

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría de Investigación en Derecho

Efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte IDH

Su aplicación en Ecuador y Bolivia

Pablo Andrés Castillo Rodríguez

Tutora: María Augusta León Moreta

Quito, 2021

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Pablo Andrés Castillo Rodríguez, autor de la tesis intitulada “Efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte IDH: Su aplicación en Ecuador y Bolivia”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Investigación en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

19 de enero de 2021

Firma: _____

Resumen

Las Constituciones actuales sin duda contienen extensos catálogos de derechos así como la facultad conferida a sus Cortes o Tribunales Constitucionales para ser su intérprete auténtico. Sin embargo, la protección de los derechos humanos sobrepasa esta esfera nacional. En este escenario la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) es la encargada también de desarrollar el contenido y alcance de los derechos, a través de su interpretación autorizada de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y otros tratados y convenios internacionales, la cual se desarrolla tanto en el ámbito contencioso como consultivo, siendo este último el objeto de estudio a lo largo del presente trabajo, ya que no existe unanimidad sobre si son o no obligatorios y por lo tanto no hay claridad sobre los efectos jurídicos que generan.

Por lo tanto, la pregunta central de la investigación se centra en explicar los efectos jurídicos que derivan de las opiniones consultivas. Dada la imposibilidad de analizar la situación de todos los países que han firmado y ratificado la CADH, así como la competencia de la Corte IDH, se analizan solamente los casos de Ecuador y Bolivia.

Para responder esta pregunta en el primer capítulo se realiza una breve reconstrucción histórica de las ideas que germinaron esta facultad de la Corte IDH. Posteriormente se plantea las categorías de *efectos jurídicos hipotéticos* y *efectos jurídicos concretos* para explicar el cómo las opiniones consultivas tienen el carácter de obligatorias. Finalmente, a través de la categoría de *ratio decidendi* se establece qué elementos de estas deben ser aplicadas.

En el segundo capítulo se verifica el cómo son aplicadas las opiniones consultivas en los Estados de Ecuador y Bolivia. Para ello se enuncian y analizan los principios constitucionales y jurisprudencia relevante de su Corte Constitucional y Tribunal Plurinacional Constitucional respectivamente, a través de las cuales se vinculan las opiniones consultivas a sus ordenamientos jurídicos internos. Finalmente se propone dos casos puntuales en donde las opiniones consultivas reivindican derechos y de su aplicación depende su tutela, estos son el *matrimonio igualitario* en Bolivia y la *adopción igualitaria* en Ecuador.

Palabras clave: Opiniones consultivas, Corte IDH, efectos jurídicos hipotéticos, elementos esenciales, matrimonio igualitario, adopción igualitaria, Ecuador, Bolivia.

A mi familia.

Agradecimientos

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar por haberme dado la oportunidad de cumplir mi sueño de cursar mis estudios superiores en su casa de estudios, institución académica que me apoyo incondicionalmente incluso en contextos nacionales difíciles como el paro nacional de octubre de 2019 y la actual pandemia del Covid-19. Agradezco también a cada uno de los profesores que gentilmente compartieron sus conocimientos en las aulas y en forma virtual. Gracias a mis compañeros, cuya diversidad enriqueció mi visión del Derecho.

A mi tutora de tesis Dra. María Augusta León por confiar en las ideas aquí esbozadas y enriquecer el presente trabajo académico con sus acertados comentarios.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte IDH.....	17
1. Nacimiento de las opiniones consultivas de la Corte IDH: Breve reconstrucción histórica.....	17
2. Efectos jurídicos hipotéticos de las opiniones consultivas de la Corte IDH.....	24
3. Elementos esenciales de las opiniones consultivas de la Corte IDH.....	40
Capítulo segundo: Aplicación de las opiniones consultivas en Ecuador y Bolivia.....	51
1. Principios constitucionales que vinculan a las opiniones consultivas al ordenamiento jurídico interno del Ecuador y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: La adopción igualitaria, un reto pendiente.....	51
2. Principios constitucionales que vinculan a las opiniones consultivas al ordenamiento jurídico interno del Bolivia y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional: Matrimonio igualitario, un reto pendiente.....	67
Conclusiones y recomendaciones.....	85
Bibliografía.....	89

Introducción

Con el nacimiento de la CADH se atribuyó a la 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.

Las consideraciones sobre los efectos jurídicos de las opiniones consultivas a lo largo de los años han mantenido una evidente evolución dentro del Sistema Interamericano de protección de los 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 en el artículo 68 de la Convención”.³ Luego señaló que a través de ellas no se resuelven cuestiones de hecho, sino que, cumpliendo una función asesora, se emite, con efectos jurídicos innegables,⁴ una opinión sobre la interpretación de una norma jurídica⁵ relativa a la protección de los derechos humanos, así como 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, tienen el objetivo de salvaguardar los derechos fundamentales.⁷ Así mismo 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

¹ OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, OEA N° 36 – Reg. ONU 27/08/1979 N° 17955, arts. 61, 62, 63, 64.

² *Ibid.*, art. 62.1.

³ Corte IDH, ‘*Otros tratados*’ objeto de la función consultiva de la Corte, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A n.º 1, párr. 51.

⁴ Corte IDH, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-15/97, 14 de noviembre de 1997, Serie A n.º 15, párr. 26.

⁵ Manuel Ventura y Daniel Zovatto, *La Naturaleza de la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia Editorial, 2015), 165.

⁶ Corte IDH, ‘*Otros tratados*’ objeto de la función consultiva de la Corte, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A n.º 1, opinión primera.

⁷ Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos*, Opinión Consultiva OC 23/17, 15 de noviembre de 2017, Serie A n.º 23, párr. 28.

⁸ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 noviembre de 2017, Serie A n.º 24, párr. 27.

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 ulteriores de derechos fundamentales. Sin embargo, pese a existir interpretaciones de la Corte IDH, no ha existido claridad para explicar los efectos jurídicos que derivan de estas. Esto ha ocasionado que los Estados desconozcan estos estándares de derechos humanos y asuman una posición de discrecionalidad para su aplicación. De manera que 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 mantienen actualmente para garantizar su efectiva aplicación.

Dado que por la extensión de una tesis no es posible analizar todos los países, en esta ocasión se estudiará a Ecuador y Bolivia, por cuanto consagran parámetros constitucionales equivalentes,⁹ entre los que destacan, cláusula abierta, favorabilidad, el principio de progresividad y aplicación directa e inmediata de los instrumentos de derechos humanos, los cuales permiten entender a las opiniones consultivas como parte de sus Constituciones. Así mismo estos países cuentan con garantías constitucionales que permiten exigir la tutela de derechos y por otro lado ambas cuentan con retos en materia de derechos humanos en los cuales las opiniones consultivas constituyen una fuente de derecho que permite limitar el exceso del poder, declarar vulneraciones de derechos y determinar medidas de reparación.

Por lo tanto la pregunta 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 en los Estados de Ecuador y Bolivia cómo se aplican las opiniones consultivas de la Corte IDH. Para cumplir el primer objetivo se desarrolla el capítulo uno denominado *efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte IDH*, estructurado en tres acápite. En el primero se realiza una aproximación al

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, 424 y Bolivia, *Constitución Política del Estado*, 07 de febrero de 2009, arts. 13.1.2.4, 109, 256.1.2.

nacimiento y evolución de las opiniones consultivas, para delimitar cuáles fueron los criterios para su reconocimiento. Luego en el segundo acápite se plantean las categorías de *efectos jurídicos hipotéticos* y *efectos jurídicos concretos* para explicar la forma en que deben ser reconocidas. Finalmente en el tercero se propone la categoría de *ratio decidendi* para plantear en qué medida 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.

En cuanto al segundo objetivo, se plantea el capítulo “Aplicación de las opiniones consultivas en Ecuador y Bolivia”, estructurado en dos acápites. El primero es dedicado a Ecuador, a través del cual se determinan los principios constitucionales que vinculan a las opiniones consultivas a su ordenamiento jurídico interno. Así mismo se analiza críticamente su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Finalmente se plantea la *adopción igualitaria* como un reto en materia de derechos humanos, en el cual de la aplicación de la opinión consultiva OC24/17¹⁰ depende su tutela efectiva.

Por otro lado, el segundo acápite es dedicado a Bolivia, en donde se analizan los principios constitucionales que vinculan a 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 como el *matrimonio igualitario* debe ser reconocido en Bolivia a través de la aplicación de la opinión consultiva OC 24/17.¹¹

¹⁰ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 noviembre de 2017, Serie A n.º 24.

¹¹ *Ibíd.*

Capítulo primero

Efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte IDH

El presente capítulo tiene como propósito escudriñar en los orígenes, evolución y debates que giran en torno a los efectos jurídicos de las opiniones consultivas. Se transitará por los archivos y 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 el 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*.

1. 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 Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (disuelta en diciembre de 1991).¹² El compromiso principal fue el de evitar una nueva guerra y garantizar la paz y la seguridad de los pueblos.¹³ En ella se dispuso al consejo de la sociedad la creación de un proyecto de Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) dotado con capacidad para conocer divergencias de carácter internacional y emitir opiniones consultivas.¹⁴ Posteriormente, esta CPJI absolvería entre 1922 y 1940

¹² Guadalupe Pacheco Méndez, “El diseño institucional de la URSS y su desintegración. Antecedentes geohistóricos y la dinámica del conflicto intraélites”, *Revista de temas contemporáneos sobre lugares, política y cultura* 1, n.o 1 (2011): 42, <https://www.redalyc.org/pdf/4195/419545116001.pdf>.

¹³ Altas partes contratantes, *Pacto de la Sociedad de Naciones*, 28 de junio de 1919, preámbulo.

¹⁴ *Ibíd.*, art. 14.

veintisiete consultas,¹⁵ convirtiéndose en el primer tribunal internacional dotado con la función consultiva.¹⁶

Sin embargo, estas competencias no giraron en torno a proteger a las personas frente a los Estados, sino conflictos entre estos últimos. Esto se vio reflejado en el artículo uno del Estatuto de la CPJI, el cual detalló 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 200 países que nacieron de los antiguos imperios coloniales, según el modelo del Estado-Nación soberano”,¹⁸ modelo que tradicionalmente tenía como elementos principales el territorio, el pueblo y *la soberanía*.¹⁹ Siendo este último entendido 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 tiene la competencia exclusiva para decidir sobre la vulneración o menoscabo de los derechos de las personas, sin que un órgano externo, de cualquier tipo, pueda revisarlo o contradecirlo.

Sin embargo, según Peter Drucker, la concepción de soberanía del Estado-Nación, con la idea de un órgano único de poder, perdió peso a finales de la Segunda Guerra Mundial, debido a que internamente los países tenían sociedades pluralistas y en lo externo los Estados empezaron a compartir competencias con instancias

¹⁵ Carlos Esposito, *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 Trindade en Antônio Cançado Trindade, “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”, *United Nations Audiovisual Library of International Law* (2016): 13, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/sicj_s.pdf.

¹⁷ Sociedad de Naciones Asamblea, *Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional*, 13 de diciembre de 1920, art.1, https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_01_1e_edition.pdf. Traducido por Antônio Cançado Trindade en Antônio Cançado Trindade, “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”, *United Nations Audiovisual Library of International Law* (2016): 2, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/sicj_s.pdf. 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”, *Revista de pensamiento i analisi* (2003): 64. <http://www.e-revistas.uji.es/index.php/recerca/article/view/266/248>.

¹⁹ *Ibíd.*, 56.

²⁰ *Ibíd.*, 59.

transnacionales.²¹ De manera que “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, los Estados optaron por procesos que permitan 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), como órgano principal de las Naciones Unidas, inspirado en la CPJI.²⁴ La cual mantuvo la facultad consultiva, habilitándola para expresar su opinión sobre cualquier cuestión jurídica.²⁵ Esta amplitud y ambigüedad generó muchos problemas en la práctica, debido a que no existía claridad sobre su ámbito de acción.²⁶ Por otro lado, mantuvo la competencia de su predecesora para resolver conflictos *Estado-Estado* y no de *personas-Estado*.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 vigile 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 de derechos supranacional, con un Tribunal internacional con capacidad de interpretarlo y vigilar su cumplimiento. Es así que en agosto de 1959 en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile, se encomienda al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de

²¹ Peter Drucker, *Sociedad pós-capitalista* (Sao Paulo: Pionera, 1993), citado en Agemir Bavaresco, “La crisis del estado-nación y la teoría de la soberanía en Hegel”, *Revista de pensament i analisi* (2003): 64. <http://www.revistes.uji.es/index.php/recerca/article/view/266/248>.

²² Sebastián Rey, “Derechos humanos soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales”, *Revista Derechos Humanos* 1, n.o 1 (2012): 100, http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl20197-rey-derechos_humanos_soberania_estatal.htm.

²³ ONU Asamblea General, *Carta de las Naciones Unidas*, 26 de junio de 1945, nota introductoria.

²⁴ *Ibíd.*, art. 92.

²⁵ *Ibíd.*, art. 96.

²⁶ Carlos Esposito, *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), 164-168. El desarrollo de la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia se lo aborda aquí con mayor detalle para su revisión.

²⁷ ONU Asamblea General, *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, 26 de junio de 1945, art. 34.1. 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, RES 217 A (III), preámbulo.

un proyecto de Convención sobre derechos humanos y un proyecto de convención sobre una Corte Interamericana de Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para su tutela.²⁹

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

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 dentro de los cuales no se contempló la idea de una Corte IDH y menos aún la facultad para emitir opiniones consultivas. Es así que el primer borrador de CADH llega de la mano de la CEDH, celebrada en Roma en 1950, la cual contó con el apoyo de quince Estados miembros del Consejo de Europa, la cual si contempló un Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con competencia para conocer y resolver, mediante sentencia, los litigios puestos en su conocimiento en contra a una Alta Parte Contratante, pero sin competencia para emitir opiniones consultivas.³³

Así las cosas, en 1959 *en materia de derechos humanos*, aún no se concebía la idea de la opinión consultiva, tanto en Europa como en América. Por otro lado 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 los problemas entre Estados, por lo que no podría estar en la categoría de derechos humanos. Sin embargo este proyecto de CADH siguió mejorando, al punto que el primero de mayo de 1968 el Consejo de la

²⁹ OEA Secretaría General, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, 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, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/Informe%20sometido%20por%20la%20CIDH%20a%20la%20segunda%20conf%20interam%20extraordinaria.pdf>.

³¹ ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 23 de marzo de 1976, RES 200 A (XXI).

³² ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 3 de enero de 1976, RES 200 A (XXI).

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

OEA dispuso a la CIDH su redacción definitiva, a fin de ponerlo en conocimiento y discusión de los Estados americanos.³⁴

Para aquel entonces en Europa ya se había realizado el seis de mayo de 1963 el protocolo número dos a la CEDH, a través de la cual se le confería al TEDH la competencia para resolver las solicitudes de opiniones consultivas planteadas por el Comité de Ministros.³⁵ Dicho protocolo sirvió de base para que la CIDH realice un estudio comparado de estos avances en materia de derechos humanos y los incluya en su proyecto de CADH.³⁶

Sin embargo se advierte que la CIDH en su proyecto no planteó la función consultiva en los mismos términos que lo hicieron los europeos. En el protocolo número dos a la CEDH se establecieron tres principales limitaciones al ejercicio de la función consultiva. Primero, 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 Segundo, la prohibición de emitir opiniones inherentes a recursos que ha de conocer la Comisión, el TEDH o el Comité de Ministros³⁸ y tercero el Comité de Ministros como único órgano legitimado para solicitar la opinión consultiva al TEDH, siempre y cuando cuente 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 CADH el artículo de la opinión consultiva en los siguientes términos:

Texto aprobado

Artículo 53

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

³⁴ OEA Secretaría General, *Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, 1-2.

