



Quito, D.M., 12 de junio de 2019

CASO No. 11-18-CN (matrimonio igualitario)

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES,
EMITE LA SIGUIENTE**

Sentencia

El Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha consulta, en una acción de protección de derechos humanos, si es que la Opinión Consultiva OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoce el matrimonio de parejas del mismo sexo, es compatible con el artículo 67 de la Constitución, que establece que el matrimonio es entre hombre y mujer. La Corte Constitucional analiza el valor jurídico de la Opinión Consultiva, interpreta la norma constitucional y establece los efectos jurídicos de la esta interpretación constitucional.

Contenido

I. Antecedentes y procedimiento.....	3
II. Competencia	5
III. Consideración previa: la situación de las personas con identidades sexo-genéricas diversas.....	5
IV. La consulta de norma	8
V. Delimitación del objeto de la consulta.....	9
VI. Argumentos y fundamentación	9
1. ¿La Opinión Consultiva OC 24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos, conforme reconoce la Constitución, y directa e inmediatamente aplicable en Ecuador?	9
2. ¿El contenido de la Opinión Consultiva OC-24/17, que reconoce el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo, contradice el artículo 67 de la Constitución, en el que se dispone que “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer”?	12
2.1. El derecho a la familia y el derecho al matrimonio	14
2.2. Interpretación literal del derecho al matrimonio en la Constitución.....	15
a. Interpretación literal y aislada: restrictiva	15
b. Interpretación literal y sistemática: favorable a los derechos.....	16
2.3. La igualdad, la prohibición de discriminación y la razonabilidad de la diferencia entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo	17
a. Fin constitucionalmente válido.....	20

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

b.	La idoneidad	23
c.	La necesidad	24
d.	La proporcionalidad propiamente dicha	25
2.4.	La interpretación más favorable a los derechos.....	27
2.5.	El bloque de constitucionalidad.....	29
2.6.	La interpretación evolutiva y como instrumentos vivos.....	31
2.7.	El derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	34
2.8.	El derecho a la intimidad personal y familiar y el rol del Estado	36
2.9.	El derecho a la identidad y a sus manifestaciones.....	38
2.10.	El derecho a la libre contratación y el contrato matrimonial.....	39
2.11.	El matrimonio y la unión de hecho	40
2.12.	Conclusión.....	44
3.	¿Si la Opinión Consultiva OC-24/17 es aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano, cuáles son los efectos jurídicos en relación con los operadores de justicia y los funcionarios públicos?	44
3.1.	El deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos.....	44
a.	El deber de adecuar en el sistema nacional de protección de derechos	44
	Autoridades obligadas a adecuar.....	44
	Contenido de la adecuación normativa	45
	Normas a adecuarse	45
	Las normas a las que hay que adecuar el sistema jurídico	46
	El límite intangible de la adecuación normativa	46
b.	El deber de adecuar los derechos en el sistema interamericano de protección de derechos.....	46
	Las obligaciones internacionales y la adecuación.....	47
	Las autoridades estatales obligadas a adecuar	47
	Los mecanismos jurídicos que los Estados deben utilizar para adecuar	48
	La oportunidad para adecuar.....	49
	El fin de la adecuación	53
3.2.	El control de convencionalidad	54
a.	El control de constitucionalidad se complementa con el de convencionalidad y hay que hacerlas de oficio	55
b.	El control de convencionalidad lo hacen las autoridades públicas en el marco de sus competencias.....	56
c.	El control de convencionalidad es de instrumentos internacionales de derechos humanos y de las interpretaciones de sus órganos	56
d.	El control de convencionalidad es complementario y subsidiario.....	57



e.	El control de convencionalidad derivado de las opiniones consultivas.....	57
3.3.	La responsabilidad internacional si se inobserva la Opinión Consultiva OC24/1760	
3.4.	El reto de la adecuación en las prácticas.....	61
DECISIÓN		62

I. Antecedentes y procedimiento

1. El 13 de abril de 2018, Efraín Enrique Soria Alba y Ricardo Javier Benalcázar Tello (en adelante “los accionantes”) solicitaron la celebración y la inscripción de su matrimonio al Registro Civil.

2. El 7 de mayo de 2018, el Registro Civil negó el matrimonio a los accionantes, “alegando que en el ordenamiento jurídico interno el matrimonio existe solamente entre un hombre y una mujer”.

3. El 9 de julio de 2018, los accionantes, considerando que se vulneró sus derechos a la igualdad y no discriminación, a la libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la protección de la familia y el derecho a la seguridad jurídica, presentaron acción de protección, en la que “los legitimados activos exigen que se aplique la Opinión Consultiva OC-24/17”, y solicitaron reparación integral.

4. El 14 de agosto de 2018, el Juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Pichincha, en sentencia concluyó que “no existió vulneración de derecho constitucional alguno” (fs. 84) y declaró improcedente la acción de protección propuesta por los accionantes. En la misma audiencia, los accionantes interpusieron el recurso de apelación.

5. El 18 de octubre de 2018, mediante oficio N. 5086-SUPC-OS, el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, conformada por Dilza Virginia Muñoz Moreno, Santiago Martín Acurio Del Pino y Miguel Ángel Narváez Carvajal, suspendió el procedimiento de acción de protección y remitió a la Corte Constitucional la consulta.

6. El 20 de febrero de 2019 se sorteó la causa, que correspondió sustanciar al juez Ramiro Ávila Santamaría. El 6 de marzo de 2019 se admitió a trámite. El 21 de marzo de 2019 avocó conocimiento de la causa y se inició la sustanciación de la misma.

7. El 29 de marzo de 2019 tuvo lugar la audiencia pública y se escuchó a 38 personas representantes de instituciones del Estado, de organizaciones de la sociedad civil y personas naturales. De las instituciones del Estado comparecieron: Alex Bravo Bajaña, en representación del Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador; Marco Proaño Durán, director nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado; Gina Benavides y Javier Arcentales de la Defensoría del Pueblo; Germán Jordán Naranjo, en representación del Defensor Público General. De universidades y de organizaciones de la sociedad civil comparecieron: María Dolores Miño, en representación del Observatorio de Derechos y Justicia; Sylvia Bonilla Bolaños, presidenta de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos CEDHU e integrante del Colectivo Jurídico Feminista; Pamela Chiriboga y Michelle Erazo, en representación de INREDH; Mateo Ruales, en representación de la fundación PAKTA; Gabriela Flores Villacís, en representación del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; Mauricio Maldonado, integrante del Estudio Jurídico “Strategia”; Alba Guevara, en

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

representación de la Universidad Internacional; Elsa Guerra, docente investigadora de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador e integrante del Colectivo Jurídico Feminista; Ramiro José García Falconí, decano (encargado), y Santiago Machuca Lozano, docentes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador respectivamente; María Augusta León, docente-investigadora del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y miembro del Colectivo Jurídico Feminista; Luis Alberto Males, en representación de la comunidad “compañía” de la ciudad de Otavalo; Paola Mera Zambrano, secretaria técnica del Consejo Nacional para la Igualdad de Género; Claudia Storini, integrante del Colectivo Jurídico Feminista; Ruth Alicia Urbano, en representación del Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos-Surkuna; Sofía Argüello Pazmiño, profesora e investigadora del Departamento de Sociología y Estudios de Género Flacso; y Nathaly Yépez, representante del Colectivo Jurídico Feminista. Como personas naturales comparecieron: Bernarda Freire, Jorge Fernández, Efraín Enrique Soria Alba, Andrés Acuña Aizaga, Braulio Álvarez Toinga, Patricio Benalcázar Alarcón, Gustavo Chiriboga Castro, Andrés Domínguez Ojeda, Carlos Arsenio Larco, José David Ortiz, Carlos Julio Paredes, Christian Paula, Rubén Salazar, David Simba Cevallos, José Tapia Paredes, Pamela Troya, Gabriela Correa y María Estela Vásquez Peralta.

8. La Corte Constitucional ha recibido e incorporado al expediente *amici curiae* a título personal y como representantes de organizaciones de la sociedad civil y universidades. Como personas naturales, Ramón Arias Juanazo, Pedro Andrés Gutiérrez Guevara, José Tapia Paredes, Richard Quezada Zambrano, Patricio Benalcázar Alarcón, Andrés Acuña Aizaga, Ana Cecilia Navas, José Roosevelt Cedeño Macías, Carlos Arsenio Larco y Pamela Aguirre Castro. Como representantes de organizaciones de la sociedad civil y universidades, Paola Mera Zambrano, secretaria técnica del Consejo Nacional para la Igualdad de Género (CNIG); Esteban Paulón, subsecretario de Políticas de Diversidad Sexual del Gobierno de Santa Fe, Argentina; María Dolores Miño Buitrón, directora ejecutiva del Observatorio de Derechos y Justicia de la Universidad Internacional del Ecuador y otros; Mauricio Maldonado Muñoz, Juan Alencastro Moya y Christian Gallo Molina, integrantes del Estudio Jurídico “Strategia”; Simón Cazal, secretario regional de la Red de hombres gays latinos; Farith Simon Campaña, Gabriela Flores Villacís y otros, decano, docente y estudiantes de la Clínica del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; Daniel Véjar, Pamela Chiriboga y Michelle Erazo, en representación de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH); Leonardo Mario Gómez Berniga, María Celia Loperena, Alejandro Palacios Arévalo y otros, estudiantes de la Maestría de Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe de la Universidad Nacional de San Martín en Buenos Aires, Argentina; Sylvia Bonilla Bolaños, presidenta de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU) e integrante del Colectivo Jurídico Feminista; María Augusta León, docente-investigadora del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar y miembro del Colectivo Jurídico Feminista; Elsa Guerra Rodríguez y Nathaly Yépez, docentes, investigadoras e integrantes del Colectivo Jurídico Feminista; Susana Chávez Alvarado y George Hale García, trabajadores del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX); Ramiro José García Falconí, decano (encargado), y Santiago Machuca Lozano, docentes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador; José Miguel Vivanco, en representación de Human Rights Watch; Mauricio Albarracín Caballero, Maryluz Barragán González y Gabriela Eslava Bejarano, miembros de Dejusticia. Como instituciones públicas, Harold Burbano Villarreal y César Pérez Chacón en representación de la Defensoría del Pueblo.



II. Competencia

9. La Corte Constitucional es competente, en virtud del artículo 428 de la CRE y del artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante "LOGJCC"), para conocer y resolver consultas de norma por consideraciones de constitucionalidad.

10. La consulta de norma la puede realizar cualquier juez o jueza en un caso concreto, cuando considera que tiene una duda razonable y motivada sobre una norma jurídica que es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos. La Constitución ni la ley excluyen la posibilidad de que esta norma jurídica pueda ser una norma de la misma Constitución. En el caso concreto, se trata de una norma constitucional que podría ser incompatible con un texto convencional de derechos humanos y a su interpretación realizada por su órgano de interpretación auténtica.

11. La finalidad de la consulta de norma es garantizar la supremacía, la unidad y la coherencia constitucional en los procesos judiciales.

12. La Corte Constitucional tiene competencia para dictar sentencias en los casos de consultas de normas. Cuando se trata sobre la compatibilidad de una disposición jurídica con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, como es el caso de la presente consulta, el fallo será aplicable cuando se trate de reconocer el contenido y el alcance del artículo 67 de la Constitución.

III. Consideración previa: la situación de las personas con identidades sexo-genéricas diversas

13. El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) publicó una investigación oficial de la que se desprenden algunos hechos que merecen ser destacados como premisa para considerar los argumentos jurídicos sobre la constitucionalidad del matrimonio igualitario.¹

La mayoría de las personas encuestadas, 66.7%, que se identifican como personas con diversa identidad sexo-genérica, están entre los 20 y 34 años. De esas personas, el 2.4% están casadas, el 16.1% viven en unión de hecho y el 77.1% están en soltería. El 10.4% tienen hijos e hijas.

De la población encuestada, "el 94.1% manifestó haber sufrido gritos, insultos, amenazas y burlas; y un 45% ha sido detenido de forma arbitraria." De las 27.3% que han sufrido atentados a su integridad por parte de agentes de seguridad, apenas el 8.3% denuncia. En el 73% de los casos, no hubo sanción alguna a los agresores.

En cuanto a las experiencias vividas en el entorno familiar, las personas con diversa identidad sexo-genérica han reportado que en un 72.1% sufrieron algún tipo de experiencia de control, 65.9% de rechazo y en un 61.14% de violencia. Entre las formas de imposición, a un 8% se les ha sometido a tratamientos de "deshomosexualización", un 14.2% les han obligado a dejar

¹ INEC, *Estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGBTI en el Ecuador* (Quito: INEC, 2013), En: http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/LGBTI/Analisis_situacion_LGBTI.pdf

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

situaciones “inapropiadas”, un 20.9% les han impuesto un novio o novia para que cambie, un 25.9% se la ha impuesto asistir donde un psicólogo, psiquiatra, cura o pastor para “curarle”, y en un 32.3% han experimentado sentimientos de deber ser más masculino o femenina.

Por su identidad sexo genérica, las personas han sido encerradas en centros religiosos (3.4%), cambiado de domicilio (8.75%), les negaron recursos para educación (10.4%), han sido excluidos de reuniones familiares (12.9%), han sido expulsados de su casa (17.2%), sus familiares dejaron de comunicarse (26.2%). También, han experimentado relaciones sexuales obligadas (4.2%), acoso sexual (8.7%), daño o apropiación de pertenencias (11.2%), agresiones físicas (18.6%), insultos y burlas (35.3%).

Los espacios donde las personas han sido discriminadas son múltiples: 40% en el educativo, 43.8% en el laboral, 33.7% en el de salud, 23% en la administración de justicia, 50.5% en espacios privados, 55.8% en espacios públicos.

Según un informe del año 2017, se registraron 132 casos de violaciones de derechos humanos contra la población con diversa identidad sexo-genérica.²

14. En suma, las personas con identidades sexuales diversas existen en el Ecuador y sufren múltiples discriminaciones cotidianas y en todos los espacios, privados y públicos.

15. La Corte IDH, en un minucioso recuento sobre el conocimiento y tratamiento de la situación de las personas con diversa identidad sexo-genérica por parte de los mecanismos de protección de derecho de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Protección de Derechos, reconoce que hay situaciones estructurales de discriminación, violencia, impunidad, tanto a nivel estatal como privado, y a nivel regional como global:

Las formas de discriminación en contra de las personas LGBTI se manifiestan en numerosos aspectos en el ámbito público y privado. A juicio de la Corte, una de las formas más extremas de discriminación en contra de las personas LGBTI es la que se materializa en situaciones de violencia. Así, los mecanismos de protección de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano, han dejado constancia de los actos violentos basados en prejuicios cometidos en todas las regiones en contra de las personas LGBTI. El ACNUDH ha observado que este tipo de violencia “puede ser física (asesinatos, palizas, secuestros, agresiones sexuales) o psicológica (amenazas, coacción o privación arbitraria de la libertad, incluido el internamiento psiquiátrico forzado)”. Asimismo, ha señalado que esa violencia basada en prejuicios “suele ser especialmente brutal” y ha considerado que constituye “una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”. Además, las personas bisexuales, transgénero, mujeres lesbianas y los jóvenes LGBTI se encuentran particularmente expuestos al riesgo de violencia física, psicológica y sexual en el ámbito familiar y comunitario³...

² Bernarda Freire Barrera y Jorge Fernández Yépez. *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, en el Ecuador 2017* (SENDAS: Cuenca, 2017).

³ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC24/17*, párrafo 36.



...estas personas típicamente sufren de discriminación en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios que permean en el ámbito laboral, comunitario, educativo y en las instituciones de salud. Generalmente, la estigmatización se aplica al amparo de la cultura, la religión y la tradición⁴...

...para la Corte es claro que las personas LGBTI afrontan diversas manifestaciones de violencia y discriminación.⁵

16.Un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre la situación de las personas con diversa orientación sexual e identidad de género, determinó:

...en general las personas LGBT e intersexuales siguen viéndose afectadas por un cuadro extendido y persistente de malos tratos violentos, acoso y discriminación en todas las regiones. Estos actos constituyen violaciones graves de los derechos humanos...⁶

17.Una de las personas accionantes en la acción de protección, manifestó:

...en realidad me duele mucho he sufrido durante mi adolescencia mucha bulig mucha estigma discriminación por mi condición de ser un hombre gay y creo que es necesario cambiar la cultura que la gente que somos personas que tenemos los mismos afectos, sentimientos y que cumplimos las mismas responsabilidades y obligaciones que nos mandan no solamente las leyes... (sic).⁷

18.De igual modo, en la audiencia ante la Corte Constitucional, se manifestó lo difícil de la aceptación de las relaciones de pareja:

Tuvimos que luchar contra el impedimento de que nuestros padres aceptaran nuestra relación, de nuestra familia lo aceptara, de la sociedad aceptara...⁸

Cuando se reivindica la igualdad de derechos, el estigma persiste:

...no solo hemos tenido que pasar por los atropellos judiciales y por el irrespeto a los tiempos de la anterior Corte Constitucional sino que hemos sido presa fácil de los preceptos aun errados, de los conceptos y los imaginarios, las taras de una sociedad que aún no supera la homofobia, soy activa en twitter y muchos de los que están aquí lo saben, durante estos 6 años, desde que inició la lucha, tengo a más de mil cuentas bloqueadas, cuentas que nos han dicho gordas, cerdas, asquerosas, mal nacidas, mal paridas, abominaciones, deformes...⁹

⁴ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC24/17*, párrafo 40.

⁵ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC24/17*, párrafo 45.

⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe sobre discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párrafo 76.

⁷ Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. *Caso N. 17460-2018-00921*. Acta de la Audiencia de 2 de agosto de 2018, fojas 62 (vuelta).

⁸ Andrés Vicente Domínguez Ojeda, comparecencia en la audiencia pública, 29 de marzo 2019.

⁹ Pamela Troya y Gabriela Correa, comparecencia en la audiencia pública, 29 de marzo 2019.

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

19.No es casual, en este contexto, que una de las principales demandas de la población con diversas identidades sexuales y de género sea la igualdad y la no discriminación en el goce y ejercicio de derechos, en general, y en el derecho al matrimonio, en particular.¹⁰

IV. La consulta de norma

20.El Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha (en adelante “el Tribunal”), en aplicación del artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante “Constitución” o “CRE”), consulta:

Si la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, que establece derechos más favorables, porque faculta contraer matrimonio entre personas del mismo sexo; si la Opinión es constitucional y aplicable sin que se proceda en forma previa a reformar los artículos 67 de la CRE, 52 de la LOGIDAC [Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles] y 81 del CC [Código Civil], y de las demás normas y reglamentos existentes sobre el tema, sin que se vulnere el principio de supremacía de la Constitución y principio pro homine (sic, fs. 8).

Al precisar la consulta, el Tribunal considera que la Opinión Consultiva OC24/17, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre de 2017 (en adelante “Opinión Consultiva OC24/17” u “OC24/17”), estaría en contradicción con el artículo 67 de la Constitución, que establece “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer...”, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”):

...aceptó la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo; criterio que contravendría el mandato contenido en el artículo 67 de la CRE, que concibe al matrimonio entre un hombre y una mujer; opinión que al establecer derechos más favorables, prevalecería sobre la Constitución.

Además, el Tribunal sostiene que los principios constitucionales que se presumen infringidos son la supremacía de la Constitución (artículo 424 de la CRE) y el *pro homine* (artículo 417 de la CRE), el cual “tendría relación con la prevalencia de instrumentos internacionales cuando prevea derechos más favorables; lo que conduce a considerar que estaría sobre la Constitución, pero a la vez se vulneraría el artículo 67 de la CRE”.

Finalmente, el Tribunal considera que si la OC-24/17 debe

(...) extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo incluyendo el matrimonio..., el Registro Civil tendría que autorizar que contraigan y se inscriba el matrimonio de la pareja formada por Ricardo

¹⁰ Pedro Andrés Gutiérrez Guevara. *Amicus curiae*, 27 de marzo de 2019: “En la ciudad de Cuenca, la mayor exigencia de la población LGBTI en temas de derechos con un 42.7% es la igualdad de derechos, dentro de la cual está la figura jurídica del matrimonio para todas las personas sin tener en cuenta su orientación sexual e identidad de género”.



Javier Benalcázar Tello y Efraín Enrique Soria Alba, personas del mismo sexo (fs. 8).

V. Delimitación del objeto de la consulta

21. De la consulta realizada por el Tribunal de instancia, la Corte considera que, para absolverla con claridad, se debe atender los siguientes problemas jurídicos identificados:

- (1) ¿La Opinión Consultiva OC 24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos conforme lo reconoce la Constitución, directa e inmediatamente aplicable en Ecuador?
- (2) ¿El contenido de la Opinión Consultiva OC-24/17, que reconoce el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo, contradice el artículo 67 de la Constitución, en el que se dispone que “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer”?
- (3) ¿Si la Opinión Consultiva OC-24/17 es aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano, cuáles son los efectos jurídicos en relación con los funcionarios públicos y los operadores de justicia?

22. Esta consulta no trata de forma directa la constitucionalidad de los artículos 52 de la LOGIDAC, 81 del CC y de las demás normas y reglamentos existentes que regulan a nivel infraconstitucional el matrimonio.

VI. Argumentos y fundamentación

1. **¿La Opinión Consultiva OC 24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos, conforme reconoce la Constitución, y directa e inmediatamente aplicable en Ecuador?**

23. La Constitución invoca a los instrumentos internacionales en numerosas ocasiones. En el artículo 3 (1), cuando establece los deberes primordiales del Estado; en el artículo 10, al enunciar a los sujetos titulares de derechos; en el artículo 11 (3), al hablar de las normas directa e inmediatamente aplicables; en el artículo 11 (7), al establecer las fuentes de los derechos; en el artículo 41, al regular los derechos del asilo y refugio; en los artículos 57 y 171, al reconocer los derechos de los pueblos indígenas; en el artículo 58, cuando reconoce los derechos del pueblo afroecuatoriano; en el artículo 156, al determinar los derechos como responsabilidad de los consejos nacionales para la igualdad; en los artículos 172 y 426, al determinar la sujeción de los juezas y jueces al derecho; en el artículo 384, cuando se hace relación a las políticas de comunicación con respeto a la libertad de expresión; en el artículo 398, cuando regula la valoración de la consulta previa en asuntos que afecten al ambiente; en el artículo 416 (7), al exigir el respeto de los derechos de las personas migrantes; en el artículo 426, al establecer la aplicación directa de los derechos; en artículo 428, cuando trata de una de las fuentes del derecho para suspender la tramitación judicial de una causa.

24. En todos estos artículos, la palabra “instrumentos internacionales” aparece como fuente de derechos, junto con la Constitución, para determinar los derechos y garantías, su contenido y alcance. Para confirmar la importancia de los instrumentos internacionales, la Constitución titula

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

al Capítulo Segundo del Título VIII: "Tratados e instrumentos internacionales". Conviene, pues, dilucidar lo que se entiende por "instrumentos internacionales".

25. En el derecho internacional encontramos dos tipos de instrumentos internacionales: los convenios y los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, como declaraciones y resoluciones de organismos de protección de derechos humanos. Lo que tienen en común ambos, para efectos de comprender la invocación de la Constitución, es que deben tratar sobre derechos humanos. Las diferencias tienen que ver con la forma de aprobación. Mientras los primeros requieren ratificación, en el caso del Ecuador, a través de control de constitucionalidad, aprobación parlamentaria y depósito del instrumento; los demás instrumentos requieren suscripción, cuando son declaraciones por ejemplo, o emisión de resoluciones de organismos internacionales de derechos humanos.

26. El valor jurídico que tienen los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto tratados como el resto, está claramente determinado en la Constitución, artículo 417:

*Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y **otros instrumentos internacionales de derechos humanos** se aplicarán los principios **pro ser humano**, de no restricción de derechos, de **aplicabilidad directa** y de **cláusula abierta** establecidos en la Constitución (el resaltado es nuestro).*

27. Para reforzar lo dicho, el artículo 426 de la Constitución determina:

*Los derechos consagrados en la Constitución y los **instrumentos internacionales de derechos humanos** serán de **inmediato cumplimiento y aplicación**... (el resaltado es nuestro).*

28. Como aparece en los resaltados anteriores, estos instrumentos jurídicos son de inmediato cumplimiento y aplicables de forma directa en Ecuador de acuerdo con la CRE.

29. Para efectos de las fuentes de derechos, tanto para invocar derechos ante operadores jurídicos o funcionarios públicos, como se desprende del artículo 11 (7) de la CRE, cuanto para aplicar normas cuando se trate de derechos y garantías, en Ecuador se puede recurrir a la Constitución, a los tratados y convenios y a las demás normas de instrumentos internacionales.

