

Reflexiones jurídicas del bloque de constitucionalidad ecuatoriano a la luz de la sentencia No. 11-18-CN/19: matrimonio igualitario

Diego Xavier López-Jara¹
Marianela Espinoza Álvarez²

Resumen:

El presente artículo de revisión bibliográfica, analiza el bloque de constitucionalidad ecuatoriano junto con sus matices y mutaciones, a raíz de la sentencia No 11-18-CN/19 expedida por la Corte Constitucional, a sabiendas de que su ejercicio hermenéutico ha sido imperioso para arrojar luces sobre ciertas instituciones que no forman parte del texto constitucional ecuatoriano de forma expresa, pero, sí lo hacen de forma implícita por mandato. El fin de la investigación es esclarecer la naturaleza de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Ecuador, para lo cual, se realiza tanto un estudio normativo -que abarca la legislación internacional y doméstica- como doctrinario, respecto del tema en cuestión. Del mismo modo, estudia y critica los argumentos centrales de la sentencia a efectos de tomar una postura, capaz de reflejar fidedignamente todo el aporte doctrinario y jurisprudencial que se ha forjado en la materia. Como conclusión, se puede advertir que las opiniones consultivas son vinculantes para el Estado ecuatoriano porque la Convención no es solo lo que esta establece literalmente en su texto sino, también, lo que la Corte deduce de esta; es decir, que este órgano es el intérprete auténtico y vinculante del instrumento convencional; en tal sentido, no es aplicable solo para el Estado consultante de la Opinión Consultiva, sino para todos los Estados que hacen parte del sistema interamericano.

Palabras Clave

Bloque de constitucionalidad, control de convencionalidad, derechos humanos, instrumento internacional, opinión consultiva.

Abstract

This bibliographic review article analyzes the Ecuadorian constitutionality block with its nuances and mutations as a result of the Constitutional Court's No. 11-18-CN / 19 sentence, knowing that its hermeneutical exercise has been imperative to throw lights on certain institutions that are not explicitly part of the Ecuadorian constitutional text, but do so implicitly by mandate of itself. The purpose of the investigation is to clarify the nature of the Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights in Ecuador, for which both a normative -which covers both international and domestic legislation- and doctrinaire study regarding the issue in question is carried out. The article also studies and criticizes the central arguments of the sentence in order to take a position capable of faithfully reflecting all the doctrinal and jurisprudential contributions that have been forged in the matter. In conclusion, we can note that the advisory opinions are binding on the Ecuadorian State because the Convention is not only what it literally establishes in its text, but also what the Court deduces from it; In other words, the Court is the authentic and binding interpreter of the conventional instrument; in that sense it is not applicable only to the consulting State of the Advisory Opinion, but to all the States that are part of the inter-American system.

Keywords

Advisory opinion, constitutionality block, conventionality control, international instrument, human rights.

1. Estudiante de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. diegolopez@es.uazuay.edu.ec

2. Estudiante de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. marianelaespinoza@es.uazuay.edu.ec

Introducción

La Constitución ecuatoriana es un espécimen jurídico *sui generis*, lleno de normas abstractas y cláusulas difusas que resultan cuasi poéticas, propias de los modernos Estados constitucionales de derecho. En la realidad jurídica ecuatoriana, la institución del bloque de constitucionalidad se concibe de manera distinta a la de otros países de la región por ser más general y extensa, tratándose de varias cláusulas de reintegro presentes, de manera no taxativa que, al sumarse a la actuación de los funcionarios jurisdiccionales a través del desarrollo jurisprudencial, establecen su utilidad, alcance y contenido. Prueba de ello es la sentencia No. 11-18-CN/19 -hito de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana- en donde se determina la utilidad, alcance y contenido de varias instituciones y figuras jurídicas para, finalmente, dar paso a la legalización del matrimonio igualitario en el Ecuador. Ahora bien, el escaso aporte académico ecuatoriano en la cuestión, sumado a la dispersa y confusa jurisprudencia constitucional en el desarrollo de esta enunciación, nos incita a analizar esta sentencia, en donde existe una potente discusión en torno a la condición jurídica de las opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), a propósito del bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, el bloque de constitucionalidad es una doctrina de vital importancia que figura en la motivación que realiza el juez ponente en la sentencia, pues, en ella se refiere al principio de directa e inmediata aplicación³ -una de las cláusulas de reintegro anteriormente mencionadas- como uno de los ejes centrales de su argumentación. Si nos remitimos a la Constitución ecuatoriana vigente, puede observarse que el constituyente no definió ninguna diferencia entre 'tratado' o 'convenio', pues, se refirió de forma genérica a 'instrumentos internacionales de derechos humanos', lo que a primera vista conduciría a un dilema respecto a los documentos que integran el bloque de constitucionalidad ecuatoriano: ¿lo integran de forma exclusiva aquellos que han cumplido con el proceso de ratificación o se puede prescindir de este paso?

