiniones consultivas de la Corte IDH, y se ha verificado su forma de aplicación en los Estados de Ecuador y Bolivia. A raíz de ello se plantean las siguientes conclusiones y recomendaciones.

Primero, una de las dificultades para explicar los efectos jurídicos de las opiniones consultivas ha sido la utilización de términos ambiguos como *efectos jurídicos innegables*, *fuerza vinculante* o *guía de los Estados*. Por ello, resulta útil plantear las categorías de efectos jurídicos hipotéticos y efectos jurídicos concretos, ya que estas, a diferencia de las anteriores, se encuentran respaldadas por una explicación teórica que permite aplicarlas de mejor manera en casos concretos. Es por esto que se recomienda su utilización como recurso metodológico para reivindicar estándares de derechos humanos desarrollados en las opiniones consultivas.

Segundo, para identificar los elementos esenciales de las opiniones consultivas es conveniente usar la categoría de *ratio decidendi*. Esto permite establecer que cuando se trate de opiniones de aspecto material, que desarrollen el alcance de derechos y principios, los elementos obligatorios serán la interpretación de derechos y principios y la decisión de la Corte IDH, las cuales generan efectos jurídicos hipotéticos para todos los Estados parte. Por otro lado, cuando se trate de una opinión de aspecto formal, relacionada a la compatibilidad de normas internas con la CADH u otros tratados y convenios internacionales, los

elementos obligatorios son los resultados de la comparación y la decisión de la Corte IDH que generen efectos jurídicos hipotéticos solo al consultante. Por lo tanto, se recomienda tomar en cuenta estos criterios al momento de aplicar o reivindicar las interpretaciones realizadas en las opiniones consultivas.

Tercero, en Ecuador, los principios constitucionales de aplicación directa e inmediata de los tratados internacionales de derechos humanos, cláusula abierta, favorabilidad y no restricción de derechos permiten entender a las opiniones consultivas como parte del bloque de constitucionalidad; de este modo, deben ser aplicadas obligatoriamente e incluso prevalecer sobre la Constitución cuando reconozcan más derechos que esta. En el caso de Bolivia, los principios constitucionales que vinculan las opiniones consultivas al ordenamiento jurídico interno son la cláusula abierta, la favorabilidad, la aplicación directa de los derechos, la interpretación conforme a los pactos internacionales sobre derechos humanos, la progresividad y la juridicidad.

Por otro lado, usando los criterios desarrollados por el TCP en las sentencias 0061/2022-R, 0110/2010-R, 0076/2017, 0084/2017, 0032/2019 y 0577/2022-S2, se reconoce a las opiniones consultivas como parte del bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, se recomienda a las sociedades de Ecuador y Bolivia fundamentarse en los principios aquí planteados al momento de interponer las acciones relativas a la aplicación de las opiniones consultivas.

Cuarto, las sentencias de la CCE que reconocen el matrimonio igualitario abren una interrogante para los nuevos retos en materia de derechos humanos, como la adopción igualitaria, debido a que no existe claridad sobre cómo aplicar las opiniones consultivas que reconozcan nuevos derechos sobre los cuales exista prohibición constitucional. En el primer escenario, planteado por el juez Alí Lozada, se estaría frente a una dificultad institucional, de modo que el encargado de instituir la opinión consultiva es el constituyente derivado a través de la modificación a la Constitución. Por otro lado, en el segundo escenario, planteado por el juez Ramiro Ávila Santamaría, se debe aplicar, vía interpretación, la norma más favorable para el ejercicio de los derechos. En consecuencia, se recomienda tomar en cuenta estos dos posibles escenarios cuando se plantee una acción constitucional tendiente a reivindicar el derecho a la adopción igualitaria.

En el caso de Bolivia, en cambio, se observa que su TCP plantea una postura más cercana a la formulada por el juez Ávila Santamaría, ya que establece que vía interpretación se puede aplicar directamente una decisión de la Corte IDH cuando contenga estándares más favorables para el ejercicio de los derechos, aunque esto implique inaplicar normas contenidas en el texto de la propia Constitución.