³⁵ CE Asamblea General, *Protocolo número 2 a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 6 de mayo de 1963, arts. 1-3.

³⁶ CIDH, *Informe sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la segunda conferencia interamericana extraordinaria*, 15 de octubre de 1965, 12-14, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/Informe%20sometido%20por%20la%20CIDH%20a%20la%20segunda%20conf%20interam%20extraordinaria.pdf>.

³⁷ CE Asamblea General, *Protocolo número 2 a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 6 de mayo de 1963, arts. 1.2.

³⁸ *Ibíd*, 2.

³⁹ *Ibíd*, 1,3.

⁴⁰ OEA Secretaría General, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, 1973*, 146.148.

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. Así mismo 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 trascendental que daría una fuerza vinculante especial a las opiniones consultivas del sistema interamericano, sin embargo esa discusión será retomada con mayor especificidad más adelante.

Retomando el nacimiento de la función consultiva de la Corte IDH, el proyecto de convención fue adoptado como documento de trabajo para la Conferencia Especializada Interamericana Extraordinaria (la Conferencia),⁴¹ celebrada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, la cual tenía por objeto el que los Estados de América discutan, aprueben y firmen el proyecto de convención trabajado por la CIDH.⁴² Sin duda no existía un criterio homogéneo sobre la necesidad de dotarle a la Corte IDH la función consultiva.

Por ejemplo, Uruguay⁴³ propuso un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, en el que no contempló la idea de opinión consultiva, mientras que Chile,⁴⁴ si lo hizo en su propuesta, planteándolo en los mismos términos que lo hizo la CIDH en su proyecto, pero con tres diferencias: En primer lugar, no contempló la posibilidad de que la Corte IDH pueda realizar un análisis de la compatibilidad de las leyes internas de los países con la convención. Segundo, 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 tercero la legitimación activa 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 darle mayor independencia y dignidad a la Corte IDH a través de reconocerle su función consultiva⁴⁵ y la segunda la

⁴¹ *Ibíd*, 156-167.

⁴² OEA Secretaría General, *Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, 1-3.

⁴³ OEA Secretaría General, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, 1973*, 298-317.

⁴⁴ *Ibíd*, 284-295.

⁴⁵ OEA Secretaría General, *Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, 84.

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, la primera encargada de la materia de protección y la segunda a los órganos de protección y disposiciones 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, en donde se llegó a la siguiente conclusión:

El Artículo 65, que corresponde al Artículo 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

De manera que 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 manera que 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 artículo 65 referido en líneas anteriores,⁵² a diferencia

⁴⁶ *Ibíd.*, 119.

⁴⁷ *Ibíd.*, 404, 428.

⁴⁸ *Ibíd.*, 370.

⁴⁹ *Ibíd.*, 377.

⁵⁰ OEA Asamblea General, *Protocolo de reformas a la carta de la Organización de Estados Americanos*, 27 de febrero de 1967, art. 51.

⁵¹ OEA Secretaría General, *Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, 392.

⁵² *Ibíd.*, 451-453, 457.

de otros artículos en los cuales si hubo observaciones de por medio.⁵³ Finalmente debido a modificaciones realizadas en otros artículos de la CADH, la función consultiva pasa de contemplarse en el artículo 65 al artículo 64. Adicionalmente, figura un cambio de forma en el segundo párrafo, a través 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. Siendo la Corte Permanente de Justicia Internacional y luego su sucesora la Corte Internacional de Justicia las primeras en contar con esta atribución, sin embargo, no estaba direccionada a tutelar los derechos de las personas frente al Estado.

En materia de derechos humanos, los avances del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) dieron como resultado una Corte IDH dotada con una mayor capacidad de acción a través de su función consultiva, marcando una diferencias con su par europeo, el TEDH, el cual mantiene límites en el ejercicio esta atribución, por lo cual, según Laura Camarillo, se recurre poco a esta competencia.⁵⁵ Se observa 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, en el siguiente acápite, se abordará el debate que gira en torno a este problema de carácter teórico, para determinar en qué medida son de observancia ineludible.

2. Efectos jurídicos hipotéticos de las opiniones consultivas de la Corte IDH

Como se observó en el acápite anterior, la función consultiva nace con elementos innovadores para el sistema jurídico de los derechos humanos de la época. Sin embargo, también existió falta de claridad de los Estados para estipular en el texto de la CADH los

⁵³ OEA Secretaría General, *Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, 41, 237, 239, 301. Por ejemplo el debate que giró en torno al derecho a la propiedad privada.

⁵⁴ *Ibíd.*, 497.

⁵⁵ Laura Alicia Camarillo Govea, “Convergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”, *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores* 1 (2016): 76, <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a05.pdf>.

⁵⁶ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A n.º 5, Declaración del Juez Pedro Nikken, párr. 5, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

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:

para el veintidós de noviembre 1969, fecha de la adopción de la Convención, tan solo once, de los treinta y cuatro 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

En consecuencia, ante esta omisión de los Estados, conviene preguntarse ¿cómo y en qué medida surten efectos jurídicos las opiniones consultivas? Sobre el problema teórico que subyace, Carlos Jaime Villarroel Ferrer 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 interpretaciones a la CADH incluyen no sólo las desarrolladas en las sentencias contenciosas, sino también las originadas en las opiniones consultivas por cuanto ambas tienen el propósito de interpretar la CADH y otros tratados internacionales de protección de derechos humanos.⁶⁰

Con esta heterogeneidad de criterios, lo más adecuado es observar, a partir de las opiniones consultivas de la Corte IDH, el cómo ha evolucionado su criterio sobre los efectos prácticos que generan. Para ello se ha realizado un estudio de las veinticinco opiniones consultivas dictadas desde 1982 al 2018. Estas han sido dictadas por iniciativa

⁵⁷ Pablo Andrés Castillo Rodríguez, “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. En ella se realiza un análisis de los datos que reposan en la siguiente página web: OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Estado de Firmas y Ratificaciones, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm.

⁵⁸ Carlos Villarroel, "La Competencia Consultiva de los Tribunales Internacionales", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 2, n.o4 (2014): 18, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5994936>.

⁵⁹ Manuel Ventura y Daniel Zovatto, *La Naturaleza de la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia Editorial, 2015), 165.

⁶⁰ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano", *Estudios Constitucionales* 9, n.º2 (2011): 584-85, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>.

de la CIDH y once países partes de la CADH.⁶¹ Al momento se encuentra en proceso la que sería la opinión consultiva número veintiséis, solicitada por Colombia, referente a las “obligaciones en materia de derechos humanos de un Estado que ha denunciado la Convención Americana sobre derechos humanos y que intenta retirarse de la OEA”.⁶² Sin embargo aún no se ha dictado una decisión. Los solicitantes más recurrentes han sido la CIDH en ocho ocasiones, Costa Rica cinco veces, Uruguay con cuatro peticiones y Argentina con tres, seguidos de Colombia con dos y Perú, México, Venezuela, Paraguay, Brasil, Panamá y Ecuador, con una solicitud cada uno.

Previo a analizar críticamente estos criterios y sin caer en reduccionismos innecesarios, se plantea a continuación un contexto cronológico general referente al cómo ha evolucionado el 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 Así mismo señaló que no generan las mismas consecuencias que gozan las sentencias dictadas en la competencia contenciosa, ya que no resuelve sobre hechos.⁶⁴ Adicionalmente, indicó que no generaría eventuales efectos para aquellos países que no participaron en el proceso consultivo.⁶⁵ Sobre este criterio se regresará posteriormente, pues esta idea no fue tomada nuevamente y por el contrario fue contradicha por la misma Corte IDH.

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 consultiva es una interpretación judicial desarrollada como un método alternativo al contencioso, el cual busca ayudar a los Estados y órganos a cumplir

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

⁶² Colombia Embajada, *Solicitud opinión consultiva*, Embajada de Colombia, 2019, 1-20, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_26_esp.pdf.

⁶³ Corte IDH, *‘Otros tratados’ objeto de la función consultiva de la Corte*, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A n.º 1, párr. 25.

⁶⁴ *Ibíd.*, 51.

⁶⁵ *Ibíd.*, 51.

⁶⁶ Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A n.º 2, párr. 12-13.

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 el hacer efectivos los derechos y libertades que goza toda persona.⁶⁸ En 1985, ratificaría el hecho de 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 efectos jurídicos de las opiniones consultivas al señalar que su objetivo es que puedan ser aplicadas a futuro en situaciones concretas.⁷⁰ Mencionando en 1989 que la Corte IDH está habilitada para interpretar en esta función cualquier norma de la CADH.⁷¹

En 1994, señaló que a través de esta interpretación se fortalece el sistema de protección de derechos, ya que se 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 la última opinión del siglo pasado, dictada en 1999, mencionó que a través de esta función resuelve cuestiones jurídicas relevantes.⁷⁴ En el nuevo milenio, en el año 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

Finalmente, a partir del año 2014, la Corte señaló que el control de convencionalidad debe ser realizado no solo sobre los criterios desarrollados en la

⁶⁷ Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83, 08 de septiembre de 1983, Serie A n.º 3, párr. 22, 43.

⁶⁸ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, 11 de enero de 1984, Serie A n.º 4, párr. 25.

⁶⁹ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A n.º 5, párr. 22.

⁷⁰ Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87, 06 de octubre de 1987, Serie A n.º 9, párr. 16.

⁷¹ Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989, Serie A n.º 10, párr. 24.

⁷² Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, 09 de diciembre de 1994, Serie A n.º 14, párr. 23.

⁷³ Corte IDH, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-15/97, 14 de noviembre de 1997, Serie A n.º 15, párr. 26.

⁷⁴ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 01 de octubre de 1999, Serie A n.º 16, párr. 65.

⁷⁵ Corte IDH, *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-20/09, 29 de septiembre de 2009, Serie A n.º 20, párr. 18.

competencia contenciosa, sino también tomando en cuenta los contenidos de las opiniones consultivas, los cuales contribuyen de manera preventiva.⁷⁶ Criterio que en el año 2016 fue bautizado con el nombre de *control de convencionalidad preventivo*.⁷⁷ Sin embargo, hubo posiciones contrarias, como la del voto salvado de la opinión consultiva 24/17, en donde el Juez Vio Grossi, manifestó que la importancia de la opinión consultiva radicaría en su autoridad moral e intelectual.⁷⁸

Se ha transitado por un breve recorrido del criterio de 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 evolucionó esta concepción. A continuación se analizará de forma crítica estos aportes y los argumentos en base a los cuales en esta investigación 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.⁷⁹

De esta primera aproximación de la Corte IDH se extraen dos ideas clave, primero que las opiniones consultivas tienen efectos, pero no son los mismos que los que tienen las sentencias contenciosas y segundo que si llegan a tener algún efecto, este no se extendería 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.⁸⁰ A través de él queda claro que no se resuelve un proceso que involucre la

⁷⁶ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A n.º 21, párr. 31.

⁷⁷ Corte IDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos* (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del Protocolo del San Salvador), Opinión Consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016, Serie A n.º 22, párr. 26.

⁷⁸ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 noviembre de 2017, Serie A n.º 24, párr. 150.

⁷⁹ Corte IDH, *'Otros tratados' objeto de la función consultiva de la Corte*, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A n.º 1, párr. 51.

⁸⁰ Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83, 08 de septiembre de 1983, Serie A n.º 3, párr. 31. Por

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. Se interpreta el alcance de la CADH y otras normas jurídicas y no se resuelven cuestiones de hecho.⁸¹

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.⁸² Sin embargo, este criterio no se volvió a repetir en las veinticuatro opiniones consultivas siguientes. Por el contrario, posteriormente señaló que los países que no solicitaron la consulta sí pueden verse afectados por las interpretaciones generadas en esta competencia.⁸³ Indicando que sus intereses están protegidos al contar con la oportunidad de participar en el procedimiento y formular sus posturas.⁸⁴

De manera que 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 sus efectos preventivos. Esta idea se planteó por primera vez en la opinión consultiva OC-21/14, en la cual la Corte IDH señaló:

(...) a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos (...)⁸⁵

ejemplo 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”.

⁸¹ *Ibíd.*, párr. 32.

⁸² Corte IDH, *‘Otros tratados’ objeto de la función consultiva de la Corte*, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A n.º 1, párr. 51.

⁸³ Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83, 08 de septiembre de 1983, Serie A n.º 3, párr. 24.

⁸⁴ *Ibíd.*, párr. 24.

⁸⁵ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A n.º 21, párr. 31.

Por lo tanto, a través de las opiniones consultivas la Corte IDH advierte a los Estados de 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, el 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 (...)”.⁸⁶ A continuación cuatro razones que sostienen esta idea:

Primero, porque 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,⁸⁷ incluso aquellas de rango constitucional.⁸⁸ En segundo lugar, porque 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.⁸⁹ Tercero, debido a que “las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”.⁹⁰ 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”,⁹¹ y finalmente por el *efecto vinculante horizontal*, por medio del cual la Corte IDH debe guardar coherencia entre los estándares de derechos humanos desarrollados en las

⁸⁶ 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://www.corteidh.or.cr/tablas/r32199.pdf>.

⁸⁷ 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://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

⁸⁸ Corte IDH, “Sentencia de 05 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso “La Última Tentación de Cristo” Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, 05 de febrero de 2001, párr. 21, resolutive párr. 4, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.

⁸⁹ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A n. ° 21, párr. 31.

⁹⁰ Corte IDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos* (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del Protocolo del San Salvador), Opinión Consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016, Serie A n. ° 22, párr. 26.

⁹¹ Víctor Hugo Rodas Balderrama, “Aplicación del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano de los derechos humanos”, *Revista IIDH* 64 (2016): 312, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36285.pdf>.

opiniones consultivas con lo resuelto en sus sentencias.⁹² 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 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”,⁹³ sino estándares de protección de derechos humanos.

Ahora bien, existen diferentes modelos de control de convencionalidad que pueden adoptar los Estados. Entre ellos, un modelo 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. Por otro lado, un modelo en el que los jueces y tribunales de instancia se encuentra 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.

Finalmente un modelo 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. Sin embargo, en este caso si existe una Corte o Tribunal constitucional con competencia para pronunciarse sobre la decisión y darle o no efectos *erga omnes*. En consecuencia, ¿por cuál modelo de control de convencionalidad deberían decantarse los Estados para implementar las opiniones consultivas en su derecho interno? Al respecto la Corte IDH en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* mencionó lo siguiente:

“(…) 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”.⁹⁴

⁹² Jorge Ernesto Roa, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho, 2011), 107.

⁹³ Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87, 06 de octubre de 1987, Serie A n.º 9, párr. 16.

⁹⁴ 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://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

Ello implica que 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 facultad para expulsarlas del ordenamiento jurídico. Sin embargo la Corte IDH establece que sea cual sea la elección de modelo de control de convencionalidad elegida por los Estados, estos deberán brindar recursos judiciales *efectivos e idóneos* para tutelar derechos. Esto es que “además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes”,⁹⁵ así como “se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”.⁹⁶ Por lo tanto, los Estados tienen la obligación de realizar un control de convencionalidad sobre la base de las opiniones consultivas y tienen la libertad de implementar un 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? Cómo se mencionó anteriormente, 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”⁹⁷ de Rómulo Morales. Entendidos por el autor en los siguientes términos:

(...) 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 analizados primero como hechos concretos o hechos de la realidad y luego como hechos y efectos jurídicos concretos (...).⁹⁸

⁹⁵ 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://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_228_esp.pdf.