El bloque de constitucionalidad ecuatoriano conserva muchos de los matices del concepto original de la institución, engendrada en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés del año 1970. Ahora bien, si se analizan los textos constitucionales latinoamericanos, se puede percibir que la Constitución argentina⁴ es la única que consagra un catálogo taxativo de normas internacionales que conforman su bloque de constitucionalidad⁵. Por otro lado, la Constitución boliviana es la única que se refiere a la denominación 'bloque de constitucionalidad' en su texto constitucional para determinar su contenido (Pérez, 2019)⁶. De ahí que se puede evidenciar la heterogeneidad del tratamiento de la cuestión en el contexto andino y la imperiosa necesidad de ser categóricos en el escrutinio de la interpretación y alcance que le dan a estas instituciones, los máximos tribunales en materia constitucional de la región.

El presente artículo halla su justificación en la necesidad de dar solución a la interrogante antes planteada, remitiéndose al caso práctico de las Opiniones Consultivas (OC) que emite la Corte IDH en ejercicio de su función consultiva. Análogamente, se buscará determinar el alcance de la denominación 'instrumentos internacionales'. La Corte Constitucional ya aproximó una postura en la sentencia del matrimonio igualitario, en donde le atribuyó a la OC 24/17⁷ el estatus jurídico de 'vinculante'. Sin duda, esto marcó un fundamental precedente, determinando que las OC son de directa e inmediata aplicación, siempre que reconozcan derechos más favorables que los que reconoce el mismo texto constitucional. He aquí la singular complejidad del bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

3. Art. 11 núm. 7 de la Constitución ecuatoriana. Claro está, que al encontrarnos ante una cláusula de remisión cerrada indeterminada como lo señala Pérez (2019), la labor del intérprete de la norma en cuestión y de los doctrinarios que propenden a cumplir el mismo cometido, se vuelve categóricamente más laberíntica.

4. Art. 75 no. 22 de la Constitución argentina.

5. La doctrina ha desarrollado la figura del bloque de constitucionalidad para hacer referencia a aquellos instrumentos internacionales que no siendo per se Constitución, se han integrado a esta normativamente mediante diversas vías.

6. Art. 410 inc. 2 de la Constitución boliviana.

7. Esta OC significó un avance en el marco del reconocimiento y la protección del matrimonio igualitario; la Corte IDH establece en ella que la negación del matrimonio a personas del mismo sexo está basada en estereotipos y convicciones religiosas y filosóficas que no deben ser utilizadas para condicionar el art. 17 de la CADH respecto de la protección a la familia, pues, se traduciría en discriminación por orientación sexual. Así, insta a los Estados a garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en su normativa doméstica -entre ellas el matrimonio civil- para asegurar la protección de los derechos de las familias formadas por parejas homosexuales.

Asimismo, el objetivo que persigue esta revisión y examinación bibliográfica consiste en dilucidar la naturaleza de las OC -resultado de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- en el ordenamiento jurídico ecuatoriano *so pena* de desafiar o no el criterio que ya estableció la Corte, en aras de determinar si estas forman, en definitiva, parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano. Para el efecto, se recurrirá al criterio de notables doctrinarios en la materia, al desarrollo jurisprudencial ecuatoriano, al derecho comparado y a los argumentos de la misma Corte IDH.

Una nueva forma de ver el control:

Para definir al control de constitucionalidad, se puede decir que “es un conjunto de mecanismos destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los lineamientos señalados por la voluntad constituyente, y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de intereses diferentes a los de la comunidad” (Charry, 1993, p. 73). En ese sentido, el presente estudio demanda -de entre la basta clasificación del control constitucional- ocuparse del criterio orgánico, que divide al control en político, cuando el parlamento se controla a sí mismo en su función legislativa; y jurídico, que subdivide a su vez al control, en concentrado y difuso.

Este último, presenta especial relevancia al significar la existencia o no de un órgano especializado para ejecutar el control. Así, según Intriago (2016), el control concentrado o kelseniano de constitucionalidad exige la presencia de un ente exclusivo con esta atribución especial, de una entidad estatal que haga las de juez constitucional. Por otro lado, el control difuso⁸ corre a cuenta de cualquier juez, siendo irrelevante el ámbito de su competencia o grado, aquí, si se advierte que una norma aplicable al caso conocido por el juez está en flagrante contradicción con la Constitución, se le atribuye al funcionario jurisdiccional la facultad de inaplicarla al resolver el caso.

Es importante señalar que el constituyente europeo quien había apostado históricamente por el modelo de control concentrado, siendo también su precursor, cambia de perspectiva tras finalizar la Segunda Guerra Mundial “a favor de un modelo de Constitución que sigue de cerca los pasos de la Constitución americana, con las consecuencias que de ello se derivaron en relación con el control de constitucionalidad [...] propiciará una hibridación del modelo kelseniano” (Segado, 2010, p. 63).