Quinto, sobre el alcance de las opiniones consultivas en los Estados de Ecuador y Bolivia, se observó que, al no imponer la CADH un modelo de control de convencionalidad en específico, los Estados tienen un margen de libertad para decantarse por el que mejor se ajuste a su realidad y tradición jurídica. En esta dinámica, ambos países han constitucionalizado la CADH; por lo tanto, el control de convencionalidad se hace a través del control de constitucionalidad. En el caso de Ecuador, no existe claridad sobre el modelo de control de convencionalidad que se ha adoptado. Esta incertidumbre se ha intensificado a raíz de las sentencias sobre el matrimonio igualitario, en las que el juez Lozada abogó por un control concentrado mientras que el juez Ávila Santamaría, especialmente con su voto concurrente a la sentencia del juez Lozada, abogó por un control mixto.

En la práctica, esto implica que, siguiendo los lineamientos del juez Ávila Santamaría, toda autoridad administrativa o judicial dentro de sus competencias podría aplicar las opiniones consultivas directamente, aunque esto conlleve inaplicar la Constitución o las leyes de la república. Así, dentro de un recurso administrativo, la autoridad pública podría resolver una antinomia entre una opinión consultiva y la normativa nacional. Lo mismo pasaría con los jueces ordinarios y constitucionales al resolver los casos en el ámbito de sus competencias. Ello no limitaría a que la Corte Constitucional sea el órgano de justicia encargado de resolver antinomias con efectos *erga omnes*. En cambio, con los criterios del juez Lozada, solo la Corte Constitucional podría resolver antinomias de este tipo y aplicar directamente las opiniones consultivas por sobre la Constitución y la ley, a través de las acciones constitucionales sobre las cuales tiene competencia, como la consulta de norma o la acción pública de inconstitucionalidad.

En el caso de Bolivia, el alcance de las opiniones consultivas se encuentra más claro, cuando es el TCP el que realiza el control de convencionalidad. Este, al resolver una antinomia entre una opinión

consultiva y una norma de derecho interno, puede declarar que estas coexisten armónicamente; asimismo, puede establecer que la norma nacional admite diversas interpretaciones, pero que entre ellas la más favorable se complementa con las opiniones consultivas; finalmente, puede decidir que la norma nacional es contraria a las opiniones consultivas y, por lo tanto, dejarla sin efectos generales a través de la aplicación preferente del *corpus iuris*.

Sin embargo, cuando la autoridad pública en general es la que se encuentra frente a una norma posiblemente contraria a una opinión consultiva, no existe claridad sobre si tiene o no competencia para realizar el control de convencionalidad. Esta incertidumbre se produce a raíz de dos criterios contradictorios del TCP. En el primero, defendido desde 2010, menciona que solamente él puede realizar dicho control, a través de las acciones de control concreto y abstracto de constitucionalidad, mientras que en 2019 señaló que toda autoridad pública en general puede realizar un control de convencionalidad sin efectos *erga omnes*. Por lo tanto, en un proceso administrativo o judicial, la autoridad podría aplicar las opiniones consultivas incluso sobre la Constitución y las leyes.

Al respecto, en esta investigación se sostiene que el modelo de control de convencionalidad que debería ser promovido por ambos países es el mixto, ya que este permite que en casos concretos se pueda realizar un control de convencionalidad sobre toda norma interna que contradiga los criterios de las opiniones consultivas, con el fin de establecer cuál es más favorable para el ejercicio de los derechos. Este control se extiende también a tener una corte o tribunal constitucional con capacidad para dictar una decisión con efectos *erga omnes*. Solo así se puede garantizar que el alcance de las opiniones consultivas sea mucho más amplio y cause efectos jurídicos concretos oportunamente.

Sexto, en el caso de Bolivia, el matrimonio igualitario es un reto en materia de derechos humanos; las opiniones consultivas resultan una fuente jurídica obligatoria que, de ser aplicada, reivindicaría este derecho. Aquí se sostiene que no existe prohibición constitucional para su reconocimiento y, por lo tanto, siguiendo los lineamientos desarrollados por el TCP, corresponde a este determinar vía interpretación su reconocimiento, por ser la norma más favorable para el ejercicio de los derechos. En consecuencia, se recomienda, a la sociedad de Bolivia en general, analizar los argumentos aquí planteados para interponer las

acciones constitucionales pertinentes que permitan el reconocimiento del matrimonio igualitario.