30. En Ecuador, la distinción que hace la doctrina internacional entre tratados y otros instrumentos internacionales, para efectos del reconocimiento de derechos y desarrollo de su contenido, es irrelevante. Todos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales forman parte del sistema jurídico ecuatoriano.

31. En este amplio marco normativo ecuatoriano de reconocimiento y protección de derechos, conviene dilucidar la naturaleza jurídica de una opinión consultiva de la Corte IDH, que trata sobre el contenido y alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH") y de otros tratados de derechos humanos.

32. La Corte IDH es un órgano establecido por la CADH y es el que interpreta de forma auténtica la CADH, según lo dispuesto en los artículos 62 y 64 de la CADH.



33. La competencia consultiva de la Corte IDH está prevista en el artículo 64 (1) de la CADH:

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.

34. Sobre el valor interpretativo de las opiniones consultivas, la propia Corte IDH ha determinado que:

...conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad 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 humanos (el énfasis es nuestro).¹¹

35. Además, 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.

36. La Corte Constitucional ecuatoriana ha considerado en varias sentencias las normas y principios interpretadas por la Corte IDH, mediante opiniones consultivas. Así, por ejemplo, al definir la naturaleza del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la rectificación invocó la Opinión Consultiva OC-5/85¹²; al desarrollar el contenido de los derechos de los niños y niñas en situación de migración, del interés superior del niño y para afirmar que los niños y niñas son sujetos plenos de derecho, invocó la Opinión Consultiva OC-21/2014 y la Opinión Consultiva OC-17/2002¹³; al determinar el alcance del derecho a la igualdad y sus límites volvió a recurrir a la Opinión Consultiva OC-17/2002.¹⁴

37. De igual manera, ya en relación con la Opinión Consultiva motivo de esta consulta, esta Corte Constitucional utilizó, como uno de los fundamentos para resolver el caso, lo previsto en la Opinión Consultiva OC 24/17, y en relación con el valor jurídico de este instrumento, expresó:

...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

¹¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 23/17, 15 de noviembre de 2017, párrafo 28.

¹² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 17 de septiembre del 2014.

¹³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 064-15-SEP-CC, 11 de marzo de 2015.

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 019-16-SIN-CC, 22 de marzo de 2016.

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

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 reconocidos¹⁵ (resaltado añadido).

38. De todo lo dicho, se desprende que las opiniones consultivas son una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional: la Corte IDH, cuya competencia nace de un tratado internacional del que el Ecuador es parte, y que Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe, sin que se pueda “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”¹⁶ Los derechos y las garantías que se derivan de la interpretación auténtica de la Corte IDH a la CADH, que constan en las opiniones consultivas, son parte del sistema jurídico ecuatoriano, y tienen que ser observados en Ecuador por toda autoridad pública en el ámbito de su competencia.

39. En consecuencia, los derechos y las garantías reconocidos en la Opinión Consultiva OC24/17, que interpreta con autoridad la CADH, forman parte de lo que se ha conocido como *bloque de constitucionalidad*, o, como lo denomina la Corte IDH, son parte del *corpus iuris*, y esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano.

2. ¿El contenido de la Opinión Consultiva OC-24/17, que reconoce el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo, contradice el artículo 67 de la Constitución, en el que se dispone que “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer”?

40. El matrimonio en nuestra cultura tiene importancia social única y suele ser parte del proyecto de vida de muchas personas, que se refleja en cuestiones tales como la relevancia del cambio de estado civil, un hito en la vida, un rito simbólico, y, en no pocos casos, un valor religioso y espiritual, que exige celebraciones y conmemoraciones.

41. En el año 2017, de acuerdo con el INEC, hubo 60.353 matrimonios. La tasa de matrimonios por cada 100.000 habitantes aumentó un 4.5% en relación con el año 2016.¹⁷ Es decir, el matrimonio es una institución que se practica y se vive en Ecuador.

42. El matrimonio es, por ello, una institución jurídica y social fundamental y de ahí la importancia de tratar en detalle y con responsabilidad los alcances de esta consulta de norma.

43. La Constitución, en el artículo 67, establece que:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 184-18- SEP-CC*, 29 de mayo de 2018, página 58.

¹⁶ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), Artículos 26 y 27,

¹⁷ INEC, *Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios 2017* (Quito: INEC, mayo 2018). En http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Matrimonios_Divorcios/2017/Presentacion_Principales_Resultados.pdf



El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal (énfasis añadido).

44. De acuerdo con el Código Civil, que regula legalmente al matrimonio, artículo 81, que es concordante con el artículo 52 de la LOGIDC:

Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y mujer... (énfasis añadido).

Esta norma legal debe estar en armonía con la Constitución y con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

45. La norma constitucional ecuatoriana sobre el matrimonio heterosexual tiene textos semejantes a la de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante "DUDH"), en su artículo 16, declara que "Los hombres y las mujeres... tienen derecho... a casarse". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su artículo 23, reconoce "el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio..." Norma semejante la encontramos en el artículo 17 (2) de la CADH: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio..."

46. Por su parte, la Opinión Consultiva OC-24/17, en su parte resolutive N. 8, determina que:

De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales... (énfasis añadido).

47. La CADH, de acuerdo a la Opinión Consultiva OC24/17, establece que, por la obligación de los Estados de respetar los derechos (artículo 1), el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2), la protección a la honra y dignidad (artículo 11), protección a la familia (artículo 17) y por el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24), las parejas del mismo sexo tienen derecho al matrimonio.

48. Estamos ante dos normas vigentes que están en aparente tensión. La una, que establece el matrimonio entre hombre y mujer, derivada de la Constitución y la ley, y la otra, que reconoce el matrimonio entre parejas del mismo sexo, derivada de la interpretación autorizada de la Corte IDH en relación con la CADH mediante la OC24/17.

49. Al existir una interpretación autorizada por un órgano cuya competencia ha sido reconocida por Ecuador, como es la Corte IDH, mediante una interpretación de un tratado de derechos humanos, y que reconoce el matrimonio igualitario, la norma constitucional tiene que ser interpretada con la ayuda de varios métodos de interpretación para dilucidar si el resultado de la interpretación literal es constitucional a luz de nuevas normas e interpretaciones de normas jurídicas aplicables en Ecuador y, en últimas, dilucidar si existe una antinomia y, si es el caso, cómo resolverla.

13

50. Para resolver esta aparente tensión entre las dos normas que forman parte del sistema jurídico ecuatoriano, que es un problema complejo de interpretación, se abordará el tema de forma integral y sistemática, y a la luz de varios métodos de interpretación y de algunos derechos directamente relacionados. Para solucionar el problema jurídico enunciado, se tratarán los siguientes temas: (1) el alcance del artículo 67, que reconoce el derecho a la familia y el derecho al matrimonio; (2) el derecho al matrimonio a partir de la interpretación literal; (3) la igualdad, la prohibición de discriminación y la razonabilidad de la diferencia; (4) la interpretación más favorable a los derechos; (5) el bloque de constitucionalidad; (6) la interpretación evolutiva y como instrumentos vivos; (7) el derecho al libre desarrollo de la personalidad; (8) el derecho a la intimidad personal y familiar y el rol del Estado; (9) el derecho a la identidad y a sus manifestaciones; (10) el derecho a la libertad de contratar; (11) el derecho al matrimonio y a la unión de hecho, como potencial figura legal que podría sustituir al matrimonio y conciliar las exigencias internacionales con el texto constitucional; (12) conclusión.

2.1. El derecho a la familia y el derecho al matrimonio

51. La Constitución, en su artículo 67, aborda dos instituciones relacionadas pero diferenciadas: la familia y el matrimonio. En cuanto a la familia, la Constitución parte de dos principios que informan todo su contenido: la diversidad y la igualdad de derechos de sus miembros. De ahí que se reconozca a la familia “en sus diversos tipos”, con diversos fines y que pueden constituirse “por vínculos jurídicos y de hecho”, basado en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. En lo diverso, además, hay que considerar que Ecuador es un Estado plurinacional y que en cada nacionalidad puede haber distintas concepciones de familia. Esto quiere decir que la Constitución no reconoce un concepto único y excluyente de familia, y que, al ser el núcleo fundamental de la sociedad, toda familia es importante.

52. En relación con la familia, la Constitución de 2008 ha prestado particular atención a su protección. En primer lugar, la Constitución ha reconocido a la familia como un derecho (artículo 66.20), además ha reconocido “*la familia en sus diversos tipos*” (artículo 67) y, finalmente, determina obligaciones en situaciones especiales. Por ejemplo, reconoce las familias transnacionales (artículo 40.5) y el derecho a la reunificación familiar (artículo 40.4), la obligación de atender a familias con personas con discapacidad (artículo 47.9), el derecho a las personas privadas de libertad para que se comuniquen con su familia (artículo 51.2), la protección a madres jefas de familia (artículo 69.4), la necesidad de afrontar la violencia dentro de la familia (artículo 81), el reconocimiento de formas de producción familiar (artículo 319), el trabajo familiar no remunerado (artículo 333), la participación de la familia en los procesos educativos (artículo 347.11) y de salud (artículo 363.1).

53. En este contexto, cuando la Constitución reconoce “*la familia en sus diversos tipos*” (artículo 67), se debe entender que esos tipos no pueden enumerarse taxativamente y depende de la realidad social y de la nacionalidad de que se trate. Lo importante, de acuerdo a la misma norma, es que los miembros de una familia “*se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.*” Entonces, se puede entender que los diversos tipos de familia tienen protección del Estado y pueden ser familias transnacionales, con jefas de hogar, con personas con discapacidad o privadas de libertad, familias heterosexuales, familias ensambladas, familias ampliadas y familias homosexuales, y más que puedan existir y manifestarse en la sociedad.



54. La Constitución ha adoptado una concepción social de la familia, que permite varias formas dependiendo de las concepciones culturales y también de las expectativas personales. De este modo, la Constitución se aleja de una concepción tradicional o única de la familia. Desde esta perspectiva, entonces, entre los múltiples tipos de familia, aquella constituida por parejas del mismo sexo está protegida por la Constitución.

55. El derecho a la familia es un derecho-fin al que toda persona puede aspirar sin discriminación alguna. El matrimonio es un derecho-medio, que permite acceder a conformar una familia, al igual que otros medios, como la unión de hecho o el matrimonio religioso.

56. El matrimonio es una de las formas mediante las cuales se puede constituir una familia, que requiere acuerdo de voluntades, solemnidad, una pareja monogámica y exclusiva y formas de terminación también jurídicamente reguladas.

57. El matrimonio, según se desprende con claridad de los instrumentos internacionales de derechos humanos, es un derecho. Así lo determinan importantes instrumentos y tratados de derechos humanos: DUDH, artículo 16; PIDCP, artículo 23; CADH, artículo 17 (2).

58. En consecuencia, el matrimonio es un derecho constitucional que permite el ejercicio del derecho a la familia.

2.2. Interpretación literal del derecho al matrimonio en la Constitución

59. Desde una interpretación literal, tanto del texto constitucional como del texto legal, el constituyente y el legislador han reconocido expresamente el matrimonio heterosexual.

60. La expresión constitucional "*El matrimonio es la unión entre hombre y mujer*" reconoce un derecho humano fundamental y expresamente enuncia que es un derecho de las parejas heterosexuales. Hacer una interpretación de una norma clara y expresa requiere mucho cuidado y atención para no vulnerar la voluntad del constituyente y preservar la integridad del texto constitucional.

61. "*El matrimonio es la unión entre hombre y mujer*" es una proposición normativa que puede ser interpretada de muchas maneras. i) Una interpretación literal y aislada del sistema jurídico, que llamaremos *restrictiva*; y, ii) una interpretación literal e integral, a la que denominaremos *favorable a los derechos* (pro derechos). Si la norma constitucional permite varias interpretaciones, conviene dilucidar la que es más adecuada a las reglas de interpretación constitucional reconocidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

a. Interpretación literal y aislada: restrictiva

62. La interpretación literal atiende exclusivamente al texto de la norma constitucional y el análisis jurídico se restringe a la norma, prescindiendo del resto de normas del sistema jurídico. La norma se aísla de las normas constitucionales y del resto de normas que se derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta interpretación, por esta razón, es restrictiva.

63. De acuerdo con la interpretación literal y aislada, de la letra de la Constitución se desprende un mandato de exclusividad de la institución matrimonial a la pareja heterosexual. Además, se

15

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

afirma que este reconocimiento exclusivo a un tipo de pareja entraña una prohibición a cualquier otra forma de constituir la familia a partir del contrato matrimonial. En otras palabras, el constituyente al haber reconocido el matrimonio como un derecho de las parejas heterosexuales, dispuso que las parejas del mismo sexo no tienen reconocimiento constitucional al derecho al matrimonio.

64. En cuanto al valor de la Opinión Consultiva, hay quienes consideran que no es vinculante y que tiene un rango inferior en relación con las normas constitucionales. En efecto, la Constitución establece la jerarquía normativa, que la encontramos en el artículo 425, cuando dispone un orden de prelación y ubica en primer lugar a la Constitución, seguida de los tratados y convenios, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, ordenanzas, decretos, reglamentos, acuerdos, resoluciones y demás actos públicos. Esta jerarquía es útil para resolver antinomias entre normas superiores y normas inferiores. En casos de antinomia, de acuerdo a esta disposición, *“la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación jerárquica superior.”*

65. De conformidad con la jerarquía normativa, se podría pensar que la interpretación derivada de la CADH realizada por la Corte IDH mediante la OC24/17 se ubica en un segundo plano y, por lo tanto, debe prevalecer el texto constitucional por sobre la interpretación de la Corte IDH. De acuerdo a la interpretación textual y restringida, entre la norma constitucional y las normas convencionales existiría una antinomia y esta debe resolverse a favor de la norma constitucional. Esta interpretación favorecería, en consecuencia, la consideración de un tipo de matrimonio: el heterosexual. En otras palabras, por esta interpretación, la norma convencional es derrotada por la norma constitucional en virtud de la jerarquía formal.

66. El corolario de la interpretación restrictiva es que la única forma de reconocer el matrimonio de parejas del mismo sexo en el sistema jurídico ecuatoriano es a través de la reforma constitucional, de acuerdo con lo previsto los artículos 441 al 444 de la Constitución.

67. El problema grave que tiene la interpretación literal es que excluye otras normas jurídicas y también otras formas de interpretación, que según la Constitución deben considerarse, y, más grave aún, que puede acarrear violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, como se apreciará a lo largo de esta sentencia.

b. Interpretación literal y sistemática: favorable a los derechos

68. La interpretación literal está reconocida en la Constitución y en la ley. En la Constitución, en su artículo 427, se establece:

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional (énfasis añadido).

Como se aprecia del texto, el tenor literal tiene que ser ajustado a la integralidad. O sea, la norma no puede ser analizada de forma aislada. Si hay varias interpretaciones, y por tanto duda, entonces, hay que recurrir a los métodos de interpretación que hagan prevalecer el sentido que más favorezca a los derechos.



69. La LOGJCC, en su artículo 3 (7), dispone no sujetarse a la interpretación literal aun cuando su sentido es claro, como en el caso en análisis, para evitar que esta interpretación pueda acarrear, como sugiere la OC24/17, posibles violaciones a los derechos humanos si se aplica una norma clara:

Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación (énfasis añadido).

70. La ley posibilita al juzgador, a pesar del tenor literal, recurrir a otros métodos de interpretación si considera que el resultado de la interpretación restrictiva podría vulnerar derechos y arribar a un resultado injusto. En otras palabras, la norma constitucional debe analizarse dentro del sistema jurídico al que pertenece y, además, se debe atender a los resultados de la interpretación.

71. El sistema normativo que regula los derechos humanos, de acuerdo al artículo 11 (7) de la Constitución, está conformado por los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en los derivados de la dignidad de las personas y los pueblos. Esta complejidad de fuentes de los derechos imposibilita observar de forma exclusiva y aislada los derechos establecidos en la Constitución.

72. Por otro lado, al ser los tratados internacionales una de las fuentes de los derechos humanos, como la CADH, no hay que olvidar que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), de forma categórica determina en el artículo 27:

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

73. El Estado debe cumplir de buena fe las obligaciones internacionales que emanan de un tratado internacional de derechos humanos soberanamente ratificado y no debe justificar su incumplimiento invocando normas del derecho interno, aún si son constitucionales. De lo contrario, el Estado incurriría en responsabilidades internacionales.

74. La Constitución, el derecho internacional y la obligación de lograr un resultado justo en la interpretación de normas, exigen a esta Corte recurrir a otras fuentes normativas, a analizar la relación de una norma con los derechos y a utilizar otros métodos de interpretación adicionales al método literal.

75. En consecuencia, la interpretación restrictiva de una norma constitucional, en este caso el artículo 67, de forma literal y aislada, es contraria a la Constitución.

2.3. La igualdad, la prohibición de discriminación y la razonabilidad de la diferencia entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo

76. Si todas las personas tienen derecho a la familia, la cuestión es dilucidar si uno de sus medios, el ejercicio al derecho al matrimonio, puede ser restringido razonablemente a un grupo de

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

personas que se distinguen por su identidad sexo-genérica. De ahí la necesidad de analizar el texto a la luz del derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación.

77. Una interpretación restrictiva del artículo 67 de la Constitución distingue a los titulares del derecho al matrimonio. Conviene dilucidar si esta interpretación establece una diferencia razonable o es una diferencia que discrimina.

78. La Constitución establece con claridad que el derecho a la igualdad y la no discriminación es un deber primordial del Estado, en su artículo 3 (1):

Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

79. De igual modo, la Constitución, en su artículo 66 (4) establece que se garantiza el “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”

80. Estrechamente vinculado al principio y al derecho a la igualdad, se determina la prohibición de discriminación, en su artículo 11 (2):

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos (énfasis añadido).

81. La igualdad y la no discriminación es un principio fundamental del derecho que se relaciona y extiende a todas las disposiciones constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es un principio y un derecho tan importante que la Corte IDH ha determinado que “ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.”¹⁸ Por este principio, el Estado y todos sus órganos tiene el deber especial de erradicar, de *iure* o de *facto*, toda norma, actuación o práctica que genere, mantenga, favorezca o perpetúe desigualdad y discriminación.

82. La definición del artículo 11.2 de la Constitución tiene tres elementos para configurar el trato discriminatorio: (1) La comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones; (2) la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son *categorías protegidas* y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan *categorías sospechosas*; (3) la verificación del resultado, por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando se menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

83. En la presente sentencia, se trata de analizar si la norma que establece que “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer” es contraria al principio de igualdad. En primer lugar, los sujetos

¹⁸ Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 21 de noviembre de 2016, párrafo 91.



que están en situación de comparabilidad son las personas que conforman las parejas a contraer matrimonio, esto es parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo. Si las personas, indistintamente de su orientación sexual, están dotadas de igual dignidad y merecen igual respeto, entonces son comparables frente al ejercicio del derecho al matrimonio.

84. En cuanto al segundo elemento, se trata de verificar si efectivamente existe un trato diferenciado: el matrimonio se puede realizar entre un hombre y mujer, pero no entre un hombre y un hombre o entre una mujer y una mujer, de acuerdo con la interpretación restrictiva del artículo 67 de la Constitución. En el artículo anterior transcrito, el 11 (2) de la Constitución, se establece una enumeración de las categorías protegidas y que pueden ser sospechosas de discriminación si se las utiliza para diferenciar. Entre ellas está expresamente establecida la “*orientación sexual*”. Esta categoría además está protegida por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Según estas categorías, cuando hay distinciones de trato, jurídicamente o de hecho, basadas en estas diferencias, la sospecha es que hay o que puede haber discriminación. Así lo ha determinado con claridad la Corte IDH:

La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual¹⁹ (énfasis añadido).

85. La diferencia de trato que hace la Constitución ecuatoriana en el artículo 67, y las leyes secundarias, en relación con la distinción entre la orientación sexual de parejas para acceder al matrimonio, se basa en una categoría protegida y la distinción es sospechosa de ser discriminatoria.

86. En tercer lugar, el resultado es que la diferencia de trato entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo consiste en la constatación de que las primeras pueden acceder al derecho al matrimonio y las segundas no. Acá podría configurarse, si la distinción no es razonable, un privilegio para las parejas heterosexuales, porque exclusivamente esas personas pueden gozar de un derecho, y una discriminación a las parejas del mismo sexo que no pueden acceder al derecho al matrimonio.

87. Finalmente, para determinar que se trata de una diferenciación no discriminatoria, se debe justificar. La anulación del ejercicio de un derecho en general, y en este caso del derecho al matrimonio de un grupo humano, debe someterse a un estricto escrutinio. Al efecto, las razones deben ser de tal importancia que el sacrificio para esos titulares derecho no vean en la restricción de derechos una arbitrariedad. Una de las formas de verificar el cumplimiento del estricto escrutinio es mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

88. El principio de proporcionalidad se encuentra reconocido en el artículo 3 (2) de la LOGJCC:

¹⁹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia. 24 de febrero de 2012, párrafo 91; Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 21 de noviembre de 2016, párrafo 104.

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

...se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

El test de proporcionalidad tiene, pues, cuatro elementos: a) Un fin constitucionalmente válido; b) idoneidad, c) necesidad, y d) la proporcionalidad propiamente dicha. La ausencia de uno de dichos elementos sería suficiente para considerar que la medida no supera el test de proporcionalidad. Sin embargo, por razones de conveniencia argumental, se aplicará el test, en el presente caso, en todos y cada uno de sus elementos.

La medida adoptada por el sistema jurídico ecuatoriano, sujeta al test de proporcionalidad, es el matrimonio entre hombre y mujer y la interpretación que considera que la norma excluye al matrimonio de parejas del mismo sexo.

a. Fin constitucionalmente válido

89. El fin constitucionalmente válido es un concepto abierto que permite un margen de interpretación. En relación al derecho al matrimonio, se debe dilucidar cuál es un fin constitucionalmente válido para restringir este derecho a las parejas del mismo sexo. Al respecto cabe explorar tres fines diferentes: i) extralegales, ii) legales, y iii) constitucionales.

90. Los **fines extralegales** justifican la exclusión a las parejas del mismo sexo al matrimonio por dos razones: la anormalidad y las convicciones morales y religiosas.

91. Algunas personas consideran que hay que prohibir el matrimonio de personas del mismo sexo porque son anomalías, riesgos sociales, disfuncionalidades, trastornos psico-patológicos. Por éstas, el matrimonio de parejas del mismo sexo desestructurarían el núcleo familiar y, por tanto, conviene la exclusión.²⁰ A juicio de la Corte Constitucional estos fines no podrían ser aceptables por dos razones. Primero, estas concepciones han sido superadas por la ciencia. En 1991, la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó la homosexualidad de su clasificación de enfermedades.²¹ Segundo, estas formas de concebir a las identidades diversas desconocen el derecho de las personas a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la igualdad y no discriminación.

92. Otras personas sustentan la exclusión al matrimonio de las parejas del mismo sexo en base a sus creencias, a la tradición, al origen bíblico del matrimonio, a la etimología de la palabra²², a la consideración biológica o natural del matrimonio. Estas concepciones morales y religiosas sobre el matrimonio son posiciones importantes, respetables, que reflejan las creencias de una buena porción de la población ecuatoriana que profesa el catolicismo, el cristianismo u otras creencias religiosas.

93. Las creencias y convicciones religiosas o morales están protegidas por la Constitución, artículo 66 (8). Toda persona tiene:

²⁰ Andrés Acuña Aizaga, psicólogo que compareció a la audiencia y mediante *amicus curiae*.

²¹ Algunos años antes, la Asociación de Psiquiatría de los Estados Unidos retiró a la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales en el año 1973. Véase Evelyn Hooker, "The adjustment of the male overt homosexual", *Journal of Projective Techniques*, 21, 1957, 18-31.

²² La palabra matrimonio proviene del latín *matrimonium*: *matrem/māter*-madre o *matris*-matriz (útero) y *monium*-calidad de/obligación/actos rituales.



El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos. El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia (énfasis añadido).

94. Esta norma constitucional tiene dos mandatos claros. Por un lado, las creencias no pueden afectar derechos ni se pueden imponer a otras personas contra su voluntad. En relación con el matrimonio igualitario, no cabe, por razones religiosas o convicciones morales, imponer una restricción a su acceso y ejercicio. Por otro lado, el Estado debe favorecer un ambiente de pluralidad y tolerancia, esto es que, en una sociedad democrática, el Estado debe respetar a quienes practican su religión o creencia, pero no debe imponer, vía normas generales y abstractas, una sola forma de entendimiento religiosa o moral a toda la población. Un Estado laico impide que una creencia se imponga a todas las personas y mucho menos si es que esa creencia excluye, impide, restringe o niega derechos de una minoría.