Entonces, se puede aseverar que, en la actualidad, no es posible concebir un modelo constitucional puro en *stricto sensu*; en esta línea, en Ecuador el control ha sufrido mutaciones entre las dos últimas cartas constitucionales. Por un lado, en la Constitución de 1998, existía un control mixto en tanto en cuanto el juez *a quo* estaba facultado para resolver el caso concreto, sin aplicar el precepto que se creyere inconstitucional -control difuso- para luego enviar un informe al -en ese entonces- Tribunal Constitucional a efectos de que este resolviese la consulta de manera *erga omnes* -control concentrado-. En contraste, la Constitución de Montecristi plantea una aproximación más palpable al control concentrado, en cuanto le arrebató al juez ordinario la atribución de tramitar la causa, y le ordena la suspensión de su trámite cuando exista sospecha de inconstitucionalidad, para que la Corte Constitucional sea quien resuelva la existencia o no de esta⁹. Así, el Juez, Hernán Salgado, expuso en el voto concurrente de la sentencia 1116-13-EP/20, que:

En definitiva, el texto constitucional vigente consagra un sistema de control concentrado, en el cual, solamente la Corte Constitucional tienen atribución expresa para establecer una incompatibilidad entre disposiciones infraconstitucionales y la Norma Fundamental. En nuestra Constitución no se reconoce un sistema mixto y, mucho menos, un modelo difuso de control constitucional, debido a que el constituyente no mantuvo ni siquiera una regulación similar a la de la Constitución de 1998; al contrario, la cambió expresamente tal como se desprende de la redacción del artículo 428 de la Constitución de 2008, que refleja la postura de la Asamblea Constituyente que fue ratificada por la ciudadanía en referéndum (Salgado, 2020, p. 21).

Lo último, sin duda, ha llevado a interpretaciones impropias por los mismos órganos del Estado y operadores de justicia. Así, la sentencia No. 11-18-CN/19 comienza a ser importante para el estudio desde la aclaración hermenéutica que precisa sobre el control constitucional y convencional.

8. El control difuso es también denominado ‘control incidental de constitucionalidad’, puesto que, al surgir dentro de un caso concreto la inconstitucionalidad, se considera como un incidente.

9. Art. 428 de la Constitución ecuatoriana.

El juez ponente identifica dos errores aberrantes en cuanto a las declaraciones de la Procuraduría General del Estado (PGE) y el Tribunal que eleva la consulta en el proceso que desembocó en la mencionada sentencia. PGE aseveró en el documento de consulta que se pretendió que el juzgador se atribuya competencias propias de la Corte Constitucional. Asimismo, el tribunal consultante se refirió a la Corte Constitucional como el único intérprete de la Carta Fundamental y manifestó que si el juzgador ordinario se atreve a no aplicar la norma estaría prevaricando (Corte Constitucional, Causa No. 11-18-CN/19, p. 60).

A este respecto, el juez ponente Ávila (2019) da luces sobre la errada comprensión que se ha hecho respecto del texto constitucional:

Con lo dicho se pueden aclarar los equívocos enunciados. El juez y la jueza sí tienen competencias para realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad, como cualquier otra autoridad pública en el ámbito de sus competencias. La Corte Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y sus interpretaciones tienen el carácter de precedente, que son normas jurídicas que tienen alcance general, abstracto y obligatorio, pero, no puede ni debe ser considerado el único intérprete. Con relación a si un juez o jueza prevarica por inobservar una norma que considera inconstitucional y aplicar la Constitución, los operadores de justicia no prevarican (p. 60).

Por otra parte, Kelsen desarrolla otro criterio clasificatorio para el control de constitucionalidad, dividiéndolo así en concreto y abstracto. El control concreto, según el autor, habilita a los jueces para establecer la constitucionalidad o no de las normas infra constitucionales que se pueden emplear en un caso concreto y, consecuentemente, no aplicar aquellas en las cuales perciban una antinomia respecto de la Constitución. En contraste, el control abstracto habilita al juez para decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma, desligada de un caso específico (Kelsen, 1991).

El control convencional:

Idrovo (2015) aparta una lectura sobre lo escrito por Ovalle (2012) y asevera que al mismo tiempo que las Cortes Constitucionales del respectivo Estado practican el control de constitucionalidad, la Corte Interamericana tiene a su cargo el control de la convencionalidad. No obstante, es imperativo establecer una precisión nuevamente en el concepto precedente, pues, se incurriría en un grave sinsentido jurídico si se desconociese que el control convencional no posee uno sino dos niveles de operadores. El primer nivel, a cargo de la Corte Interamericana; y, el segundo nivel, el realizado usualmente por los jueces y tribunales estatales, consagrado en la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs Chile.¹⁰

Asimismo, dada la particular configuración constitucional ecuatoriana y considerando el tinte altamente garantista de sus disposiciones, algunos autores como Yépez et al. (2019) han llegado a afirmar que en Ecuador ya ni siquiera puede hablarse con propiedad de un control convencional, pues, los instrumentos internacionales de derechos humanos se hallan constitucionalizados; es decir, son Constitución *per se*, por lo que, en lugar de hacer referencia a dicho control o al bloque de constitucionalidad, lo pertinente sería referirse a un concepto ampliado de Constitución, es decir, de una ‘Constitución material’.