Séptimo, uno de los puntos críticos sobre la aplicación de las opiniones consultivas en Ecuador y Bolivia es que no existe unanimidad sobre si deben ser entendidas como instrumentos internacionales de derechos humanos o como la interpretación autorizada de la CADH —y, por lo tanto, como una extensión de esta—. No obstante, aquí se plantea que deberían ser reconocidas como parte de la CADH, porque es un tratado firmado y ratificado por ambos países, así como la competencia de la Corte IDH para interpretarlo, lo que torna obligatorias a las opiniones consultivas. Lo contrario implica recurrir a la doctrina internacional para determinar qué es y qué no es un instrumento internacional, lo cual puede tornarse un ejercicio arbitrario sin la legitimación de estos países, ya que ni sus constituciones ni la Convención de Viena definen la cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- . «Voto concurrente del juez Ramiro Ávila Santamaría». *Caso n.º 10-18-CN/19*. 12 de junio de 2019.
- Bavaresco, Agemir. «La crisis del Estado nación y la teoría de la soberanía en Hegel». *Recerca. Revista de Pensament i Anàlisi* 1 (2003): 55-80. <https://tinyurl.com/3rnjpsww>.
- Benavides, Merck. «La ratio decidendi y la obiter dictum en el actual sistema de justicia penal». En *Ratio Decidendi Obiter Dicta: Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 2012-2013*, editado por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 35-44. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2014.
- Bolivia. *Constitución Política del Estado de 2009*. Gaceta Oficial NCPE, 7 de febrero de 2009.
- . *Ley n.º 1430*. 11 de febrero de 1993. <https://tinyurl.com/259xuzyy>.
- Bolivia TCP. «Sentencia 0032/2019». *Expediente 28497-2019-57-AIA*. 9 de julio de 2019.
- . «Sentencia 0061/2010-R». *Expediente 2007-16790-34-RHC*. 27 de abril de 2010.
- . «Sentencia 0076/2017». *Expediente 16831-2016-34-AIA*. 9 de noviembre de 2017.
- . «Sentencia 0084/2017». *Expediente 20960-2017-42-AIA*. 28 de noviembre de 2017.
- . «Sentencia 0110/2010-R». *Expediente 2006-13381-27-RAC*. 10 de mayo de 2010.
- . «Sentencia 0112/2012». *Expediente 00198-2012-01-AL*. 27 de abril de 2012.
- . «Sentencia 0443/2012». *Expediente 00690-2012-02-AAC*. 22 de junio de 2012.
- . «Sentencia 0577/2022-S2». *Expediente 35012-2020-71-AAC*. 22 de junio de 2022.
- . «Sentencia 0782/2015-S3». *Expediente 09973-2015-AAC*. 22 de julio de 2015.
- . «Sentencia 2170/2013». *Expediente 03338-2013-07-AIC*. 21 de noviembre de 2013.
- . «Sentencia 2491/2012». *Expediente 02052-2012-05-AL*. 3 de diciembre de 2012.