95. Los fines extralegales, por las razones expuestas, no podrían considerarse fines constitucionalmente válidos.

96. Los **finés legales** del matrimonio los encontramos en el Código Civil. De acuerdo con esta ley, que regula al matrimonio, artículo 81:

Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y mujer... se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

En esta norma legal, se establece que el matrimonio es heterosexual y se establecen tres fines, que no se encuentran desarrollados en la Constitución: convivencia, procreación y mutuo auxilio.

97. Se ha afirmado que no es deseable permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo por cuanto una de las finalidades legales es la procreación y que ese fin no lo pueden cumplir biológicamente y en pareja las personas del mismo sexo.²³ En relación con los otros dos fines legales, no hay discusión de que indistintamente de la orientación sexual de las parejas, toda pareja las podría cumplir.

98. En relación con la procreación, el establecer como un fin legal no significa que sea una obligación jurídica. Si la procreación fuere un requisito legal para la validez del matrimonio, se

²³ Los fines legales establecidos en el Código Civil han sido estrechamente relacionados, en su interpretación, desde el lado moral y el valor religioso. Larrea Holguín afirma que “la finalidad primordial del matrimonio, la procreación, es una participación en la obra divina de la creación según los planes de Dios que crea las almas... El carácter sagrado del matrimonio -de todo matrimonio-, hace que caiga en la esfera de lo religioso antes que en la de simplemente civil o estatal”, en *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998), página 158. Con esta concepción se entiende por qué el tratadista se opuso al divorcio. De igual modo, en la audiencia pública incluso se mencionó que si se admitiera el matrimonio de parejas del mismo sexo, se extinguiría la especie; el 7 de mayo de 2019, se entregó a la Corte Constitucional un pedido, acompañado de firmas, en el que se sostiene el matrimonio entre hombre y mujer “es respetuoso del orden natural de la familia biológica”. Las razones podrían vincular moralmente a quienes creen en esta concepción del matrimonio, pero no pueden, en un Estado laico, imponerse jurídicamente o desvalorar otras concepciones de la familia y del matrimonio.

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

llegaría al absurdo de que las parejas que optan por no tener hijos o hijas, las parejas estériles, las parejas que deciden por cualquier razón adoptar o la pareja conformada por personas adultas mayores, no podrían contraer matrimonio o se debería excluirles de este derecho. Una familia, constituida por vínculos matrimoniales, que no tiene hijos o hijas, no disminuye en su reconocimiento, no impide el acceso al derecho al matrimonio ni pierde la necesidad de ser protegida por el Estado.

99. Los fines legales no son necesariamente los fines constitucionales y éstos no pueden entenderse como taxativos, exclusivos o excluyentes. De hecho, la Constitución deja abierta la posibilidad de comprensión y realización de los fines de la familia. Incluso un tratadista del Ecuador, defensor de la familia tradicional y del matrimonio, ha sostenido que los fines del matrimonio no se agotan con los enunciados de la ley, y se puede incluir fines y funciones educadoras, económicas, de seguridad y más, que son “*variables con el tiempo y los tipos de sociedad*.”²⁴

100. La autonomía de la voluntad, particularmente en la vida privada de las personas, permite que ellas decidan los fines que debe cumplir la familia y el matrimonio, siempre que no sean prohibidos por el sistema jurídico o que afecten a los derechos de terceras personas. En ese sentido, la procreación no puede imponerse a una pareja y no es un argumento válido para excluir del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo. En otras palabras, “*la procreación en sí misma no es un fin constitucionalmente imperioso ni legítimo que justifique un trato desigual entre parejas heterosexuales y homosexuales*.”²⁵

101. Corresponde, entonces, buscar los fines del matrimonio en el propio texto constitucional. Los **fines constitucionales** del matrimonio no están explícitamente determinados en la Constitución. El artículo 67 define el matrimonio entre hombre y mujer, basado en libre consentimiento y en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, pero no menciona fin alguno.

102. La Constitución comprende normas que reconocen principios, derechos u objetivos, como los que constan en el artículo 3, en el que se enumeran los deberes primordiales del Estado, que pueden ser considerados fines constitucionalmente válidos (ejemplo: garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de derechos). De igual modo, aplicar y desarrollar los principios del ejercicio de los derechos, que constan en el artículo 11 de la Constitución, pueden también ser fines constitucionalmente válidos (ejemplo: generar condiciones necesarias para el pleno reconocimiento y ejercicio de derechos).

103. Por el contrario, una medida restrictiva a los derechos, del tipo excluir del ejercicio de derechos a un grupo de personas, estaría *prima facie* prohibida por la Constitución. Así lo reconoce el artículo 11 (4) de la Constitución, cuando establece que “*Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*”.

104. Sin embargo, la misma Constitución, cuando establece que el contenido de derechos se desarrollará de forma progresiva, en su artículo 11 (8), permite una medida regresiva de derechos cuando ésta sea justificada:

²⁴ Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998), página 153.

²⁵ Dejusticia, *Amicus curiae*, presentado el 9 de mayo de 2019, página 4.



Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos (énfasis añadido).

105. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación permite, como fin constitucionalmente válido, las distinciones que promuevan derechos, como las que promuevan la igualdad real en situaciones de desigualdad (reconocida en el artículo 11.2 de la Constitución), las que afectan a grupos tradicionalmente discriminados (como la promoción de la participación política de la mujer, que establece el artículo 65 de la Constitución), las que afectan a personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria (como las medidas para personas en situación de vulnerabilidad cuando están privadas de libertad, que consta en el artículo 203.4 de la Constitución).

106. En la Constitución no se encuentra fin alguno que justifique la exclusión de parejas del mismo sexo al matrimonio, tampoco en la audiencia pública persona o institución alguna argumentó sobre la existencia de un fin constitucional que explique la exclusión del derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo.

107. Un fin constitucionalmente válido debe tener relación con el reconocimiento, desarrollo o garantía del ejercicio de derechos. En consecuencia, constituir una familia sin discriminación y gozar de la protección del Estado es un fin del matrimonio constitucionalmente válido.

108. La Constitución permite y protege la diversidad en todas sus expresiones, siempre que no afecte el reconocimiento y el ejercicio de derechos.²⁶ Debería entenderse que la exclusión del matrimonio de personas del mismo sexo persigue como fin la protección de la familia y esto, en una constitución que protege a la familia “en sus diversos tipos”, no podría considerarse un fin constitucionalmente válido. La Constitución, al garantizar la igualdad y prohibir la discriminación, no justifica la exclusión de las parejas del mismo sexo como un fin para proteger al matrimonio y a la familia.

109. En consecuencia, no existe finalidad constitucional alguna para excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo. Esta constatación sería razón suficiente para considerar que la interpretación restrictiva del artículo 67 de la Constitución es inconstitucional. Sin embargo, para reforzar la interpretación más adecuada a la Constitución y para demostrar exhaustivamente la necesidad de una interpretación favorable a los derechos, se procede a analizar el resto de elementos del test de razonabilidad.

b. La idoneidad

110. La idoneidad implica que la medida tomada sea adecuada para cumplir el fin constitucional. La restricción de un derecho debe ser un medio que contribuya a alcanzar el fin constitucional. En consecuencia, una medida no es idónea si es que no contribuye de forma alguna al fin constitucional. Existe, pues, una relación estrecha entre el medio o la medida y el fin

²⁶ Esta idea tiene un amplio desarrollo en la sentencia dictada por la Constitutional Court of South Africa, Case CCT 60/04, 1 de diciembre de 2015, párrafos 88 al 98.

23

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

constitucional. Si el fin constitucional se produce gracias al medio escogido, entonces éste es idóneo.

111. El fin constitucionalmente válido es formar una familia. El medio es el matrimonio heterosexual y la restricción del matrimonio de las parejas del mismo sexo. Efectivamente, mediante el matrimonio heterosexual un grupo de personas puede formar una familia y cumplir el fin constitucional. En cuanto a la exclusión del matrimonio de parejas del mismo sexo, no es una medida idónea para constituir y proteger la familia. Excluir no es proteger. La exclusión de parejas del mismo sexo no contribuye de forma alguna a lograr el fin constitucional identificado. En consecuencia, la exclusión del matrimonio a un grupo de personas que tiene diversa identidad sexo-genérica no es una medida idónea.

c. La necesidad

112. Por el principio de necesidad, la medida escogida tiene que ser, entre todas las posibles a tomar, la menos gravosa para el ejercicio de derechos, la que provoque el menos daño posible para lograr el fin constitucional, la mejor alternativa entre las disponibles. La necesidad obliga a enumerar las medidas existentes para cumplir el fin y compararlas; de este modo, hay medidas que siendo idóneas pueden no ser necesarias. La medida necesaria excluye otras medidas que no llegan a ser alternativas válidas. Por ejemplo, si lo que se requiere es erradicar una enfermedad contagiosa (fin), una medida idónea podría ser matar a la persona contagiada (medio). Pero esta medida idónea no es necesaria por ser gravosa a los derechos: elimina la enfermedad de las personas pero también su vida. La necesidad requiere pensar en otras medidas. En este ejemplo puede ser, por ejemplo, el aislamiento, el tratamiento y la cura. Sin duda, entre las medidas posibles, la eliminación del enfermo y su exclusión son medidas gravosas; el tratamiento y la cura resulta ser la que menos daño provoca y logra los mejores resultados.

113. La CADH establece un elemento importante, que puede ser leído junto con la *necesidad*: la posibilidad de limitar derechos “en una sociedad democrática” (artículo 32 de la CADH). El elemento fundamental de una sociedad democrática es “el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales”²⁷. Además, una sociedad democrática no permite la discriminación:

La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana (resaltado añadido).²⁸

114. En relación con la exclusión de las parejas del mismo sexo al matrimonio, al ser una medida que restringe derechos, no es una medida necesaria para proteger a la familia mediante el matrimonio. Por el contrario, extender el régimen matrimonial a más personas, entre las que están las parejas del mismo sexo, por los niveles de protección jurídica que ofrece, puede ser considerado una medida necesaria para proteger la familia.

²⁷ Organización de Estados Americanos (OEA), *Carta Democrática Interamericana*, 11 de septiembre de 2001, artículo 3.

²⁸ Organización de Estados Americanos (OEA), *Carta Democrática Interamericana*, 11 de septiembre de 2001, artículo 9.



115. Por otro lado, la comprensión de la exclusión del derecho al matrimonio de un grupo de personas por su identidad, es contraria a una sociedad democrática, incluyente, tolerante y sin discriminación.

116. En cuanto a la familia, una pareja puede escoger varios medios para lograr constituirla, entre los que se encuentran la unión de hecho y el matrimonio. La Constitución al afirmar que reconoce *“la familia en sus diversos tipos”*, permite una pluralidad de medios no detallada en el texto para cumplir sus fines. La especificidad del matrimonio entre hombre y mujer se debe entender como uno de los medios entre varias posibilidades para constituir una familia.

117. En consecuencia, la interpretación restrictiva del artículo 67 de la Constitución, que excluye el derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo, no puede en ningún caso considerarse una medida necesaria.

d. La proporcionalidad propiamente dicha

118. La proporcionalidad propiamente dicha o estricta proporcionalidad, según nuestra legislación, artículo 3 (2) de la LOGJCC, busca *“que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.”* A diferencia de los otros elementos, exige mirar con atención los derechos de otras personas o grupos que podrían afectarse por la medida en escrutinio. En la proporcionalidad se aprecia los derechos de unos titulares con otros titulares, cuyo ejercicio entra en colisión, tensión o podría provocar una restricción. Para que una restricción de derechos sea legítima, la realización de otros derechos debe ser mayor o al menos equivalente. Se trata de una comparación entre la realización de un derecho con la afectación de otro derecho. Si la medida restrictiva tiene consecuencias desventajosas para un grupo humano comparado con el goce o realización del grupo que ejerce derechos, entonces la afectación al derecho a la igualdad será mayor.

119. La proporcionalidad propiamente dicha requiere analizar si es que el reconocimiento exclusivo del matrimonio entre personas heterosexuales (un sujeto de derechos), podría afectar o afecta a los derechos de las parejas del mismo sexo (otro sujeto de derechos).

120. La medida *“el matrimonio es la unión entre hombre y mujer”*, que es un derecho claro de las parejas heterosexuales y que, si se interpreta restrictivamente la constitución, excluye a otro tipo de parejas, ¿afecta a los derechos de las parejas del mismo sexo? La ley nos exige *“que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”*. El derecho supuestamente protegido es el derecho de las parejas heterosexuales al matrimonio. El derecho restringido es el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio. La restricción del derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo debe permitir la mejor y mayor protección del derecho al matrimonio de las parejas heterosexuales. El sacrificio al ejercicio del derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo es importante porque habilita el ejercicio al matrimonio de parejas heterosexuales. Si existiese una relación causal entre el matrimonio de unos con el matrimonio de los otros, buscar un equilibrio debido tendría sentido. Lo cierto es que el matrimonio de las personas heterosexuales no está condicionado de forma alguna a la prohibición o permisión del matrimonio de las personas del mismo sexo.

25

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

121. En otras palabras, si es que el reconocimiento del derecho al matrimonio de personas del mismo sexo impide o restringe el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, se tendría que aplicar la proporcionalidad propiamente dicha.

122. El desconocimiento del derecho al matrimonio de las personas del mismo sexo provoca una situación jurídica indeseable en una sociedad democrática. Por un lado, un grupo de personas gozarían de un privilegio, que es el matrimonio exclusivo de parejas heterosexuales. Por otro lado, otro grupo de personas tendría un derecho no solo restringido, sino anulado. Si la interpretación del artículo 67 de la Constitución es que existe una prohibición al matrimonio entre parejas del mismo sexo, sin duda alguna el resultado produce un desequilibrio indeseado por el principio de igualdad y la prohibición de discriminación: en Ecuador unos gozan del derecho al matrimonio y otros tienen anulado el derecho al matrimonio.

123. Para que exista una justificación razonable que permita una diferencia en relación con el reconocimiento y ejercicio de un derecho tan importante como el derecho al matrimonio debe existir una afectación al derecho de otra persona. Esto es, debe existir un daño real, tangible, medible, efectivo a las parejas heterosexuales, o demostrarse que el reconocimiento del matrimonio de parejas del mismo sexo ocasiona que terceros o parejas heterosexuales tengan un impedimento, restricción o anulación al reconocimiento o ejercicio al derecho al matrimonio. No existe evidencia empírica que demuestre que se requiere restringir el derecho de las parejas del mismo sexo para reconocer el derecho de las parejas heterosexuales. No hay relación causa-efecto entre el reconocimiento o restricción del matrimonio por la orientación sexual de las parejas y la violación o restricción de derechos de las parejas heterosexuales. En otras palabras, la restricción o anulación del derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo no influye, no limita, no restringe el derecho de las parejas heterosexuales a contraer matrimonio.

124. En cambio, la interpretación que promueve el matrimonio exclusivo heterosexual sí afecta gravemente a las parejas del mismo sexo, porque anula su derecho a acceder al matrimonio. En términos del test de proporcionalidad, la medida que permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo, no afecta el derecho a las parejas heterosexuales a contraer matrimonio. Permitir el matrimonio de parejas del mismo sexo, salvando criterios de carácter moral, religioso o de otra índole ajena al derecho estatal laico, no afecta a las parejas heterosexuales. En cambio, la interpretación que sugiere la prohibición del matrimonio entre parejas del mismo sexo, afecta gravemente los derechos porque impide el ejercicio de uno de ellos.

125. En otras palabras, la interpretación que restringe el matrimonio de parejas del mismo sexo no es una medida proporcional encaminada a proteger el matrimonio heterosexual. Al contrario, la medida provoca un daño a las parejas del mismo sexo que es mayor al beneficio, si lo hubiere, a las parejas heterosexuales.

126. En este sentido se ha pronunciado la Corte IDH:

...establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea



*convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional.*²⁹

127. En suma, en relación con el derecho al matrimonio, la interpretación que restringe el acceso al derecho al matrimonio de una pareja del mismo sexo es una afectación innecesaria para garantizar el goce del derecho de las parejas heterosexuales. O, visto desde el otro lado, el desconocimiento del matrimonio de una pareja del mismo sexo, al anular un derecho constitucional, produce un daño excesivo que no se compadece con beneficio alguno, puesto que no afecta en absoluto el derecho al matrimonio de parejas heterosexuales.

128. En consecuencia, por todo lo dicho, en la interpretación restrictiva del artículo 67 de la Constitución, la exclusión al matrimonio de parejas del mismo sexo no supera el test de proporcionalidad por lo que una medida de esta índole es injustificada, discriminatoria y es, por tanto, inconstitucional.

2.4. La interpretación más favorable a los derechos

129. En cuanto a aplicar e interpretar de tal forma que se favorezca la efectiva vigencia de los derechos, la Constitución en su artículo 11 (5) establece que:

En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

Aplicaciones específicas de este principio las encontramos cuando la Constitución reconoce los derechos de las personas privadas de libertad (artículos 46.8 y 51.2), los derechos de los trabajadores (artículo 396.3) y los derechos de la naturaleza (artículo 395.4).

130. La Constitución, complementando la noción de jerarquía formal reconocida en el artículo 425, también reconoce la jerarquía axiológica en el artículo 426:

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 (énfasis añadido).

131. Por la jerarquía axiológica, si una norma de diferente jerarquía establece derechos más favorables, entonces pasa a tener rango constitucional y prevalece sobre otras normas o interpretaciones. En la jerarquía normativa se aprecia simplemente el lugar de la norma en la prelación constitucional. La Constitución está sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos. En cambio, en la jerarquía axiológica, se aprecia el contenido de la norma. 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.

²⁹ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC24/17*, párrafo 220.

132. Para esta Corte, aplicando el criterio de favorabilidad, la norma constitucional y la norma legal establecen una definición de matrimonio. La norma de definición “no crea ninguna obligación, no prohíbe ni permite nada”³⁰, contrario a lo que sucede con las normas de prescripción, también llamadas normas de conducta, que ordenan, prohíben o permiten ciertas acciones o actividades. En las normas de prescripción “se propone dirigir el comportamiento de otro, o sea inducirlo a que adopte un determinado curso de acción”³¹. Un elemento fundamental y definitorio de la norma de prescripción, que no contiene la norma constitucional sobre el matrimonio, es la sanción. Cuando el Código Civil establece nulidades (artículos 94 al 96), se refiere a las solemnidades y a la libertad y la voluntariedad que caracteriza a este tipo contrato, y no a la definición del matrimonio, tanto es así que no existe sanción por el matrimonio entre personas del mismo sexo o por la imposibilidad sobreviniente de cumplir uno de los fines del matrimonio.

133. La Corte IDH se enfrentó a un problema semejante cuando contrastó la definición de matrimonio establecida en la CADH, artículo 17 (2), en lo que se determina que “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio.” Al respecto, la Corte IDH interpretó el texto del siguiente modo:

...la Corte considera que si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana (énfasis añadido).

134. De la exégesis del artículo 67, se puede afirmar que la expresión “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer” permite, como se ha dicho, varias interpretaciones: i) no está reconocido expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo; ii) está prohibido el matrimonio entre personas del mismo sexo; iii) está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, y del reconocimiento explícito de la pareja heterosexual no se sigue que se deba desproteger o prohibir el matrimonio de parejas del mismo sexo.

135. En un Estado plurinacional y en una sociedad diversa no puede existir un concepto único y excluyente de matrimonio y se debe escoger la interpretación que permita a la mayor cantidad de personas ejercer derechos. La interpretación restrictiva excluye a un sector de la población que tiene una opción y una identidad sexual distinta a la heterosexual. En la interpretación más favorable no hay exclusión alguna, tanto las parejas heterosexuales o del mismo sexo tienen acceso a un derecho fundamental como es el matrimonio.

136. Ante varias interpretaciones, el principio de favorabilidad de los derechos ordena a escoger la que más favorezca al ejercicio de derechos. Esto es, que no hay prohibición al matrimonio de parejas del mismo sexo y que, al contrario, el matrimonio de parejas del mismo sexo se complementa con el matrimonio restrictivamente reconocido constitucional y legalmente.

³⁰ Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, “Norma jurídica”, en Ernesto Garzón y Francisco Laporta, *El derecho y la justicia* (Madrid: Trotta, 2000), página 139.

³¹ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005), página 64.



2.5. El bloque de constitucionalidad

137. La Constitución, en su artículo 11 (7), reconoce las fuentes de los derechos fundamentales a las que una autoridad pública debe recurrir para conocer los derechos, su contenido y alcance:

El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

138. Del texto constitucional se desprende que i) los derechos se encuentran en el texto de la Constitución; ii) los derechos se encuentran, además, en los instrumentos internacionales de los derechos humanos; y, iii) los derechos se encuentran fuera del texto constitucional y de los instrumentos internacionales. A estos últimos se los conoce como *derechos innominados*.

139. La comprensión de que la Constitución tiene más derechos que los expresamente reconocidos en su texto, o que los derechos y el contenido de los derechos constitucionales se desarrollan en instrumentos ajenos a su texto, es lo que se ha conocido como el *bloque de constitucionalidad*. Así lo ha expresado ya esta Corte en fallos anteriores:

*Una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales... pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita.*³²

...bloque de constitucionalidad (es) es el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de ésta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel y, por lo que se relaciona con los derechos humanos, las listas que contengan esas normas hay que sumar a la lista constitucional (Arts. 11.3 y 84) y, en caso de conflicto, se ha de aplicar la que de mejor manera y más efectivamente garantice la dignidad de la persona o de la colectividad (Arts. 11.5 y 417)³³(énfasis añadido).

140. Por el *bloque de constitucionalidad*, los derechos enumerados en la Constitución no son taxativos y su reconocimiento es enunciativo. Los derechos que no constan en la Constitución se incorporan al texto por dos vías: remisión a los instrumentos internacionales o por reconocimiento expreso de los derechos innominados, entre éstos últimos están “los demás derechos derivados de dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento” (artículo 11.7 de la Constitución).

141. En relación con el reconocimiento de derechos por remisión a los instrumentos internacionales, las autoridades del Estado deben observar el desarrollo normativo,

³² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencias N. 0001-09-SIS-CC, N. 026-12-SIS-CC. Referencia expresa al bloque de constitucionalidad también se encuentra en la Sentencia N. 007-09-SEP-CC.

³³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N. 001-10-SIN-CC. En el mismo sentido, Sentencias N. 004-14-SCN-CC, N. 374-17-SEP-CC, N. 001-18-SCN-CC.

jurisprudencial y doctrinario de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. Son fuentes del derecho, entonces, los convenios internacionales de derechos humanos, las declaraciones de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH, las observaciones generales de los comités de derechos humanos, las opiniones consultivas de la Corte IDH, los informes de los relatores temáticos y grupos de trabajo de Naciones Unidas, las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, entre otros.

142. En cuanto a los derechos innominados, esos derechos, para ser aplicados, requieren ser enunciados y reconocidos. La Constitución nos da algunas pistas para poder conocerlos. En primer lugar, sabemos, por el artículo 11 (7) que son “*derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento*”. En segundo lugar, en el artículo 98, cuando reconoce el derecho a la resistencia, determina que “*Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia... y demandar el reconocimiento de nuevos derechos*” (énfasis añadido). Finalmente, en el artículo 417, cuando establece que “*en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta*” (énfasis añadido).

143. La CADH también reconoce una cláusula abierta que permite el reconocimiento de derechos no expresamente reconocidos en el texto convencional, en su artículo 29 (c), cuando determina que “*ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de... excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano...*”.

144. Estas normas, que establecen derechos innominados, se las conoce como *cláusulas abiertas*. Las cláusulas abiertas permiten la evolución de los derechos y la adaptación del sistema jurídico de protección de derechos a las nuevas realidades y a los retos que no pudieron ser previstos por las personas que ejercieron el poder constituyente.

145. La fuente de estos derechos, entonces, se derivan de las necesidades de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, y éstas suelen expresarse en las luchas de las personas, de los movimientos sociales y de los pueblos.

146. Normalmente, los instrumentos de derechos humanos suelen poner en palabras lo que son reivindicaciones sociales, tales como “el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento.”³⁴ Las luchas sociales y las reivindicaciones por la dignidad son aquellos momentos en que se instituyen los derechos, que después serán reconocidos formalmente por las normas positivas, nacionales e internacionales. Por ello, “*es indudable que los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización*” (énfasis añadido).³⁵

147. En el presente caso, se puede apreciar lucha por el reconocimiento de derechos:

...tenemos diez años de relación y somos quienes iniciamos en conjunto con algunos colectivos LGBTI y organizaciones la lucha por el matrimonio civil igualitario, el cinco de agosto del 2013 en el Ecuador, a partir de ese día hemos

³⁴ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención De Belem Do Para, 1994, artículo 6 (b).

³⁵ Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989), página 1.