Por otro lado, es apremiante poner de manifiesto que, la clasificación de control abstracto y concreto, también es aplicable al control convencional. Así, el control concreto es el que se aplica en referencia a disposiciones aplicadas en casos específicos y de las cuales ha surgido una violación a la Convención vigente. Mientras que, el control abstracto, se refiere a la aptitud de la Corte Interamericana para examinar normas o leyes que, sin haber sido aplicadas a casos concretos, por su mera configuración anticipan una violación al marco convencional (Villacís, 2018).

Sobre el funcionamiento del SIDH¹¹

El sistema interamericano de protección de derechos funciona bajo la lógica de dos órganos estelares del sistema: Comisión y Corte. Por un lado, la Comisión tiene -en resumen- dos atribuciones importantes a propósito del presente estudio: la primera, consiste en la emisión de informes sobre la situación de los derechos humanos en los Estados de la región; y, la segunda, consiste en una función cuasi judicial que en la que se receptan denuncias, tanto de particulares y colectivos acerca

10. Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs Chile. Resolución del presidente de la Corte Interamericana de 26 de septiembre de 2006.

11. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

de la violación de derechos humanos en los antedichos Estados. Finalmente, examina las peticiones y adjudica los casos en el supuesto de que se cumplan los requisitos de admisibilidad (Corte IDH, 2020).

Por otra parte, la Corte ejerce -en resumen- una doble función: contenciosa y consultiva. La primera, le otorga a la Corte la atribución de conocer sobre casos contenciosos, sometidos ya sea por los Estados Parte de la CADH o por la Comisión. Las decisiones de la Corte, en función de esta competencia, son vinculantes para los Estados (León, 2019). En cuanto a su función consultiva, esta tiene como objetivo promover el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados parte en lo que respecta a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en esta materia tienen asignados los diferentes órganos de la OEA (Ventura y Zovatto, 1989).

El carácter jurídico de las OC de la Corte IDH *in genere*

En esta instancia es importante cuestionar, qué tan vinculante es la actuación interpretativa de la Corte Interamericana, asunto que ha encauzado cuantiosas criterios y discusiones relevantes para lo que respecta el ejercicio del control interno de convencionalidad. Para comenzar, es imperioso remitirse la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En virtud de dicho documento, se puede afirmar que, si un Estado en función de su capacidad de autodeterminarse y auto obligarse se convierte en signatario de un tratado internacional, queda sometido a las disposiciones que el mismo reza; deber que, a su vez, encadena el imperativo de acoger el criterio hermenéutico a propósito de la significación y alcance de sus cláusulas, que debe provenir del órgano con la respectiva competencia (Salazar et al., 2019).

En ese sentido, como ya se apuntó anteriormente, la Corte IDH además de ser el órgano jurisdiccional del sistema interamericano, también es el máximo órgano de interpretación convencional. Las disposiciones de la Convención de Viena parecerían poseer el fundamento jurídico suficiente para sostener que las OC tienen carácter vinculante; sin embargo, es necesario recordar que según se estudió anteriormente, la Corte posee una doble función, y cada una de ellas está dotada de una singularidad e intención particulares. Así, es en el mismo estatuto de la Corte donde se encuentran contrapuestas estas dos funciones.

La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención (Estatuto de la Corte IDH, 1979, art. 2).

Es fundamental señalar dos cuestiones acerca de la disposición que antecede: primero el estatuto utiliza la denominación 'jurisdiccional' como sinónimo de 'contenciosa', dejando implícita su equivalencia. Así, si se recurre al efecto jurídico de las sentencias en materia contenciosa a las que le hace referencia en el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), se evidencia claramente su estatus de obligatorio, pues, la disposición establece claramente que "los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes" (CADH, 1969, art. 68). Por tanto, *prima facie* podría concluirse que las OC de la Corte, no tienen la misma fuerza vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa, logrando así que no se las mire como vinculantes, sino tan solo como aclaratorias (carentes de jurisdicción).

Por otro lado, la afirmación que antecede carecería totalmente de validez si se argumentase que el foro que redactó el estatuto hizo un uso estricto del vocablo 'jurisdicción', mas no se refería al término jurisdicción *per se*. En esa línea, autores como Nikken (1999) -ex presidente de la Corte IDH- establecen que tanto en la función contenciosa como en la consultiva la Corte interpreta la Convención y asevera cómo debe propiamente aplicarse. En tales términos, determina lo que es derecho, es decir, ejerce la *iuris dictio*. Asimismo, León asevera que "las opiniones consultivas emitidas por este órgano tienen naturaleza jurisdiccional y, por lo tanto, producen efectos jurídicos para los Estados de la OEA" (León, 2019, p 47).