- Buergenthal, Thomas. *Derechos humanos internacionales*. Ciudad de México: Gernika, 2002.
- . «Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Revista IIDH* 39 (2004): 11-31. <https://tinyurl.com/bd8dm6ww>.
- Camarillo, Laura. «Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos». *Prolegómenos. Derechos y Valores* 19, n.º 37 (2016): 67-84. <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1680>.
- Cançado, Antônio. «Estatuto de la Corte Internacional de Justicia». *United Nations Audiovisual Library of International Law*. 2016. <https://tinyurl.com/3xwuxchs>.
- Castillo, Pablo. «Obligaciones positivas como medidas en casos de reparación en casos de vulneración de los derechos sociales: El papel de la Corte Constitucional ecuatoriana en el año 2018». Monografía, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019.
- CIDH. *Informe sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria*. 15 de octubre de 1965. OEA/Ser.L/V/II.U. <https://tinyurl.com/46sa4bv2>.
- Colombia, y Chile. «Solicitud de opinión consultiva sobre emergencia climática y derechos humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la República de Colombia y la República de Chile». *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 9 de enero de 2023. <https://tinyurl.com/46zcte8k>.
- Colombia Corte Constitucional. «Sentencia». *Juicio SU-047/99*. 29 de enero de 1999. <https://tinyurl.com/saznhf27>.
- . «Sentencia». *Juicio T-292/06*. 6 de abril de 2006. <https://tinyurl.com/pwwn9bwe>.
- Consejo de Europa Asamblea General. *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. 4 de noviembre de 1950. BOE 243.
- . *Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Conferring upon the European Court of Human Rights Competence to Give Advisory Opinions*. 6 de mayo de 1963. <https://tinyurl.com/4k4vm5kh>.
- Corte IDH. *Opinión consultiva OC-1/82: «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte*. 24 de septiembre de 1982. <https://tinyurl.com/etj43y3w>.
- . *Opinión consultiva OC-2/82: El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*. 24 de septiembre de 1982. <https://tinyurl.com/ycyunjz2>.

- *Opinión consultiva OC-3/83: Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. 8 de septiembre de 1983. <https://tinyurl.com/2sazyrsy>.
- *Opinión consultiva OC-4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 19 de enero de 1984. <https://tinyurl.com/mry83dty>.
- *Opinión consultiva OC-5/85: La colegiación obligatoria de periodistas*. 13 de noviembre de 1985. <https://tinyurl.com/mpt9p67n>.
- *Opinión consultiva OC-9/87: Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. 6 de octubre de 1987. <https://tinyurl.com/32x67pt2>.
- *Opinión consultiva OC-10/89: Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 14 de julio de 1989. <https://tinyurl.com/4r873bpu>.
- *Opinión consultiva OC-12/91: Compatibilidad de un proyecto de ley con el art. 8.2.h de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. 6 de diciembre de 1991. <https://tinyurl.com/44vkr3a3>.
- *Opinión consultiva OC-14/94: Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*. 9 de diciembre de 1994. <https://tinyurl.com/34tcvcw9>.
- *Opinión consultiva OC-15/97: Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. 14 de noviembre de 1997. <https://tinyurl.com/2vu86j7v>.
- *Opinión consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. 1 de octubre de 1999. <https://tinyurl.com/2wt9676b>.
- *Opinión consultiva OC-17/2002: Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 28 de agosto de 2002. <https://tinyurl.com/bde699kr>.
- *Opinión consultiva OC-18/03: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre de 2003. <https://tinyurl.com/4h57j8d6>.
- *Opinión consultiva OC-20/09: Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 29 de septiembre de 2009. <https://tinyurl.com/yc5rdu52>.
- *Opinión consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 19 de agosto de 2014. <https://tinyurl.com/3vsehnvs>.

- . *Opinión consultiva OC-22/16: Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. 26 de febrero de 2016. <https://tinyurl.com/muuw9t6y>.
- . *Opinión consultiva OC-23/17: Medio ambiente y derechos humanos*. 15 de noviembre de 2017. <https://tinyurl.com/3rzxr9cd>.
- . *Opinión consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. 24 noviembre de 2017. <https://tinyurl.com/bdec4tnx>.
- . *Opinión consultiva OC-26/20: La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. 9 de noviembre de 2020. <https://tinyurl.com/4t4vu6ju>.
- . *Opinión consultiva OC-28/21: La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. 7 de junio de 2021. <https://tinyurl.com/2n4fd56b>.
- . «Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 28 de noviembre de 2009. <https://tinyurl.com/3dycasw5>.
- . «Sentencia del 5 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas)». *Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, 5 de febrero de 2001. <https://tinyurl.com/2vu2zs4j>.
- . «Sentencia del 14 de marzo de 2001 (fondo)». *Caso Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001. <https://tinyurl.com/2jtv4jzw>.
- . «Sentencia del 2 de julio de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)». *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004. <https://tinyurl.com/yc2umd8m>.
- . «Sentencia del 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)». *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006. <https://tinyurl.com/ymh7ubt8>.
- . «Sentencia del 25 de noviembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas)». *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 25 de noviembre de 2006. <https://tinyurl.com/2d959px4>.
- . «Sentencia del 2 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas)». *Caso Kimel vs. Argentina*, 2 de mayo de 2008. <https://tinyurl.com/5t2t3sj2>.
- . «Sentencia del 12 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)». *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, 12 de agosto de 2008. <https://tinyurl.com/3scxznf2>.