*atravesado un viacrucis judicial que aún no termina, es decir, casi 6 años en el que aún no ha sido reconocido nuestro derecho...*³⁶

148. Cuando se constata que existe un derecho fuera del texto constitucional, estamos frente a un aparente vacío o laguna constitucional, que debe ser solucionado. Esta aparente laguna o vacío se resuelve mediante el reconocimiento expreso. El reconocimiento lo puede hacer cualquier autoridad del Estado en el ámbito de sus competencias. Esto es, si se requiere incorporación al texto constitucional, el Estado los reconoce a través de la reforma constitucional, la interpretación constitucional o la jurisprudencia constitucional. Constatado el vacío o la laguna en el sistema jurídico, se puede incurrir en una omisión legislativa o jurisprudencial.³⁷

149. En el caso del matrimonio, la Constitución reconoce el derecho al matrimonio a las parejas heterosexuales y, por el bloque de constitucionalidad, también reconoce el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo por la interpretación autorizada de la Corte IDH a los artículos 1, 2, 11(2), 17 y 24 de la CADH, desarrollada en la Opinión Consultiva OC24/17. La contradicción entre los dos textos normativos es, pues, un falso dilema.

150. Por el bloque de constitucionalidad, en consecuencia, el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo se incorpora al texto constitucional.

2.6. La interpretación evolutiva y los textos normativos como instrumentos vivos

151. Para comprender la norma en un contexto distinto al que fue creado, la interpretación evolutiva contribuye a poner la norma en un contexto actual y global. Por la interpretación evolutiva, que considera que los textos normativos son instrumentos vivos, la voluntad de quienes hicieron la norma puede variar y lo que tiene que mirar la persona intérprete es el contexto actual y procurar que la norma cumpla con su objetivo y fin. De lo contrario, las normas no tendrían un efecto útil y perderían su capacidad de adaptación. Las normas jurídicas no pueden congelarse en el tiempo sino que tienen que solucionar problemas de personas en concreto y en su contexto histórico.

152. Quienes interpretan la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, como lo establece la propia Opinión Consultiva OC24/17, deben aplicar, de forma simultánea y conjunta, el examen del sentido corriente de los términos usados en un instrumento, los criterios de buena fe, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado y también la evolución de los tiempos.³⁸ La Corte IDH *“ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”*.³⁹

153. Importantes instituciones jurídicas que, en su momento, se creían inmodificables se han ido adaptando en el tiempo. Así, por ejemplo, el matrimonio eclesiástico al inicio de la República estaba vinculado a la ciudadanía (Constitución de 1830), años más tarde se eliminó el requisito

³⁶ Pamela Troya y Gabriela Correa, comparecencia en la audiencia pública, 29 de marzo 2019.

³⁷ Esteban Paulón, Subsecretario de Políticas de Diversidad Sexual del Gobierno de Santa Fe, Argentina, *Amicus curiae*, 27 de marzo de 2019.

³⁸ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC24/17*, párrafos 55 y 56.

³⁹ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC24/17*, párrafo 58.

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

del matrimonio eclesiástico para ser ciudadano (Constitución de 1851), finalmente se eliminó el requisito de estar casado para ejercer la ciudadanía (Constitución de 1897).⁴⁰

154. Si se observa la evolución jurídica de la consideración de los hijos en el sistema jurídico, se puede apreciar que “se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio” y se distinguían de los hijos ilegítimos o naturales (artículos 30 y 31 del Código Civil de 1860); en el año 1950 se eliminó la figura del hijo natural. En el año 1970 se estableció que los hijos concebidos fuera del matrimonio “gozarán de los derechos establecidos en la ley” (artículo 261).

155. En relación al tratamiento jurídico-penal de personas con identidades sexo-genéricas diversas, se puede apreciar una evolución interesante. El Estado penalizaba las relaciones homosexuales consentidas (artículo 516 del Código Penal de 1938). En el año 1997, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional dicha norma.⁴¹ De ser autores de un delito se pasó a ser víctimas, en el año 2013, cuando se aprobó el COIP, que tipificó el delito “actos de odio” (actos de violencia en razón de sexo, identidad de género u orientación sexual).

156. En cuanto al matrimonio, cuando el Estado era confesional, el Código Civil consideraba que la autoridad eclesiástica decidía sobre la validez del matrimonio (Código de 1889); con el Estado liberal, el matrimonio reconocido fue el civil y se introdujo el divorcio (Ley de Matrimonio Civil, 1903).⁴² Las causales de divorcio se fueron añadiendo (1904, 1910, 1912, 1967) hasta reconocer el divorcio por mutuo consentimiento (1935), la unión de hecho (1978) y la igualdad de los derechos entre cónyuges (1989).

157. Semejante evolución se aprecia en relación con la capacidad de la mujer dentro del matrimonio. Las mujeres desde la creación del Código Civil, 1860, tenían como representante legal al marido (artículo 38 del Código Civil); la mujer no podía, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno (artículo 130 del Código Civil) y “el marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido (artículo 124 del Código Civil). Desde la reforma del año 1989, “toda persona es legalmente capaz” (artículo 1489 del Código Civil) y “el matrimonio se constituye sobre la base de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges” (artículo 134 del Código Civil). En los considerandos de la reforma del Código Civil de 1989, el Congreso Nacional de esa época, en alusión a una interpretación evolutiva, afirmó:

...la reforma de 1970 al Código Civil, si bien significó un paso trascendental en el propósito de llegar a la igualdad jurídica de los cónyuges, no logró la igualdad total de los mismos... es indispensable reformar el Código Civil en lo relativo a la familia, con una concepción moderna del derecho que consagre principios acordes con la realidad actual de nuestra sociedad...⁴³ (énfasis añadido).

⁴⁰ Consejo Nacional para la igualdad de género, *Amicus curiae*, 26 de marzo de 2019.

⁴¹ Tribunal Constitucional, Resolución N. 111-97-TC.

⁴² Larrea Holguín considero que esta reforma normativa se produjo, por el contexto de una población mayoritariamente católica, “sin que hubiera cambiado sustancialmente la configuración demográfica del país, ni evolucionado la conciencia popular, por la simple imposición de una minoría que subió al poder por la fuerza de las armas, contra la voluntad mayoritaria del Estado, se impuso precipitadamente una Ley de Matrimonio Civil... que hace grave injuria a los derechos de la Iglesia, de los católicos, y vulnera la libertad de conciencia en muchos aspectos. Dicha Ley, abría la puerta al divorcio, contrario a la Ley natural.” En Juan Larrea Holguín. *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998), página 160.

⁴³ Registro Oficial, *Suplemento N. 254*, 18 de agosto de 1989, página 3.



La reforma del año 1989 lo hizo el Congreso Nacional de aquella época en el ámbito de sus competencias, como lo podría hacer ahora la Asamblea Nacional mediante reforma constitucional o la Corte Constitucional mediante un precedente.

158. La Corte Constitucional ha reconocido varios tipos de familia, como las nucleares tradicionales, las homparentales⁴⁴, las familias compuestas por una persona adulta.

159. La evolución sobre la concepción del matrimonio se puede encontrar tanto en el sistema regional de derechos humanos como en el derecho comparado en la región.

160. En el sistema regional de protección de derechos humanos, la CADH estableció, en su artículo 17 (2), que “*Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio.*” Este texto normativo, aprobado en el año 1969 y que entró en vigencia en el año 1978, ha sido interpretado de tal forma que ha permitido comprender a la familia y al matrimonio de formas diversas y actuales. En el caso Atala Riffo contra Chile, la Corte IDH consideró que no existe diversidad de familias y que se había constituido un núcleo familiar entre una familia conformada por una pareja del mismo sexo:

*...no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar. [...] La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo ‘tradicional’ de la misma...*⁴⁵

161. Finalmente, de forma clara y expresa, la Opinión Consultiva OC/24, al igual que ha sucedido en la interpretación de otros derechos, considera que realiza una interpretación como instrumento vivo y sistemática, y considera que el texto reconoce la protección de un tipo de matrimonio y que no excluye a otros tipos de matrimonios, como las de parejas del mismo sexo, puesto que:

*...los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.*⁴⁶

162. El ejercicio hermenéutico, en cuanto a la interpretación evolutiva, implica ampliar, nunca restringir, la comprensión de los derechos a otras situaciones o a otros titulares, como es el caso del matrimonio a personas del mismo sexo, para expandir los derechos y la comprensión de los mismos. Lo mismo que sucede con el derecho al matrimonio, ha sucedido en otras interpretaciones sobre los derechos, como el concepto de propiedad, de libertad de expresión, de debido proceso, de plazo razonable.

163. El matrimonio entre un hombre y una mujer fue la regla a nivel global en el mundo occidental hasta el año 2001. De la no regulación sobre el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo, se pasó a al reconocimiento de la unión de hecho y de esta figura al reconocimiento progresivo del matrimonio igualitario. Desde el año 2001 en adelante, a la fecha, existen 29 Estados que han reconocido el matrimonio igualitario en sus sistemas jurídicos, de éstos un Estado

⁴⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 184-18SEP-CC.

⁴⁵ Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia. 24 de febrero de 2012, párrafos 172.

⁴⁶ Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, párrafo 245; Corte IDH. Opinión Consultiva OC18/17, párrafo 187.

lo ha hecho por consulta popular, 18 por reformas legislativas y 9 por decisiones de cortes de justicia o cortes constitucionales⁴⁷: Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Argentina (2010), Dinamarca (2012), Uruguay (2013), Nueva Zelanda (2013), Brasil (2013), Francia (2013), Reino Unido (2014), Irlanda (2015), Luxemburgo (2015), Estados Unidos (2015), Colombia (2016), México (en 31 estados, 2011-2016), Finlandia (2017), Alemania (2017), Malta (2017), Australia (2017), Austria (2017), Costa Rica (2018) y Taiwán (2019).

164. Por este desarrollo evolutivo de las normas, la Constitución ha reconocido como un principio fundamental de los derechos la progresividad de derechos y la prohibición de regresividad. Por este principio, según el artículo 11 (8) de la Constitución:

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos (énfasis añadido).

Como se puede apreciar claramente de esta norma, el desarrollo normativo se lo debe hacer legislativamente, administrativamente y judicialmente. Caso último en el que se encuentra esta Corte Constitucional.

165. Existen personas del mismo sexo que demandan el reconocimiento del derecho al matrimonio, por considerar importante en sus planes de vida y que invocan derechos como la dignidad, la igualdad, la identidad y las libertades. Esta exigencia, que no existía o que no fueron consideradas al momento de plasmar los textos jurídicos, requiere poner en contexto actual la norma constitucional y las normas legales, y adaptar su contenido e interpretación a los requerimientos actuales.

2.7. El derecho al libre desarrollo de la personalidad

166. El derecho al libre desarrollo de la personalidad está reconocido en la Constitución, artículo 66 (5):

... El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

167. El derecho al libre desarrollo de la personalidad es la facultad que tienen las personas para autodeterminarse, decidir sus propios fines y escoger los medios para alcanzarlo, siempre que se respeten los derechos de las otras personas. La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado importante jurisprudencia para determinar el contenido y el alcance de este derecho:

...la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden

⁴⁷ Véase Corte IDH, *Opinión Consultiva OC24/17*, párrafos 204 al 2013; también véase Lucas Ramón Mendos, *State-Sponsored Homophobia* (ILGA: Ginebra, 2019), página 277.



*constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social.*⁴⁸

168. No cabe duda que dentro del libre desarrollo de la personalidad, una pareja del mismo sexo pueda decidir formar una familia (fin) y escoger el matrimonio como una vía para lograrlo (medio). Decidir los fines y poder escoger los medios es parte del plan de vida de las personas.

169. Al respecto, en la audiencia pública, se expresó la necesidad de ejercer este derecho en relación con el matrimonio de parejas del mismo sexo:

*Nos conocimos en la universidad, un simple mensaje, varias citas, y decidimos generar un compromiso mutuo, fue un primero de noviembre del dos mil seis en el que decidimos iniciar una relación, iniciar una aventura de vida y dentro de esta aventura de vida estaba en nuestros planes lograr obtener el matrimonio ya sea fuera del país o también estaba la gran ilusión de hacerlo en nuestra tierra, la que nos vio nacer y crecer... Tenemos los mismos derechos que tiene cualquier ciudadano y creo que nosotros... somos una pareja como cualquier pareja y debemos tener los mismos derechos y ser reconocidos como tal, como esposos con un matrimonio igualitario, que es lo que estamos solicitando.*⁴⁹

170. Este derecho también nos permite analizar si los límites que se han impuesto por el sistema jurídico son razonables. En relación con el derecho al matrimonio se podría afirmar, desde una interpretación restrictiva, que tiene un límite expreso: la opción sexual de los contrayentes. Este límite tiene sentido, de acuerdo al artículo 66 (5), si es que afecta los derechos de los demás; esto es, el matrimonio de parejas del mismo sexo afectaría el derecho de las parejas heterosexuales y de ahí se desprende una limitación legítima. Cuando la Constitución hace referencia, en abstracto, a “los derechos de los demás”, debe entenderse que, en casos concretos, esos derechos se afectan y se presentan daños reales, concretos, medibles, identificables, que puedan ocasionar que terceros vean afectados su desarrollo de la personalidad. El matrimonio de una persona homosexual, si se produjere, no generaría como consecuencia un daño real, concreto y medible a las parejas heterosexuales.

171. Los límites a los derechos tienen sentido cuando afectan al ejercicio de derechos de otros. Esto suele suceder en los derechos llamados doctrinariamente como “derechos-poder”. Los derechos poder implican que sus titulares ejercen el derecho de forma excluyente y acumulativa. Los derechos poder, que suelen ser los derechos políticos y los derechos patrimoniales, si no tienen límites suelen ocasionar vulneraciones, restricciones y hasta anulación al ejercicio de derechos de otros. De ahí la necesidad de su limitación. Si los derechos políticos no tienen límites, entonces, en extremo, se puede llegar al autoritarismo, de ahí que se pongan límites temporales (como los períodos de cargo), condiciones para su ejercicio (como en los estado de excepción) y hasta formas de control (juicio político); de igual manera, si los derechos patrimoniales no tendrían límites, se podría llegar al monopolio o al despojo, de ahí límites como la tributación, la obligación de remunerar con mínimos o repartir utilidades, el control del mercado y más.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336-08, 16 de abril de 2008.

⁴⁹ Andrés Vicente Domínguez Ojeda, comparecencia en la audiencia pública, 29 de marzo 2019.

172. Para tener un límite basado en la orientación sexual para acceder al derecho al matrimonio, se debería demostrar que el derecho al matrimonio es un derecho-poder. Esto es, se limita el matrimonio a las parejas del mismo sexo porque sin esa limitación se expandiría el poder de la pareja del mismo sexo. Y esto no sucede en relación con el matrimonio igualitario.

173. Al contrario, como suele suceder con otros derechos que son inclusivos, que se debe procurar su universalización, que su expansión significa mayor dignificación de las personas, como ocurre con el derecho a la educación y a la salud, limitar su acceso es restringir el libre desarrollo de la personalidad. La comprensión del matrimonio como un derecho exclusivo de las parejas heterosexuales es una limitación que impide el acceso a derechos que pueden significar, si eso lo deciden las personas, mejores condiciones de vida y mayor seguridad en la protección de la familia a través del matrimonio. Permitir el matrimonio a parejas del mismo sexo amplía las posibilidades de autonomía individual y del libre desarrollo de la personalidad de las personas con diversa identidad sexo-genérica.

174. Cuando el ejercicio de derechos limitados no afecta a los derechos de otras personas, entonces estamos frente a una potencial vulneración al libre desarrollo de la personalidad. Impedir, de forma arbitraria, conseguir aspiraciones que dan sentido a la vida, como la decisión de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, podría constituirse como una violación al derecho al desarrollo de la personalidad.

2.8. El derecho a la intimidad personal y familiar y el rol del Estado

175. La Constitución reconoce y garantiza en su artículo 66 (20): “*El derecho a la intimidad personal y familiar.*”

Este derecho está íntimamente vinculado con el reconocido en el artículo 11 (2) de la CADH, que tiene un texto semejante en el artículo 17 del PIDCP:

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia (...)

176. El derecho a la vida privada y familiar exige una obligación de abstención por parte del Estado. Toda persona tiene derecho

*a ser protegida respecto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia (...) este derecho debe estar garantizado respecto de todas esas injerencias y ataques...*⁵⁰

177. Por este derecho, las personas y las familias tienen derecho a organizar su vida y ejercer sus libertades sin intromisiones estatales ilegítimas. El Estado sólo puede entrometerse cuando expresamente lo determina la ley y, aun cuando lo permita la ley, su aplicación no debe ser arbitraria. Las formas tradicionales de entender este derecho se refieren a la protección del domicilio y de la correspondencia. No puede allanarse un domicilio o interceptar la correspondencia, salvo si se cumplen los requisitos de la legislación penal, como tener indicios

⁵⁰ Comité de Derechos Humanos. *Observación General N. 16, Derecho a la intimidad (artículo 17)*, 1988, párrafo 1.



de participación en un delito y tener orden de juez. De lo contrario, se configura una violación al derecho a la vida privada y familiar.

178. De forma más amplia, la Corte IDH ha desarrollado el derecho a la vida privada con la identidad y también con el libre desarrollo de la personalidad:

...el Tribunal ha precisado que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior...⁵¹

179. En ese contexto, el margen de acción de una persona y de una familia es muy amplio. Las personas y las familias pueden escoger las formas de subsistencia, el lugar del domicilio, la educación para sus hijos, escoger el trabajo, las inversiones, el ocio, los emprendimientos y más.

180. Como la decisión de ejercer el derecho a contraer matrimonio se trata de un asunto de la esfera privada, que tiene que ver con un ideal personal del plan de vida adoptado por un individuo, la validez de la norma jurídica no puede depender de la decisión mayoritaria. El Estado sólo puede proscribir acciones que inciden objetivamente en el bienestar de terceros. Los argumentos utilizados para afirmar que este asunto merece ser sometido a deliberación implican asumir el perfeccionismo moral de que hay una concepción de matrimonio más valiosa que las demás. Esto resulta inaceptable, considerando que “el derecho a no ser coaccionado sobre la base de modelos de excelencia personal es... parte del grupo de derechos a priori que son condición del proceso democrático”.⁵² El reconocimiento de este derecho individual, que atañe a la autonomía inviolable de las personas, es una condición necesaria del autogobierno. Si la democracia requiere decisiones formadas imparcialmente mediante la participación de todos y todas, el prerequisite insoslayable que debe verificarse es la igualdad real. De lo contrario, las parejas del mismo sexo no serían consideradas como iguales por el mero sacrificio de su autonomía.

181. El Estado tiene la obligación de abstenerse de intervenir en esas decisiones. La Corte IDH incluso ha afirmado que el Estado al imponer una forma de concebir a la familia es violatorio al derecho a la privacidad:

...la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.⁵³

⁵¹ Corte IDH, *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 152; Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párrafo 129, y *Caso Artavia Murillo y otros* (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica, párrafo 143.

⁵² Carlos Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 280.

⁵³ Corte IDH, *Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile*. Sentencia. 24 de febrero de 2012, párrafos 172, 176 y 175.

37

182. En relación con el derecho a formar una familia y escoger el medio para lograrlo, el Estado no debería intervenir para prohibir el matrimonio de las personas del mismo sexo. Una injerencia de este tipo, aun siendo legal, podría considerarse arbitraria.

183. La decisión de formar una familia corresponde a la libertad propia de la vida privada de las personas. De igual modo, el escoger el medio para formar una familia, que puede ser el matrimonio, debería ser una decisión libre y voluntaria de las personas y no del Estado.

2.9. El derecho a la identidad y a sus manifestaciones

184. La Constitución reconoce el derecho a la identidad de la siguiente manera:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:(...)

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras...

20. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

185. El derecho a la identidad tiene que ver con los atributos y las características de una persona, que le hacen un ser único, diferente e identificable, que está intrínsecamente vinculado a la dignidad humana, que no admite restricción o suspensión alguna, y que se relaciona estrechamente con el ejercicio del resto de derechos. Así lo ha reconocido la Corte IDH:

...un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, debe entenderse que esa protección se encuentra establecida de forma transversal en todos los derechos reconocidos en la Convención Americana.⁵⁴

186. Entre los atributos que configuran la identidad de una persona se encuentran la nacionalidad, el origen familiar y étnico, el nombre y el apellido, la adscripción ideológica, la edad, el sexo, religión, ideología y más que se encuentran no taxativamente enumeradas en el artículo 11 (2) de la Constitución. Entre esos atributos y características se encuentra “la orientación sexual de las personas así como su identidad de género le dan sentido a la existencia individual de los sujetos y, por lo tanto, el Estado debe garantizar su respeto y protección.”⁵⁵

187. La identidad, por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puede ser flexible y cambiar en el tiempo. La decisión de cambiar compete exclusivamente a la persona. En la

⁵⁴ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC24/17*, párrafo 85.

⁵⁵ Consejo Nacional para la igualdad de género. *Amicus curiae*, 26 de marzo de 2019.



definición de identidad y en los cambios, el Estado y otras personas no pueden entrometerse, siempre que esas expresiones de identidad no afecten a los derechos de otras personas. En relación con la identidad de género, la Corte IDH ha establecido que es:

...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales... el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligado necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad.⁵⁶

188. El reconocimiento al derecho a la identidad por parte del Estado permite el ejercicio de otros derechos importantes, tales como el votar, el acceder a servicios básicos, el derecho a la circulación fuera de las fronteras. De ningún modo, por la identidad, debería suceder lo contrario, es decir, restringir o anular derechos.

189. En cuanto al derecho al matrimonio, si se interpreta de forma restringida la Constitución, la identidad sexual y de género permitiría el ejercicio del derecho solo si la identidad es heterosexual y anularía el derecho al matrimonio si la identidad fuere homosexual.

190. Una interpretación restringida del derecho al acceso al matrimonio impediría al Estado cumplir con su obligación de proteger la identidad y todas las consecuencias que de esa decisión se derivan.

2.10. El derecho a la libre contratación y el contrato matrimonial

191. La Constitución reconoce el derecho a la libre contratación:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:(...)

16. El derecho a la libertad de contratación.

192. El derecho a la libertad de contratación, reconocido en la Constitución, no hace distinción alguna sobre el tipo de contrato. Se entiende que la regulación de la contratación se encuentra desarrollada en las leyes. Una de ellas, quizá la más importante, es el Código Civil. El contrato, según el Código Civil, “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (artículo 1454). De los múltiples contratos reconocidos en el sistema jurídico ecuatoriano, el matrimonio es uno de los que tiene un régimen especial. Además, el propio Código Civil, cuando se requiere a los efectos de la ley, establece que “a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley” (artículo 8).

193. El Código Civil ha establecido que la naturaleza jurídica del matrimonio es un contrato solemne, “por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente” (artículo 81). Teniendo en cuenta que el contrato matrimonial tiene especiales características que le diferencia de otros contratos, tales como ser una forma especial

⁵⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC24/17, párrafo 94.

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

de constituir una familia, que es considerada el núcleo fundamental de la sociedad y en el que se encuentran, además de la voluntad, elementos afectivos y tradiciones culturales, conviene destacar el aspecto consensual del contrato y las restricciones para garantizar su voluntariedad.

194. El contrato matrimonial, de acuerdo con la regulación legislativa, tiene algunas restricciones y prohibiciones. Una restricción es que el contrato lo pueden celebrar entre un hombre y una mujer, si es que se interpretan las normas de forma restrictiva. Las prohibiciones se desprenden de las causales de nulidad (artículos 95 y 96 del Código Civil): falta de libre y espontáneo consentimiento, ser el cónyuge sobreviviente autor o cómplice de delito relacionado a la vida, tener menos de 18 años de edad, estar ligada por vínculo matrimonial no disuelto, ser parientes por consanguinidad en línea recta o colaterales en segundo grado civil de consanguinidad.

195. Una persona con diversa orientación sexual se encuentra dentro de una restricción y podría, si no incurre en causal de nulidad, contraer libre y voluntariamente matrimonio. Es decir, no existe prohibición expresa para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Lo que existe es una interpretación restrictiva constitucional y legal. Como se ha visto anteriormente, esa restricción no es una medida normativa que parece razonable por ser una diferenciación basada en una categoría prohibida que puede, *de iure* y en casos concretos, discriminar.

196. La restricción de contraer matrimonio por la identidad y orientación sexual podría constituirse en una violación a la libertad de contratación, si se interpreta de forma restrictiva el artículo 67 de la Constitución.

197. De todo lo dicho, se desprende que una interpretación restrictiva, en el sentido de que el derecho al matrimonio solo puede contraerse entre un hombre y una mujer, acarrearía serias violaciones a varios derechos reconocidos en la Constitución. Además, la interpretación literal del texto constitucional nos lleva a una antinomia por lo que no es un método útil para respetar la integridad de la Constitución.