No obstante, son incuantificables los criterios que deslegitiman el argumento de que las OC son vinculantes para todos los Estados. Así, García (2011) apuesta por otro criterio que invalida los efectos jurídicos generales de las OC para todos los Estados integrantes del SIDH. Este autor sostiene que su fuerza vinculante surge solo respecto de aquellos Estados que la solicitaron. Aparentemente, el criterio suena coherente y racional, pues, al ser un Estado el peticionario del pronunciamiento

del tribunal interamericano, implícitamente estaría prestando su voluntad para sujetarse a la interpretación que la Corte manifieste.

Empero, debemos ser categóricos al señalar que la Convención no dispone literalmente en ninguna de sus cláusulas que una OC sea obligatoria para los Estados o los órganos de la Organización de Estados Americanos que la hayan solicitado, según corresponda, menos aún lo sería para todos ellos. Es absolutamente traslúcido el problema de carácter constituyente que yace en la cuestión, ya que en el momento en que tuvo lugar la redacción del histórico pacto, existió una flagrante negligencia al no señalar expresa y literalmente el estatus jurídico de las OC.

Es también manifiesto que la Corte buscó subsanar dicho vacío a través de la emisión de pronunciamientos ulteriores. Tal es el caso de la OC-15/97¹² en la que la Corte establece que "aun cuando la OC de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables" (Corte IDH, OC-15/97, p 9). Este último vocablo nos remite una vez más al mismo problema hermenéutico y abre un abanico considerable de posibilidades. Muchos doctrinarios han propendido a dilucidar el pleno sentido que la Corte buscó atribuirle a la denominación de 'efectos jurídicos innegables'. Algunos doctrinarios como León (2019) sostienen que estos se entienden como aquel deber de los Estados Parte del SIDH de adecuar a su normativa doméstica los estándares que la Corte interamericana establece en las OC.¹³ También la jurisprudencia ha buscado ocuparse de la cuestión apuntando hacia el esclarecimiento de la difusa denominación de 'efectos jurídicos innegables'. Así, nos permitimos hacer uso del derecho comparado para citar la pericia de la sala constitucional del Estado costarricense (1995) a propósito de una acción de inconstitucionalidad:

En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, (...) debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Causa N° 2313-95, p. 7).

Por otro lado, nunca ha faltado cierto sector doctrinario que sigue nutriendo el debate y que condena enérgicamente la posición de quienes defienden la obligatoriedad de las OC. En esta línea Vio Grossi (2018) -juez de la Corte IDH- afirma que las OC en *stricto sensu* no son de obligatorio cumplimiento y carecen de fuerza vinculante tanto para el Estado peticionario como para los demás miembros del SIDH, argumentando que el tribunal interamericano nunca ha decretado que sus OC son de forzoso cumplimiento ni para el solicitante ni para el resto de signatarios. De la misma manera, tampoco la doctrina edificada en estas décadas de funcionamiento del tribunal posibilita afirmar con propiedad que las OC del sistema interamericano ostenten *per se* fuerza vinculante. Todo esto a pesar de su evidente valor jurídico.

Por último, es menester referirnos a la OC 24/17, una de las piezas jurídicas más relevantes en la última década en la región y, sin duda, trascendental en la historia constitucional ecuatoriana. La Corte se expresa en los siguientes términos:

Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humano (Corte IDH, OC-24/17, p 14).

12. Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997 sobre informes de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos

13. Art 1.1 CADH

De esta manera, el tribunal no hizo otra cosa que recordar lo ya expresado dentro de su OC-21/14, precisando que, conforme a Derecho Internacional (en adelante DDII), los Estados que forman parte de la CADH están obligados a respetar el tratado -incluyendo sus poderes judicial y legislativo- de tal manera que cualquier vulneración de lo allí establecido, por cualquiera de dichos órganos desemboca en responsabilidad tanto nacional como internacional para el Estado (Corte IDH, OC-21/14); consecuentemente, dentro del país, se debería realizar el correspondiente control de convencionalidad, basado tanto en la competencia contenciosa como consultiva de la Corte

Si se acepta que las OC tienen carácter vinculante, se provoca que el control de convencionalidad interno sea llevado a cabo también tomando en cuenta las OC de la Corte, particular que resultó crucial dentro del proceso que desembocó en la sentencia que dio paso a la legalización del matrimonio igualitario en el Ecuador, pues, su máximo órgano de interpretación constitucional determinó que las OC forman parte del bloque de constitucionalidad, figura en virtud de la cual pasan a ser de directa e inmediata aplicación al otorgar derechos más favorables que la misma Carta Fundamental.

Empero, el fallo de la Corte Constitucional ecuatoriana ha sido criticado por una parte importante de la doctrina, la cual establece que, para formar parte del Bloque, la naturaleza de las OC debe ser la de un 'instrumento internacional de derechos humanos'; en este sentido, una vez que ya se ha resuelto la condición de las OC *in genere*, es menester para nuestro estudio resolver su estatus dentro del contexto jurídico ecuatoriano.

¿Son vinculantes las OC de la Corte IDH para el Estado ecuatoriano?