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. 116, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

⁹⁷ Rómulo Morales, “Hechos y actos jurídicos”, *Foro Jurídico* 9 (2009): 14-24, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18509/18749>.

⁹⁸ *Ibíd.*, 14.

Si bien es cierto son postulados desarrollados para el derecho civil, sirven muy bien para explicar el cómo surten efectos las interpretaciones de la Corte IDH en el ámbito consultivo y contencioso. Aclarando que la propuesta aquí planteada se puede alejar de las ideas originales del autor, las cuales son usadas solamente como recurso metodológico. Se abordará lo contencioso para aterrizar luego en lo consultivo.

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 que ha ratificado la misma y la facultad contenciosa de la Corte IDH. Ello es un *hecho concreto*, por nacer de la realidad. Luego del proceso contencioso, a través del 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 en base a las pruebas presentadas, establece que los hechos concretos denunciados contravienen la CADH y los hechos jurídicos hipotéticos que esta contiene, dará como consecuencia el *hecho jurídico concreto*, es decir la decisión sobre la cual la Corte IDH declara la responsabilidad del Estado por la vulneración de la CADH. Sobre la base de esta decisión se establecerá la forma de reparación y los estándares de protección de los derechos contenidos en la CADH. Los dos son obligatorios para el Estado denunciado, generando así *efectos jurídicos concretos*, por ser destinados solamente para el caso en análisis. Sin embargo solo 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, con la CADH y la interpretación autorizada de esta generada a través de sus sentencias.⁹⁹

De manera que en la función contenciosa, el efecto de las decisiones es concreto e hipotético a la vez. Concreto porque se aplican los efectos generales al caso en específico, en donde un Estado tiene la obligación de cumplir con lo resuelto en un plazo determinado y reparar la vulneración de derechos de personas plenamente identificadas. Hipotéticos, porque la interpretación de la CADH generará obligación a futuro a todos

⁹⁹ 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://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

los Estados parte, debido que tienen la obligación de realizar el control de convencionalidad.

En lo referente a 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 si se hace en la función contenciosa. Lo que sí existe es una duda sobre el alcance de la CADH. En base a esa duda, los Estados miembros de la OEA, así como los órganos establecidos en Carta de la Organización de los Estados Americanos,¹⁰⁰ 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”.¹⁰¹ De manera que *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*. Efecto que también generan las sentencias contenciosas. Al respecto, Pedro Nikken señala que:

las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 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 para los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.¹⁰²

En consecuencia, estos 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 la interpretación de esta dada en las opiniones consultivas. Ello daría como resultado que por sí sola genera efectos jurídicos hipotéticos y a través de la función contenciosa los efectos jurídicos concretos.

Al respecto, Jorge Ernesto Roa en su obra *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, corrobora estos criterios, al advertir que es

¹⁰⁰ OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, OEA N° 36 – Reg. ONU 27/08/1979 N° 17955, arts. 64.

¹⁰¹ Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, (San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2004), 948.

¹⁰² Pedro Nikken, "La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Instituto de Investigaciones Jurídicas* (2019): 174, 176. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>.

posible identificar al menos veinte casos contenciosos en los que la Corte ha aplicado sus interpretaciones desarrolladas en las opiniones consultivas.¹⁰³ Para justificar esta aseveración se plantean los siguientes tres ejemplos:

En la sentencia del seis 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.¹⁰⁴ 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 artículo 26 de la CADH, y por otro, los estándares de protección que cobijan este derecho.¹⁰⁵

El veinticinco de noviembre de 2019 se emitió sentencia dentro del caso López y otros vs. Argentina.¹⁰⁶ Se declaró, entre otros aspectos, la responsabilidad del Estado por la vulneración de los derechos a la integridad personal, prohibición de que la pena trascienda de las personas del delincuente, a no sufrir injerencia arbitraria a la vida privada y de su familia, derecho a la familia y derechos del niño.¹⁰⁷ Ello debido a que se trasladó indebidamente a privados de la libertad a cárceles alejadas del lugar de residencia de sus familiares.¹⁰⁸ 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 2002.¹⁰⁹

¹⁰³ Jorge Ernesto Roa, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho, 2011), 107-11. El autor desarrolla tres ejemplos puntuales sobre el cómo la Corte IDH ha utilizado las opiniones consultivas en casos concretos.

¹⁰⁴ Corte IDH, “Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de las Asociación Lhaka Monhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, 6 de febrero de 2020, párr. 331-332, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf.

¹⁰⁵ Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos*, Opinión Consultiva OC 23/17, 15 de noviembre de 2017, Serie A n.º 23, párr. 56-68, citada en Corte IDH, “Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de las Asociación Lhaka Monhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, 6 de febrero de 2020, párr. 203-9, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf.

¹⁰⁶ 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, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf.

¹⁰⁷ *Ibíd*, 178.

¹⁰⁸ *Ibíd*, 178.

¹⁰⁹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002, Serie A n.º 17, párr. 71-7.

En el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, la Corte IDH dictó sentencia el 02 de julio de 2004.¹¹⁰ En ella se declaró, entre otros aspectos, la vulneración del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.¹¹¹ 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-5/85.¹¹² Finalmente, para ilustrar los contenidos propuestos a lo largo del presente acápite, se propone los siguientes cuadros explicativos.

Tabla 1
Efectos jurídicos concretos e hipotéticos de las sentencias

Facultad contenciosa	}	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Hecho concreto</i>: Se resuelve un caso concreto. 2. <i>Hecho jurídico hipotético</i>: Los derechos, garantías y libertades reconocidos en la CADH. 3. <i>Hecho jurídico concreto</i>: Se emite sentencia. 4. <i>Efecto jurídico concreto</i>: El Estado denunciado debe cumplir con lo decidido. 5. <i>Efectos jurídicos hipotéticos</i>: Los Estados parte deben cumplir los estándares de protección de derechos humanos desarrollados en la sentencia.
-----------------------------	---	--

Fuente: Morales.¹¹³

Elaboración propia.

¹¹⁰ 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://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

¹¹¹ *Ibíd*, resolutive 1.

¹¹² *Ibíd*, 122, OC-5/85, 46.

¹¹³ Rómulo Morales, “Hechos y actos jurídicos”, *Foro Jurídico* 9 (2009): 14-24, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18509/18749>. De Morales se toma la estructura metodológica, pero las conclusiones arribadas son propias a raíz de la revisión de sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH.

Tabla 2
Efectos jurídicos hipotéticos de las opiniones consultivas

Facultad consultiva	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Duda abstracta</i>: No resuelve un caso en concreto. 2. <i>Hecho jurídico hipotético</i>: Los derechos, principios y libertades reconocidos en la CADH. 3. <i>Efecto jurídico hipotético</i>: Los estándares de protección de derechos humanos deben ser observados obligatoriamente por los Estados parte. 4. <i>No tiene efectos jurídicos concretos</i>: No genera efectos para un caso en concreto por sí sola, para
----------------------------	---

Fuente: Morales.¹¹⁴

Elaboración propia.

En la *primera tabla* se observa como generan efectos jurídicos las sentencias contenciosas. De manera que 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 al 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 *segunda tabla*, se observa como 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 le permita judicializar los incumplimientos y determinar responsabilidades específicas en casos específicos.

Al momento se ha desarrollado las categorías de efectos jurídicos concretos y efectos jurídicos hipotéticos, los cuales se expresan en lenguaje de obligación, pero antes de finalizar el presente acápite resulta necesario plantear la diferencia entre estas con la

¹¹⁴ *Ibíd*, al igual que la tabla anterior se toma de Morales la estructura metodológica, pero las conclusiones arribadas son propias a raíz de la revisión de sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH.

categoría de *efectos jurídicos no vinculantes* planteadas por autores como Vio Grossi, Buergenthal y Jiménez.

Al respecto, Vio Grossi –juez de la Corte IDH- señala que las opiniones consultivas no son vinculantes debido a sus efectos jurídicos propios (que difieren de las sentencias contenciosas), siendo así que su objetivo principal es contribuir de forma preventiva a que los Estados observen los estándares de protección de derechos humanos desarrollados en las opiniones consultivas.¹¹⁵ Así mismo, afirma que estas carecen de fuerza obligatoria, por cuanto no lo ha establecido así la Corte IDH y constituyen solamente una fuente auxiliar del derechos internacional, es decir como un medio para determinar reglas de derecho.¹¹⁶ En este orden de ideas, Thomas Buergenthal, Juez de la Corte IDH desde 1979 a 1991,¹¹⁷ señaló 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.¹¹⁸

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

“(...) es 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.”¹¹⁹

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

¹¹⁵ Eduardo Vio Grossi, "La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos", *Revista Jurídica Digital* 2/2, (2018): 210-12, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7175015>.

¹¹⁶ *Ibid.*, 210, 212.

¹¹⁷ Thomas Buergenthal, "Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista IIDH* 39 (2004): 11, 28, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-1.pdf>.

¹¹⁸ Thomas Buergenthal, *Derechos humanos internacionales* (México: Gernika, 2002), 227.

¹¹⁹ Eduardo Pablo 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, AR: Catedra de Derecho Constitucional Latinoamericano / Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000), 680.

la presente investigación referente a que estas 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 reglas de derecho. Mientras que para los efectos jurídicos hipotéticos las opiniones consultivas son obligatorias debido a que a través de ellas si 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 relativas a derechos humanos, tal como se verá en el siguiente acápite del presente estudio de la página cuarenta y tres a la cuarenta y cinco.

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

La tercera diferencia hace alusión a que los primeros alegan que las opiniones consultivas no pueden generar efectos para aquellos países que no han participado en el procedimiento consultivo,¹²⁰ sin embargo para los efectos jurídicos hipotéticos está claro que si genera efectos sobre otros países al contar con la oportunidad de participar en el procedimiento consultivo y formular posturas, tal y como se detalla en las páginas veintiocho y veintinueve del presente estudio.

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 establece obligaciones inmediatas ni exigibles. En cambio para los efectos jurídicos hipotéticos si se debe hacer control de convencionalidad por las razones descritas en las páginas treinta y treinta y uno del presente trabajo.

En conclusión, en el presente estudio se difiere con la categoría de efectos no vinculante, es decir entenderlas como no obligatorias y que su quebrantamiento no

¹²⁰ Corte IDH, '*Otros tratados*' objeto de la función consultiva de la Corte, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A n.º 1, párr. 51.

constituye vulneración a la CADH. Debido a 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, “en el plano de la protección o garantía, su inexistencia o imperfección de modo alguno invalida la existencia del derecho”.¹²¹ 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 DDHH no necesita ser reconocida en un caso concreto para existir.

3. Elementos esenciales de las opiniones consultivas de la Corte IDH

Al 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 en su obra “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”,¹²² la facultad consultiva tiene dos aspectos, el *material* y *formal*, en donde 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”.¹²³ 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 adelante los “elementos esenciales”). El reglamento de la Corte IDH establece que sus decisiones consultivas deberán contener “a. el nombre de quien preside la Corte IDH y de los demás Jueces que la hubieren emitido, del secretario

¹²¹ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos* (Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 273.

¹²² Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, (San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2004).

¹²³ *Ibíd.*, 950, 961–62.

y del Secretario Adjunto, b. las cuestiones sometidas a la Corte, c. una relación de los actos del procedimiento, d. los fundamentos de derecho, e. la opinión de la Corte, f. la indicación de cuál es la versión auténtica de la opinión”.¹²⁴ 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 usar la categoría de *ratio decidendi*, la cual ha sido usada tradicionalmente para determinar el carácter vinculante de las sentencias. Sin embargo nada impide aplicarla en las opiniones consultivas, en cuanto estas encarnan estándares de protección de derechos y obligaciones directas para los Estados.

En cuanto a su concepto, se entiende por *ratio decidendi* como 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”,¹²⁵ así mismo esta “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.”¹²⁶ Esta debe ser diferenciada de la *obiter dicta*, la cual se entiende como “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 estas últimas están equivocadas o no estuvieran, la decisión del tribunal no cambia.”¹²⁷ A continuación se plantea la diferencia entre estas:

“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.”¹²⁸

¹²⁴ Corte IDH, *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 28 de noviembre de 2009, art. 75.

¹²⁵ Colombia Corte Constitucional, Sentencia SU-047-99, 29 de enero de 1999, 53, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm>.

¹²⁶ Gretta C. Lima, “Apuntes metodológicos”, en *Ratio Decidendi Obiter Dicta*, ed. Corte Nacional de Justicia (Quito, EC: Corte Nacional de Justicia, 2014), 83.

¹²⁷ *Ibid*, 89.

¹²⁸ *Ibid*, 41-42.

Así mismo, otra diferencia entre estas 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 el obiter dicta no obliga aunque tiene cierta “autoridad persuasiva”.¹²⁹ 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 la obiter dicta se desprenden los argumentos persuasivos que utiliza el Juez para fortalecer y complementar su decisión, sin los cuales la decisión sigue siendo fundamentada pero carecería de elementos metodológicos que faciliten la comprensión de la decisión. Con lo señalado, la propuesta que se plantea en esta investigación es utilizar la categoría de ratio decidendi como método efectivo 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”,¹³⁰ 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”.¹³¹

Sin embargo, en las opiniones consultivas no existen *hechos en litigio* ni *situaciones concretas*, por lo tanto no son métodos adecuados para explicar sus efectos. Al respecto Núñez Vaquero 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, por lo tanto menciona que la utilización de los hechos del caso como categoría para ubicar la ratio decidendi debería limitarse a ser usada en aquellos procesos judiciales que resuelven casos individuales.¹³² Esto no significa que las opiniones consultivas carezcan de ratio decidendi, sino más bien que se debe echar mano de otros métodos para su identificación. Uno de estos métodos

¹²⁹ Simon Whittaker, “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, *Revista Chilena de Derecho* 35, nro. 1 (2008): 49, <https://www.redalyc.org/pdf/1770/177014517003.pdf>.

¹³⁰ Rodolfo Pérez Vásquez, “La jurisprudencia vinculante como norma jurídica”, *Justicia Juris* 7 (2007): 13, <http://repositorio.uac.edu.co/handle/11619/1067>.

¹³¹ *Ibíd.*, 13.

¹³² Álvaro Núñez Vaquero, “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 Abellán y Álvaro Núñez Vaquero (Barcelona: Atelier, 2020), 85-86.

es el test de la Corte Constitucional colombiana, recogido en su sentencia T-292/06, en el cual se plantean tres criterios que ayudan a explicar los elementos esenciales de las opiniones consultivas. Si bien han sido creados dentro del derecho constitucional, ello no obsta de poder ser estudiados en materia de los derechos humanos, por cuanto ambos tienen por objeto el tutelar de manera efectiva al ser humano. A continuación se presenta cada uno de ellos y su aplicación a las opiniones consultivas:

i) 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; ii) 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 iii) 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.¹³³

La primera categoría se ajusta al *aspecto formal* de las opiniones consultivas, a través del cual se faculta a la Corte IDH para pronunciarse sobre solicitudes de los Estados relacionadas a “la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.¹³⁴ 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. Posición que estaría respaldada por la Corte IDH, quien ha indicado lo siguiente:

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.¹³⁵

¹³³ Colombia Corte Constitucional, Sentencia T-292/06, 6 de abril de 2006, 36-37, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm>.

¹³⁴ OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, OEA N° 36 – Reg. ONU 27/08/1979 N° 17955, art 64.2.