198. Cuando se trata de reconocer derechos o ampliar el contenido de los derechos, la interpretación de la Constitución debe ser extensiva. Por el contrario, cuando se trata de limitar, restringir o anular el reconocimiento o ejercicio de derechos, la interpretación restringida no es aceptable porque puede acarrear, en su aplicación, violaciones a los derechos.

2.11. El matrimonio y la unión de hecho

199. Personas que se oponen al matrimonio igualitario han sostenido que la Constitución ha reconocido la unión de hecho, que esta figura también puede constituir acceso al derecho de familia, genera los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio y a la que pueden recurrir, sin excepción ni discriminación, persona alguna. En efecto, el artículo 68 de la Constitución dispone:

La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio (resaltado añadido).



200. La unión de hecho y el matrimonio, a pesar de la declaración constitucional de que genera los mismos derechos y obligaciones, tienen regulaciones diferentes legalmente y también apreciaciones culturales diversas.

201. En lo jurídico, el matrimonio es un contrato solemne y la unión de hecho es un acto jurídico que nace de hechos; el matrimonio se celebra ante una autoridad pública, en el Registro Civil, la unión de hecho se reconoce mediante escritura pública, ante un notario; en el matrimonio se requiere la presencia de la pareja y testigos, en la unión de hecho solo la presencia de la pareja; en el matrimonio se presume la paternidad del hijo o hija, en la unión de hecho no hay tal presunción; el matrimonio termina por la muerte de uno de los cónyuges, por sentencia que declare la nulidad, por divorcio, la unión de hecho termina por el matrimonio de una de las personas de la pareja, por voluntad unilateral, por mutuo acuerdo; el matrimonio otorga el estado civil de casado, la unión de hecho no; el divorcio otorga el estado civil de divorciado, la unión de hecho considera a la persona soltera; en el matrimonio existe sucesión intestada del cónyuge sobreviviente, en la unión de hecho no; en el matrimonio se reconoce las capitulaciones matrimoniales, en la unión de hecho no; en el matrimonio, cuando hay divorcio y una de las personas carece de lo necesario, tiene derecho a alimentos congruos, en la unión de hecho no; en el matrimonio hay la figura la posibilidad de matrimonio en caso de muerte inminente, en la unión de hecho no.

202. Aún en el supuesto de que la legislación incluya todas las figuras jurídicas que diferencian a la unión de hecho y al matrimonio, y reservara el nombre de unión de hecho para las parejas del mismo sexo, o si se creara una figura diferente, del tipo “unión de hecho solemne” o “contrato solemne de unión de pareja” o cualquier otro nombre similar para evitar que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio, estaríamos ante una exclusión ilegítima, del lado de las parejas del mismo sexo, y de un privilegio no razonable del lado de las parejas heterosexuales.

203. La experiencia de Colombia alecciona sobre la necesidad de reconocer el derecho al matrimonio y no una figura distinta, aún si se busca la misma protección. En el año 2011, la Corte Constitucional de Colombia exhortó al Congreso para que, en dos años, elimine el déficit de protección de las parejas del mismo sexo. Transcurridos los dos años, el Congreso no aprobó reforma alguna. La Corte creó la figura del “vínculo contractual” de las parejas del mismo sexo, mediante formalización solemne ante notarios.⁵⁷ Al no ser una figura jurídica legal, su aplicación ha acarreado múltiples problemas. Finalmente, en el año 2016, la Corte Constitucional reconoció el derecho al matrimonio:

...es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no solo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste.⁵⁸

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 del 2011.

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-214 de 2016.

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

204. La lección del proceso colombiano es que la derivación al parlamento, el reconocimiento gradual del derecho al matrimonio, o la creación de una figura distinta a la unión de hecho o al matrimonio, *“no es un camino ideal pues ha supuesto muchas formas de discriminación judicial, estatal y personal de un grupo históricamente vulnerado y marginado, como son las personas LGBTI.”*⁵⁹

205. Sobre figuras jurídicas con distinta denominación al matrimonio, la Corte IDH ha determinado que:

*...crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique **una diferencia sino estigmatizante**, o por lo menos como **señal de subestimación**. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, **no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.***⁶⁰

206. El Ecuador, según lo dispuesto por la Corte IDH, debe garantizar el acceso a todas las figuras que existen en los ordenamientos jurídicos de cada país, y no solo la unión de hecho, para así ofrecer y garantizar que se protegerán los distintos tipos de familias. El derecho al matrimonio debe ser universal, cuando se cumplen los requisitos legales que protegen el consentimiento, sin exclusiones por razones de opción o identidad sexual.

207. En lo cultural, el matrimonio, que no suele suceder con la unión de hecho, está rodeado de múltiples ritos importantes, como la pedida de mano, la integración progresiva de dos familias, la celebración en presencia de múltiples invitados, el hecho público de iniciar una vida en pareja, las celebraciones de aniversarios y hasta el divorcio tiene otras connotaciones y formas sociales. El matrimonio *“tiene un efecto simbólico, la sanción y aceptación social que hace de la vida en pareja y del compromiso de reconocimiento mutuo de los contrayentes.”*⁶¹

208. El hecho de impedir que las parejas de un mismo sexo puedan acceder al derecho al matrimonio, se constituye en una restricción *“sumamente lesiva en función de la percepción social que se tiene de las personas homosexuales...”*⁶², que profundiza estereotipos, la exclusión y la discriminación, generando en las personas con opción o identidad sexual diversa culpa, aislamiento social, disociación de la personalidad, estrés, depresión, baja autoestima, deserción de actividades laborales, sociales, recreativas, ansiedad y otros trastornos. Las consecuencias, como se puede apreciar, pueden ser fatales para el ejercicio de derechos. Como lo expresa una psicóloga, experta en derechos humanos, que compareció mediante *amicus* a esta consulta de norma:

⁵⁹ Dejusticia, *Amicus curiae*, presentado el 9 de mayo de 2019, página 22.

⁶⁰ Corte IDH, *Opinión Consultiva 24/17*, párrafo 224.

⁶¹ Ana Cecilia Navas, *Amicus curiae*, 1 de abril de 2019.

⁶² Ana Cecilia Navas, *Amicus curiae*, 1 de abril de 2019.



...es necesario que la ley y el Estado les reconozca como ciudadanos en pleno derecho, ya que de lo contrario la misma sociedad que los cobija sufre por ello. La falta de reconocimiento total de instituciones tales como el matrimonio para personas del mismo sexo implica además la difusión de estereotipos negativos relacionados con su conducta tales como la promiscuidad, la pedofilia, la violencia u otras conductas antisociales. Una relación de matrimonio es vista socialmente como una relación que se supone estable de amor y cooperación mutua y fundante de una familia, al no estar al alcance plenamente de las personas GLBTI se genera la idea de que estos valores también les son ajenos.⁶³

209. En lo administrativo, el trámite y la percepción sobre la unión de hecho y el matrimonio son diferentes, como lo expresaron personas que comparecieron a la audiencia pública:

...nos inscribimos en la unión de hecho... en una notaría, créanme que sacar la cédula o renovar la cédula es un trámite mucho más cálido que haber firmado la unión de ...hecho. Cómo creen que nos sentimos como individuos, el generar legalmente nuestro compromiso y amor mutuo de una manera tan fría con un simple documento, en un ambiente, en una notaría donde era un simple trámite administrativo, donde lo emocional y nuestra parte como pareja quedó en segundo plano, a pesar de ello también registramos nuestra unión de hecho en el Registro Civil, lo hicimos, lo hicimos con todo el entusiasmo y con qué nos encontramos: con otro trámite más sin ningún tipo de vínculo emocional, es más ni siquiera sabían cómo registrarla porque era algo novedoso de acuerdo a la persona que nos atendió en el Registro Civil, nos hace sentir esto como ciudadanos de segunda categoría. Cada vez que nos preguntan "¿cuál es su estado civil?" Nosotros decimos en unión de hecho, "¿o sea son convivientes?" Nos preguntan. "No señor, tenemos la unión de hecho", y "¿qué es eso?" Lamentablemente al no estar reconocidos como un matrimonio nos sentimos como ciudadanos de segunda categoría.⁶⁴

210. Efectivamente, cualquier persona en el Ecuador puede escoger, para formar una familia, la unión de hecho. De esta norma, sin embargo, no se deriva una obligación para las parejas del mismo sexo de utilizar esta figura legal para acceder al derecho de la familia ni tampoco podría ser considerada como la única opción. Al ser diferentes regímenes jurídicos entre la unión de hecho y el matrimonio, las personas, sin discriminación, deberían escoger libre y voluntariamente la vía para formar una familia. Lo que piden las parejas del mismo sexo es poder escoger, tal como lo hacen las parejas heterosexuales:

...queremos decidir entre si podemos contraer el vínculo matrimonial o ejercer una unión de hecho porque somos personas mayores que estamos plenamente capacitados para discernir...⁶⁵

⁶³ Ana Cecilia Navas, *Amicus curiae*, 1 de abril de 2019.

⁶⁴ Andrés Vicente Domínguez Ojeda, comparecencia en la audiencia pública, 29 de marzo 2019.

⁶⁵ Rubén Salazar, comparecencia en la audiencia pública, 29 de marzo 2019.

2.12. Conclusión

211. Por todas las razones expuestas, después de haber realizado una revisión normativa y hermenéutica sobre la definición y regulación constitucional de la familia y del matrimonio, esta Corte considera que la norma del artículo 67, que expresa “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer”, se complementa con la regulación e interpretación de la CADH, realizada por la Corte IDH mediante la Opinión Consultiva OC24/17, que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo.

3. ¿Si la Opinión Consultiva OC-24/17 es aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano, cuáles son los efectos jurídicos en relación con los operadores de justicia y los funcionarios públicos?

Al ser la Opinión Consultiva OC-24/17 un instrumento internacional de derechos humanos directa e inmediatamente aplicable en el Ecuador, se derivan obligaciones a las distintas autoridades del Estado. En particular: (1) el deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales; (2) el control de convencionalidad de las autoridades estatales, en particular de quienes ejercen jurisdicción; (3) las relaciones entre el control de constitucionalidad y convencionalidad; (4) la responsabilidad internacional si se inobserva la Opinión Consultiva OC24/17; y, en relación con la cultura jurídica, (4) el reto de adecuar las prácticas.

3.1. El deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos

212. La obligación de que el sistema jurídico tenga 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.

a. El deber de adecuar en el sistema nacional de protección de derechos

213. El deber de adecuar las normas y las prácticas a los derechos, se encuentra de forma clara y explícita en el artículo 84 de la Constitución, en lo que denomina *Garantías normativas*:

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, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (resaltado añadido).

214. Del texto constitucional anterior, se desprende (1) las autoridades obligadas a adecuar; (2) el contenido de la adecuación; (3) las normas que deben ser adecuadas; (4) las normas a las que hay que adecuar el sistema jurídico; y (5) el límite intangible de la adecuación normativa.

Autoridades obligadas a adecuar

215. La Constitución pone en primer lugar a la Función Legislativa, obligado primario para adecuar la normativa, porque una de sus funciones primordiales es “expedir, codificar, reformar



y derogar leyes" (artículo 120.6). Pero no es la única función ni autoridad con competencia normativa. La Función Ejecutiva también tiene competencia normativa, cuando se le faculta a "expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes" (artículo 147.13). Lo propio sucede con otras funciones y órganos estatales. La Corte Constitucional también es un órgano con competencia normativa, cuando se establece que "*ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derecho humanos... sus decisiones tendrán carácter vinculante*" (artículo 436.1). La Corte, por tanto, cuando le corresponda en uso de sus competencias, tiene la obligación de adecuar las normas de derechos humanos al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

216. El rol de adecuar la Opinión Consultiva OC24/17, por estas consideraciones y en ejercicio de sus competencias, le corresponde a la Corte Constitucional que, al conocer esta consulta de norma, no puede ser indiferente y no puede perpetuar una exclusión y discriminación que está prohibida por la Constitución y por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Contenido de la adecuación normativa

217. La adecuación, según la Constitución, es formal y material. La adecuación formal tiene que ver con procedimientos establecidos en instrumentos jurídicos, cuando son más favorables o no existen en el sistema jurídico. Por ejemplo, la consideración de que en procesos penales, se "reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor."⁶⁶ Esto significa la obligación de notificar al cónsul, que es un procedimiento, aunque no lo prevea las normas procedimentales. En lo material, se trata de derechos sustantivos, como cuando el instrumento internacional establece un derecho sustantivo no previsto en el derecho interno, como el derecho subjetivo que tienen los jueces a la independencia judicial⁶⁷ o el derecho que tienen las parejas del mismo sexo a no ser discriminadas en cuanto al acceso al derecho al matrimonio.

Normas a adecuarse

218. Las normas a adecuarse son las leyes y "las demás normas jurídicas." La palabra ley hace referencia a las normas expedidas por la Función Legislativa.⁶⁸ Las "demás normas jurídicas", siguiendo la enumeración que consta en el artículo 425, se debe entender que son "la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos." Cada una de esas normas, según la Constitución, tiene autoridades con sus competencias normativas asignadas y también sus procedimientos. Así, la obligación de adecuar la Constitución corresponde a la Asamblea Constituyente o a la Asamblea Nacional; las leyes corresponde a la Asamblea Nacional; los reglamentos, a la Función Ejecutiva; las ordenanzas, al Concejo Municipal. La jurisprudencia, fuente de la que emanan normas jurídicas vinculantes, también debe ser adecuada, si corresponde,

⁶⁶ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-16/99*, 1 de octubre de 1999, decisión 1.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos Y Otros) Vs. Ecuador* Sentencia. Sentencia de 28 de Agosto de 2013, párrafos 197 y 198.

⁶⁸ La palabra "ley" fue definida por la Corte IDH, *Opinión Consultiva OC6/86*, 9 de mayo de 1986, como "norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes."

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

a los instrumentos internacionales de derechos humanos, como es el caso de las opiniones consultivas de la Corte IDH, corresponde a la Corte Constitucional y, cuando se refiere a legislación ordinaria, a la Corte Nacional.

Las normas a las que hay que adecuar el sistema jurídico

219. El artículo 84 señala que la adecuación es a los *derechos*. Los derechos se encuentran, según la Constitución, en tres fuentes jurídicas que las autoridades, según su competencia, tienen que observar y acatar, como se ha analizado anteriormente: 1) los derechos previstos en la Constitución: en la jerarquía formal que establece la Constitución, están desde las leyes orgánicas hasta los actos y decisiones de los poderes públicos, las normas que tienen que ser adecuadas a la Constitución; 2) Los tratados internacionales: cuando son normas más favorables, la Constitución y las demás normas deben adecuarse a esos derechos. 3) Los derechos que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

El límite intangible de la adecuación normativa

220. Finalmente, en el artículo 84 existe una expresa prohibición constitucional para reformar y adecuar las normas jurídicas: no se puede atentar contra derechos reconocidos en la Constitución. Por contrapartida, por el verbo “*tendrá*” de la norma constitucional con el que comienza el enunciado, existe la obligación, no la permisión o la facultad, de adecuar la norma jurídica más favorable, escrita o no, al sistema jurídico.

221. De todo lo dicho, se desprende que la Corte Constitucional, al expedir normas vinculantes a través del precedente, por el artículo 84, está obligada a adecuar en su jurisprudencia los derechos a los instrumentos jurídicos que establecen nuevos derechos o derechos más favorables a los reconocidos en la Constitución.

b. El deber de adecuar los derechos en el sistema interamericano de protección de derechos

222. Por su parte, la CADH, en su artículo 2, tiene una norma semejante, pero en relación con el sistema jurídico nacional con el sistema interamericano de derechos humanos:

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

223. Del artículo 2 de la CADH y de las interpretaciones autorizadas que ha hecho la Corte IDH en relación con el deber de adecuación, se desprende: (1) las obligaciones internacionales que implican adecuar las normas y prácticas nacionales a la CADH y a sus interpretaciones autorizadas; (2) las autoridades dentro del Estado obligadas a adecuar; (3) los mecanismos jurídicos que los Estados deben utilizar para adecuar; (4) la oportunidad para adecuar; y, (5) el fin de la adecuación.



Las obligaciones internacionales y la adecuación

224. La obligación de adecuar las normas y prácticas nacionales es una obligación general, junto con la de respetar y proteger, que se encuentra en el artículo 1 de la Convención, que busca garantizar de forma efectiva todos los derechos reconocidos en la CADH. La Corte IDH en reiteradas ocasiones afirmó que esta obligación se deriva del derecho internacional:

*...en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas.*⁶⁹

225. La obligación de adecuar implica “el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”⁷⁰

226. La modificación de las normas y prácticas en el derecho interno acorde a los estándares internacionales implica, a su vez, tres obligaciones: 1) expulsar la norma del sistema jurídico o “suprimir toda norma contraria a la Convención”⁷¹; 2) interpretar las normas del derecho interno de manera conforme a los estándares internacionales de derechos humanos⁷²; y, 3) aplicar y adecuar las prácticas en los Estados, aun cuando exista adecuación formal:

*“...la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención”*⁷³ (resaltado añadido).

Las autoridades estatales obligadas a adecuar

227. La autoridad que está nombrada en el artículo 2 es la legislativa, al igual que la designa el artículo 84 de la Constitución. La Función Legislativa, como se ha firmado, es el obligado primario pero no exclusivo ni siempre necesario.

228. Por la Convención y por sus interpretaciones, toda autoridad pública tiene mandato de aplicación directa y no necesariamente, para la aplicación de los derechos, se requiere una norma legal. La exigencia de reforma normativa podría afectar la vigencia y eficacia de los derechos. La exigencia legal, entendida como la intervención de la representación popular y democrática a

⁶⁹ Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párrafo 68; y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párrafo 179.

⁷⁰ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14*, párrafo 201.

⁷¹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 121.

⁷² Corte IDH, *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párrafo 221.

⁷³ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafo 338.

47

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

través de la Función Legislativa, es imprescindible cuando se trata de restricción y limitación de derechos. En esos casos existe lo que se conoce como *reserva legal*. Pero cuando se trata de garantizar derechos y en particular de una obligación de *ius cogens* como es la igualdad y la no discriminación, y de proteger y garantizar derechos de grupos humanos discriminados, entonces la aplicación convencional es directa y no requiere necesariamente regulación legislativa.

229. El artículo 2 de la CADH menciona, además de las medidas legislativas, “o de otro carácter.” Esto corresponde a medidas de carácter administrativo, cuyo actor es la Función Ejecutiva, y a medidas de carácter jurisdiccional, cuyos actores son todos los jueces con competencia constitucional para atender cuestiones de derechos humanos. De ahí se desprende la obligación de considerar que el Estado tiene la obligación de organizar todo el sistema institucional para reconocer y garantizar derechos.

230. En cuanto a las medidas administrativas, corresponde a todas las agencias y autoridades estatales que tienen facultades reglamentarias y, primordialmente, de ejecución de normas. Entre las normas a aplicar están tanto las constitucionales como las convencionales. En el caso concreto, el Registro Civil es una agencia ejecutiva que podía haber aplicado las normas de la CADH a la luz de la interpretación autorizada de la OC24/17.

231. En cuanto a la obligación de adecuación jurisdiccional, en nuestro sistema jurídico los jueces de la Función Judicial tienen el mandato de aplicar tanto las normas constitucionales como las de instrumentos internacionales, en virtud del artículo 11 (7) y 426 de la Constitución.

232. La Corte Constitucional, al tener la obligación constitucional y convencional, también debe adecuar la institución del matrimonio a los estándares internacionales en lo que le corresponde en virtud de sus competencias. En relación con el control concreto de constitucionalidad, cuando la Corte Constitucional conoce una consulta de norma, la LOGJCC, en su artículo 143 (1), establece que:

Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.

233. La Corte Constitucional debe entenderse como una autoridad dentro de lo que la CADH denomina “de otro carácter”, por lo que tiene la obligación de adecuación.

Los mecanismos jurídicos que los Estados deben utilizar para adecuar

234. El artículo 2 de la convención establece que, la Función Legislativa y demás autoridades competentes, deben hacer la adecuación “con arreglo a sus procedimientos constitucionales.”

235. En Ecuador se puede adecuar el sistema jurídico a los derechos que se reconocen o se deriven de la CADH por varios caminos: la reforma constitucional de ser esta necesaria, la interpretación constitucional o la aplicación directa de la CADH por el control de convencionalidad.

236. Cualquiera de esos caminos tienen autoridades y competencias específicas. La reforma constitucional corresponde a la Asamblea Nacional, en unos casos, y a la Asamblea Constituyente, en otros, que están determinados en los artículos 441 al 444 de la Constitución.



Para una reforma y una modificación al texto de la Constitución se requiere seguir este camino que está vedado a la Corte Constitucional.

237. Cuando hay violaciones concretas a derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, se puede plantear la acción de protección ante cualquier juez o jueza del lugar en el que se origina el acto u omisión que viola derechos, de conformidad con los artículos 86 y 88 de la Constitución.

238. Cuando se trate de control abstracto de constitucionalidad, por acciones de inconstitucionalidad o consulta de norma, o control concreto, por procesos de selección y revisión, u otras competencias, la Corte Constitucional, según el artículo 436 de la Constitución, puede adecuar el sistema jurídico interno a los derechos y garantías reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos.

239. La CADH hace una remisión al sistema jurídico interno de los países. En nuestro país se puede hacer reformas a la Constitución, lo que no corresponde a la Corte Constitucional, e interpretaciones a la Constitución y a los tratados, como la CADH, que sí corresponde a esta Corte.

La oportunidad para adecuar

240. La oportunidad de la adecuación de los derechos requiere un análisis particular. En primer lugar, i) considerar si el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo, a la luz de la igualdad y la prohibición de discriminación, exige la reserva de ley; en segundo lugar, ii) considerar si cabe un régimen de transición para la adecuación normativa.

i. La reserva de ley para reconocer derechos

241. La reserva de ley es una garantía formal mediante la cual se considera que la Función Legislativa tiene competencia exclusiva para tratar una cuestión importante como la regulación de ciertos derechos. Además, es una garantía reforzada de los derechos y se encuentra claramente prevista para establecer delitos y penas y también para crear tributos. Se trata de una garantía, dentro de un estado democrático y de derechos, para evitar que de forma autoritaria se impongan cargas a las personas o restricciones indebidas a los derechos.

242. Cuando se trata del reconocimiento de derechos, del desarrollo de su contenido, del mejoramiento de las condiciones para el ejercicio o garantías de derechos, no se requiere reserva legislativa o desarrollo normativo. Por ello, la Constitución en múltiples normas considera que los derechos serán de inmediata y directa aplicación. De lo contrario, los derechos no serían exigibles, no tendrían efecto útil, no podrían ser ejercidos por sus titulares. De exigirse siempre reserva de ley, se establecería una condición inadecuada que tornaría inútil el reconocimiento constitucional de derechos.

243. Se ha argumentado, con relación a esta consulta de norma, que la única forma de adecuar el sistema jurídico interno es a través de una reforma constitucional, que el tema requiere deliberación parlamentaria y que, en consecuencia, la adecuación corresponde exclusivamente a la Asamblea Nacional o a la Asamblea Constituyente. Al respecto, la persona representante del Registro Civil afirmó que *"no es factible la aplicación de manera directa de la Opinión*

49

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

*Consultiva 24/17 sin que medie reforma constitucional*⁷⁴, y la persona representante de la Procuraduría General, en el mismo sentido, sostuvo que “*es necesaria una reforma constitucional que modifique la institución del matrimonio señalada en el artículo 67 de la Constitución.*”⁷⁵

244. Sobre lo expuesto caben cuatro precisiones. La primera es que no es necesaria una modificación del texto constitucional sino considerar, por el bloque de constitucionalidad y por una interpretación sistemática, evolutiva e integral, que el texto de la Constitución se complementa con el de la CADH, interpretada por la OC24/17. La reforma constitucional para reconocer el matrimonio de parejas del mismo sexo sin duda alguna es conveniente pero no es necesaria. 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.

245. La segunda es 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. Al respecto, la Corte IDH ha determinado:

*... este Tribunal ha indicado que “la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.”*⁷⁶

246. La tercera es que, desde que se expidió la Opinión Consultiva OC24/17, el 24 de noviembre de 2017, la Asamblea Nacional ha tenido la obligación de adecuar el sistema jurídico nacional a las normas de la CADH y a los derechos reconocidos por la interpretación autorizada por parte de la Corte IDH. A la fecha no existe siquiera iniciativa legislativa alguna. En consecuencia, se ha producido ya una omisión injustificable por parte de la Asamblea Nacional, cuyas consecuencias podría derivar en responsabilidad internacional del Ecuador ante el Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos. De ahí la necesidad de que la Corte Constitucional interprete de tal modo la Constitución para prevenir potenciales violaciones a derechos que puedan ser conocidos por órganos de derechos humanos competentes y cumplir con la obligación de adecuación.