La Constitución vigente del Ecuador se caracteriza por su tinte eminentemente garantista y su particular y holística concepción de los derechos. Así, aunque la Corte IDH ha configurado sus lineamientos y ha intentado esclarecer los efectos de las OC, la Constitución ecuatoriana no determina con claridad los documentos jurídicos internacionales que deben ser considerados por los órganos competentes para su aplicación directa e inmediata; o para realizar el respectivo control normativo. Si bien, la obligatoriedad de las OC ha quedado sentada en la sentencia del matrimonio igualitario, su condición despertó uno de los debates jurídico-constitucionales más peculiares -sin precedentes en la jurisprudencia constitucional del país- que será objeto de análisis en el presente acápite.

Para empezar, hay que señalar que el Ecuador forma parte de la corriente monista del DDII, lo cual, implica que una vez que el Estado ha suscrito, aprobado y ratificado un instrumento internacional; este hace parte del ordenamiento jurídico interno y, por lo tanto, es norma de aplicación directa e inmediata por y ante cualquier juez de la República. En ese sentido, es menester definir uno de los conceptos más relevantes para el estudio- bloque de constitucionalidad- que es abordado con mucha pericia por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-225/95, de mayo de 1995.

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizadas como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integradas a la constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderamente principios y reglas de valor constitucional (Corte Constitucional de Colombia, causa C-225/95, p. 45).

En cuanto al caso ecuatoriano, dada la particular morfología de su historia constitucional, es imperativo apartarse de la definición precedente para intentar esbozar un concepto que encaje con sus peculiares características. Entonces, el bloque de constitucionalidad ecuatoriano puede entenderse como lo concibe Pérez (2019) quien lo define como una institución jurídica de índole jurisprudencial que abarca los instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario propios del sistema universal de protección de los derechos humanos, carente de prescripción normativa o determinado tácitamente en la carta constitucional, siendo utilizado por los jueces como ficción jurídica por medio de los métodos de interpretación y la asistencia de las técnicas de remisión, con la finalidad de completar o expandir el contenido de los derechos fundamentales.

Así, habiendo dilucidado una definición bastante próxima de lo que podría entenderse como el bloque de constitucionalidad, es necesario realizar un examen exhaustivo del articulado constitucional que consagra esta institución jurídica; en el caso ecuatoriano se trata de las disposiciones

11.3 y 426¹⁴ de la Constitución de Montecristi. Estas cláusulas pueden prestarse para un potencial análisis, empero lo que resulta fundamental para el estudio reside en la denominación de 'instrumento internacional'.

El constituyente ecuatoriano escogió la denominación 'instrumento internacional' antes que a otras denominaciones como 'convenio' o 'tratado', ampliando el listado de documentos jurídicos internacionales que deben considerarse vinculantes para el Estado ecuatoriano y, por ende, objeto de control de convencionalidad. Sin embargo, la materia en la que nos adentramos es estrictamente técnica, y para dilucidar finalmente la condición de las opiniones consultivas, es menester primero, dilucidar con absoluta circunspección el alcance de la denominación 'instrumento internacional'.

Si recurrimos al artículo segundo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -precepto en el cual se enuncia la definición de 'tratado'-, se puede notar que se deja abierto el margen de discrecionalidad a cualesquiera denominación que se le quiera dar, siempre y cuando se ajuste al concepto planteado. En esta línea, debe entenderse por tratado a un "acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y *cualquiera que sea su denominación particular*" (Convención de Viena, 1969, art. 2). [énfasis añadido].

Sin embargo de lo antedicho, el constituyente de 2008 prefirió el término 'instrumento internacional', abriendo paso a una ambigüedad patente acerca de qué es lo que se entiende inmerso dentro de esta denominación, especialmente, en lo que respecta a las interpretaciones autorizadas de los organismos internacionales como la Corte IDH tales como las OC; es así que dentro de la sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador, se busca definir el alcance de dicha locución. En la sentencia el presidente de la Corte se aparta determinadamente del criterio del juez ponente, estableciendo en su voto salvado elementos de convicción que objetan la consideración de la OC como instrumento internacional.

El juez constitucional Hernán Salgado, se sostiene en el criterio de Decaux y Frauville (2008) plasmado en su Tratado de Derecho Internacional Público, donde se asevera que existen dos elementos constitutivos en un tratado internacional, el denominado 'instrumento' o *instrumentum* que constituye el componente formal, en contraposición al *negotium* -elemento material- que se refiere al contenido del acuerdo. Salgado (2019) se refiere en los siguientes términos a las OC:

De allí que las OC, al ser un pronunciamiento de la Corte IDH dentro de procedimientos no contenciosos, no pueden ser consideradas como "instrumentos" según los artículos 424 y 425 de la Constitución del Ecuador. Esto por cuanto las OC carecen del elemento consensual (*negotium*), debido a que no nacen de la voluntad de los Estados, sino de la declaración unilateral (y, por añadidura, no vinculante) de un Tribunal internacional (Corte Constitucional del Ecuador, voto salvado de la Causa No. 11-18-CN/19, p. 14).