¹³⁵ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, 11 de enero de 1984, Serie A n. ° 4, párr. 17.

Estos criterios han sido ratificados en la opinión consultiva OC-5/85, en la cual señaló que una consulta de este tipo no involucra a todos los Estados miembros y órganos principales de la OEA, sino al Estado consultante.¹³⁶ De manera que solo el país que consulta es el obligado a acatar la opinión. ¿Qué sucede si no lo hace?, la Corte IDH, en la opinión consultiva OC-14/94 de 1994, señaló que la expedición de una ley contraria a las obligaciones contempladas en la CADH, constituye una violación de ésta y si producto de su aplicación en casos concretos se atenta contra los derechos y libertades de las personas, también deberá responder internacionalmente por estas violaciones.¹³⁷ 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.

Para abordar la segunda categoría, referente a que “ii) la ratio es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución”,¹³⁸ 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 status de persona o de ciudadano, y se expresa como una expectativa positiva de prestación o negativa que implica abstenciones para no sufrir.¹³⁹ En el caso de la CADH, esta contiene un catálogo de derechos en su primer parte.¹⁴⁰ El status referido por Ferrajoli se ve reflejado en el artículo primero,¹⁴¹ el cual detalla que será todo ser humano. En lo referente a lo subjetivo, las expectativas positivas se encuentran reguladas a nivel de protección y garantía,¹⁴² y en lo negativo al respeto.¹⁴³ 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

¹³⁶ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A n.º 5, párr. 6.

¹³⁷ Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94, 09 de diciembre de 1994, Serie A n.º 14, párr. 16-17.

¹³⁸ Colombia Corte Constitucional, Sentencia T-292/06, 6 de abril de 2006, 36, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm>.

¹³⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (Madrid: Editorial Trotta, 2014), 37.

¹⁴⁰ OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, OEA N° 36 – Reg. ONU 27/08/1979 N° 17955, arts. 1-32.

¹⁴¹ *Ibid.*, art. 1.

¹⁴² *Ibid.* arts. 8, 11, 17, 25. Ejemplos como las garantías judiciales, protección de la honra y de la dignidad, protección a la familia y protección judicial.

¹⁴³ *Ibid.*, arts. 7, 12, 13, 16. Ejemplos como la libertad personal, libertad de pensamiento y expresión, libertad de asociación y libertad de conciencia y religión.

planteadas por Lozada y Ricaute se plantea justificar el cómo la primera parte de la CADH, inherente a los “Deberes de los estados y derechos protegidos”¹⁴⁴ se expresa también en forma de principios. Luego se establecerá el 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, de las razones para actuar o decidir y desde la fisiología de las antinomias.¹⁴⁵

La categoría de la *estructura lógica* de las reglas se caracteriza por enlazar un supuesto fáctico a una conducta jurídica calificada.¹⁴⁶ Por ejemplo el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) del Ecuador, referente al delito de femicidio, señala que “La 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 veintidós a veintiséis años.”¹⁴⁷ En este caso, el supuesto fáctico es todo caso en donde 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,¹⁴⁸ 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 indica las condiciones específicas del cómo deberá ser aplicada la norma, enunciando solamente una determinada calificación jurídica a una cierta clase de conducta.¹⁴⁹

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 artículo cuatro señala que “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida (...)”.¹⁵⁰ Como se observa, no se establece su forma de aplicación, solo la calificación jurídica “derecho”, a una cierta

¹⁴⁴ OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, OEA N° 36 – Reg. ONU 27/08/1979 N° 17955, arts. 1-32.

¹⁴⁵ Alí Lozada y Catherine Ricaute, *Manual de argumentación constitucional: propuesta de un método*, (Quito, EC: Corte Constitucional del Ecuador, 2015), 44-47.

¹⁴⁶ *Ibíd*, 44.

¹⁴⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 141.

¹⁴⁸ Alí Lozada y Catherine Ricaute, *Manual de argumentación constitucional: propuesta de un método*, (Quito, EC: Corte Constitucional del Ecuador, 2015), 46.

¹⁴⁹ *Ibíd*, 44-45.

¹⁵⁰ OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, OEA N° 36 – Reg. ONU 27/08/1979 N° 17955, arts. 4.

clase de conducta “respeto a la vida”, destinado a “toda persona”.¹⁵¹ 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*, 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 aquéllas”.¹⁵² De manera que las reglas buscan resolver el problema por sí solas, sin intervención de 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”.¹⁵³ Por lo tanto, los principios son la base de las reglas, como 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 principios por cuanto justifican la aplicación de las reglas, establecidas en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. Pero cuando estas 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 protección judicial,¹⁵⁴ de tal forma que carecen de efectos jurídicos.¹⁵⁵

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”.¹⁵⁶ En el caso de los principios en cambio “sólo 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”.¹⁵⁷ 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 encuentren en conflicto dos

¹⁵¹ Alí Lozada y Catherine Ricaute, *Manual de argumentación constitucional: propuesta de un método*, (Quito, EC: Corte Constitucional del Ecuador, 2015), 46. Este análisis es basado en el ejemplo propuesto por los autores, a través del cual se estudia el principio de “nadie podrá ser obligado a realizar un trabajo gratuito”.

¹⁵² *Ibíd*, 46.

¹⁵³ *Ibíd*, 36.

¹⁵⁴ Corte IDH, “Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo)”, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001, párr. 44-49, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf.

¹⁵⁵ *Ibíd*, reparación 4.

¹⁵⁶ Alí Lozada y Catherine Ricaute, *Manual de argumentación constitucional: propuesta de un método*, (Quito, EC: Corte Constitucional del Ecuador, 2015), 46-47.

¹⁵⁷ *Ibíd*, 47.

principios convencionales, no declara inválido uno para mantener el otro. Por el contrario hace un examen de ponderación y aplica el principio 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 él 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 un servidor público, cuya solución dependía de un juicio de ponderación.¹⁵⁸ 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,¹⁵⁹ no cumplió con el requisito de ser proporcional con relación a la supuesta violación al derecho a la honra.¹⁶⁰ 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 y desde la fisiología de las antinomias.

Aclarado este punto, corresponde establecer el 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. Por ejemplo, en la sentencia dictada en el caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú, la Corte IDH señaló que el 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.¹⁶¹ En consecuencia, creó una nueva regla a través de la cual se determina que la violencia sexual se encuentra prohibida y cuando el Estado lo permite, propicia y no sanciona se convierte en responsable por la vulneración del artículo 5.2 de la CADH, referente a la integridad personal.¹⁶²

Ahora bien, en cuando 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, la cual es parte de la

¹⁵⁸ Corte IDH, “Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Kimel vs. Argentina*, 2 de mayo de 2008, párr. 51, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

¹⁵⁹ *Ibíd*, 71, 79-80.

¹⁶⁰ *Ibíd*, 94-95.

¹⁶¹ 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://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf.

¹⁶² *Ibíd*, 312.

normativa internacional de los derechos humanos.¹⁶³ Creándose 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 este caso, este es uno de los elementos esenciales. Sin embargo, aquí corresponde realizar una aclaración importante, en este caso para que este elemento esencial sea obligatorio se requiere que el país haya ratificado también la Convención de Viena sobre Relaciones Culturales, 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.¹⁶⁴ Garantía reconocida a la luz del derecho a la protección de la honra y dignidad y derecho a la familia (artículos 11.2 y 17).¹⁶⁵ Por lo tanto la regla es: 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 artículos 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 “iii) 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.”¹⁶⁶ A continuación se la analiza desde el aspecto formal y material.

En lo formal, la solicitud gira entorno a establecer si la norma jurídica del Estado consultante es o no compatible con la CADH. Por lo que la respuesta al problema jurídico que se plantea es la ratio,¹⁶⁷ entendida en esta investigación como *elemento esencial*. Sin embargo, como se advirtió anteriormente este elemento tiene efectos jurídicos hipotéticos

¹⁶³ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 01 de octubre de 1999, Serie A n.º 16, párr. 137.

¹⁶⁴ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 noviembre de 2017, Serie A n.º 24, párr. 227-228.

¹⁶⁵ *Ibid.* 225.

¹⁶⁶ Colombia Corte Constitucional, Sentencia T-292/06, 6 de abril de 2006, 36-37, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm>.

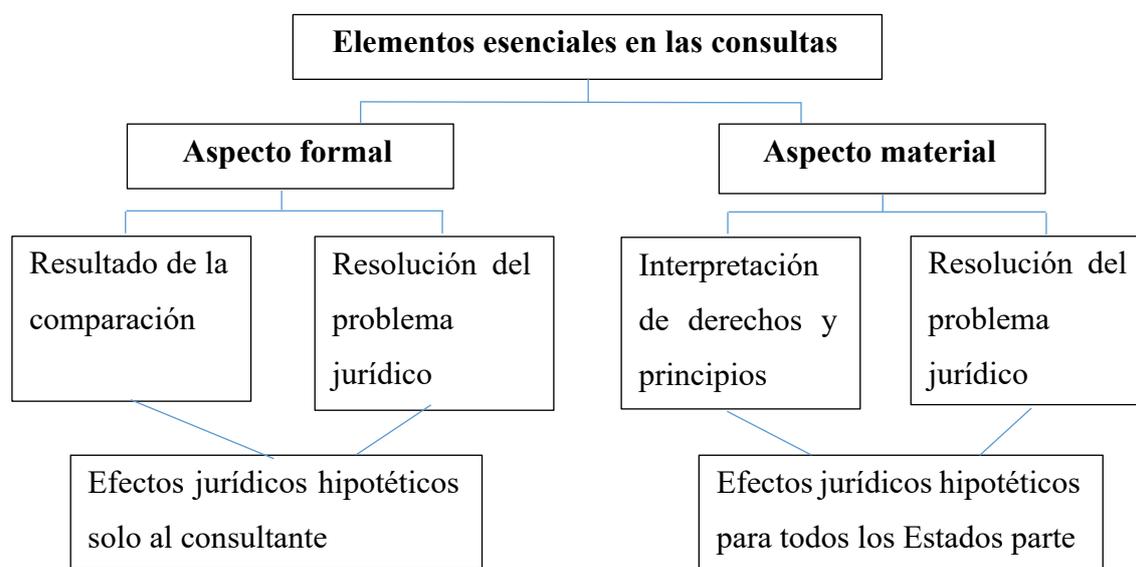
¹⁶⁷ *Ibid.*, 60.

solo para el Estado consultante. Respecto a la consulta de aspecto material, se fija el sentido interpretativo¹⁶⁸ de la CADH, sobre la cual sus efectos jurídicos hipotéticos si 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”.¹⁶⁹ Por lo tanto cuando la Corte IDH resuelve el o los problemas jurídicos planteados, esta motivación constituye base de la decisión final.

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

Tabla 3



Fuente: Morales y Faúndez.¹⁷⁰

¹⁶⁸ *Ibíd*, 60.

¹⁶⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º 109-11-IS*, 26 de agosto de 2020, párr. 23.

¹⁷⁰ Rómulo Morales, “Hechos y actos jurídicos”, *Foro Jurídico* 9 (2009): 14-24, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18509/18749> y Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, (San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2004), 950, 961-62. De Morales y Faúndez se toman sus estructuras metodológicas, pero las conclusiones arribadas son propias a raíz de la revisión de sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH.

Elaboración propia.

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 y 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.

Capítulo segundo

Aplicación de las opiniones consultivas en Ecuador y Bolivia

Al momento se ha transitado por los pronunciamientos más relevantes de la Corte IDH en el ámbito consultivo y contencioso para explicar los efectos jurídicos hipotéticos que derivan de las opiniones consultivas. Así mismo, 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.¹⁷¹ Esto permitirá sostener que en el caso de ambos países se cuenta con garantías internas a través de las cuales las opiniones consultivas generan efectos jurídicos concretos.

Así mismo, 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. Finalmente se plantearán los retos pendientes más cercanos en materia de derechos humanos que tienen estos países, en los cuales las opiniones consultivas son una fuente de derecho ineludible de protección.

1. Principios constitucionales que vinculan a las opiniones consultivas al ordenamiento jurídico interno del Ecuador y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: La adopción igualitaria, un reto pendiente

A lo largo del presente acápite se pretende establecer cuáles son los principios de la Constitución del Ecuador que refuerzan los efectos jurídicos hipotéticos de las opiniones consultivas. Se verificará como estos permiten entenderlas como parte de la Constitución e incluso prevalecer sobre esta cuando contengan derechos más favorables, obligando de esta manera al Estado a garantizar, proteger y respetar los elementos esenciales desarrollados en ellas. Así mismo se explorará el cómo la Corte Constitucional

¹⁷¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 3.1, 10, 11.3.7.8, 417, 424 y Bolivia, *Constitución Política del Estado*, 07 de febrero de 2009, arts. 13.1.2.4, 109, 256.1.2.

del Ecuador ha aplicado las opiniones consultivas y los efectos jurídicos que le ha reconocido. Finalmente se analizará la adopción igualitaria como reto pendiente en materia de derechos humanos, en el cual la opinión consultiva OC-24/17 constituye fuente de derecho.

Los principios enunciados en la Constitución de Ecuador que en la presente investigación se sostiene 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.¹⁷² Los cuales se desarrollan a continuación:

El principio de aplicación directa e inmediata de los tratados internacionales de derechos humanos se encuentra reconocido en la Constitución del Ecuador de 2008.¹⁷³ 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 vigentes”,¹⁷⁴ claro está aún no se estableció que serían 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”.¹⁷⁵ En el 2008 con la Constitución actual se estableció 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”.¹⁷⁶ 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 no limitarse a garantizar solamente los detallados en su Constitución. En

¹⁷² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 3.1, 10, 11.3.6.7.8, 417, 424-426.

¹⁷³ *Ibíd.*, arts. 11.3.8, 424-426.

¹⁷⁴ Ecuador, *Constitución Política del Ecuador*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979, art. 44.

¹⁷⁵ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Decreto Legislativo No. 000. RO/1, 11 de agosto de 1998, arts. 17-19, 23-24.

¹⁷⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 424.

consecuencia se prevé que los tratados e instrumentos internacionales deben prevalecer incluso sobre la Constitución cuando sean más favorables que esta.

En forma conexas, el artículo 417 de la Constitución establece que para la aplicación de los tratados como la CADH y por ende la interpretación autorizada de esta, establecida en las opiniones consultivas “se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta”.¹⁷⁷ Es decir, cuando en una opinión consultiva se desarrollan en sus elementos esenciales estándares de protección de derechos más favorables a los establecidos en la Constitución del Ecuador, deben ser aplicados sobre esta, ya que en este 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 estipulaciones constitucionales resultan indispensables para determinar el cómo deberían ser aplicadas las opiniones consultivas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano más allá de las obligaciones que se generan en el ámbito internacional.

Sobre los *principios de progresividad y no regresividad*¹⁷⁸ la Corte Constitucional ha señalado que “implica 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”.¹⁷⁹ Estos principios permiten garantizar que los logros en materia de derechos humanos contenidos en las opiniones consultivas no sean menoscabados por normas infra-constitucionales que limiten su ejercicio y que por el contrario estas sean 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 *vías judiciales ordinarias* como en las *garantías constitucionales*. Sobre las primeras, estas son aquellas vías judiciales no establecidas en la Constitución como garantías constitucionales que tienen por objeto resolver cuestiones de legalidad y cuentan con un procedimiento específico determinado en la ley.

Como se detalla, 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

¹⁷⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 417.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, art. 11.8.