247. Finalmente, las normas y las prácticas discriminatorias no deben ser convalidadas por procedimiento legislativo alguno ni aún por procesos de democracia directa. Una norma o práctica

⁷⁴ Alex Iván Bravo Bazaña, en representación de Vicente Taiano, Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, comparecencia en la audiencia pública, 29 de marzo 2019.

⁷⁵ Marco Proaño, en representación de Iñigo Salvador, Procurador General del Estado, comparecencia en la audiencia pública, 29 de marzo 2019.

⁷⁶ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia. 24 de febrero de 2012, párrafo 92; Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 21 de noviembre de 2016, párrafo 123.



discriminatoria aprobada democráticamente estaría en contra de la obligación general de respetar y garantizar derechos sin discriminación, que consta en el artículo 3 (1) de la Constitución. En este sentido, *“someter los derechos de las minorías a las decisiones de las mayorías no es constitucional ni acorde a un sistema democrático y por el contrario, agrava la situación de vulnerabilidad del grupo marginado y puede conducir a nuevas formas de discriminación.”*⁷⁷

248. La interpretación constitucional se la puede ejercer a través de varios mecanismos, que se encuentran en las competencias de los jueces en general cuando ejercen competencias constitucionales, y de la Corte Constitucional en particular, en virtud del artículo 436 (1) de la Constitución.

...ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

ii. *La transición para el reconocimiento del derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo*

249. La Corte IDH, en relación con el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo ha expresado en la OC24/17:

*...esta Corte 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 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.***

*De cualquier manera, los Estados que aún no garantizan 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***⁷⁸ (énfasis añadidos).

250. La Corte IDH reconoce que el proceso de adecuación normativa no es automático y que no basta con la mera expedición de la Opinión Consultiva OC24/17. Por la falta de adecuación inmediata, *de iure*, los Estados no incumplirían las obligaciones internacionales que se derivan de las interpretaciones de la Corte IDH a la CADH.

251. La Corte IDH también reconoce que pueden existir dificultades institucionales para la adecuación integral del sistema jurídico interno a los estándares internacionales. Efectivamente,

⁷⁷ Dejusticia, *Amicus curiae*, presentado el 9 de mayo de 2019, página 4-5.

⁷⁸ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC24/17*, párrafos 226 y 227.

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

por ejemplo, para adecuar la Constitución a la interpretación de la CADH realizada por la OC24/17, se requiere un procedimiento riguroso, rígido, con múltiples controles y con requisitos especiales para que proceda la reforma, de conformidad con los artículos 441 al 444 de la Constitución. Este procedimiento requiere formalidades, debates y tiene tiempos prolongados y flexibles.

La Corte IDH, en un caso en que consideró que un Estado debía modificar su constitución para adecuar a la CADH y a la interpretación de la Corte IDH, decidió que *“el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable...”*⁷⁹.

252. La Corte IDH *“insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales”*, lo que quiere decir que reconoce que para aplicar la interpretación auténtica de la CADH no se requiere exclusivamente reformas legislativas, sino que pueden ser adecuaciones administrativas y judiciales; y que también, en todos esos mecanismos, se pueden presentar dificultades institucionales. El momento de adecuación normativa, *de facto*, cuando se produjeren hecho que puedan considerarse actos por aplicación de normas o de interpretaciones inconstitucionales, es el momento en que tiene que tomarse la decisión. Si la decisión se basa en una norma o en una interpretación que pueda generar una diferencia de trato, basado en una categoría sospechosa y que restrinja o anule el ejercicio de un derecho, si no hay una justificación razonable, estamos sin duda alguna ante una discriminación, aún si no se ha adecuado la Constitución o las normas secundarias; es decir, estaríamos ante una violación de derechos fundamentales.

253. En relación con las adecuaciones administrativas, entonces, correspondería al Registro Civil realizar las adecuaciones cuando le corresponda. Esto es, cuando una pareja del mismo sexo acuda a registrar su matrimonio. Las autoridades del Registro Civil, según lo manifestaron en la audiencia pública, actuaron de forma *“apegada a derecho en cumplimiento a lo que establece el artículo 67 de la Constitución de la República, artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, 81 de la Código Civil y demás normativas conexas.”* Además, argumentaron que no es de aplicación directa la OC24/17 y que *“con su actuar tampoco han conculcado derecho constitucional ni fundamental alguno.”*⁸⁰

254. Esta Corte, en relación con un desalojo y al derecho a la vivienda, en cuanto a la responsabilidad de una agencia el ejecutivo y de la policía, y a los estándares que se derivan de instrumentos internacionales de derecho humanos, consideró:

*...queda claro que las autoridades administrativas..., al resolver los procesos sometidos a su conocimiento, se encontraban y se encuentran **obligados a aplicar directa e inmediatamente la Constitución en su sentido material...** este concepto incluye el texto constitucional, **los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos...** lo dicho implica que autoridades administrativas... -como en este caso el intendente de policía- están en el **deber inexcusable** de interpretar toda la normativa que les corresponde aplicar... a la luz de las normas que componen la Constitución material...⁸¹ (énfasis añadido).*

⁷⁹ Corte IDH, Caso *“La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Punto resolutive 4, página 39.

⁸⁰ Alex Iván Bravo Bajaña, en representación de Vicente Taiano, Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, comparecencia en la audiencia pública, 29 de marzo 2019.

⁸¹ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N. 098-17-SEP-CC*.



Esta Corte consideró que el intendente tenía “el deber inexcusable” de aplicar instrumentos internacionales de derechos. Bajo el mismo razonamiento, al Registro Civil le correspondería aplicar la OC24/17.

255. Esta Corte entiende que, por el control de constitucionalidad y de convencionalidad, toda autoridad pública está obligada a aplicar las normas constitucionales, las convencionales y las que se reconocen en los instrumentos internacionales de derechos humanos. De este modo, el Registro Civil tenía la obligación de aplicar la CADH y la interpretación derivada de la OC24/17. Sin embargo, por la interpretación restrictiva de la Constitución y de las leyes que definen el matrimonio y, además, la aún insuficiente cultura jurídica, que es precisamente uno de los obstáculos que impiden la aplicación directa de la Constitución y de otros instrumentos jurídicos de derechos humanos, el retraso de la aplicación del matrimonio igualitario resulta comprensible.

256. En relación con los jueces y juezas, cuando en uso de sus competencias constitucionales, conocen garantías constitucionales, tienen la obligación de brindar tutela efectiva a las personas víctimas de violaciones a sus derechos. Como se ha visto, los derechos que se pueden invocar y aplicar no solo son los reconocidos en la Constitución, sino también los que se deriven de instrumentos internacionales de derechos humanos y más que se deriven de la dignidad humana. En esta forma de adecuación de los instrumentos jurídicos internacionales, la práctica jurisdiccional ha tenido dificultades. En algunos casos se ha negado el derecho al matrimonio de personas del mismo sexo interpretando restrictivamente la Constitución y las leyes pertinentes. En otro caso, como el presente, se ha suspendido el caso y se ha consultado a la Corte. En el debate en la audiencia y en los medios de comunicación se han expresado múltiples opiniones, unas a favor y otras en contra en relación con el derecho al matrimonio igualitario, que reflejan estas dificultades que menciona la Corte IDH en la OC24/17.

257. La Corte Constitucional cuando conoce y resuelve, en ejercicio de sus competencias, sobre la aplicación de normas en casos concretos, la jurisprudencia vinculante respecto a garantías constitucionales (artículo 436.6), las acciones públicas de constitucionalidad (artículo 436.2), la absolución de una consulta de norma (artículo 428), como es el caso, o cuando ejerce otra competencia otorgada por la Constitución o la ley, entonces ese es el momento, cuando conoce la demanda, el pedido o selecciona un caso, de adecuar la normativa interna a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

258. Postergar la adecuación normativa, cuando la Corte Constitucional ejerce sus competencias constitucionales, significaría incumplir el artículo 84 de la Constitución y el artículo 2 de la CADH, y dilatar innecesariamente el respeto y garantía de los derechos humanos que son obligaciones generales del Estado que emanan del artículo 1 de la CADH.

El fin de la adecuación

259. La finalidad de la adecuación, según el artículo 2 de la CADH, es realizar todas las reformas e interpretaciones en el sistema jurídico interno “*que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”. No es la adecuación por el mero cambio normativo ni a través de un procedimiento legislativo, sino hacer efectivos los derechos, de ahí la necesidad de adecuar de la manera más eficiente y oportuna.

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

260. La adecuación es un medio para lograr el ejercicio de derechos. Esos medios, por el margen de apreciación que tienen los Estados, son de libre configuración constitucional. Pero el fin está claro y no es negociable democrática o soberanamente por los Estados. En este sentido, si un medio no es adecuado para lograr el fin de respetar y garantizar derechos, simplemente no puede ni debe ser utilizado. El medio tiene que ser efectivo. En el caso de esta consulta, por las competencias constitucionales de esta Corte, el medio efectivo es esta sentencia.

261. La Asamblea Nacional y los demás funcionarios, tienen, en los ámbitos de sus competencias constitucionales y legales, el deber de cumplir con lo dispuesto por esta Corte y por la Corte IDH.

3.2. El control de convencionalidad

262. El control de convencionalidad surge de la obligación que tienen los Estados de cumplir con los tratados internacionales que ha ratificado soberanamente.

263. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organismos Internacionales (1988), recoge dos principios fundamentales para entender el control de convencionalidad:

Artículo 26.- Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27.- 1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado."

El primero, denominado *pacta sunt servanda*, es una garantía para el cumplimiento de los tratados; el segundo, el compromiso de asumir de *buena fe* las obligaciones internacionales. Los tratados internacionales, en otras palabras, son normas jurídicas imperativas entre los Estados, en virtud del derecho internacional público.

264. En relación con la interpretación del texto del tratado por parte de un órgano establecido por el mismo tratado, como es el caso de la Corte IDH, hay que ir al mismo texto convencional, que establece que es el órgano que tiene competencia "*sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención*" (artículo 62.1). De forma explícita, el CADH reconoce dos competencias a la Corte: la contenciosa (artículo 62.3) y la consultiva (artículo 64.1):

Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

265. El control de convencionalidad del Estado para cumplir con los tratados debe entenderse tanto del texto, contexto y propósito como de las interpretaciones que hagan sus órganos.

266. En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el control de convencionalidad ha ido evolucionando. La primera sentencia que desarrolló la doctrina fue en el año 2006:



La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (resaltado añadido).⁸²

267. La Corte IDH, en adelante, ha ido precisando las obligaciones que se derivan del control de convencionalidad y que esta Corte Constitucional las adopta: a) el control de constitucionalidad se complementa con el de convencionalidad y hay que hacerlas de oficio; b) el control de convencionalidad lo hacen las autoridades públicas en el marco de sus competencias; c) el control de convencionalidad es de tratados y de las interpretaciones de sus órganos; y, d) el control de convencionalidad también se aplica en las opiniones consultivas.

a. El control de constitucionalidad se complementa con el de convencionalidad y hay que hacerlas de oficio

268. La Corte IDH ha establecido que:

...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana...⁸³

...todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana...⁸⁴

269. De estas interpretaciones, se deriva que todo operador judicial, y esto debe incluir no solo a jueces y juezas, sino también a fiscales y a personas que se dedican a la defensa pública, deben conocer y aplicar, en lo que corresponda, los estándares desarrollados por la Corte IDH del mismo modo que lo harían con los preceptos constitucionales.

⁸² Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

⁸³ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, párrafo 128.

⁸⁴ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 225.

b. El control de convencionalidad lo hacen las autoridades públicas en el marco de sus competencias

270. La Corte IDH en un inicio consideró que quienes, dentro del Estado, hacían control de convencionalidad eran los jueces y juezas. Luego se fue ampliando a los operadores de justicia, al poder legislativo, fuerzas armadas y finalmente consideró que todos los órganos y funcionarios de Estado tienen la obligación de realizar el control de constitucionalidad.⁸⁵

...la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”... que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial...⁸⁶ (resaltado añadido).

271. Las autoridades públicas deben actuar dentro del marco de sus competencias y de acuerdo con los procedimientos determinados en el derecho interno de cada Estado:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...⁸⁷ (énfasis añadido).

272. Esto quiere decir que autoridades administrativas, como el Registro Civil, y judiciales, como el Tribunal que hizo la consulta, deben aplicar las normas convencionales siempre que tengan, en los casos que conocen, competencias explícitas y procedimientos adecuados. En otras palabras, una autoridad civil no puede ejercer labores jurisdiccionales ni tampoco legislativas en razón del control de convencionalidad, pero tiene la obligación de cumplir y aplicar las normas vigentes, en particular los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

c. El control de convencionalidad es de instrumentos internacionales de derechos humanos y de las interpretaciones de sus órganos

273. El alcance del control de convencionalidad es sobre todo de tratados de derechos humanos y de los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que el Ecuador es parte. No es, por tanto, un control solo sobre los instrumentos del Sistema Interamericano, sino también que

⁸⁵ Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párrafo 1806; Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafo 3397; Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párrafo 236; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párrafo 219; Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párrafo 151.

⁸⁶ Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 239.

⁸⁷ Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012, párrafo 330.



debe entenderse de los tratados e instrumentos que se derivan de otros sistemas, como el de Naciones Unidas o del Sistema Andino de Integración en relación con normas de derechos humanos.

274. Muchos tratados tienen órganos de aplicación e interpretación de sus normas. En el caso de la CADH es la CIDH y la Corte IDH. En otros, como por ejemplo la Convención de los Derechos de los Niños es el Comité de Derechos de los Niños; en el de la CEDAW es su Comité; el del Pacto de Derechos Civiles y Políticos es el Comité de Derechos Humanos. El control de convencionalidad debe hacerse tomando en cuenta lo expresado en el texto como lo resuelto en casos o interpretaciones de los tratados realizado por los órganos de supervisión del tratado.

d. El control de convencionalidad es complementario y subsidiario

275. El control de convencionalidad se complementa al control de constitucionalidad. Toda autoridad pública, en el ámbito de sus competencias, debe observar tanto la Constitución como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, y cuando corresponda, según la convención, la doctrina desarrollada por los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. Lo que no dicen las normas o interpretaciones nacionales, se complementa con las normas y las interpretaciones de órganos internacionales de derechos humanos.

276. El control de convencionalidad es subsidiario. En primer lugar lo tienen que hacer las autoridades nacionales y, en su defecto, en segundo lugar, intervienen los mecanismos y organismos internacionales de derechos humanos.

La Corte IDH ha reconocido estos principios en los siguientes términos:

...el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.⁸⁸

e. El control de convencionalidad derivado de las opiniones consultivas

277. Se ha dicho que la Opinión Consultiva era una interpretación obligatoria respecto al Estado que consulta. En el caso de la OC24/17 obligaría exclusivamente a Costa Rica.⁸⁹

278. La competencia consultiva tiene como legitimado activo a los Estados y a los órganos de la Organización de Estados Americanos (artículo 64). En el procedimiento de consulta, recibida la

⁸⁸ Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párrafo 72.

⁸⁹ Carlos Arsenio Larco, *Amicus curiae*, 2 de abril de 2019, parágrafo IV.

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

solicitud de consulta, el Secretario de la Corte IDH transmite a todos los Estados miembros, a todos sus órganos pertinentes (artículo 73 del Reglamento de la Corte IDH) y a todas las personas o instituciones interesadas, suele recibirse las opiniones en audiencias públicas y las opiniones tienen un formato de sentencia interpretativa que se hace conocer a todos los Estados. Esto denota que la interpretación no compete exclusivamente al Estado que consulta, sino a todos los miembros.

279. La Corte IDH ha considerado que tanto la jurisprudencia de casos contenciosos como las opiniones consultivas comparten el propósito de proteger los derechos de los seres humanos y que son una fuente que contribuye a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos. De ahí que, para hacer el control de convencionalidad, debe observarse también las opiniones consultivas:

*...la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado **realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva**, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.”⁹⁰*

280. Esta Corte ha reconocido ya la obligación de hacer control de convencionalidad, en el marco de aplicar el derecho más favorable en el sistema jurídico ecuatoriano:

*...el control de constitucionalidad no debe ser visto como el único mecanismo a ser implementado por la Corte sino que además se debe tener en cuenta la existencia del **control de convencionalidad** como el mecanismo por medio del cual los jueces nacionales pueden efectuar el análisis de una norma, **tomando en consideración la Convención Americana de Derechos Humanos, las sentencias que dotan de contenido a la Convención emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y todos aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador**, en suma, aquello que se denomina el *ius commune interamericano*⁹¹ (resaltado añadido).*

281. Dentro del marco del control de convencionalidad, en el caso conocido como Satya, este Corte utilizó ya los parámetros de la Opinión Consultiva OC24/17 y la consideró claramente un instrumento vinculante de aplicación directa en el sistema jurídico ecuatoriano:

...la Opinión Consultiva OC 24/17, instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir

⁹⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014, párrafo 31.

⁹¹ Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0014-13-IN y acumulados No. 0023-13-IN y No. 0028-13-IN; Sentencia No. 003-14-SIN-CC del 17 de septiembre de 2014, página 19.



*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 derechos reconocidos...*⁹² (énfasis añadido).

282. Por todas estas razones, las autoridades de Estado en general, y los operadores de justicia en particular, están obligados a realizar control de convencionalidad en el marco de sus competencias y procedimientos. Esto es, cuando en el ejercicio de sus funciones, encuentren normas más favorables o estándares internacionales en los tratados, instrumentos internacionales, opiniones consultivas, observaciones generales y más, deberán aplicar la norma que mejor efectivice el ejercicio de derechos.

283. El control de convencionalidad tiene estrecha relación con el control de constitucionalidad. La Constitución, en su artículo 11 (3), reconoce el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, cuando determina que:

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 (énfasis añadido).

En concordancia con esta norma, el artículo 426, reitera las fuentes de los derechos y también la obligación de las autoridades del Estado y añade, en casos que se entiende hay antinomia, que se aplicarán las normas más favorables:

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 (énfasis añadido).

284. La aplicación directa quiere decir que la Constitución, como cualquier otra norma, si tiene relación con el caso, debe ser aplicada, exista o no regulación normativa. Cuando hay una ley que regula la Constitución, no significa que sus normas se suspenden, siguen teniendo validez y vigencia y, junto con las leyes, cuando fuere necesario, deben ser aplicables. El juzgador debe tratar de armonizar el sistema jurídico a través de una interpretación constitucional o, si no es posible cuando hay antinomias, de la aplicación directa de la Constitución.

285. La aplicación inmediata quiere decir que siempre que la Constitución deba ser aplicada, no debe suspenderse su aplicación ni tampoco condicionarse a otros factores del tipo reglamentación, falta de ley o revisión superior.

286. Conviene precisar el alcance del control de constitucionalidad y convencionalidad. En primer lugar, para hacer efectiva la supremacía de la Constitución y de los instrumentos de derecho humanos más favorables, la aplicación directa de las normas constitucionales y de

⁹² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N. 184-18-SEP-CC, 29 de mayo de 2018, página 58

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

instrumentos internacionales es una garantía normativa que debe tener impacto jurisdiccional, de lo contrario no tendría efecto práctico. Los operadores de justicia tienen que incorporar como parte del sistema jurídico ecuatoriano las normas constitucionales, convencionales, la doctrina de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos, entre las que se encuentran las opiniones consultivas.

287. En segundo lugar, si se les priva a los jueces y juezas de aplicar en sus casos concretos, ya por vacíos o ya por antinomias, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos más favorables, el control de constitucionalidad y el de convencionalidad serían inocuos y se dejaría sin eficacia la supremacía constitucional y la obligación de interpretar más favorablemente los derechos.

288. La eficacia normativa de la Constitución tiene sentido cuando quienes interpretan y aplican normas jurídicas en su trabajo cotidiano, en particular los jueces y las juezas, pueden y deben aplicar la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando son más favorables. Si de lo que se trata es de proteger los derechos de las personas y de la naturaleza, aplicar las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales es una forma de garantizarlos y de prevenir violaciones.

289. La Procuraduría General del Estado, en su comparecencia en segunda instancia, según consta en el documento de consulta, consideró que “se pretende que el Juez ejerza funciones exclusivas de la Corte Constitucional” (fs.5). De igual forma, el Tribunal consultante considera que la Corte Constitucional es el “único intérprete de la Constitución” (fs. 7). También se afirmó que el juzgador si inaplica una norma legal, prevarica.

290. 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.

3.3. La responsabilidad internacional si se inobserva la Opinión Consultiva OC24/17

291. Si los Estados inobservan una norma convencional y por ello, cuando se cumplen los requisitos y procedimientos correspondientes, puede ser declarado internacionalmente responsable por incumplir sus obligaciones ante la comunidad internacional, no cabe duda que esa norma es vinculante. Así expresamente lo dispone el artículo 63 (1) de la CADH:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.



292. Efecto similar a las normas de la Convención, tienen las interpretaciones en un caso y también en una Opinión Consultiva:

...las opiniones consultivas son concebidas en la Convención como pronunciamientos que permiten advertir a los Estados del riesgo que asumen, llegado el caso, de que se les reclame y se declare su responsabilidad si su proceder no se ajusta a aquellos⁹³ (resaltado añadido).

293. Consecuentemente, si un caso en Ecuador en el que se desconozca lo dispuesto en una Opinión Consultiva llega a conocimiento de la Corte IDH, éste será declarado responsable internacionalmente por violar sus compromisos internacionales.

294. En concreto, la Corte IDH afirma que si Ecuador niega el derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo, sin advertir la obligación que deriva de su interpretación autorizada, estaría violando las obligaciones derivadas de los artículos los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

295. La Corte Constitucional tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos más favorables y, de este modo, prevenir la declaración de violaciones a los compromisos internacionales y a posibles determinaciones de responsabilidad internacional por violar derechos humanos.

3.4. El reto de la adecuación en las prácticas

296. El deber de adecuar el sistema jurídico interno a los derechos y estándares internacionales de derechos humanos cuando fueren más favorables, no se agota con las reformas normativas. La exigencia internacional también es el cambio en las prácticas.

297. En las prácticas nos encontramos con estereotipos, con tradiciones, intolerancia hacia las personas diversas que, con distintos grados de radicalización, acaban discriminando, "generando la homofobia, lesbofobia y transfobia que impulsan los crímenes de odio..."⁹⁴ y hasta llegar a violencias físicas tanto en el ámbito público como privado.

298. En relación con el derecho al matrimonio, el acceso a esta importante institución sin duda enriquece el disfrute y goce del derecho a la familia al ampliar los titulares del derecho. Sin embargo, el solo hecho del matrimonio no es garantía para evitar y prevenir la discriminación y la violencia. En la vida cotidiana es importante cómo se relacionan las personas entre sí, el respeto, la calidad de las relaciones, la consideración y valoración mutua, la disminución de los niveles de violencia⁹⁵, el fortalecimiento de los vínculos afectivos, y todo esto implica ir más allá de la adecuación formal.

299. Adecuar las prácticas a los derechos y a su contenido requiere una labor que se la hace a través de políticas públicas diseñadas participativamente, tal como lo prescribe el artículo 85 de

⁹³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC/24-17, párrafo 13.

⁹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC/24-17, párrafo 47.

⁹⁵ Según el INEC, 63.2% de mujeres en promedio han sufrido algún tipo de violencia, de esas mujeres, el 62% sufrió violencia de género estando casada. En INEC, *Violencia de género: el primer paso es no ser una víctima más* (INEC: Ecuador, 2012), en <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/violencia-de-genero/>

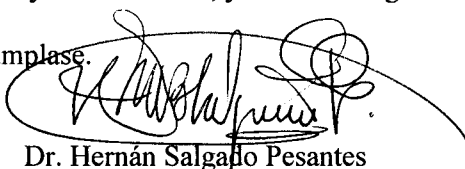
Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

la Constitución, e inspiradas en los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos más favorables.

DECISIÓN

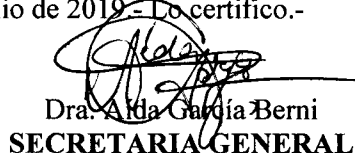
300. En mérito de lo expuesto, de conformidad con el artículo 428 de la Constitución y 143 de la LOGJCC, la Corte Constitucional resuelve:

1. Determinar que la Opinión Consultiva OC24/17, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre de 2017, es una interpretación auténtica y vinculante de las normas de la CADH, que forma parte del bloque de constitucionalidad para reconocer derechos o determinar el alcance de derechos en Ecuador.
2. Establecer que no existe contradicción entre el texto constitucional con el convencional sino más bien complementariedad. Por la interpretación más favorable de los derechos, el derecho al matrimonio reconocido a parejas heterosexuales se complementa con el derecho de parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. La Constitución, de acuerdo al artículo 67, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención, interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la Opinión Consultiva OC24/17, reconocen el derecho al matrimonio entre hombre y mujer y el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo.
3. Disponer que el Tribunal consultante interprete el sistema normativo a la luz de esta sentencia y ordene que el Registro Civil registre el matrimonio de los accionantes, toda vez que no es necesaria una reforma constitucional al artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador. Tampoco son necesarias reformas previas, para el caso concreto, a los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y 81 del Código Civil.
4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.