Prima facie, podría creerse que el potente argumento que presenta el presidente de la Corte Constitucional podría ser contrastado por el argumento de la legitimación democrática que plantea el juez ponente; no obstante, nos apartamos categóricamente de este último criterio.

Las opiniones consultivas gozan de particular legitimación democrática porque, antes de emitir su opinión, de acuerdo con el Reglamento de la Corte (artículo 62.1), se notifica a todos los Estados parte de la CADH, a cualquier persona para que participe por escrito y en audiencia, y se hace un análisis exhaustivo del corpus iuris de derechos humanos sobre el tema de la consulta (Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 11-18-CN/19, p. 11).

14. Art. 11.-El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3.Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Art. 426.-Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente (Constitución del Ecuador, 2008, arts. 11.3, 426).

La argumentación que antecede es, sin duda, forzada, porque aunque el juez ponente cumple su cometido de demostrar que las OC gozan de cierto consentimiento otorgado por los Estados, de ninguna forma puede decirse que exista *stricto sensu* el segundo elemento constitutivo de los tratados: el *negotium*. En ese sentido, siguen pareciendo más atractivos aquellos argumentos que se inclinan por que la denominación de 'instrumentos internacionales de derechos humanos' abre paso a la directa aplicabilidad no solo de pactos o convenciones, sino de otra especie de instrumentos, como son las interpretaciones auténticas de la CADH.

Finalmente, es imprescindible referirnos a las OC que han sido consideradas como vinculantes por la Corte Constitucional en otras causas, a efectos de aportar al lector más elementos de juicio que le permitan dilucidar un criterio propio acerca de la naturaleza de las OC en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ejemplificar lo antedicho, se pueden revisar las sentencias No. 003-14-SIN-CC, No. 064-15-SEP-CC y No. 019-16-SIN-CC, en las cuales, se acoge el criterio de la Corte IDH plasmado en las opiniones consultivas: OC-5/85¹⁵, OC-21/2014¹⁶ y OC-17/2002¹⁷ respectivamente. En estas últimas, puede evidenciarse claramente que la misma Corte Constitucional ecuatoriana ha considerado interpretaciones autorizadas de la Corte IDH en sus OC, es decir, otorgándoles el carácter de vinculantes. Así, ¿puede entonces decirse que poseen un carácter vinculante de *facto* más no de *iure*?

Conclusiones

La sentencia del matrimonio igualitario ha precisado cuestiones técnico-jurídicas trascendentales en lo que se refiere al bloque de constitucionalidad y su control normativo. La conclusión del estudio precedente podría ser predecible y banal si aseveramos que simple y llanamente al bloque de constitucionalidad ecuatoriano lo conforman todas las normas que deriven de la dignidad del ser humano, indistintamente de que su origen sea en el *hard law* o *soft law*, fundamentándonos en que el constituyente simplemente prefirió ampliar el campo de protección de los derechos humanos al utilizar la denominación de 'instrumento internacional'. En ese sentido, aunque ratificamos el criterio que sostiene que el bloque de constitucionalidad en el contexto jurídico ecuatoriano ya no debe entenderse solo como aquella extensión del texto constitucional constituida por tratados y convenios, sino ampliando a otros tipos de instrumentos internacionales -que no han sido taxativamente enunciados ni por la misma Corte Constitucional ni por la doctrina-, disidimos en creer que cualquier norma puede formar parte del bloque siendo indiferentes a su proceso de creación y aprobación. Por ello, la condición jurídica de las OC tuvo que haberse dilucidado por un desarrollo jurisprudencial ulterior, como en efecto, se hizo en la sentencia del matrimonio igualitario.

Así, las OC son vinculantes para el Estado ecuatoriano por ninguna otra razón sino por la que sostiene que estas hacen parte del *corpus iuris* internacional de derechos humanos, pues, dentro de la Convención Americana se contempla a la Corte y a la Convención como los órganos garantes del instrumento convencional, y a la interpretación que haga la Corte respecto del instrumento. Entonces, la Convención no es solo lo que esta establece literalmente en su texto, sino también lo que la Corte deduce de este; es decir, que la Corte es el intérprete auténtico y vinculante del instrumento convencional, en tal sentido, no es aplicable solo para el Estado consultante de la OC, sino para todos los Estados que hacen parte del sistema interamericano. Por tanto, adoptan el carácter de vinculantes y de directa aplicación, aunque esto no implique que, de *iure* y por naturaleza posean tal cualidad. Lo anterior, sin duda se traduce en una transformación directa en la comprensión del bloque de constitucionalidad y en la dinámica del control convencional en el Ecuador.

15. Para definir la naturaleza de los derechos a la libertad de expresión y a la rectificación (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 003-14-SIN-CC).

16. Con el fin de desarrollar el contenido de los derechos de los niños y niñas (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 064-15-SEP-CC).

17. Al determinar el alcance del derecho a la igualdad y sus límites (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 019-16-SIN-CC).

