



REGISTRO OFICIAL®

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Lcdo. Lenín Moreno Garcés
Presidente Constitucional de la República

EDICIÓN CONSTITUCIONAL

Año III - Nº 96

**Quito, lunes 8 de
julio de 2019**



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

**ING. HUGO DEL POZO BARREZUETA
DIRECTOR**

Quito: Calle Mañosca 201
y Av. 10 de Agosto

Oficinas centrales y ventas:
Telf.: 3941-800
Exts.: 2561 - 2555

Sucursal Guayaquil:
Calle Pichincha 307 y Av. 9 de Octubre,
piso 6, Edificio Banco Pichincha.
Telf.: 3941-800 Ext.: 2560

Suscripción anual:
US\$ 400 + IVA para la ciudad de Quito
US\$ 450 + IVA para el resto del país

Impreso en Editora Nacional

160 páginas

www.registroficial.gob.ec

**Al servicio del país
desde el 1º de julio de 1895**

SUMARIO:

Págs.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

SENTENCIAS:

- 10-18-CN/19** Caso No. 10-18-CN (*Matrimonio entre personas del mismo sexo*) Relativa a la consulta de constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles 3
- 11-18-CN/19** Caso No. 11-18-CN (*Matrimonio igualitario*) En la consulta de una acción de protección de derechos humanos, emitida por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha 69



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

**Sentencia No. 10-18-CN/19
Juez ponente: Ali Lozada Prado**

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

CASO N° 10-18-CN (Matrimonio entre personas del mismo sexo)

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

Sentencia

**Relativa a la consulta de constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la
Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles**

TABLA DE CONTENIDO

- I. Antecedentes**
- A. Actuaciones procesales
- B. El objeto de la consulta
- II. Competencia**
- III. Planteamiento de los problemas jurídicos**.....
- IV. Argumentación de la Corte**.....
- C. Problema jurídico (1): ¿La Constitución obliga al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?**
- C.a. Subproblema jurídico (1.1): ¿La Constitución prohíbe al legislador democrático instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?.....
- Argumentos a favor: el literalista y el intencionalista. La deferencia al constituyente y la democracia
- ¿Hay principios, fines o valores subyacentes a la hipótesis de la prohibición?.....
- Argumentos en contra: los derechos a la protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad
- Conclusión intermedia
- C.b. Subproblema jurídico (1.2): ¿La Constitución permite al legislador democrático posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo?.....
- Argumentos a favor: el literalista y el intencionalista. La deferencia al constituyente y la democracia
- Argumentos indirectos a favor: la deferencia al legislador y la democracia deliberativa.
- Argumentos adicionales en contra: la igualdad formal y la igualdad material.....
- Conclusión intermedia
- Los derechos fundamentales más favorables y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- C.c. Conclusión final y respuesta al problema jurídico (1).....
- D. Problema jurídico (2): ¿Qué debe decidir la Corte Constitucional respecto de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada?**.....
- V. Decisión**.....
- VI. Anexo**.....