Dr. Hernán Salgado Pesantes

PRESIDENTE

RAZÓN: Siento por tal que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con cinco votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado (voto concurrente), Daniela Salazar Marín; y, cuatro votos salvados de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet, Teresa Nuques Martínez y Hernán Salgado Pesantes, en sesión ordinaria del miércoles 12 de junio de 2019.- Lo certifico.-


Dra. Arda García Berni
SECRETARIA GENERAL



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

649 - seis cientos cuarenta
y nueve

Caso Nro. 0011-18-CN

RAZÓN.- Siento por tal, que el texto de la sentencia que antecede fue suscrita el día jueves 13 de junio del dos mil diecinueve, luego del procesamiento de las observaciones recogidas en el Acta de la sesión respectiva.- **Lo certifico.**

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

AGB

Caso No. 11-18-CN

Voto Salvado del Juez Hernán Salgado Pesantes

Jueces adherentes: Carmen Corral Ponce
Enrique Herrería Bonnet
Teresa Nuques Martínez

1. Me aparto del voto del Juez Ramiro Ávila Santamaría, por varias razones que se irán analizando a continuación. Primero, considero que el análisis desarrollado en su ponencia no se enmarca dentro de la naturaleza jurídica de la consulta de norma, mecanismo de control constitucional que tiene por objeto garantizar la **supremacía** de la Constitución.
2. Punto básico de mi disidencia con el Juez ponente y con las demás Juezas y Jueces tiene que ver con el uso y abuso de la interpretación constitucional, llevada al extremo de hacer desaparecer la oposición de la Ley Suprema al denominado “matrimonio igualitario”. ¿Será una nueva forma de ilusionismo constitucional? Para mí es un proceso de **mutación arbitraria** que destruye la supremacía de la Ley Fundamental.¹
3. El raciocinio jurídico o lógica jurídica nos conduce a sostener que no puede existir una interpretación *ad infinitum*, que trastoque la claridad y concisión del lenguaje formal.² Consideremos que si cualquier disposición constitucional de la parte dogmática u orgánica, especialmente en la primera, puede ser cambiada bajo la argumentación que existe una duda, sin importar la claridad del texto, entraríamos en ese proceso de mutación arbitraria.

¹ Los argumentos jurídicos que sustento se fundamentan en mis conocimientos y experiencia (más de cincuenta años de constitucionalista, doce años de juez de la Corte IDH, de los cuales 3 de vicepresidente y 2 de presidente).

² Para el Juez constitucional que piensa que ya no estamos en la época de la interpretación **exegética** debo recordarle que, este método preconizado por la respectiva Escuela, se dio en los años posteriores a la codificación francesa (1804), para la mitad del siglo xix el método exegético cayó en desuso frente a los aportes del doctrinario alemán Savigny, de los profesores franceses Saleilles y especialmente Gényn padre de la interpretación moderna. Ver un breve resumen en “*Introducción al Derecho*” del autor. CEP cuarta edición, 2019, pp. 183 y ss.

1



4. Como Juez constitucional afirmo que ni siquiera para proteger un derecho humano debemos convertirnos en sepultureros de la Constitución. ¡Estamos en el Siglo XXI! Para la vigencia de los derechos el Estado Constitucional siempre contó con la institución de la reforma constitucional que permite modificar la Carta Fundamental. Hay que tener presente que el juez constitucional no es un legislador y menos todavía legislador constituyente.
5. Por otro lado, Constitución de 2008 detalla los mecanismos aplicables para su interpretación cuando esta es necesaria frente a una norma oscura o ambigua, si la disposición no lo es no habría nada que interpretar y sería un contrasentido invocar la interpretación, cosa explicable sólo por razones ideológicas o políticas. En el presente caso, el artículo 67, inciso segundo, de la Constitución es claro y conciso: *"El matrimonio es la unión entre hombre y mujer..."*³
6. Además, el artículo 427 establece como primera herramienta hermenéutica la literalidad del texto normativo, en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, por lo cual, la Constitución ordena que para interpretar sus disposiciones se aplicarán, inicialmente, los métodos literal y sistemático.
7. Como fue dicho, al ser el artículo 67 de la Constitución un precepto jurídico con una estructura de un alto grado de concreción, esta norma no admite interpretaciones contrarias a la literalidad de su texto. Uno de los principios de la hermenéutica jurídica es que no procede otorgar un sentido diverso a una norma cuyo contenido y alcance es claro y preciso.
8. El método sistemático, según lo define la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es aquel que busca la comprensión del sentido de la norma *"...a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía"*. En tal virtud, según este método, las disposiciones constitucionales deberán ser examinadas en conjunto con el contexto general del cuerpo normativo, es decir, sin excluir la integralidad de sus disposiciones para garantizar su coexistencia y armonía. Y, en este caso, el siguiente artículo 68 en su inciso final con similar claridad ratifica *"La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo."*
9. La forzada interpretación que promueve el texto del Juez ponente, no se ajusta al artículo 427 de la Constitución. En primer lugar, desconoce la literalidad del artículo 67 de la Ley Fundamental al otorgarle un sentido que no tiene, que lo

³ El juez que piensa que sí cabe la interpretación porque la norma no incluyó la palabra "exclusivamente" para referirse al hombre y mujer –en mi criterio- debe realizar un curso de hermenéutica constitucional y general.



modifica por completo. Y, en segundo lugar, no se precautela la integralidad del texto constitucional, porque se realiza una interpretación que desconoce y anula otras disposiciones constitucionales, como pueden ser el artículo 68 de la adopción, también el 69 que se refiere a los padres y madres (paternidad y maternidad). E incluso anula los mecanismos de reforma constitucional.

10. En síntesis, se interpretó un texto constitucional ignorando su claro e inequívoco tenor literal, lo cual provocó un menoscabo sistemático de otras normas constitucionales, concretamente, aquellas que establecen las formas en que un artículo de la Constitución puede ser modificado (mediante enmienda o reforma parcial).

11. Finalmente, debo recordar que la **consulta de norma** permite verificar la compatibilidad de las normas infra constitucionales con la Constitución o con instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, **la Opinión Consultiva OC 24-17 no constituye un instrumento internacional**, inclusive, ésta no conlleva una obligación que genere efectos directos y mediatos en un Estado, pues su propio texto *"...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..."*. (Énfasis me pertenece).

A continuación desarrollaré mis argumentos jurídicos:

I. Supremacía y control constitucional

12. La Constitución ocupa un nivel normativo superior en el ordenamiento jurídico, pues sus contenidos prevalecen respecto del resto de disposiciones y, además, otorgan las condiciones de validez de las normas, las mismas que deberán guardar conformidad formal y material con el texto constitucional.

13. En este orden de ideas, el artículo 424 de la Constitución de la República establece, que:

"La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica."

14. A efectos de garantizar la supremacía constitucional, se contemplan distintos mecanismos y herramientas jurídicas. Dentro de éstas, se prevé la garantía normativa de la Constitución, la cual se precautela por intermedio del control

constitucional, cuyo propósito esencial es que todo órgano con potestad normativa, **enmarque su actuación en los preceptos constitucionales, por su condición suprema y jerárquica superior en el ordenamiento jurídico.**

15. La Constitución reconoce varios mecanismos de control constitucional, uno de ellos se ejerce a través de la denominada consulta de norma.

II. La consulta de norma como un mecanismo del control concreto de constitucionalidad

16. El artículo 428 de la Constitución de la República, dispone:

"Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma."

17. En tal virtud, en el sistema ecuatoriano, la consulta de norma surge en el evento en que un operador de justicia considera que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estos establecen derechos más favorables. De elevarse la consulta a la Corte Constitucional y al admitirse a trámite, este Organismo está en la obligación de analizar la norma invocada, con la finalidad de verificar su compatibilidad con el texto constitucional para garantizar su supremacía.
18. En cuanto al tipo de disposiciones susceptibles de ser consultadas por los operadores de justicia, se aprecia que el artículo 428 de la Constitución se refiere, de manera general, a cualquier "...norma jurídica...".
19. Sin embargo, esta prescripción debe ser leída en la integralidad del texto constitucional, esto es, atendiendo a la finalidad de la consulta de norma. Entonces, si el objeto del control constitucional es garantizar la supremacía de la Constitución, es claro que sus disposiciones no son susceptibles de ser controladas, pues ésta constituye su propio canon o parámetro de constitucionalidad.
20. En nuestro ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional está facultada para examinar la compatibilidad de normas constitucionales únicamente en un caso



puntual: el artículo 106 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece el control de enmiendas, reformas y cambios constitucionales, una vez que han sido aprobadas, en cuyo caso podrá cuestionarse solamente vicios de procedimiento ocurridos en la tramitación de dichas modificaciones.

21. Es decir, la única modalidad de control de constitucionalidad respecto de la propia Constitución, es el que opera respecto de disposiciones que han sido enmendadas, reformadas o incluidas mediante un cambio de Constitución; sin embargo, este tipo de control es **abstracto y eminentemente formal**, por lo que nada tiene que ver con la consulta de norma.
22. En consecuencia, no cabe que dentro del control de constitucionalidad, el objeto de análisis sea un precepto contenido en la propia Norma Fundamental desde su promulgación, pues entre normas que ostentan el mismo rango – *en este caso constitucional*-, no se podría solventar una diferencia bajo el criterio de la supremacía jerárquica de un precepto sobre otro⁴, aspecto que constituye un fundamento esencial del control de constitucionalidad.
23. Muy distinta es la tarea hermenéutica que poseen los Jueces en la resolución de casos concretos, en cuya circunstancia podrán privilegiar cierta disposición constitucional por sobre otra, atendiendo a las particularidades específicas, pues, por ejemplo, algún enunciado permitirá un mejor ejercicio de derechos en la resolución de un caso concreto. Pero este ejercicio es distinto en el control de constitucionalidad, que confronta dos disposiciones de distinto rango para determinar la adecuación de la inferior respecto de la superior.
24. Por estas razones, no puedo estar de acuerdo con el argumento que consta en el párrafo 10 de la ponencia del Juez Ramiro Ávila, que constituye la base de su análisis, pues sostiene que: *“La Constitución ni la ley excluyen la posibilidad de que esta norma jurídica [la consultada] pueda ser una norma de la misma Constitución.”*. Aspecto que, por las consideraciones apuntadas, es incompatible con la naturaleza del control de constitucionalidad.

⁴ Sobre la dificultad de aplicar un criterio jerárquico respecto de normas del mismo rango, específicamente disposiciones constitucionales, la doctrina advierte que: *“Lo dicho ha de aceptarse salvo que se comparta la tesis de que las normas de ciertos documentos, singularmente de las Constituciones, tienen distinta jerarquía, de manera que, entre otras cosas, cabría hablar de normas constitucionales inconstitucionales. Pero aquí dejaremos de lado esta tesis.”*. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 2014, pág. 177.

50

III. Objeto de la consulta de norma No. 11-18-CN

25. La lectura de la consulta efectuada por los Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, permite concluir que los consultantes incurrir en varios equívocos dentro de su petición. En ciertos pasajes pretenden que se examine la constitucionalidad de una Opinión Consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o incluso cuestionan la constitucionalidad de contenidos previstos en la propia Constitución.

26. No obstante, la Sala de Admisión de este Organismo, examinó aquellos argumentos y circunscribió el cuestionamiento dentro del ámbito de control compatible con la naturaleza jurídica de la consulta de norma, como mecanismo de control constitucional.

27. Como se aprecia del auto expedido el 6 de marzo de 2019 por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, la relevancia establecida a partir de la presente consulta radica en el siguiente problema jurídico:

*"9. De la consulta de norma presentada, se infiere que la autoridad jurisdiccional considera que **existe una antinomia entre el contenido de los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Públicos y el artículo 81 de Código Civil, y el de la Constitución de la República del Ecuador y la Opinión Consultiva OC-24/17.**" (Énfasis agregado)*

28. El objeto de la presente consulta de norma, por consiguiente, radica en determinar la constitucionalidad de los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Públicos y 82 del Código Civil. Para tal efecto, se contrastará su contenido a la luz de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

29. Así planteado el problema por parte de la Sala de Admisión, llama la atención que el voto del Juez ponente omita el examen de constitucionalidad de las normas infra constitucionales objeto de la consulta. Por el contrario, en el párrafo 22 de su propuesta, se limita a señalar, que: *"22. Esta consulta no trata de forma directa la constitucionalidad de los artículos 52 de la LOGIDAC, 81 del CC y de las demás normas y reglamentos existentes que regulan a nivel infraconstitucional el matrimonio."*

30. La Corte Constitucional debe actuar en el marco de sus competencias constitucionales y legales, sin que, de ningún modo, pueda ejercer atribuciones que no le han sido asignadas.



31. La función “pedagógica” de la Corte Constitucional no puede sobrepasar sus atribuciones; es decir, si bien a este Organismo le corresponde expedir jurisprudencia que guíe la actuación de los operadores de justicia, aquello debe ser ejercido en el marco de las competencias constitucionales y legales. No puede, por lo tanto, bajo pretexto de orientar la tarea jurisdiccional, actuar en una consulta de norma atendiendo a aspectos ajenos a la naturaleza jurídica de esta herramienta.

32. Dicho aquello, y en función del artículo 428 de la Constitución de la República, se actuará de acuerdo con el objeto de la consulta de norma y lo señalado por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, esto es, se confrontarán las normas consultadas con el texto constitucional, concretamente, con el artículo 67; y, también se examinará si la Opinión Consultiva OC-24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos susceptible de ser contrastado mediante una consulta de norma.

IV. Normas jurídicas objeto de la consulta de norma

33. Las normas cuya constitucionalidad se consulta, disponen:

- **Código Civil:**

*“Art. 81.- **Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.**”*

- **Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Públicos:**

*“Art. 52.- **Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio. El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Fuera del territorio ecuatoriano, se celebra e inscribe ante el agente diplomático o consular, si al menos uno de los contrayentes es ecuatoriano.***

La autoridad competente, antes de la celebración de un matrimonio, deberá verificar el registro personal único de los contrayentes y que estos estén legalmente habilitados para contraer matrimonio civil, de lo cual se dejará constancia en el acta respectiva. La falta de esta solemnidad ocasionará la sanción administrativa, civil y penal de la autoridad que celebró el matrimonio, sin perjuicio de la nulidad del matrimonio a la que pueda haber lugar, de conformidad con la Ley.” (Énfasis agregado)

V. Disposiciones constitucionales o de instrumentos internacionales de derechos humanos presuntamente vulneradas

34. En el análisis que prosigue, se examinará, inicialmente, el contenido de la disposición constitucional invocada por los operadores consultantes; y, posteriormente, se revisará el estatus jurídico de la Opinión Consultiva OC 24-17, para efectos de establecer si ésta puede ser concebida como un instrumento internacional de derechos humanos.

Norma constitucional invocada por los consultantes

35. El artículo 67 de la Constitución de la República, dispone:

“Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

***El matrimonio es la unión entre hombre y mujer**, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”*
(Énfasis añadido)

36. En este contexto, de la lectura de la norma constitucional, se desprende que ésta versa sobre dos aspectos: **i.** La familia; y, **ii.** La institución del matrimonio.
37. Respecto de la familia, se observa que el constituyente la reconoce en sus diversos tipos, que podrán constituirse por vínculos jurídicos o de hecho. Adicionalmente, la norma se refiere acerca de la institución del matrimonio, que constituye una de las formas de configurar una familia, sin que ésta sea la única.
38. En el supuesto caso que sea necesario aplicar los métodos de interpretación reconocidos en la propia Ley Suprema para comprender el sentido del inciso segundo del artículo 67 de la Constitución, acudimos -como fue dicho- al artículo 427 de la Norma Fundamental que establece:

“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los



derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional."

39. De esta manera, el artículo 427 de la Constitución dispone que para interpretar las normas constitucionales se deberá acudir necesariamente al tenor literal que más se ajuste a la integralidad del texto supremo; y, **únicamente, en caso de duda**, se podrán aplicar otros mecanismos de interpretación. A continuación se aplicarán estos métodos para comprender el sentido del precepto constitucional objeto de análisis.

a) Método literal de interpretación constitucional

40. La Constitución de la República, con meridiana claridad, establece que el matrimonio es la unión entre el hombre y la mujer. Al respecto, es fácil colegir que dicha disposición no admite otra interpretación que la establecida en su texto, pues conlleva una norma jurídica con un alto grado de concreción y especificidad.

41. En efecto, el artículo 67, en su segundo inciso, conceptualiza la figura del matrimonio y, para tal efecto, detalla con suficiente determinación cuáles son los elementos indispensables que lo configuran: **i.** Unión entre hombre y mujer; **ii.** Libre consentimiento de las personas contrayentes; y, **iii.** La igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

42. Esto descarta que su configuración responda a la de un principio constitucional, norma jurídica que se caracteriza por tener un amplio grado de indeterminación⁵ y que, por tal motivo, requiere otros mecanismos hermenéuticos para establecer su sentido.

43. Por el contrario, el inciso segundo del artículo 67 de la Constitución de la República, posee claridad conceptual, que facilita su comprensión ya que no existe duda sobre su alcance. Bajo estas características de la norma, es evidente que su interpretación debe ser efectuada siguiendo su literalidad pero sin descuidar la integralidad del texto constitucional.

44. Si un enunciado normativo es claro y su sentido puede obtenerse sin ninguna complejidad hermenéutica, el método literal es idóneo para comprender el alcance del precepto. Por el contrario, si una disposición posee un elevado nivel de ambigüedad, vaguedad e indeterminación, se exigirá, para una adecuada

⁵ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014, pág. 187.

interpretación, acudir a otros mecanismos diversos y adecuados según el tipo de norma.

45. Por lo tanto, si no existe duda sobre el alcance de una norma constitucional, es idóneo, conforme con la propia Constitución, seguir su sentido gramatical y sistemático.

46. En el caso que nos ocupa, la interpretación gramatical es el medio apropiado para analizar una disposición como la prevista en el inciso segundo del artículo 67 de la Constitución de la República, porque aquella prescripción está estructurada con la inclusión de todos los elementos que componen la figura del matrimonio, definido como la unión entre un hombre y una mujer.

b) Método sistemático de interpretación constitucional

47. Adicionalmente, la interpretación de preceptos constitucionales también debe sustentarse en una mirada sistemática del texto constitucional, pues el sentido y alcance de las normas de la Constitución tendrá que ajustarse a la integralidad de su texto.

48. Este método de interpretación parte de la premisa de que el ordenamiento jurídico concebido constituye una unidad sistemática, lo cual provoca que las normas deberán guardar un orden y armonía externa e interna, es decir, los distintos cuerpos de normas deberán mantener coherencia entre sí, pero además, sus disposiciones estarán concatenadas y, solo en ese contexto integral, deberán ser entendidas.

49. Al respecto es oportuno recordar lo dicho por Norberto Bobbio:

*"Entendemos por sistema una totalidad ordenada, o sea un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden. Para poder hablar de orden es necesario que los entes constitutivos **no estén tan solo en relación con el todo, sino que estén también en relación de coherencia entre sí.**"*
(Énfasis añadido)⁶

50. Por este motivo, con acierto, el artículo 3 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional define a la interpretación sistemática como el método que busca la comprensión del sentido de la norma *"...a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía."*

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, cuarta edición, 2013, pág. 180.



51. En consecuencia, la interpretación sistemática exige estudiar el sentido y el alcance de una norma en su contexto general, lo cual incluye la obligación de examinar todas las normas y su finalidad según la Constitución, a fin de resguardar la coexistencia de las disposiciones jurídicas que la integran.
52. Por lo tanto, en aplicación de este método hermenéutico, la Constitución es un cuerpo normativo que contiene en un orden sistemático prescripciones que deben ser leídas integralmente, esto es, en un contexto general, por lo que es inadmisibles cualquier interpretación que anule ciertas normas constitucionales, desconociendo su texto en su integralidad.
53. La interpretación que otorga el Juez proponente no es armónica como lo exige la Constitución, pues otorga un alcance que la norma no tiene, desconociendo que un cambio de esta magnitud solo puede ser efectuado a través de un procedimiento de reforma o modificación constitucional, en los términos previstos en las mismas normas de la Constitución.
54. Al respecto, la Constitución de la República prevé en su texto las reglas aplicables para su modificación. Los artículos 441, 442 y 444 de la Norma Suprema, establecen a la enmienda, reforma parcial o cambio de Constitución, como únicas modalidades para efectuar una modificación a sus preceptos. Efectuar una interpretación de una norma constitucional, en desmedro de las prescripciones aplicables para modificar la Constitución, implica dar una interpretación asistemática, que ignora el contexto general de la Norma Suprema.
55. Por todas las razones antes expuestas, el artículo 67 de la Constitución, en lo concerniente al matrimonio, no admite otra interpretación plausible, pues su texto es claro y permite vislumbrar su real sentido y alcance a partir de una lectura gramatical que se ajusta a la integralidad de la Constitución, como lo ordena su artículo 427.

c) Sobre la improcedencia de emplear el método evolutivo en este caso

56. En la doctrina especializada, se conceptualiza a este mecanismo de interpretación, de la siguiente manera:

*"El Derecho envejece o, visto desde otra perspectiva, el cambio social se muestra más rápido que el cambio normativo. Por eso, este argumento ordena que los enunciados jurídicos **se interpreten teniendo en cuenta no la realidad que contempló el autor de la norma, sino la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada** y, por tanto, dando relevancia a los*

11

cambios culturales, políticos, tecnológicos, etc., que hayan podido producirse. En ocasiones, esos cambios pueden ser de tal entidad que la norma resulte obsoleta y caiga en desuso, pero, en principio, lo que supone este argumento es que la norma se aplique, si bien atendiendo a la nueva realidad.”⁷ (Énfasis añadido)

57. La interpretación evolutiva, consecuentemente, busca adecuar un precepto normativo a una realidad no prevista o conocida al momento en que fue instituida la norma, “...con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes...”⁸. No cabe acudir injustificadamente a este mecanismo de interpretación a menos que se evidencie que, al momento en que se expidió la norma, no se preveían determinadas circunstancias sociales, culturales o de cualquier otra índole.

58. Lo contrario, esto es, pretender modificar totalmente el sentido del texto de una norma bajo el pretexto del método evolutivo, sin que medie ningún tipo de justificación, podría derivar en un fraude a la Constitución, pues supondría una reforma a su texto a través de un mecanismo *-interpretación-* no previsto para tal efecto, desconociendo las herramientas propias para la modificación de la Constitución.

59. Respecto del mal uso del método evolutivo para interpretar preceptos constitucionales, corresponde indicar que la doctrina especializada ha señalado que:

*“...la doctrina en cuestión supone una notable estabilidad de los documentos constitucionales: no tiene sentido cuando el texto que debe interpretarse sea nuevo, y **pierde toda fuerza de persuasión cuando el texto es reciente.***

*(...) este punto de vista conlleva un grave problema. Comúnmente, las Constituciones son reformables. **La reforma constitucional sirve para adaptar el texto normativo a las cambiantes circunstancias.** Pero la reforma constitucional es competencia exclusiva de ciertos órganos que operan de acuerdo con ciertos procedimientos (...) Bien visto, **esto constituye una violación a la propia Constitución (a aquéllas de sus normas que regulan la reforma constitucional)**”⁹. (Énfasis añadido)*

⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, octava edición, 2014, pág. 272.

⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 3 numeral 4.

⁹ GUASTINI, Riccardo. *La Interpretación de las Normas Jurídicas*. Quito: Centro de Estudios Carbonell, Cevallos Editora Jurídica, 2015, pág. 86.