¹⁷⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º 049-16-SIN-CC*, 21 de septiembre de 2016, pág. 27.

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”.¹⁸⁰ Al respecto la Corte Constitucional 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”,¹⁸¹ así mismo ha señalado que a través de estas se tutelan derechos pero a partir del control de legalidad.¹⁸² Lo cual implica que las opiniones consultivas deben ser aplicadas también en aquellos procesos que tienen en principio como objeto resolver cuestiones de legalidad.

En cuanto a las *garantías constitucionales*, la Constitución las subdivide en tres categorías: las garantías normativas, garantías de las políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana y las garantías jurisdiccionales.¹⁸³ 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”.¹⁸⁴ Dentro de estas se encuentran la acción pública de inconstitucionalidad y la consulta de norma, cuya resolución corresponde a la Corte Constitucional.¹⁸⁵ En cuanto a las segundas, estas buscan que “La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se ajusten a los derechos reconocidos en la Constitución”¹⁸⁶ y las opiniones consultivas como parte de ella.

Finalmente, las jurisdiccionales son la acción de protección, acción de hábeas corpus, acción de acceso a la información pública y acción de hábeas data,¹⁸⁷ con competencia de los jueces de primera y segunda instancia,¹⁸⁸ y acción por

¹⁸⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.3.

¹⁸¹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º 003-13-SIN-CC*, 04 de abril de 2013, pág. 16.

¹⁸² Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º 020-14-SIS-CC*, 7 de octubre de 2014, pág. 7.

¹⁸³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 84-94.

¹⁸⁴ *Ibíd*, art. 84.

¹⁸⁵ *Ibíd*, art. 428, 436.2.

¹⁸⁶ *Ibíd*, art. 85.

¹⁸⁷ *Ibíd*, art. 86-92.

¹⁸⁸ *Ibíd*, art. 86.2

incumplimiento,¹⁸⁹ acción extraordinaria de protección¹⁹⁰ y acción de incumplimiento,¹⁹¹ con competencia exclusiva de la Corte Constitucional.¹⁹²

En el presente estudio se hará alusión únicamente a las sentencias emitidas por la Corte Constitucional ya que “es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en este materia”¹⁹³ y sus sentencias constituyen jurisprudencia vinculante.¹⁹⁴ 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, a través de la cual se usaron las opiniones consultivas OC-5/85 y OC-7/86. Con la primera se delimitó 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.¹⁹⁵

Posteriormente, mediante sentencia 019-16-SIN-CC del 22 de marzo de 2015 la Corte Constitucional usó la opinión consultiva OC-17/2002 para establecer el contenido del derecho a la igualdad y las categorías incompatibles con este.¹⁹⁶ Así mismo, en la sentencia 140-18-SEP-CC del 18 de abril de 2018 se hizo uso de la opinión consultiva OC-18/03,¹⁹⁷ 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”.¹⁹⁸

Hasta aquí la Corte Constitucional 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 a través de la cual se utilizó la opinión consultiva OC 24/17 para

¹⁸⁹ *Ibíd*, art. 93.

¹⁹⁰ *Ibíd*, art. 94.

¹⁹¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 162-165.

¹⁹² *Ibíd*, art. 163-165 y Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 436. 5.6.

¹⁹³ *Ibíd*, art.429.

¹⁹⁴ *Ibíd*, art. 436.6.

¹⁹⁵ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º* 003-14-SIN-CC, 17 de septiembre de 2014, págs. 60, 72, 98-99, 112, 130.

¹⁹⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º* 019-16-SIN-CC, 22 de marzo de 2015, págs. 14-16, 54.

¹⁹⁷ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º* 140-18-SEP-CC, 18 de abril de 2018, pág. 54.

¹⁹⁸ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A n.º 18, párr. 101.

desarrollar el concepto de diversos tipos de familia, los derechos que las cobijan y la prohibición de restringir derechos en base a criterios sospechosos de discriminación.¹⁹⁹ 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 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.²⁰⁰

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”.²⁰¹ Así mismo, María Augusta León señala “Considerando 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”.²⁰²

Posteriormente, en el año 2019 a raíz de dos consultas de norma²⁰³ realizadas en dos acciones de protección distintas, a la Corte Constitucional le correspondió pronunciarse a través de dos sentencias sobre la compatibilidad de la opinión consultiva

¹⁹⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º 184-18-SEP-CC*, 29 de mayo de 2018, págs. 18, 70.

²⁰⁰ *Ibíd.*, párrs. 58-59.

²⁰¹ Daniela Salazar, “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”, *Revista de Derecho FORO* 32, n.º 2 (2019), 131.

²⁰² 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”, *Revista de Derecho FORO* 32, n.º 2 (2019), 55.

²⁰³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 428. La consultas 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 instrumentos internacionales de derechos humanos y elevar en consulta ante la Corte Constitucional, órgano judicial que deberá absolverla en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días.

0C-24/17 –relativa a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo-²⁰⁴ con el artículo 67 de la Constitución,²⁰⁵ artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Públicos²⁰⁶ y el artículo 81 del Código Civil,²⁰⁷ 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 ambas sentencias se reconoce el acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo por reconocerse rango constitucional a la opinión consultiva OC-24/17, su fundamentación mantiene algunas diferencias argumentativas que pueden generar principalmente dos 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 ende forman parte del sistema jurídico ecuatoriano.²⁰⁸ Así mismo, señaló que dentro de los instrumentos internacionales se encuentran “el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinario de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos”.²⁰⁹

Adicionalmente señaló que “las opiniones consultivas son una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional: la Corte IDH, cuya competencia nace de un tratado internacional del que el Ecuador es parte, y que Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe”.²¹⁰

²⁰⁴ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 noviembre de 2017, Serie A n.º 24.

²⁰⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 67.

²⁰⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*, Registro Oficial 684, Suplemento, 08 de julio de 2019, art. 52.

²⁰⁷ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 81.

²⁰⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, párr. 25-30.

²⁰⁹ *Ibid*, párr. 141.

²¹⁰ *Ibid*, párr. 38.

Por su parte Hernán Salgado en sus votos salvados dictados en las sentencias 10-18-CN y 11-18-CN 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”.²¹¹

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 del Ecuador ni la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados –ratificada en el año 2005²¹²– ha llegado a definirlos, por lo tanto, 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 reconoce el Juez Ávila. Por lo que frente a esta crítica 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 el Juez Alí Lozada –ponente de la sentencia 10-18-CN/19– no se refiere a las opiniones consultivas como instrumentos internacionales de derechos humanos y 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 interpretación autorizada de la CADH. El Juez Lozada plantea que “lo *convencional* se vuelve *constitucional* debido a la dimensión sustantiva de la Constitución”,²¹³ lo cual incluye no solo el texto de la CADH sino también su interpretación, realizada por la Corte IDH y sobre la cual la Corte Constitucional tiene la obligación de allanarse, por cuanto esta es la “intérprete última de la CADH”, tiene la obligación “racional de universalizar hacia el

²¹¹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n.º 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019”, juez ponente Ramiro Ávila Santamaría, voto salvado del Juez Hernán Salgado, *Caso Matrimonio igualitario*, párr. 75 y Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n.º 10-18-CN/19 de 12 de junio de 2019”, juez ponente Alí Lozada Prado, voto salvado del Juez Hernán Salgado, *Caso Matrimonio igualitario*, párr. 75.

²¹² Ecuador, *Ratificación de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, Registro Oficial 6, 28 de abril de 2005, arts. 1-3.

²¹³ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º 10-18-CN/19*, de 12 de junio de 2019”, párrs. 77-78.

“futuro sus ratios decidendi” y es el “órgano jurisdiccional competente para establecer responsabilidad de un Estado Parte por la violación de la Convención”.²¹⁴ Señala también que esta interpretación de la Corte IDH se desarrolla tanto en la competencia contenciosa como consultiva.²¹⁵

Más allá de esta aclaración, la conclusión de la Corte Constitucional, como intérprete máxima de la Constitución y los tratados ratificados por el Ecuador,²¹⁶ se centra en que las opiniones consultivas son parte de la Constitución y deben generar los mismos efectos que esta, esto es que 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 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”.²¹⁷ En consecuencia, si una opinión consultiva desarrolla derechos más favorables que la Constitución prevalece sobre esta y debe ser aplicada.

Así mismo, Ávila plantea los siguientes cuatro argumentos. Primero, “Cuando los derechos han sido reconocidos en instrumentos internacionales o por un órgano con competencia y autoridad para interpretarlos, el reconocimiento en el texto constitucional no resulta indispensable. La reforma constitucional no es un requisito previo para la vigencia o el goce efectivo de los derechos sin discriminación”.²¹⁸ Segundo, que “no hace falta debates ni consensos, o sea remisión al órgano parlamentario para discutir sobre el ejercicio de derechos, para evitar una exclusión irrazonable y una discriminación a un grupo humano que tiene protección constitucional”.²¹⁹

En tercer lugar que constituye una omisión injustificable el que la Asamblea Nacional no adecue al ordenamiento jurídico interno a los derechos reconocidos en las opiniones consultivas, en cuyo caso la Corte Constitucional se encuentra habilitada para interpretar la Constitución y prevenir ulteriores vulneraciones de derechos.²²⁰

²¹⁴ *Ibíd*, párr. 78.

²¹⁵ *Ibíd*, párr. 79.

²¹⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 436.1.

²¹⁷ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, párr. 131.

²¹⁸ *Ibíd*, párr. 244.

²¹⁹ *Ibíd*, párr. 245.

²²⁰ *Ibíd*, párr. 246.

Finalmente menciona que “las normas y prácticas discriminatorias no deben ser convalidadas por procedimiento legislativo alguno ni aún por procesos de democracia directa”.²²¹

Con ello a partir de la sentencia 11-18-CN/19 el Juez Ávila 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. Por otro lado menciona que “el sistema jurídico debe tener coherencia con los derechos, que se llama deber de adecuación, se desprende tanto del a) sistema jurídico nacional de protección de derechos, como del b) sistema internacional de protección de derechos”.²²² Es decir, el sistema jurídico ecuatoriano debe guardar coherencia no solo con la Constitución, sino también con los estándares que se desarrollen en el sistema interamericano, 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 Función Legislativa, como se ha firmado, es el obligado primario pero no exclusivo ni siempre necesario.”²²³ 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”.²²⁴ Así mismo, en su voto concurrente dictado en la sentencia nro. 10-18-CN plantea que “Los jueces y juezas y el resto de operadores tienen la capacidad de aplicar la Constitución directa e inmediatamente en casos de i) vacíos normativos o lagunas y también de ii) antinomias”.²²⁵ Ello implica que ni siquiera se debería esperar a que la Corte Constitucional 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 estas, lo cual se constituye en un *control difuso de constitucionalidad*.

²²¹ *Ibíd*, párr. 247.

²²² *Ibíd*, párr. 212.

²²³ *Ibíd*, párr. 227.

²²⁴ *Ibíd*, párrs. 255.

²²⁵ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n.º 10-18-CN/19 de 12 de junio de 2019”, juez ponente Alí Lozada Prado, voto concurrente del Juez Ramiro Ávila Santamaría, *Caso Matrimonio igualitario*, párr. 30.

Sin embargo, 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*.²²⁶

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* aunque no lo plantee así el juez constitucional, no se puede exigir su reconocimiento hasta que se reforme la Constitución, por lo tanto la Corte Constitucional y cualquier autoridad pública se encontraría vetada de elegir y aplicar la norma más favorable al ejercicio de los derechos. Estos criterios incluso no fueron esbozados por el Juez Lozada en su Manual de Argumentación Constitucional,²²⁷ 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*.²²⁸ 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 Corte Constitucional, según corresponda.²²⁹ 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 ser 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

²²⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º 10-18-CN/19*, de 12 de junio de 2019”, párrs. 87-88.

²²⁷ Alí Lozada y Catherine Ricaute, Manual de argumentación constitucional: propuesta de un método, (Quito, EC: Corte Constitucional del Ecuador, 2015), 46-47.

²²⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º 10-18-CN/19*, de 12 de junio de 2019”, párrs. 89.

²²⁹ *Ibid*, párr. 90- 97

es sostenida por el Juez Lozada²³⁰ en base al párrafo doscientos veintiocho de la opinión consultiva OC-24/17, el cual sostiene que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los 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 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.*²³¹ El énfasis me pertenece.

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 reforma de la Ley. Por lo tanto esta limitación adicional es planteada exclusivamente por el juez constitucional. 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.²³² Por lo tanto este condicionamiento adicional vulnera el principio de aplicación directa e inmediata de los derechos, ya que se impone requisitos que no están establecidos en la CADH, Constitución, ni la Ley.²³³

Es por esto que la propuesta del Juez Ávila resulta más favorable para el ejercicio de los derechos, ya que 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 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 nro. 11-18-CN, cuyo ponente es el Juez Ávila. En ella se observa que la teoría que subyace a su aseveración es la de *control concentrado de constitucionalidad*, a través de la cual sostiene que corresponde a la Corte Constitucional la aplicación directa de las

²³⁰ *Ibíd*, párr. 87.

²³¹ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 noviembre de 2017, Serie A n.º 24, párr. 228.

²³² *Ibíd*, párr. 227.

²³³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 3

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.²³⁴

Es decir, Lozada sostiene que solamente cuando la Constitución obliga a instituir un derecho desarrollado en una opinión consultiva y no exista una Ley contraria se puede aplicar directamente. Ello significa que aunque exista una norma manifiestamente contraria a una regla constitucional, la autoridad pública se encuentra prohibida de inaplicarla, ya que primero sería necesario que sea expulsada del ordenamiento jurídico por el mismo órgano que la expidió o por la Corte Constitucional.

En la práctica los argumentos planteados en ambas sentencias pueden generar conflictos al momento que las personas soliciten se declare la vulneración de sus derechos en base a los criterios de las opiniones consultivas y se disponga su reparación integral. Un ejemplo de esto es la *adopción igualitaria*, la cual al momento no ha sido reconocida en el Ecuador y por lo tanto constituye un reto pendiente en materia de derechos humanos. En este escenario la Constitución prevé que “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”,²³⁵ por lo tanto solo las parejas heterosexuales podrían acceder a esta institución. 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.”²³⁶ (El énfasis me pertenece)

Como se ha mencionado anteriormente, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. Así mismo, la opinión consultiva OC 24/17 impone la obligación al Estado ecuatoriano de garantizar los mismos derechos que derivan del matrimonio. Vale preguntarse entonces si ¿la adopción es uno de los derechos derivados?, al respecto el código civil de Ecuador establece que “La adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere

²³⁴ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n.º 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019”, juez ponente Ramiro Ávila Santamaría, voto concurrente del Juez Alí Lozada Prado, *Caso Matrimonio igualitario*, 12-15.

²³⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 68 inc.2.

²³⁶ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 noviembre de 2017, Serie A n.º 24, párr. 227.

los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado”,²³⁷ así mismo señala que “Las personas casadas pueden adoptar indistintamente a personas de uno u otro sexo, haciéndolo de común acuerdo”.²³⁸ Es decir, a través de la institución de la adopción las personas casadas adquieren los derechos y obligaciones de padres o madres sobre el menor adoptado. 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, situación que contraviene la opinión consultiva 24/17, por cuanto a las parejas del mismo sexo no se les garantiza 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 el 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 la conclusión sería diferente ya que debería prevalecer la norma que mejor favorezca el ejercicio de los derechos, sin que sea necesario una modificación constitucional, ya que toda autoridad pública se encuentra con la capacidad de aplicar directa e inmediatamente los derechos constitucionales.