- «Sentencia del 5 de julio de 2011 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)». *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*, 5 de julio de 2011. <https://tinyurl.com/mr2wpmppy>.
- «Sentencia del 30 de enero de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)». *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, 30 de enero de 2014. <https://tinyurl.com/mryfd6n5>.
- «Sentencia del 25 de noviembre de 2019 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)». *Caso López y Otros vs. Argentina*, 25 de noviembre de 2019. <https://tinyurl.com/5n6zk4nu>.
- «Sentencia del 6 de febrero de 2020 (fondo, reparaciones y costas)». *Caso Comunidades Indígenas Miembros de las Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, 6 de febrero de 2020. <https://tinyurl.com/u46uhx4r>.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003.
- *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- *Constitución Política de la República del Ecuador*. Decreto Legislativo n.º 000, RO/1, 11 de agosto de 1998.
- *Constitución Política del Ecuador*. Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.
- *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.
- *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Registro Oficial 684, Suplemento, 8 de julio de 2019.
- *Ratificación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Registro Oficial 6, 28 de abril de 2005.
- Ecuador Corte Constitucional. «Sentencia». *Caso n.º 003-13-SIN-CC*, 4 de abril de 2013.
- «Sentencia». *Caso n.º 003-14-SIN-CC*, 17 de septiembre de 2014.
- «Sentencia». *Caso n.º 10-18-CN/19*, 12 de junio de 2019.
- «Sentencia». *Caso n.º 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019.
- «Sentencia». *Caso n.º 019-16-SIN-CC*, 22 de marzo de 2015.
- «Sentencia». *Caso n.º 020-14-SIS-CC*, 7 de octubre de 2014.
- «Sentencia». *Caso n.º 049-16-SIN-CC*, 21 de septiembre de 2016.
- «Sentencia». *Caso n.º 109-11-IS*, 26 de agosto de 2020.
- «Sentencia». *Caso n.º 140-18-SEP-CC*, 18 de abril de 2018.

- . «Sentencia». *Caso n.º 184-18-SEP-CC*, 29 de mayo de 2018.
- . «Sentencia». *Caso n.º 1035-12-EP*, 22 de enero de 2020.
- Espósito, Carlos. *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia: Su valor en la determinación del derecho internacional y en la solución pacífica de controversias*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1995.
- Faúndez, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Aspectos institucionales y procesales*. San José, CR: IIDH, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2014.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma del juez mexicano». *Estudios Constitucionales* 9, n.º 2 (2011): 531-622. <https://tinyurl.com/yxttph4v>.
- Guerra, Marcelo. «El control de convencionalidad: Una mirada a partir de los estándares de la Corte IDH y sus problemas de aplicación en Ecuador». *Cálamo: Revista de Estudios Jurídicos* 5 (2016): 72-90. <https://doi.org/10.61243/calamo.5.276>.
- Jiménez, Eduardo. «El día que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofreció una postura institucional al preservar su autonomía de decisión en el caso concreto». En *Derechos humanos. Corte Interamericana: Opiniones consultivas, textos completos y comentarios. Tomo II*, coordinado por Germán Bidart y Calogero Pizzolo, 677-98. Mendoza, AR: Cátedra de Derecho Constitucional Latinoamericano / Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.
- León, María Augusta. «La fuerza vinculante de la OC-24-17, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” para el Estado ecuatoriano». *Foro: Revista de Derecho* 32 (2019): 43-60. <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.3>.
- Lima, Gretta. «Apuntes metodológicos». En *Ratio Decidendi Obiter Dicta: Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 2012-2013*, editado por la Corte Nacional de Justicia, 81-90. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2014.
- Lozada, Alí. «Voto concurrente del juez Alí Lozada Prado». *Caso n.º 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019.
- , y Catherine Ricaurte. *Manual de argumentación constitucional: Propuesta de un método*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2015.
- Medinaceli, Gustavo. «Interpretación de la Constitución boliviana: Voluntad del constituyente vs. jurisprudencia interamericana». *Umbral: Revista de Derecho Constitucional* 1 (2011): 55-66. <https://tinyurl.com/4kesb7s9>.
- Morales, Rómulo. «Hechos y actos jurídicos». *Foro Jurídico* 9 (2009): 14-24. <https://tinyurl.com/3s5fw9ts>.