60. En tal virtud, si lo que se pretende es sustituir o modificar un precepto constitucional, el método evolutivo no puede ser empleado en reemplazo de la reforma de la Constitución, puesto que, esta herramienta hermenéutica únicamente procederá si el significado actual de un texto constitucional es distinto que en el momento de su creación, debido a una nueva realidad social imperante.
61. De no mediar ningún supuesto que justifique una nueva interpretación de carácter evolutiva, corresponde modificar la Constitución por intermedio de la reforma de su texto, ya que se requerirá que sus incorporaciones o cambios tengan la misma legitimidad de origen, es decir, que provengan del poder constituyente derivado o llamado también constituyente constituido.
62. No corresponde acudir a una interpretación evolutiva si no se justifica que la realidad en la cual se pretende aplicar la norma constitucional, ha sufrido una modificación de tal magnitud que hace necesario otorgar una nueva interpretación. Por el contrario, si lo que se busca es modificar el texto constitucional, se debe necesariamente aplicar los mecanismos de reforma.
63. Por lo tanto, el artículo 67 de la Constitución de la República, aprobado mediante referéndum en el año 2008, no requiere ser interpretado a través del método evolutivo, pues: **i.** Su contenido es claro; **ii.** No existe duda sobre su sentido y alcance; y, **iii.** No se justifica ninguna causa por la que corresponda efectuar una interpretación evolutiva, pues la figura del matrimonio fue discutida y establecida de esta manera en el año 2008, sin que en la actualidad, exista una nueva realidad que justifiquen tal interpretación.
64. Dicho esto, y en aplicación de los métodos interpretativos previstos en el artículo 427, es fácil colegir que el matrimonio, tal como está concebido en este momento en la Constitución, supone la unión entre un hombre y una mujer.
65. En función de aquello, las normas objeto de la presente consulta no contravienen el texto constitucional invocado por los Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, pues en plena armonía con la Constitución, reconocen el matrimonio como una figura entre un hombre y una mujer.
66. La Corte Constitucional, a través de la consulta de norma, ejerce control de constitucionalidad, es decir, este Organismo no puede actuar investido de poder constituyente para sustituir o reformar el texto constitucional, pues la Constitución dispone claramente cuáles son las vías para su modificación y los órganos competentes.

Naturaleza de las opiniones consultivas

67. Una vez descartada la contradicción entre la Constitución y las normas secundarias, corresponde examinar si las opiniones consultivas (OC) son instrumentos internacionales de derechos humanos, pues, como se indicó, el argumento de los consultantes es que los preceptos legales contravienen la Opinión Consultiva OC 24/17 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).
68. El artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹⁰, otorga a la Corte IDH la potestad consultiva.
69. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define el término "tratado" como "...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..."¹¹
70. De acuerdo a la doctrina, una de las características esenciales de la existencia de los tratados es la existencia de una "...manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho internacional con capacidad suficiente..."¹². En este orden de ideas, los Estados deben declarar su voluntad de someterse a los acuerdos que derivan de los tratados e instrumentos internacionales.
71. Ahora bien, los tratados pueden tener diferentes denominaciones, así, por ejemplo, "convención", "protocolo", "pacto", "convenio" entre otros. De igual forma, el término instrumento internacional resulta una referencia genérica aplicable a diferentes formas de voluntad de los Estados, las cuales pueden o no generar obligaciones jurídicamente vinculantes para los mismos.
72. Este es el caso de las "declaraciones", que si bien contienen una expresión de voluntad de los Estados suscriptores, no poseen la fuerza vinculante de un tratado. En cualquier caso, lo que se debe resaltar es que un instrumento internacional consiste en un medio para la manifestación del acuerdo de voluntades de dos o varios Estados.

¹⁰ "Artículo 64

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

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

¹¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, Art. 1.

¹² BARBERIS, Julio A. El Concepto de Tratado Internacional, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16461.pdf>, p. 14



73. Como recoge la doctrina especializada “...por su naturaleza convencional, nacida del acuerdo de voluntad de dos o varios Estados (el *negotium*) como por su carácter escrito (el *instrumentum*), los tratados ofrecen un marco preciso a los instrumentos internacionales...”¹³.

74. En este sentido, el denominado “*Instrumentum*” o “Instrumento” viene a ser “el elemento formal de un tratado, por oposición al “*negotium*” que corresponde al contenido del acuerdo.”¹⁴ Asimismo, cabe agregar que según enseña la doctrina, el término “*tratado*” designa a la vez el contenido del acuerdo construido entre las partes, es decir, el acuerdo *per se*, y al instrumento en el que se formaliza el acuerdo. La Convención de Viena precisa que un mismo tratado puede comprender “dos o más instrumentos.”¹⁵

75. Por consiguiente, es indispensable hacer una clara distinción entre lo que el Derecho Internacional Público considera como “*instrumento*”, de aquello que vendrían a ser opiniones consultivas. 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*), en razón de que no nacen de la voluntad de los Estados, sino de la declaración unilateral (y, por añadidura, no vinculante) de un Tribunal internacional.

76. En tal virtud, la OC tendría que considerarse como “...un medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho...”¹⁶, o también como medios de “...contexto, guía y apoyo, pero no como fuente principal.”¹⁷

77. Cabe advertir en este sentido que, en la parte considerativa de sus sentencias en casos contenciosos, la Corte IDH emplea indistintamente los criterios emitidos en sentencias previas o en OC, con lo que se puede concluir que para la Corte sus OC constituyen una especie de jurisprudencia, no siendo vistos como instrumentos internacionales en el sentido de los artículos 424 y 425 de la Constitución del Ecuador.

¹³ DECAUX, Emmanuel & de FRAUVILLE, Olivier. *Droit International Public*. Paris: Dalloz, 2008, p. 40 (traducción del Juez ponente).

¹⁴ Ibid. p. 60.

¹⁵ QUOC. D., N., DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain. *Droit International Public*. Paris, LGDJ, 1992, p. 118 (traducción del Juez ponente).

¹⁶ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38, numeral 1, letra d.

¹⁷ BENAVIDES-CASALS, María Angélica. *El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, International Law, Revista Colombiana.

15

Finalidad de las opiniones consultivas

78. La Corte IDH ha abordado reiteradamente la finalidad del ejercicio de su competencia consultiva. En este sentido, se pueden identificar tres formas de actuar de las OC. En primer lugar, se establece que éstas permiten a la Corte interpretar la normativa en materia de derechos humanos. Al respecto, en la OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, se señala lo siguiente:

“El propósito central de dicha función consultiva es que la Corte Interamericana emita una opinión acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, fijando de este modo su ámbito de competencia. En esta línea, la Corte ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, es amplio y no restrictivo¹⁸”. (Énfasis añadido).

79. Desde ya, se puede afirmar que el objeto de la OC no es ordenar a los Estados medidas concretas para cumplir con sus obligaciones sino establecer una guía para que ellos tomen decisiones en esta materia que sean respetuosas de los derechos humanos.

80. En segundo lugar, y en conexión con la forma de actuar que se acaba de mencionar, la OC-22 de 26 de febrero de 2016 resalta que las opiniones consultivas permiten realizar control de convencionalidad preventivo:

“El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo.”¹⁹ (Énfasis añadido).

¹⁸ Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección, OC-25/18 (30-05-2018), párr. 15. Véase también: Restricciones a la Pena de Muerte, OC-3/83 (8-9-1983). Serie A, No. 3, párr. 22; OC-24/17, párr. 54; Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OC-22/16 (26-02-2016), párr. 26.

¹⁹ Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Protección, OC25/18 (30-05-2018), párr. 30.



81. En tercer lugar y en directa relación con lo anterior, la emisión de OC ha sido abordada como una vía que facilita la plena protección y efectividad de los derechos humanos dentro del ámbito doméstico de los Estados.²⁰
82. Finalmente, la Corte IDH ha resaltado en su jurisprudencia la importancia jurídica de las OC, dado que las mismas constituyen *“un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de **coadyuvar** al cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre derechos humanos”²¹*. Por otro lado, su efecto útil es *“auxilia(r) a los Estados y órganos en la aplicación de tratados relativos a derechos humanos, **sin someterlos al formalismo y a las sanciones inherentes al proceso contencioso**”²²*. (Énfasis añadidos).
83. En el mismo orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte ha reiterado²³ que, a través de esta vía se puede *“...**coadyuvar** a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos”²⁴*. (Énfasis añadido).
84. Dentro de lo mencionado, si se observa el término “coadyuvar”, el sentido jurídico definido por la Corte IDH promueve que los Estados *“...definan y desarrollen políticas públicas de derechos humanos”, y “la búsqueda de la determinación de medidas que resulten adecuadas y pertinentes”*; se puede afirmar que son los propios Estados los entes encargados de determinar la forma en que se cumplirán sus obligaciones en materia de derechos humanos.

²⁰ Véase OC 21/14 párr. 31; OC 24/17, párr. 27M; OC-1/82, Párr. 21 y punto decisivo primero; Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección, OC-25/18 (30-05-2018), párr. 30.

²¹ Corte IDH. Control de legalidad del ejercicio de las atribuciones de la CIDH, OC-19/05 (28-11-2005), párr. 18; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 64; Condición Jurídica y DDHH del Niño, párr. 34 y el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, párr. 64.

²² Corte IDH. Control de legalidad del ejercicio de las atribuciones de la CIDH, OC-19/05 (28-11-2005), párr. 18; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 64; Condición Jurídica y DDHH del Niño, párr. 34 y el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, párr. 64.

²³ Véase OC-1/82, párr. 25; OC-21/14, párr. 29; OC-22/16, párr. 21.

²⁴ Corte IDH. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 de la CADH). OC-1/82 (24-09-1982). Serie A No 1, párr. 25; Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo, OC 24/17 (24-11-2017), párr. 22.

17

Efectos de las opiniones consultivas

85. La Corte IDH ha señalado que las OC pueden considerarse jurisprudencia interamericana, no obstante, no es posible atribuir a ellas el carácter de vinculante inter partes que poseen las sentencias derivadas de los casos contenciosos. Aun así, la Corte IDH, les atribuye *"efectos jurídicos innegables."*²⁵

86. No ha sido posible identificar dentro de la jurisprudencia interamericana una definición de "vinculante". Según lo sostenido por una parte de la doctrina, dicho término se puede relacionar con la obligatoriedad de los fallos de la Corte. En este sentido, la CADH establece que *"...los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes..."*²⁶ (Énfasis añadido).

87. La anterior disposición se refiere a la obligatoriedad de cumplir con lo decidido por la Corte IDH dentro de un caso sometido a su jurisdicción y es de la propia competencia contenciosa a la que se refiere a "casos" y "partes". Esta reflexión sería concordante con el estándar interamericano ya mencionado de que las opiniones consultivas no tienen el efecto vinculante de las sentencias.

88. Como ya se indicó anteriormente, las OC tienen por objeto establecer una guía para que los Estados adopten medidas de cumplimiento de sus obligaciones que sean respetuosas con los derechos humanos. En este sentido, como explica Néstor Pedro Sagüés:

*"El Estado local puede válidamente abonar, en su legislación constitucional o infraconstitucional, recetas jurídicas diferentes a las gestadas por la Corte interamericana que cuando -cabe repetir- resultaren más generosas para el individuo, prevalecerán sobre la Opinión Consultiva"*²⁷.

89. En vista de la ausencia de explicaciones acerca del significado de la expresión *"efectos jurídicos innegables"*, dentro de la doctrina se han dado intensos debates acerca de si las opiniones consultivas son vinculantes o no. Así, por ejemplo, Hitters manifiesta que:

"...en síntesis puede sostenerse que esta específica función interpretativa que cumple (la Corte IDH), si bien no es vinculante en sentido propio, su fuerza... se apuntala en la autoridad científica y moral de la Corte, y tienen

²⁵ Corte IDH. Informe de la CIDH, OC-15/97 (14-11-1997), párr. 26.

²⁶ CADH, Art. 68 numeral 1.

²⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad*, Pensamiento Constitucional, No. 20, 2015, pág. 281.



*efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional y en particular para el Estado que lo solicitó..."*²⁸

90. Desde una perspectiva similar, Ventura y Zovatto sostienen que:

*"...no debe en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el Artículo 68 de la Convención..."*²⁹

91. Por otro lado, Faúndez Ledesma considera que las OC de la Corte IDH sí deberían tener un pleno carácter vinculante, sin embargo de lo cual no puede dejar de reconocer que *"...los dictámenes que pueda evacuar la Corte en respuesta a las consultas que se formulen, si bien son vinculantes para todos los Estados partes de la Convención, no se pueden ejecutar internamente del mismo modo previsto en la Convención respecto a las sentencias."*³⁰

92. Adicionalmente, a estas referencias y criterios doctrinarios se debe expresar que la opinión consultiva OC 24/17 *"insta"* a los Estados a efectuar las modificaciones internas correspondientes, lo cual ratifica que no tiene un efecto directo y mediato.

93. En tal virtud, al no tratarse de un instrumento internacional, las OC no constituyen un parámetro de constitucionalidad que sirva para contrastar normas del ordenamiento jurídico a través de la consulta de norma, según lo dispone el artículo 428 de la Constitución.

Consideraciones finales

94. Antes de concluir mi apreciación jurídica sobre el problema planteado en este caso, debo insistir que la finalidad del control de constitucionalidad no es referirse sobre la conveniencia o no de las disposiciones constitucionales, sino precautelar su texto.

95. En función de aquello, la única manera de establecer una modificación a la figura del matrimonio, diferente a la prevista en el inciso segundo del artículo 67 de la

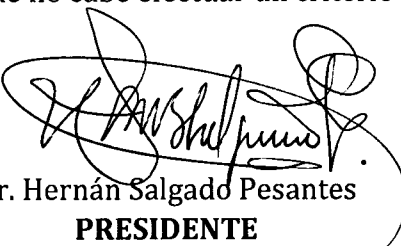
²⁸ HITTERS, Juan Carlos *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?* (control de convencionalidad y constitucionalidad), Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, No 10, 2008, pág. 150.

²⁹ VENTURA ROBLES, Manuel. *La Naturaleza de la Función Consultiva de la Corte Interamericana*, pág. 150.

³⁰ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, pág. 993.

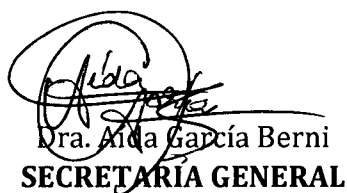
Ley Suprema, es a través de un procedimiento de reforma constitucional y no por medio de diversas interpretaciones que a la postre nos llevan a una mutación arbitraria. La Función Legislativa es el órgano competente para dicha reforma, es decir, la Asamblea Nacional.

96. En cuanto a la consulta de norma y en función de todo lo expresado, estimo que no existe incompatibilidad entre las disposiciones consultadas y el artículo 67 de la Constitución de la República. No cabe efectuar un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la Opinión Consultiva OC 24-17 ni de la propia norma constitucional, por lo que no cabe efectuar un criterio al respecto.



Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

RAZÓN: Siento por tal que el voto salvado que antecede, fue emitido el 12 de junio de 2019 por el Juez Hernán Salgado Pesantes, y cuenta con la adhesión de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet y Teresa Nuques Martínez.



Dra. Ana García Berni
SECRETARÍA GENERAL

Quito, D. M., 26 de junio de 2019.

Sentencia N° 11-18-CN/19

Caso N° 11-18-CN (*matrimonio igualitario*)

Voto concurrente del juez Ali Lozada Prado

1. Formulo el presente voto concurrente porque, si bien estoy de acuerdo con la decisión de la Sentencia, discrepo de su fundamentación, sobre todo, en lo que atañe a los efectos de la Opinión Consultiva OC-24/17 (en adelante, OC-24) respecto de los operadores de justicia y los funcionarios públicos (véase, sección IV.3 de la Sentencia). Las razones de mi discrepancia se expusieron en las deliberaciones del Pleno de la Corte Constitucional, mismas que expongo a continuación.

2. Es indiscutible que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) obliga a sus Estados Partes a *“respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”* (art. 1.1) y, en el caso de que dicho ejercicio *“no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter”, a “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”* (art. 2). El incumplimiento de las mencionadas obligaciones trae consigo la responsabilidad internacionalidad del Estado, cuyo establecimiento compete a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 63.1; en adelante, Corte IDH).

3. Si bien esto es así para todos los Estados Partes, lo que de esto resulte para los órganos de esos Estados no es algo uniforme, sino que va a depender, como lo determina el citado artículo 2, de la estructura institucional establecida por la Constitución de cada Estado: su sistema de autoridades, competencias y procedimientos.

4. Es por ello que el llamado control de convencionalidad (comprensivo no solo del texto de la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH) es

[...] una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados¹

[Énfasis añadidos].

¹ Caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia 20 de marzo de 2013, párr. 72.

5. Hay marcos constitucionales diversos en el ámbito interamericano. Unos son más permeables que otros a la incorporación de estándares convencionales en el derecho interno. En el caso de los menos permeables, la incorporación de algunos de esos estándares requieren de procedimientos especialmente agravados como la reforma constitucional, los que han sido ordenados en determinados casos por la Corte IDH².

6. En el caso de nuestra República, el contenido constitucional está vertebrado por un **tejido axiológico (de principios, fines y valores de justicia)** que subyace al mero documento constitucional —compuesto por 444 artículos y varias disposiciones complementarias—, aunque, al mismo tiempo, lo trasciende; de ahí que nuestra Constitución conceda supremacía constitucional, no solo a los principios, fines y valores cardinales que se contienen en ella, sino también a los incorporados en *“los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución”* (art. 424), así como a *“los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”*, aunque no estén consagrados en documento autoritativo alguno (art. 11.7). Aquel tejido axiológico, por consiguiente, hace del Ecuador un Estado “de derechos” y “de justicia”, como didácticamente lo explicita el artículo 1 de nuestra Carta Suprema. Y es, también, aquel tejido axiológico constitucional el que da sentido, unidad y cohesión al llamado “bloque de constitucionalidad”; el que no se comprendería a cabalidad si la Constitución se redujese al mero texto dictado por la autoridad constituyente.

7. Por estas particularidades normativas, en Ecuador, la referida permeabilidad es plena: todo lo “convencional” es “constitucional”; por lo que el control de convencionalidad no es sino parte del control de constitucionalidad.

8. Ahora bien, lo anterior no implica, ni lógica ni jurídicamente, que en Ecuador todos los órganos del Estado sean igualmente competentes para controlar la constitucionalidad y, por ende, la convencionalidad. (Sobre esta última, como se vio, son claros el artículo 2 de la CADH y la citada jurisprudencia de la Corte IDH).

9. Contrariamente a lo que sostiene el voto de mayoría (párrs. 219 a 221), la Corte Constitucional no es un “órgano con potestad normativa” en los términos del artículo 84 de la Constitución: la Corte no **prescribe** (o, como dice el voto, “expide”) normas jurídicas, lo que hace es **interpretarlas**. La distinción entre ambas cosas es la misma que hay entre *ley* y *precedente* en cuanto fuentes de Derecho. No cabe confundir ambas categorías. Por tanto, ese artículo no concede competencia a la Corte para “adecuar” el ordenamiento jurídico interno

² Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrs. 72 y 103.4. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 133.

al derecho interamericano. Ella es competente, simple y llanamente, para interpretar la Constitución en su conjunto (incluido el bloque de constitucionalidad) y “aplicar” los derechos fundamentales ya contenidos en ella.

10. Ciertamente, los artículos 11.3 y 426 de la Constitución prescriben:

[Constitución] Art. 11.- [...]

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.

[Constitución] 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.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Pero no es menos cierto que, en cambio, el artículo 428 de la Constitución preceptúa:

[Constitución] Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

11. Si nos limitásemos a leer estos preceptos en su literalidad, es decir, si adoptásemos un enfoque formalista de la interpretación constitucional, nos veríamos frente a una antinomia constitucional insuperable, atribuible a un aparente defecto en la redacción del texto constitucional.

12. Sin embargo, si lo examinamos desde la perspectiva —ya referida— de que la Constitución constituye, no solo un documento expedido por la autoridad constituyente, sino un tejido axiológico de principios, fines y valores, observamos que la aparente incompatibilidad mutua entre los textos transcritos refleja una tensión al interior del antedicho tejido axiológico, propia de todo

Estado constitucional: cuando una autoridad pública debe tomar una decisión, en ocasiones se ve en medio de dos fuertes exigencias contrapuestas entre sí: por un lado, (i) la de atender a **razones sustantivas**: principios, fines y valores relativos, sobre todo, a derechos fundamentales; y por otro, (ii) la de atender a **razones institucionales**: principios, fines y valores como la democracia, la seguridad jurídica o el imperio de la ley. Estas últimas razones, entonces, responden a que en el Derecho hay que, *prima facie*, respetar los dictados de la autoridad, lo que no significa, obviamente, ignorar la pretensión de justicia, también esencial en la práctica jurídica.

13. El peso de las razones de uno y otro tipo van a variar dependiendo del caso. Cuando las razones sustantivas son muy superiores a las institucionales, como, por ejemplo, cuando existen *reglas* constitucionales perentorias en que dichas razones se concretan, cabe perfectamente la aplicación directa de dichas *reglas* incluso por parte de las autoridades administrativas. Si, por ejemplo, a una autoridad penitenciaria le es entregada una persona "*sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente*" y no se trata de un delito flagrante, dicha autoridad tiene la obligación de aplicar de manera directa el artículo 77.2 de la Constitución y de negarse a admitir a esa persona en el respectivo centro de privación de libertad, aunque existiera un reglamento que le obligase a lo contrario. Esto es así porque hay una *regla* constitucional que perentoriamente establece lo que la autoridad tiene que hacer en aquel supuesto de hecho.

14. Pero, en la medida en que varíe el balance de razones sustantivas e institucionales, variará también la **competencia material** de los órganos del Estado para la aplicación directa de la Constitución; cuya determinación puede ser compleja, como se ve, en materia de control de constitucionalidad (no se trata de establecer si el Registro Civil tiene *competencia* para casar, sino de si la tiene para *casar a parejas del mismo sexo*). Según cómo varíe el indicado balance de razones, la competencia para aplicar directamente la Constitución (y, por tanto, los instrumentos internacionales de derechos humanos) quedará atribuida: o solamente a la Corte Constitucional; o también a la Corte Nacional; o también a los órganos judiciales comunes. De manera que si alguna de las autoridades públicas mencionadas, por fuera de esos límites, aplicara directamente la Constitución incurriría en **activismo judicial** o, lo que es peor, en **activismo administrativo**.

15. En el caso bajo examen, tanto el Registro Civil, Identificación y Cedulación como los órganos judiciales que conocieron la acción de protección en que se originó esta consulta de norma estaban vedados competencialmente para autorizar el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, principalmente por dos razones:

15.1. Los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles claramente prescriben que las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio. Lo que genera para las referidas autoridades la obligación de deferir a la ley, a su presunción de



constitucionalidad, respaldada por la democracia, la seguridad jurídica y el imperio de la ley.

15.2. Todavía más, la señalada presunción de constitucionalidad tiene apoyo —al menos aparente— en el art. 67 de la Constitución: la inconstitucionalidad de la ley no es algo obvio, lo que se manifiesta en la votación dividida que ha tenido la Corte Constitucional en este caso.

16. De ahí que se explica que el tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha formulara a la Corte la presente consulta de norma, en aplicación del artículo 428 de la Constitución.

17. En consecuencia, las autoridades administrativas y judiciales concernidas se encontraban frente a un obstáculo institucional: los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles.

18. Finalmente, para arribar a la decisión del voto de mayoría, es preciso que la Corte concluya —como este voto concurrente lo hace— que dichas disposiciones legales son, en el caso concreto, inaplicables, por cuanto el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio forma parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano en virtud de la OC-24; cuya observancia le está impuesta a la Corte Constitucional, no solo porque la misma Corte IDH ha establecido la obligación de tener en cuenta, como parte del control de convencionalidad, su propia “jurisprudencia”³, y sus propios “precedentes o lineamientos”⁴, sino también por estas tres razones: (i) porque la Corte IDH es la intérprete última de la CADH, de acuerdo con el artículo 62.2 de esta; (ii) porque dicha Corte tiene la exigencia racional de universalizar hacia el futuro sus *ratios decidendi*, es decir, las consideraciones en que fundamenta sus actos jurisdiccionales, de manera que podría apartarse de ellas en lo venidero solamente si aporta razones suficientes para hacerlo; y (iii) porque la Corte IDH es el órgano jurisdiccional competente para establecer la responsabilidad de un Estado Parte por la violación de la CADH, de acuerdo con el artículo 63.1 de esta.



Ali Lozada Prado
JUEZ CONSTITUCIONAL

³ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

⁴ Caso *Gelman vs. Uruguay*, *ibíd*, párr. 69.



RAZÓN: Siento por tal, que el día de hoy 26 de junio de 2019, se remitió a Secretaría General el voto concurrente suscrito por el juez constitucional Alí Lozada Prado, dentro de la causa N.º 11-18-CN; sin embargo, se deja constancia que la sentencia emitida por el Pleno del Organismo, dentro del caso en mención, fue notificada a las partes procesales el 13 de junio de 2019, conforme consta en los documentos que obran del proceso.- Lo certifico.- Quito, 26 de junio de 2019.-

Aida García Bermi
SECRETARIA GENERAL