Debe recordarse que ambas sentencias fueron adoptadas con cinco votos a favor y cuatro en contra, por lo tanto, cuando se luche por reivindicar este derecho en base a la opinión consultiva OC-24/17 ante la justicia constitucional, el escenario se encuentra muy dividido y puede tener dos salidas, primero que se señale que el reconocimiento de la adopción igualitaria es materia del constituyente derivado y la segunda que por interpretación constitucional prevalezca la norma que mejor desarrolle el ejercicio de los

²³⁷ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 314.

²³⁸ *Ibíd*, art. 319.

²³⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 68 inc.2.

²⁴⁰ *Ibíd*, art. 68 inc. 2.

derechos. Esta contradicción entre sentencias dictadas por la misma Corte Constitucional puede vulnerar el derecho a la *seguridad jurídica*, el cual garantiza lo siguiente:

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

Es decir, que exista una tranquilidad social sobre qué acciones se pueden ejecutar dentro de los límites jurídicamente establecidos. En el presente caso se observa que no hay previsibilidad sobre el cómo deberán actuar los Jueces y autoridades públicas en general cuando una opinión consultiva reconozca derechos que la Constitución o la Ley prohíben instituir, ya que cada sentencia plantea una salida diferente. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado que los *precedentes* pueden ser *horizontales o verticales*. Los primeros dictados por un órgano del mismo nivel jerárquico, mientras que los segundos adoptados por un órgano jerárquicamente superior.²⁴² Los llamados horizontales son vinculantes en el siguiente caso:

el precedente horizontal auto-vinculante es una necesidad racional y jurídica. Dicha auto-vinculabilidad 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

En el caso analizado, se observa que en la sentencia nro. 11-18-CN no se plantearon las razones que justifican el cambio de precedente establecido en la sentencia

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

²⁴² Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º 1035-12-EP*, 22 de enero de 2020, párr. 17.

²⁴³ *Ibíd.*, párr. 19.

nro. 10-18-CN. Lo cual puede afectar a futuro la igualdad formal, ya que según los lineamientos del Juez Lozada 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 el Juez Ávila si lo podría hacer cuando resulte más favorable. Por otro lado, en cuanto al precedente vertical, los Jueces y autoridades públicas no tienen certeza de qué criterios deberían aplicar, ya que ambas 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. Así mismo 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:

En 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

Por lo tanto, en Ecuador las opiniones consultivas han sido constitucionalizadas y en consecuencia deben ser aplicados en forma directa e inmediata para proteger, prevenir, garantizar, y reparar vulneraciones de derechos humanos. Este control como se ha visto debe realizarse bajo el modelo que haya elegido el Estado, ya que la CADH no impone

²⁴⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.3., 424.

²⁴⁵ 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://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_154_esp.pdf.

²⁴⁶ Corte IDH, “Sentencia de 05 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso “La Última Tentación de Cristo” Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, 05 de febrero de 2001, párr. 21, resolutive párr. 4, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.

²⁴⁷ Marcelo Alejandro Guerra Coronel, “El control de convencionalidad. Una mirada a partir de los estándares de la Corte IDH y sus problemas de aplicación en Ecuador”, *Revista de Estudios Jurídicos* 5 (2016): 88, <http://derecho.udla.edu.ec/calamo/images/revistas-pdf/calamo5/10.-Ensayo-MAGC-CAL5.pdf>.

uno en específico.²⁴⁸ En el caso ecuatoriano como se observa no existe claridad sobre el modelo de control de convencionalidad que se ha adoptado, sin embargo si se llega a consolidar la línea jurisprudencial del Juez Ávila o la del Juez Lozada, cualquiera de ellas estaría dentro del margen permitido por la CADH.

Con lo expuesto, pese a que existe esta libertad para elegir un modelo de control de convencionalidad, considero que 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 abre la posibilidad de que cualquier autoridad pública aplique directamente los estándares de derechos humanos más favorables a la Constitución y por lo tanto resulta más garantista. Esta discusión se resume a un *control mixto* –criterio del Juez Ávila, principalmente con su voto concurrente- y *control concentrado* –criterio del Juez Lozada- de constitucionalidad.

2. 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

A lo largo del presente acápite se pretende identificar los principios constitucionales que vinculan a las opiniones consultivas al ordenamiento jurídico interno de Bolivia. Luego se analizará las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de los cuales se reconoce a los pronunciamientos de la Corte IDH como parte de su 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 0C-24/17 de la Corte IDH.

En cuanto al primer punto, la Constitución de Bolivia plantea principalmente seis *principios constitucionales* que vinculan a las opiniones consultivas a su ordenamiento jurídico interno, estos son: 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.

²⁴⁸ 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://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

Sobre el *principio de cláusula abierta*, la Constitución 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 en Bolivia?, al respecto la Constitución señala lo siguiente:

“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 o derechos reconocidos en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, pues en cualquier caso deben ser promovidos, protegidos, respetados y garantizados indistintamente. Así mismo la carta suprema 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.

En consecuencia, cuando se habla de derechos constitucionales se engloban todos los derechos, independientemente de que sean reconocidos en la Constitución o en tratados e instrumentos internacionales. Uno de estos tratados es la CADH, aprobada y ratificada por Bolivia mediante Ley nro. 1439, de 11 de febrero de 1993,²⁵³ la cual se encuentra adherida al texto constitucional, así como su interpretación autorizada realizada

²⁴⁹ Bolivia, *Constitución Política del Estado*, 07 de febrero de 2009, art. 13.2.

²⁵⁰ *Ibíd*, art. 13.4.

²⁵¹ *Ibíd*, art. 410.2.

²⁵² Gustavo Medinaceli Rojas, “Interpretación de la Constitución boliviana. Voluntad del constituyente vs. Jurisprudencia interamericana”, *Revista de Derecho Constitucional Umbral* 1, n.º 1 (2011): 59.

²⁵³ Bolivia, *Convención americana sobre derechos humanos. Pacto de San José de Costa Rica. Se aprueba y ratifica la suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969*, Ley Nro. 1430, 11 de febrero de 1993, art.1.

por la Corte IDH,²⁵⁴ tanto en su función contenciosa como consultiva,²⁵⁵ por cuanto reconoció “como obligatoria de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido, la jurisdicción y competencia (...) de conformidad al artículo 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 del Ecuador, es entendiéndolas como la interpretación autorizada de la CADH y no como un instrumento internacional autónomo ya que se requiere que previamente el Estado lo haya firmado, ratificado o adherido²⁵⁸ para que surta efectos, situación que no es posible realizar en el caso de las opiniones consultivas, pero si con la CADH.

En cuanto al segundo principio, el de *favorabilidad*, la Constitución menciona 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 ésta”.²⁵⁹ En este sentido, cuando la Corte IDH emita una opinión consultiva, entendida como la interpretación autorizada de la CADH, que proclame derechos más favorables a la Constitución de Bolivia, prevalecerá sobre esta y deberá ser aplicada de forma preferente. Sobre este principio el Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado lo siguiente:

en caso de que éstos reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán preferentemente sobre ésta y por otra parte, que los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos, cuando éstos prevean normas más favorables, en virtud a lo que establece el arto 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 ésta, garantizando de esta manera la máxima vigencia y ejercicio de estos

²⁵⁴ 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://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

²⁵⁵ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A n.º 21, párr. 31.

²⁵⁶ Bolivia, *Convención americana sobre derechos humanos. Pacto de San José de Costa Rica. Se aprueba y ratifica la suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969*, Ley Nro. 1430, 11 de febrero de 1993, art.3.

²⁵⁷ OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, OEA N° 36 – Reg. ONU 27/08/1979 N° 17955, arts. 62.1.

²⁵⁸ Bolivia, *Constitución Política del Estado*, 07 de febrero de 2009, art. 256.1.

²⁵⁹ *Ibíd.*, art. 256.1.

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 Decisión que ya ha tomado el Tribunal Constitucional Plurinacional en la sentencia nro. 0084-2017, a través de la cual resolvió inaplicar los artículos 156, 168, 285.2 y 288 de la Constitución y en su lugar aplicar el artículo 23 de la CADH para reconocer la reelección indefinida para cargos de elección popular.²⁶²

El tercer principio plantea que los derechos reconocidos en la Constitución son *directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección*.²⁶³ Ello implica que los derechos reconocidos 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.²⁶⁴ En consecuencia, se observa que en el Estado de Bolivia la CADH se encuentra adherida a su texto constitucional, al constituir un tratado el que Bolivia ha firmado, ratificado y adherido²⁶⁵ 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.

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

en 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

²⁶⁰ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 20960-2017-42-AIA*, 28 de noviembre de 2017, pág. 73.

²⁶¹ *Ibíd*, pág. 27.

²⁶² *Ibíd*, págs. 31, 68, 79.

²⁶³ Bolivia, *Constitución Política del Estado*, 07 de febrero de 2009, art. 109.1.

²⁶⁴ *Ibíd*, art. 109.2

²⁶⁵ Bolivia, *Convención americana sobre derechos humanos. Pacto de San José de Costa Rica. Se aprueba y ratifica la suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969*, Ley Nro. 1430, 11 de febrero de 1993, art.1.

contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶⁶

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, tanto en sus atribuciones contenciosa y 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 que los poderes del Estado, en ejercicio de sus atribuciones, expidan sus normas en concordancia con la interpretación de los derechos dada por la Corte IDH, hacer lo contrario implica vulnerar derechos y eventual responsabilidad internacional del Estado.

En cuanto al principio de *progresividad*, el Tribunal Constitucional Plurinacional en sentencia nro. SCP 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).²⁶⁷

Es decir, el derecho internacional de los derechos humanos es parte del bloque de constitucionalidad por disposición del artículo 410.1 de la Constitución. Dentro de este derecho internacional se encuentra 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 Tribunal Constitucional Plurinacional en los siguientes términos:

el principio de juridicidad tiene una connotación de validez no solamente formal sino también material o de contenido, en ese contexto y en relación a la problemática

²⁶⁶ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 03338-2013-07-AIC*, 21 de noviembre de 2013, pág. 30.

²⁶⁷ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 02052-2012-05-AL*, 3 de diciembre de 2012, pág. 7.

planteada en el caso concreto, se establece que las normas del bloque de constitucionalidad incluyendo las sentencias emanadas de la CIDH, informan el ordenamiento infra-constitucional, el mismo que en cuanto a su contenido, debe sujetarse a los alcances de aquellas. Por tanto, *se tendrá vulnerado este principio y por ende la seguridad jurídica, cuando la autoridad pública se aparte del orden interno armonioso en su contenido con las normas del bloque de constitucionalidad y las decisiones que emanen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*²⁶⁸ (El énfasis me pertenece).

Por lo tanto, al ser las opiniones consultivas decisiones de la Corte IDH, las cuales desarrollan en un sentido material el contenido de los derechos, deben irradiar el ordenamiento jurídico interno de Bolivia y en consecuencia ser aplicarlos 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 principales principios que vinculan a las opiniones consultivas al ordenamiento jurídico interno de Bolivia, corresponde realizar un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional en materia de derechos humanos que abre la puerta al reconocimiento de las opiniones consultivas como parte del bloque de constitucionalidad y en consecuencia de obligatorio cumplimiento. Esta es *la sentencia nro. 0110/2010-R* del 10 de mayo de 2010,²⁶⁹ en la que ratificó que la CADH²⁷⁰ forma parte del bloque de constitucionalidad.²⁷¹ Es decir, se entienden adheridas al texto constitucional. Adicionalmente, sobre la interpretación realizada a esta por la Corte IDH en sus *sentencias* señaló lo siguiente:

las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del “Estado Constitucional” enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos.²⁷²

Por lo tanto las sentencias, entendidas como una extensión de la CADH, se conciben como parte de la Constitución, de manera que deben ser aplicadas sobre todo el ordenamiento infraconstitucional. Se debe recordar que por disposición constitucional

²⁶⁸ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 2006-13381-27-RAC*, 10 de mayo de 2010, págs. 11-12.

²⁶⁹ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 2006-13381-27-RAC*, 10 de mayo de 2010, pág. 9.

²⁷⁰ *Ibíd*, pág. 7.

²⁷¹ *Ibíd*, pág. 10.

²⁷² *Ibíd*, pág. 11.

“Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (...) que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera preferente sobre esta”.²⁷³

Aclarado este aspecto, vale preguntarse ¿cuál es el valor jurídico de las opiniones consultivas y los efectos que estas generan en el ordenamiento jurídico interno de Bolivia? El Tribunal Constitucional Plurinacional a la fecha no se ha pronunciado sobre este punto con especificidad, aunque autores como Baldivieso sostienen que si lo ha hecho, específicamente en la sentencia 110/2010-R y que por ende estas forman parte del bloque de constitucionalidad.²⁷⁴ Empero del análisis de esta sentencia se observa que no existe referencia literal a las opiniones consultivas. Sin duda esta era una oportunidad brillante para finalmente reconocer en forma clara y categórica a las opiniones consultivas como parte del bloque de constitucionalidad. Esta aclaración evitaría que a través de interpretaciones soslayadas se pretenda desconocer los estándares de derechos allí desarrollados. Sin embargo esta si abre una puerta importante para su reconocimiento, cuyos dos principales argumentos se analizan a continuación:

En *primer lugar*, sobre la Corte IDH el Tribunal Constitucional Plurinacional señala que “las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad”.²⁷⁵ Al respecto las opiniones consultivas constituyen una *decisión*, ya que a través de ellas los Jueces acuerdan responder o no la consulta formulada y en caso se aceptar, convienen mediante votación el darle sentido y alcance a las disposiciones convencionales. De hecho desde la opinión consultiva OC-12/91 del seis de diciembre de 1991²⁷⁶ 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.

En *segundo lugar*, el Tribunal Constitucional Plurinacional plantea que las decisiones de la Corte IDH forman parte del bloque de constitucionalidad por dos razones principalmente. Primero por el objeto de su competencia y segundo por la aplicación de

²⁷³ Bolivia, *Constitución Política del Estado*, 07 de febrero de 2009, art. 256.1.

²⁷⁴ Marco Antonio Baldivieso Jinés, “La interpretación constitucional en Bolivia, (¿Suicidio del TCP?, Estudio de caso)”, *Rev. Boliv. de Derecho* 23, n.º 1 (2017): 36, http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n23/n23_a02.pdf. Ver nota al pie n.º 31.

²⁷⁵ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 2006-13381-27-RAC*, 10 de mayo de 2010, pág. 9.

²⁷⁶ Corte IDH, *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-12/91, 6 de diciembre de 1991, Serie A n.º 12, párrs. 22, 31.

la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre derechos humanos.²⁷⁷ Sobre la primera, la CADH establece en su sección segunda las competencias y funciones de la Corte IDH²⁷⁸ dentro de las cuales se encuentran sus funciones contenciosa y consultiva.²⁷⁹ Es decir la atribución de emitir opiniones consultivas se encuentra dentro del objeto de la competencia de la Corte IDH que plantea el Tribunal Constitucional Plurinacional. Por otro lado, esta competencia y jurisdicción ha sido reconocida por el aquel entonces Congreso Nacional de Bolivia, como obligatoria de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido a través de la Ley Nro. 1430 del once de febrero de 1993.²⁸⁰

En cuanto a la segunda, el Tribunal Constitucional Plurinacional plantea la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos. Sin embargo, 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:

es 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.²⁸¹ (El énfasis me pertenece)

Es decir, el llamado efecto útil no es más que una categoría del denominado 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, como señala el Tribunal Constitucional Plurinacional, sino en general sobre el texto de la CADH y su interpretación autorizada realizada en el ámbito de sus competencias.