- Nash Rojas, Claudio. «Control de convencionalidad: Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 19 (2013): 489-509. <https://tinyurl.com/59yfe9b8>.
- Nikken, Pedro. «La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Instituto de Investigaciones Jurídicas* (2019): 160-81. <https://tinyurl.com/4ayk3jv3>.
- Núñez, Álvaro. «La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes». En *La construcción del precedente en el civil law*, coordinado por Marina Gascón y Álvaro Núñez, 83-108. Barcelona: Atelier, 2020.
- OEA Secretaría General. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*. Washington DC: OEA, 1973.
- . *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y documentos*. 7 a 22 de noviembre de 1969.
- . *Protocolo de reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos (B-31)*, «Protocolo de Buenos Aires». 27 de febrero de 1967.
- ONU Asamblea General. *Carta de las Naciones Unidas*. 26 de junio de 1945. <https://tinyurl.com/mr5xzdbf>.
- . *Convención Americana de Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969.
- . «Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32): Estado de Firmas y Ratificaciones». *Organización de Estados Americanos*. Consultado el 4 de marzo de 2024. <https://tinyurl.com/scx2d665>.
- . *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. Resolución 217 A (III). <https://tinyurl.com/ej375uas>.
- . *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. 26 de junio de 1945. <https://tinyurl.com/2yhu78av>.
- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 23 de marzo de 1976. Resolución 2200 A (XXI). <https://tinyurl.com/3p4987m7>.
- . *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 3 de enero de 1976. Resolución 2200 A (XXI). <https://tinyurl.com/yc44mmf3>.
- Pacheco, Guadalupe. «El diseño institucional de la URSS y su desintegración: Antecedentes geohistóricos y la dinámica del conflicto intraélites». *Espacialidades. Revista de Temas Contemporáneos sobre Lugares, Política y Cultura* 1, n.º 1 (2011): 8-45. <https://tinyurl.com/2nwphjz>.
- Pérez, Rodolfo. «La jurisprudencia vinculante como norma jurídica». *Justicia Juris* 7 (2007): 9-14. <https://tinyurl.com/5awe2233>.

- Rey, Sebastián. «Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales: ¿Tres conceptos incompatibles?». *Revista Derechos Humanos* 1, n.º 1 (2012): 73-100. <https://tinyurl.com/ysdb9new>.
- Roa, Jorge. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Rodas, Víctor. «Aplicación del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos». *Revista IIDH* 64 (2016): 311-45. <https://tinyurl.com/5f3kzh9e>.
- Ruiz, Alfredo, y Pamela Aguirre. *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2016.
- Salazar, Daniela, Ana Cobo, Camila Cruz, Mateo Guevara y María Paula Mesías. «La fuerza vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador». *Foro: Revista de Derecho* 32 (2019): 123-43. <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.7>.
- Salgado, Hernán. «Voto salvado del juez Hernán Salgado Pesantes». *Caso n.º 10-18-CN/19*, 12 de junio de 2019.
- . «Voto salvado del juez Hernán Salgado Pesantes». *Caso n.º 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019.
- Sociedad de Naciones. *Pacto de la Sociedad de Naciones*. 28 de junio de 1919. <https://tinyurl.com/fkn4tr8t>.
- Ventura, Manuel, y Daniel Zovatto. *La naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Villarroel, Carlos. «La competencia consultiva de los tribunales internacionales». *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 2, n.º 4 (2014): 13-26. <https://tinyurl.com/83rkpumw>.
- Vio Grossi, Eduardo. «La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos». *Revista Jurídica Digital UANDES* 2, n.º 2 (2018): 200-14. <https://tinyurl.com/2ywavusw>.
- Whittaker, Simon. «El precedente en el derecho inglés: Una visión desde la ciudadela». *Revista Chilena de Derecho* 35, n.º 1 (2008): 37-83. <https://tinyurl.com/3a683a9j>.