Referencias Bibliográficas

- Causa N° 2313-95. (1995, 9 de mayo). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (Solano Carrera, M.P) <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/2844.pdf>
- Charry, J. (1993). *Justicia constitucional: derecho comparado y colombiano*. Banco de la República
- Constitución del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Asamblea Constituyente. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre, 1969, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo, 1969, https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana*. Corte IDH. https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABC_CorteIDH_2020.pdf
- Decaux, E., Frauville, O. (2008). *Droit International Public*. Dalloz.
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos humanos. (1979, octubre). Asamblea General de la OEA. Artículo 2. https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf
- García, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, 5(28), 123-159. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200007&lng=es&tlng=es
- Idrovo, D. (2015). *El control de convencionalidad dentro de la estructura constitucional ecuatoriana: propuestas para su implementación efectiva*. [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador] Repositorio Institucional UASB-DIGITAL. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4463/1/T1591-MDE-Idrovo-El%20control.pdf>
- Intriago, A. (2016). *El control constitucional en Ecuador*. [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador] Repositorio Institucional UASB-DIGITAL. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4765/1/T1777-MDP-Intriago-El%20control.pdf>
- Kelsen, H. (1991). *Teoría Pura del Derecho* (R. Vernengo, Trad.; 2a ed.). Editorial Porrúa.
- León, M. (2019). La fuerza vinculante de la OC-24/17 "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo" para el Estado ecuatoriano *FORO: Revista de Derecho*, (32). 43-60. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1256>
- López, S. (2019). El control de constitucionalidad: la apuesta por una opción judicialista en la Constitución ecuatoriana de 2008. *Revista Iuris*, 1(17), 119-135. <https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/2419>
- Nikken, P. (1999). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* [memoria]. Seminario El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI Tomo 1, San José, Costa Rica. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>
- Opinión Consultiva OC-15/97. (1997, 14 de noviembre). Corte interamericana de derechos humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf
- Opinión Consultiva OC-21/14. (2014, 19 de agosto). Corte interamericana de derechos humanos. <https://www.acnur.org/es-es/5b6ca2644.pdf>

Opinión Consultiva OC-24/17. (2017, 24 de noviembre). Corte interamericana de derechos humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Ovalle, J. (2012). La influencia de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en el derecho interno de los estados latinoamericanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie* (134). <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n134/v45n134a5.pdf>

Pérez, P.B. (2019). *El bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador] Repositorio Institucional UASB-DIGITAL. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6616/1/T2843-MDP-Perez-El%20bloque.pdf>

Pulido, F. (2011). Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 14 (27). <https://www.redalyc.org/pdf/876/87619038012.pdf>

Salazar, D., Ordoñez, A., Cruz, C., Guevara, M., Mesías, M. (2019). La fuerza vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. *Foro: Revista de Derecho*, (32), 123-143. <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.7>

Segado, F. (2010). La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. En F. F. Segado (Ed.), *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Bolonia: Centro de Estudios Constitucionales y Serie de Conferencias de Desarrollo Democrático.

Sentencia No. 019-16-SIN-CC. (2014, 17 de septiembre). Corte Constitucional del Ecuador. <https://www.fundamedios.org.ec/wp-content/uploads/2015/05/003-14-SIN-CC.pdf>

Sentencia No. 019-16-SIN-CC. (2016, 22 de marzo). Corte Constitucional del Ecuador. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/e34d25a5-cc11-4d06-b9d4-9d33af4c7a63/0090-15-in-sen.pdf?guest=true>

Sentencia No. 064-15-SEP-CC. (2015, 11 de marzo). Corte Constitucional del Ecuador. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/e9de9c4a-933d-4924-b2e9-fa44513d3ce7/0331-12-ep-sen.pdf?guest=true>

Sentencia No. 11-18-CN/19. (2019, 12 de junio). Corte Constitucional. (Ramiro Ávila Santamaría, M.P). <https://www.elcomercio.com/uploads/files/2019/06/13/SENTENCIA.pdf>

Sentencia No. C-225/95. (1995 18 de mayo). Corte Constitucional de Colombia. (Alejandro Martínez, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

Sentencia No. 1116-13-EP/20. (2020, 18 de noviembre). Corte constitucional del Ecuador. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6j3RyYW1pdGUUnL-CB1dWlkOic5Y2ZmZjhmYi05Mzg4LTRhMzMtOGNkZC05Mzk2Zjg2NmQyMzkucGRmJ30=

Tomás y Valiente, F. (1993). *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. CEC.

Ventura, M., Zovatto, D. (1980). *La naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1a ed.). Civitas. https://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura_%20IIDH%2007.pdf

Villacís, H. (2018). El control de convencionalidad y su aplicación en Ecuador. *Revista San Gregorio*, (26), 84-91. <https://dx.doi.org/10.36097/rsan.v1i26.501>

Vio, E. (2018). La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2(2), 200-214. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7175015.pdf>

Yépez, N., Guerra, M., Storini, C. (2019). La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el matrimonio de las parejas del mismo sexo en Ecuador: una lectura desde un concepto material de la Constitución. *Foro: Revista de Derecho*, (32), 7-25. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1256>