²⁷⁷ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 2006-13381-27-RAC*, 10 de mayo de 2010, págs. 9-10.

²⁷⁸ OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, OEA N° 36 – Reg. ONU 27/08/1979 N° 17955, arts. 61-65.

²⁷⁹ *Ibíd.*, arts. 62.3, 64.

²⁸⁰ Bolivia, *Convención americana sobre derechos humanos. Pacto de San José de Costa Rica. Se aprueba y ratifica la suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969*, Ley Nro. 1430, 11 de febrero de 1993, art.3.

²⁸¹ Corte IDH, “Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Heliodo Portugal vs. Panamá*, 12 de agosto de 2008, párr. 180, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf.

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”.²⁸²

Por lo tanto, cuando se habla de efecto útil, debe hacérselo 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.

En conclusión, a través del análisis de la *sentencia 0110/2010-R* del diez de mayo de 2010, se evidencia que el Tribunal Constitucional Plurinacional, si bien no reconoce explícitamente a las opiniones consultivas como parte de su bloque de constitucionalidad, abre un espacio muy favorable para su reconocimiento y exigencia ante la justicia ordinaria y constitucional. Basta hacer una interpretación integral de la sentencia y profundizar el contenido de sus argumentos para concluirlo.

A partir de dicha sentencia, han sido escasas las referencias a las opiniones consultivas de la Corte IDH, identificándose casos aislados como la sentencia *nro. 0084/2018, del 29 de noviembre de 2017*, a través de la cual se 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.²⁸³

Hasta el momento se ha determinado los principios constitucionales que vinculan a las opiniones consultivas al ordenamiento jurídico interno de Bolivia y el cómo la sentencia *nro. 0110/2010-R* del 10 de mayo de 2010 abre una puerta importante para el reconocimiento de estas como parte del bloque constitucionalidad. Sin duda 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”,²⁸⁴ mandato que involucra no solo al Tribunal Constitucional Plurinacional, sino también a los jueces y tribunales de garantías que ejercen justicia constitucional, así como los jueces o autoridades de la justicia ordinaria, agroambiental, indígena originario campesina y jurisdicciones

²⁸² Corte IDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos* (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del Protocolo del San Salvador), Opinión Consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016, Serie A n.º 22, párr. 26.

²⁸³ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 20960-2017-42-AIA*, 28 de noviembre de 2017, pág. 55.

²⁸⁴ Bolivia, *Constitución Política del Estado*, 07 de febrero de 2009, art. 109.

especiales.²⁸⁵ Por lo tanto, en la justicia ordinaria como constitucional deberán ser aplicadas las opiniones consultivas, al ser una fuente jurídica vinculante para la tutela de derechos. Esta obligación se traduce en realizar el *control de convencionalidad*, el cual en Bolivia no se diferencia del *control de constitucionalidad*, ya que este país cuenta con una Constitución convencionalizada, la cual le permite entender a los tratados, como la CADH, como integrantes de su Constitución.²⁸⁶ Así mismo, este control ha sido definido por el Tribunal Constitucional Plurinacional en los siguientes términos:

una vía para 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.*²⁸⁷ El énfasis me pertenece.

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 deberá observar los siguientes lineamientos desarrollados por el Tribunal Constitucional Plurinacional. Por un lado, cuando el encargado de realizar dicho control sea el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, 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 desarrollados en el corpus iuris,²⁸⁸ dentro de los cuales 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,²⁸⁹ desarrollado en las opiniones consultivas. De dicho contraste el Tribunal Constitucional Plurinacional tendrá tres opciones para resolver: Primero, establecer que ambas normas pueden coexistir. Segundo, concluir que la norma nacional tiene varias

²⁸⁵ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 00198-2012-01-AL*, 27 de abril de 2012, pág. 5.

²⁸⁶ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 28497-2019-57-AIA*, 9 de julio de 2019, pág. 20.

²⁸⁷ *Ibíd*, pág. 19.

²⁸⁸ *Ibíd*, pág. 21.

²⁸⁹ *Ibíd*, pág. 21.

interpretaciones y entre ellas existe una compatible o complementaria con el *corpus iuris*. Finalmente 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 del *corpus iuris* por ser más favorable,²⁹⁰ dentro del cual como se reitera se encuentran las opiniones consultivas. Además deberá tomar en cuenta que si el control de convencionalidad se relaciona al principio de igualdad deberá aplicar el test de razonabilidad de desigualdad si lo considera necesario.²⁹¹

Por otro lado, cuando el encargado de realizar el control de convencionalidad sea cualquier autoridad pública, el Tribunal Constitucional Plurinacional no ha brindado lineamientos con la misma claridad. Por ejemplo, en el año 2010 mencionó 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 Tribunal Constitucional Plurinacional, criterio que se ha reiterado en otras sentencias, como las dictadas en los años 2012 y 2015.²⁹² Por ende, bajo este criterio el Tribunal Constitucional Plurinacional sería el único con competencia para establecer si existe o no compatibilidad entre las opiniones consultivas y la Constitución y demás normas nacionales.

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

el 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*”²⁹³

Es decir, bajo este nuevo lineamiento cualquier autoridad pública podría aplicar directamente las opiniones consultivas aunque esta decisión conlleve a inaplicar la normativa nacional. En este caso la decisión no tendría efectos *erga omnes* por lo que se

²⁹⁰ *Ibíd*, pág. 21.

²⁹¹ *Ibíd*, pág. 21.

²⁹² Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º*: SC 2765/2010-R, 10 de diciembre de 2010, citada en Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 00690-2012-02-AAC, 22 de junio de 2012, pág. 3, y Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 0782/2015-s3, 22 de julio de 2015, pág. 11.

²⁹³ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 28497-2019-57-AIA, 9 de julio de 2019, pág. 19.

limitaría a generar efectos únicamente en el proceso administrativo o judicial correspondiente.

En conclusión, como se ha mencionado anteriormente la CADH no impone un modelo de control de convencionalidad,²⁹⁴ por lo tanto en aras de desarrollar uno que mejor se adapte a la realidad social y tradición jurídica de Bolivia, su Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado lineamientos mucho más claros para establecer su competencia para realizar el control de convencionalidad en el ámbito de sus competencias. Situación que no ha pasado 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 y la segunda es que toda autoridad pública puede establecer la compatibilidad entre una norma nacional y una opinión consultiva y decidir cuál debe resultar más beneficiosa para el ejercicio de los derechos, resolución que tendría efectos únicamente para el caso en concreto.

Corresponde ahora analizar un caso concreto en el cual de la aplicación de las opiniones consultivas depende la tutela o vulneración de un derecho. El caso que se propone es el *derecho al matrimonio igualitario*, reconocido en la opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017,²⁹⁵ cuyos argumentos son contrarios a los desarrollados por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la *sentencia nro. 0076/2017* del nueve de noviembre de 2017,²⁹⁶ 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 Tribunal Constitucional Plurinacional en la *sentencia nro. 0076/2017* se desprenden dos principales argumentos con los cuales sostiene la imposibilidad de que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio, siendo estos los siguientes: Primero, la “voluntad” del constituyente por instituir un solo tipo de

²⁹⁴ 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://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

²⁹⁵ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 noviembre de 2017, Serie A n.º 24, párr. 227.

²⁹⁶ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 16831-2016-34-AIA*, 9 de noviembre de 2017.

matrimonio, el heterosexual y segundo, la procreación como fin último del matrimonio. Se verá el cómo aplicando los criterios de acceso al matrimonio para parejas del mismo sexo, desarrollas en la opinión consultiva OC-24/17, se desvirtúan los argumentos del Tribunal Constitucional Plurinacional, que impiden el acceso a este derecho. Esto dará muestra de cómo la aplicación obligaría 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 al matrimonio en los siguientes términos “El 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 Tribunal Constitucional Plurinacional 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 “Dicha 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 Por lo tanto, el Tribunal Constitucional Plurinacional reconoce un solo tipo de vínculo matrimonial, el heterosexual.

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 Tribunal Constitucional Plurinacional se centra en interpretar a la Constitución como un mandato de un solo tipo de matrimonio y que la modificación a esta debe darse a través de un “debate democrático”, que da a entender sería la reforma constitucional ante la Asamblea Legislativa. Sobre estos argumentos, la Corte IDH en la opinión consultiva OC-24/17 señala que:

no puede ignorar que es 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

²⁹⁷ Bolivia, *Constitución Política del Estado*, 07 de febrero de 2009, art. 63.

²⁹⁸ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 16831-2016-34-AIA*, 9 de noviembre de 2017, pág. 15.

²⁹⁹ *Ibid*, pág. 16.

³⁰⁰ *Ibid*, pág. 47.

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*.³⁰¹ (El énfasis me pertenece).

Es decir, para que la argumentación planteada por el Tribunal Constitucional Plurinacional sea válida se requiere justificar efectivamente la existencia de una *dificultad institucional*. Esta dificultad, como se ha dicho, estaría sostenida por el Tribunal en considerar 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 plantea que las reformas sobre el matrimonio igualitario pueden ser no solo legislativas y administrativas, sino también judiciales, para adecuar su ordenamiento, interpretaciones y prácticas internas.³⁰² Es decir el Tribunal Constitucional Plurinacional puede adecuar vía interpretación el contenido de los derechos constitucionales para que sean consecuentes con las obligaciones internacionales que generan las opiniones consultivas. Lo cual además es un mandato constitucional, ya que los derechos y deberes consagrados en la Constitución deben interpretarse de conformidad a los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia,³⁰³ dentro de los cuales se encuentra la CADH.

Adicionalmente se debe tomar en cuenta que en el caso de Bolivia no es necesario reformar en la Asamblea Legislativa el artículo de la Constitución que regula el derecho al matrimonio, ya que este 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 con el artículo 63 de la Constitución. Argumento que ha sido planteado por la Corte Constitucional del Ecuador para reconocer el matrimonio igualitario.³⁰⁴ Esta alternativa incluso estaría avalada por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, en la cual señaló que cuando esta realice un control de convencionalidad entre sus opciones para decidir se encuentra “La posibilidad de que la norma interna sea compleja y amita diferentes interpretaciones, debiendo aplicar el

³⁰¹ Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos*, Opinión Consultiva OC 23/17, 15 de noviembre de 2017, Serie A n.º 23, párr. 226.

³⁰² *Ibid*, párr. 226.

³⁰³ Bolivia, *Constitución Política del Estado*, 07 de febrero de 2009, art. 13.4.

³⁰⁴ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º: 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, párrs. 136, 211.

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”.³⁰⁵

Así mismo el Tribunal Constitucional Plurinacional en la sentencia nro. 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 fundamentales, estableciendo que para la máxima eficacia de éstos, 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 (...)³⁰⁶

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 desarrollos 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.³⁰⁷ Por lo tanto, el Tribunal Plurinacional Constitucional no puede arbitrariamente señalar en qué casos se debe recurrir a un debate democrático y en qué casos no, pues 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, la cual en cuanto a su acceso menciona lo siguiente:

227. 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,

³⁰⁵ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 28497-2019-57-AIA, 9 de julio de 2019, pág. 21.

³⁰⁶ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 20960-2017-42-AIA, 28 de noviembre de 2017, pág. 4.

³⁰⁷ Sobre este punto el Tribunal Plurinacional Constitucional de Bolivia ha llegado a declarar inconstitucionales normas contenidas en la misma Constitución y en consecuencia aplicar preferentemente otras normas del bloque de constitucionalidad que desarrollen de mejor manera el ejercicio de los derechos, sin que sea necesario en consecuencia, derivar a la Asamblea Legislativa previamente para que realicen el proceso de reforma constitucional. Ver sentencia: Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 20960-2017-42-AIA, 28 de noviembre de 2017, pág. 48, 78.

garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.³⁰⁸

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, de manera que 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 del matrimonio*. Al respecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional señala en lo pertinente lo siguiente:

el ordenamiento jurídico ha investido al matrimonio de la calidad de un convenio jurídico celebrado entre dos partes que sexualmente se complementen (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.³⁰⁹

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 la Corte IDH mencionó lo siguiente:

221. La Corte 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 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 social⁴¹⁴. 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.³¹⁰

En este punto sin duda se observan dos concepciones distintas, la primera impone como fin del matrimonio la procreación y por lo tanto un condicionante para el acceso a esta institución para las parejas del mismo sexo, mientras que la segunda estima

³⁰⁸ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 noviembre de 2017, Serie A n.º 24, párr. 227.

³⁰⁹ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º: 16831-2016-34-AIA*, 9 de noviembre de 2017, pág. 7.

³¹⁰ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 noviembre de 2017, Serie A n.º 24, párr. 221.

degradante esta concepción y por lo tanto no constituye 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 fundamentada los derechos.³¹¹ Este es sin duda la opinión consultiva OC-24/17 ya que en ella no se impone la procreación como fin del matrimonio, lo cual en la práctica implica reconocer diferentes tipos de familia, basados en relaciones afectivas, de auxilio mutuo y comunidad de bienes.

En conclusión, en el Estado de 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. Así mismo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, principalmente desarrollada en las sentencias 0110/2010-R del 10 de mayo de 2010,³¹² 0076/2017 del nueve de noviembre de 2017³¹³, 0084-2017 del 28 de noviembre de 2017,³¹⁴ y 0032/2019 del 09 de julio de 2019,³¹⁵ 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 Tribunal Constitucional Plurinacional deba pronunciarse sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario deberá observar esta decisión de la Corte IDH, la cual desvanece los argumentos con los cuales el Tribunal se blindó anteriormente para frenar la posibilidad de reivindicar este derecho.

³¹¹ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 20960-2017-42-AIA, 28 de noviembre de 2017, pág. 4.

³¹² Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 2006-13381-27-RAC, 10 de mayo de 2010.

³¹³ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 16831-2016-34-AIA, 9 de noviembre de 2017.

³¹⁴ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 20960-2017-42-AIA, 28 de noviembre de 2017.

³¹⁵ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 28497-2019-57-AIA, 9 de julio de 2019.

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, así como se ha verificado su forma de aplicación en los Estados de Ecuador y Bolivia. A raíz de las cuales se plantean las siguientes siete conclusiones y recomendaciones:

Primera, 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.

Segunda, 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 –consulta sobre 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, que cuando se trate de una opinión de aspecto formal –consulta sobre compatibilidad de normas internas con la CADH u otros tratados y convenios internacionales– los elementos obligatorios con el resultado de la comparación y la decisión de la Corte IDH, lo cual genera 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.

Tercera, 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, por lo tanto deben ser aplicadas obligatoriamente, incluso prevalecer sobre la Constitución cuando reconozcan más derechos que esta. En el caso de Bolivia, los *principios constitucionales* que vinculan a las opiniones consultivas al ordenamiento jurídico interno de Bolivia son: cláusula

abierta, favorabilidad, aplicación directa de los derechos, interpretación conforme a los pactos internacionales sobre derechos humanos, progresividad y juridicidad.

Por otro lado, usando los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la *sentencia nro. 0110/2010-R del 10 de mayo de 2010*, se abre un camino importante para el reconocimiento de las opiniones consultivas, a raíz de los argumentos del bloque de constitucionalidad, efecto útil de los instrumentos internacionales y el principio de juridicidad como piedra angular del Estado Constitucional. 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.

Cuarta, las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador 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 de instituirlos. En el primer escenario, planteado por el juez constitucional Alí Lozada, se estaría frente a una dificultad institucional y por lo tanto 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 constitucional Ramiro Ávila, simplemente 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 la adopción igualitaria.