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos. Es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La UASB fue creada en 1985. Es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de centro académico autónomo, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia) y Quito (Ecuador).

La UASB se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, suscribió con el Ministerio de Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Ecuador, un convenio que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador la incorporó mediante ley al sistema de educación superior de Ecuador. Es la primera universidad en el país que logró, desde 2010, una acreditación internacional de calidad y excelencia.

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E), realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Ambiente y Sustentabilidad, Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Letras y Estudios Culturales, Historia y Salud. Tiene también programas, cátedras y centros especializados en relaciones internacionales, integración y comercio, estudios latinoamericanos, estudios sobre democracia, derechos humanos, migraciones, medicinas tradicionales, gestión pública, dirección de empresas, economía y finanzas, patrimonio cultural, estudios interculturales, indígenas y afroecuatorianos.

ÚLTIMOS TÍTULOS DE LA SERIE MAGÍSTER

356	Paúl Ocaña Merino, <i>Gritos tras las rejas: David Piña contra el sistema</i>
357	Juan Nieto, <i>Propuesta de un sistema de gestión antisoborno: Caso Cuerpo de Bomberos de Quito</i>
358	Santiago Bonilla Moreno, <i>Cómo implementar procesos de innovación en restaurantes: Estudio en La Mariscal y La Floresta</i>
359	Enrique Trujillo Gamboa, <i>El mundo como cementerio: El feminicidio en tres novelas de Roberto Bolaño</i>
360	José Jara Vásquez, <i>Regulación ambiental y contratación pública: Camino hacia la sustentabilidad en Ecuador</i>
361	Yamila Gutiérrez Callisaya, <i>Mujeres aymaras: Ejercicio político y roles sociales</i>
362	Milton Rocha Pullopaxi, <i>Interés nacional frente al constitucionalismo del Buen Vivir</i>
363	Paola Arpi, <i>El teletrabajo en Ecuador: Estrategia de empleo y productividad</i>
364	Carmen Lucía Jijón, <i>Victoria Vásconez Cuvi: Sensibilidad feminista y emancipación intelectual</i>
365	Glenda Z. Villamarín, <i>Crítica cultural y psicología: La teoría del apego en Ecuador</i>
366	Víctor Rivadeneira Cabezas, <i>Reforma constitucional en Ecuador: Análisis histórico y crítico</i>
367	Javier Arcentales Illescas, <i>El derecho a migrar y la ciudadanía universal: Límites a la soberanía estatal</i>
368	Susana Toral, <i>Justicia integral: Garantía para el ejercicio de los derechos constitucionales</i>
369	Fernando Guerra Coronel, <i>Conciencia y dignidad: Fundamento jurídico de los derechos de los animales</i>
370	Pablo Castillo, <i>Opiniones consultivas de la Corte IDH: ¿Utopía o mandato?</i>

La Corte IDH es un tribunal regional de protección de derechos humanos. Su objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, a través de sus funciones contenciosa y consultiva. Esta obra analiza la función consultiva, debido a que no existe unanimidad sobre su obligatoriedad y los efectos jurídicos que derivan de las opiniones consultivas y su aplicación en Ecuador y Bolivia. Así, determina que estas generan efectos jurídicos hipotéticos y concretos, propone los elementos esenciales que deben ser aplicados y explica cómo forman parte del bloque de constitucionalidad en los dos países. Se recomienda utilizar los recursos metodológicos planteados, para reivindicar estándares de derechos humanos desarrollados en las opiniones consultivas.

Pablo Castillo (Loja, 1994) es abogado (2016) por la Universidad Nacional de Loja; especialista en Derecho Constitucional (2020); magíster en Derecho (2021) y magíster en Derecho Constitucional (2023) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Ha sido docente en investigación jurídica de la Universidad Técnica Particular de Loja. Es defensor de derechos humanos, colectivos y de la naturaleza.