En el caso de Bolivia en cambio se observa que su Tribunal Plurinacional Constitucional plantea una postura más cercana a la formulada por el Juez Ávila, 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.

Quinta, 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 lo 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 donde el Juez Lozada abogó por un control concentrado mientras que el Juez Ávila, especialmente con su voto concurrente a la sentencia del Juez Lozada, aboga por un control mixto.

En la práctica esto implica que siguiendo los lineamientos del Juez Ávila, toda autoridad administrativa o judicial dentro de sus competencias podría aplicar las opiniones consultivas directamente, aunque esto conlleve a inaplicar la Constitución o las leyes de la República. Por lo tanto dentro de un recurso administrativo la autoridad pública podría resolver una antinomia entre una opinión consultiva y la normativa nacional. Lo mismo con los Jueces al resolver un proceso promovido en la justicia ordinaria, así como los jueces constitucionales en garantías jurisdiccionales como la acción de protección. Ello no limitaría a que la Corte Constitucional sea el órgano de justicia constitucional 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 acción pública de inconstitucionalidad.

En el caso de Bolivia el alcance de las opiniones consultivas se encuentra más claro cuando es el Tribunal Constitucional Plurinacional quien realiza el control de convencionalidad. El cual al resolver una antinomia entre una opinión consultiva y una norma de derecho interno, puede declarar que estas pueden coexistir armónicamente, así mismo puede establecer que la norma nacional admite diversas interpretaciones, pero que entre ellas la más favorable se complementa con las opiniones consultivas y 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 Tribunal Constitucional Plurinacional. El primero, defendido desde el 2010, en el cual menciona que solamente él puede realizar dicho control a través de las acciones de control concreto y abstracto de constitucionalidad. Mientras que en el 2019 mencionó en cambio 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, mi posición sobre 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 pueda contradecir los criterios de las opiniones consultivas y poder establecer así 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 concretos oportunamente.

Sexta, en el caso de Bolivia el *matrimonio igualitario* es un reto en materia de derechos humanos en donde 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 Tribunal Plurinacional Constitucional, 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 su reconocimiento.

Séptima, 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 parte de esta. Sin embargo aquí se plantea que deberían ser reconocidas como parte de la CADH ya que es un tratado firmado y ratificado por ambos países, así como la competencia de la Corte IDH para interpretarlo, lo que la torna en obligatoria. Lo contrario implica recurrir a la doctrina internacional para determinar qué es y qué no es un instrumento internacional, lo cual puede tornarse en un ejercicio arbitrario sin la legitimación de estos países, ya que ni sus Constituciones, ni la Convención de Viena define qué es un instrumento internacional de derechos humanos.

En el caso de Bolivia, se debe tomar en cuenta que para que se apliquen preferentemente sobre la Constitución los tratados e instrumentos internacionales que reconozcan derechos más favorables deben ser previamente firmados y ratificados, situación que no es posible hacer en el caso de las opiniones consultivas, pero si con la CADH. En consecuencia, se recomienda referirse a estas como la interpretación autorizada de la CADH y no como un instrumento internacional separado de la CADH.

Bibliografía

1. Libros y secciones de libros

- Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Buergenthal, Thomas. *Derechos humanos internacionales*. México: Gernika, 2002.
- Esposito, 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 Ledesma, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- Jiménez, Eduardo Pablo. "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*, coordinado por Germán Bidart y Calogero Pizzolo. Mendoza, AR: Catedra de Derecho Constitucional Latinoamericano / Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.
- Lozada, Alí, y Catherine Ricaute. *Manual de argumentación constitucional: propuesta de un método*. Quito, EC: Corte Constitucional del Ecuador, 2015.
- Lima, Gretta C. "Apuntes metodológicos". En *Ratio Decidendi Obiter Dicta*, editado por Corte Nacional de Justicia, 81-90. Quito, EC: Corte Nacional de Justicia, 2014.
- Núñez Vaquero, 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 Abellán y Álvaro Núñez Vaquero, 83-106. Barcelona: Atelier, 2020.
- Roa, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho, 2011.

Ruiz Guzmán, Alfredo y Pamela Juliana Aguirre Castro. *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2016.

Ventura, Manuel, y Daniel Zovatto. *La Naturaleza de la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Editorial, 2015.

2. Artículos de revistas académicas y científicas

Baldivieso Jinés, Marco Antonio. “La interpretación constitucional en Bolivia, (¿Suicidio del TCP?, Estudio de caso)”. *Rev. Boliv. de Derecho* 23, n.o 1 (2017): 18-50. http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n23/n23_a02.pdf.

Bavaresco, Agemir. “La crisis del estado-nación y la teoría de la soberanía en Hegel”. *Revista de pensament i analisi* (2003): 55-80. <http://www.e-revistas.uji.es/index.php/recerca/article/view/266/248>.

Buergethal, Thomas. “Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista IIDH* 39 (2004): 11-31. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-1.pdf>.

Cançado Trindade, Antônio. “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. *United Nations Audiovisual Library of International Law* (2016): 1-24. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/sicj_s.pdf.

Camarillo Govea, Laura Alicia. “Convergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”. *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores* 1 (2016): 67-84. <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a05.pdf>.

Castillo Rodríguez, Pablo Andrés. “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.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano". *Estudios Constitucionales* 9, n.o2 (2011): 531-622. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>.

- Guerra Coronel, Marcelo Alejandro. "El control de convencionalidad. Una mirada a partir de los estándares de la Corte IDH y sus problemas de aplicación en Ecuador". *Revista de Estudios Jurídicos* 5 (2016): 72-90. <http://derecho.udla.edu.ec/calamo/images/revistas-pdf/calamo5/10.-Ensayo-MAGC-CAL5.pdf>.
- 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". *Revista de Derecho FORO* 32, n.o 2 (2019): 43-60.
- Morales, Rómulo. "Hechos y actos jurídicos". *Foro Jurídico* 9 (2009): 14-24. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18509/18749>.
- Medinaceli Rojas, Gustavo. "Interpretación de la Constitución boliviana. Voluntad del constituyente vs. Jurisprudencia interamericana". *Revista de Derecho Constitucional Umbral* 1, n.o 1 (2011): 55-65.
- 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://www.corteidh.or.cr/tablas/r32199.pdf>.
- Nikken, Pedro. "La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Instituto de Investigaciones Jurídicas* (2019): 160-81. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>.
- Pacheco Méndez, Guadalupe. "El diseño institucional de la URSS y su desintegración. Antecedentes geohistóricos y la dinámica del conflicto intraélites". *Revista de temas contemporáneos sobre lugares, política y cultura* 1, n.o 1 (2011): 8-45. <https://www.redalyc.org/pdf/4195/419545116001.pdf>.
- Pérez Vásquez, Rodolfo. "La jurisprudencia vinculante como norma jurídica". *Justicia Juris* 7 (2007): 9-14. <http://repositorio.uac.edu.co/handle/11619/1067>.
- Rodas Balderrama, Víctor Hugo. "Aplicación del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano de los derechos humanos". *Revista IIDH* 64 (2016): 311-45. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36285.pdf>.
- Rey, Sebastián. "Derechos humanos soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales". *Revista Derechos Humanos* 1, n.o 1 (2012): 73-100. http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl20197-rey-derechos_humanos_soberania_estatal.htm.

- Salazar, Daniela. "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". *Revista de Derecho FORO* 32, n.o 2 (2019), 123-143.
- Villaroel, Carlos. "La Competencia Consultiva de los Tribunales Internacionales". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 2, n.o4 (2014): 13-26. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5994936>.
- Vio Grossi, Eduardo. "La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos". *Revista Jurídica Digital* 2/2 (2018): 200-14. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7175015>.
- Whittaker, Simon. "El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela". *Revista Chilena de Derecho* 35, nro. 1 (2008): 37-83. <https://www.redalyc.org/pdf/1770/177014517003.pdf>.

3. Constituciones y leyes

- Bolivia. *Constitución Política del Estado*. 07 de febrero de 2009.
- _____. *Convención americana sobre derechos humanos. Pacto de San José de Costa Rica. Se aprueba y ratifica la suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969*. Ley Nro. 1430, 11 de febrero de 1993.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- _____. *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 del Ecuador*. Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.
- _____. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Decreto Legislativo No. 000. RO/1, 11 de agosto de 1998.
- _____. *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, 08 de julio de 2019.
- _____. *Ratificación de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Registro Oficial 6, 28 de abril de 2005.

4. Sentencias nacionales

- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Caso n.º*: 003-13-SIN-CC. 04 de abril de 2013.
- ____. “Sentencia”. En *Caso n.º*: 003-14-SIN-CC. 17 de septiembre de 2014.
- ____. “Sentencia”. En *Caso n.º*: 020-14-SIS-CC. 7 de octubre de 2014.
- ____. “Sentencia”. En *Caso n.º*: 019-16-SIN-CC. 22 de marzo de 2015.
- ____. “Sentencia”. En *Caso n.º*: 049-16-SIN-CC. 21 de septiembre de 2016.
- ____. “Sentencia”. En *Caso n.º*: 140-18-SEP-CC. 18 de abril de 2018.
- ____. “Sentencia”. En *Caso n.º*: 184-18-SEP-CC. 29 de mayo de 2018.
- ____. “Sentencia”. En *Caso n.º*: 10-18-CN/19. 12 de junio de 2019.
- ____. “Sentencia n.º 10-18-CN/19 de 12 de junio de 2019”. Juez ponente Alí Lozada Prado. Voto salvado del Juez Hernán Salgado. Caso Matrimonio igualitario.
- ____. “Sentencia n.º 10-18-CN/19 de 12 de junio de 2019”. Juez ponente Alí Lozada Prado. Voto concurrente del Juez Ramiro Ávila Santamaría. Caso Matrimonio igualitario.
- ____. “Sentencia”. En *Caso n.º*: 11-18-CN/19. 12 de junio de 2019.
- ____. “Sentencia n.º 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019”. Juez ponente Ramiro Ávila Santamaría. Voto salvado del Juez Hernán Salgado. Caso Matrimonio igualitario.
- ____. “Sentencia n.º 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019”. Juez ponente Ramiro Ávila Santamaría. Voto concurrente del Juez Alí Lozada Prado. Caso Matrimonio igualitario.
- ____. “Sentencia”. En *Caso n.º*: 109-11-IS. 26 de agosto de 2020.

5. Sentencias nacionales de Bolivia

- Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional. “Sentencia”. En *Expediente n.º*: 2006-13381-27-RAC. 10 de mayo de 2010.
- ____. “Sentencia”. En *Expediente n.º*: 00198-2012-01-AL. 27 de abril de 2012.
- ____. “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 00690-2012-02-AAC, 22 de junio de 2012.
- ____. “Sentencia”. En *Expediente n.º*: 02052-2012-05-AL. 3 de diciembre de 2012.
- ____. “Sentencia”. En *Expediente n.º*: 03338-2013-07-AIC. 21 de noviembre de 2013.
- ____. “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 0782/2015-s3, 22 de julio de 2015.
- ____. “Sentencia”. En *Expediente n.º*: 16831-2016-34-AIA. 9 de noviembre de 2017.

____. “Sentencia”. En *Expediente n.º*: 20960-2017-42-AIA. 28 de noviembre de 2017.

____. “Sentencia”, en *Expediente n.º*: 28497-2019-57-AIA, 9 de julio de 2019.

6. Sentencias nacionales de Colombia

Colombia Corte Constitucional. *Sentencia SU-047-99*. 29 de enero de 1999.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm>.

____. *Sentencia T-292/06*. 6 de abril de 2006.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm>.

7. Sentencias de la Corte IDH

Corte IDH. “Sentencia de 05 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso*

“La Última Tentación de Cristo” Olmedo Bustos y otros vs. Chile. 05 de febrero de 2001. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.

____. “Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo)”. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. 14 de marzo de 2001.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf.

____. “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://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

____. “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.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

____. “Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas)”. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. 25 de noviembre de 2006.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf.

____. “Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Kimel vs. Argentina*. 2 de mayo de 2008.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

____. “Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Heliado Portugal vs. Panamá*. 12 de agosto de 2008.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf.

- _____. “Sentencia de 5 de julio de 2011 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. 5 de julio de 2011. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_228_esp.pdf.
- _____. “Sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. 30 de enero de 2014. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.
- _____. “Sentencia de 25 de noviembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso López y otros vs. Argentina*. 25 de noviembre de 2019. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf.
- _____. “Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Monhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. 6 de febrero de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf.

8. Opiniones consultivas de la Corte IDH

- Corte IDH. ‘*Otros tratados*’ objeto de la función consultiva de la Corte. Opinión Consultiva OC-1/82. 24 de septiembre de 1982. Serie A n.o 1.
- _____. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82. 24 de septiembre de 1982. Serie A n. ° 2.
- _____. *Restricciones a la pena de muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83. 08 de septiembre de 1983. Serie A n. ° 3.
- _____. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84. 11 de enero de 1984. Serie A n. ° 4.
- _____. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85. 13 de noviembre de 1985. Serie A n. ° 5.
- _____. *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87. 06 de octubre de 1987. Serie A n. ° 9.

- _____. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89. 14 de julio de 1989. Serie A n.º 10.
- _____. *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-12/91. 6 de diciembre de 1991. Serie A n.o 12.
- _____. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94. 09 de diciembre de 1994. Serie A n.º 14.
- _____. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-15/97. 14 de noviembre de 1997. Serie A n.o 15.
- _____. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99. 01 de octubre de 1999. Serie A n.º 16.
- _____. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC 17/2002. 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17.
- _____. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03. 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18.
- _____. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09. 29 de septiembre de 2009. Serie A n.º 20.
- _____. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14. 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21.
- _____. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos* (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16. 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22.
- _____. *Medio ambiente y derechos humanos*. Opinión Consultiva OC 23/17. 15 de noviembre de 2017. Serie A n.o 23.
- _____. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva OC-24/17. 24 noviembre de 2017. Serie A n.o 24.

9. Instrumentos de organismos internacionales y documentos estatales foráneos

Altas partes contratantes. *Pacto de la Sociedad de Naciones*. 28 de junio de 1919.

CE Asamblea General. *Convención europea, Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. 4 de noviembre de 1950. BOE 243.

___ Asamblea General. *Protocolo número 2 a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. 6 de mayo de 1963.

CIDH. *Informe sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la segunda conferencia interamericana extraordinaria*. 15 de octubre de 1965.
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/Informe%20sometido%20por%20la%20CIDH%20a%20la%20segunda%20conf%20interam%20extraordinaria.pdf>.

Colombia Embajada. *Solicitud opinión consultiva*. Embajada de Colombia, 2019.
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_26_esp.pdf.

Corte IDH. *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 28 de noviembre de 2009.

OEA Asamblea General. *Protocolo de reformas a la carta de la Organización de Estados Americanos*. 27 de febrero de 1967.

___ . *Convención Americana de Derechos Humanos*. 7 al 22 de noviembre de 1969. OEA N° 36 – Reg. ONU 27/08/1979 N° 17955.

___ Secretaría General. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*. 1973.

___ Secretaría General. *Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. 7 al 22 de noviembre de 1969.

ONU Asamblea General. *Carta de las Naciones Unidas*. 26 de junio de 1945.

___ Asamblea General. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. 23 de mayo de 1969. A/CONF.39/27.

___ Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. RES 217 A (III).

___ Asamblea General. *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. 26 de junio de 1945.

___ Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 23 de marzo de 1976. RES 200 A (XXI).

___ Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 3 de enero de 1976. RES 200 A (XXI).