I. ANTECEDENTES

A. Actuaciones procesales

1. El 7 de agosto de 2018, los señores Rubén Darío Salazar Gómez y Carlos Daniel Verdesoto Rodríguez entablaron una acción de protección (la N° 17230-2018-11800) en contra del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador porque este se negó a celebrar el contrato matrimonial entre los mencionados accionantes, por ser ambos personas de sexo masculino, en aplicación de las leyes sobre la materia.
2. El 16 de agosto de 2018, previamente a resolver sobre el fondo de la acción de protección indicada, la titular de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, decidió consultar a esta Corte respecto de la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en los que se basó el Registro Civil para negar la petición de los señores Salazar y Verdesoto. Consecuentemente, el 22 de agosto de 2018, la secretaria de la Unidad Judicial Civil antedicha remitió a esta Corte la mencionada consulta junto con el respectivo expediente original.
3. Mediante sorteo efectuado en la sesión del Pleno de la Corte Constitucional del 20 de febrero de 2019, la causa fue asignada al juez constitucional Alf Lozada Prado. La consulta de norma fue admitida a trámite por el correspondiente Tribunal de la Sala de Admisión de esta Corte mediante auto dictado el 27 de marzo de 2019.
4. El 7 de mayo de 2019, el juez sustanciador avocó conocimiento de la causa y convocó a audiencia pública a la jueza consultante y a todo quien tuviese interés en el caso, diligencia que se llevó a cabo el lunes 20 de mayo de 2019.
5. Puesto que la decisión que la Corte tome en el presente caso podría afectar a la validez de disposiciones legales, también se notificó la convocatoria a audiencia pública a los órganos colegisladores de la República, la Asamblea Nacional y la Presidencia de la República. No obstante, ellos no asistieron a dicho acto procesal.
6. El 8 de mayo de 2019, el juez sustanciador dispuso que se oficie a la Secretaría General de la Asamblea Nacional para que esta certifique si se han presentado proyectos de reforma de los artículos 67 de la Constitución de la República, 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. En respuesta al instrumento que le fuera remitido, el 13 de mayo de 2019, mediante oficio No SAN-2019-2753, la Secretaria General de la Asamblea Nacional remitió dos proyectos de ley reformatorias del artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, los que, en la versión remitida a esta Corte, no modificarían los elementos por los cuales la jueza presentó su consulta. Además, la mencionada Secretaria General remitió un memorando de la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional quien manifestó que en sus archivos no consta información alguna relacionada a una iniciativa para reformar el segundo inciso del artículo 67 de la Constitución de la República.
7. A la audiencia pública asistieron: (i) Gabriela Estefanía Lemos Trujillo, jueza consultante; (ii) como terceros interesados: Daniel Verdesoto Rodríguez y Rubén Darío Salazar Gómez, acompañados de sus abogados patrocinadores Bernarda Freire, Rafael Ruales y Jorge Fernández; Marco Sánchez Salazar y Jesús Morán Gómez, en representación del Registro Civil,

Identificación y Cedulación; y Marco Proaño Durán, en representación de la Procuraduría General del Estado; y, (iii) en calidad de *amici curiae*, las personas detalladas en el anexo de esta Sentencia.

8. Adicionalmente, el 7 de junio de 2018, las organizaciones Colombia Diversa y Dejusticia presentaron conjuntamente, mediante correo electrónico dirigido a la actuario del juez sustanciador, un *amicus curiae* sobre el caso objeto de esta sentencia.

B. El objeto de la consulta

9. Las **disposiciones jurídicas** a las que se dirige la consulta son los artículos 81 del Código Civil (en adelante, CC) y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (en adelante, LOGIDC), cuyos textos son los siguientes:

[CC] 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.*

[LOGIDC] 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 añadidos]

10. Ahora bien, para identificar la **norma jurídica** (contenida en las disposiciones jurídicas recientemente citadas) que es objeto de la consulta, conviene hacer el siguiente análisis. Los dos artículos citados deben ser leídos en concordancia con otras disposiciones de los cuerpos legales a los que ellos pertenecen. Así, la LOGIDC instituye los hechos y actos relativos al estado civil de las personas (art. 1), entre ellos, el matrimonio (art. 10), cuya solemnización, autorización, inscripción y registro son atribuidas a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación (art. 7); y el Código Civil determina, por su parte, que las personas que contraen matrimonio adquieren el estado civil de casadas, con los derechos y obligaciones consiguientes (arts. 331 y 332 del CC). De manera que los citados artículos 81 y 52 no contienen simplemente una *definición* de matrimonio, sino que incorporan una *condición necesaria para que una pareja de personas tenga el poder jurídico, instituido por esas mismas leyes, de contraer matrimonio: que estén integradas por “un hombre y una mujer”*.

11. De aquí se infiere que ambas disposiciones legales contienen implícitamente una misma norma, a saber: *las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio*. Esta es, por ende, la norma jurídica objeto de la consulta¹.

II. COMPETENCIA

12. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente consulta de norma, con fundamento en los artículos 428 de la Constitución de la República y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC).

III. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

13. En congruencia con los términos de la consulta planteada, el **problema jurídico general** a resolver en esta sentencia es el de si esta Corte debe declarar inconstitucionales los artículos 81 del CC y 52 de la LOGIDC.

14. Como se analizó en el párr. 10 *supra*, estas dos disposiciones legales contienen una misma norma (en adelante, “la norma cuestionada”): *las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio*. Si esta norma es inconstitucional o no va a depender, en último análisis, de si la Constitución reconoce (también) a las parejas del mismo sexo el **derecho fundamental al matrimonio**, el que debe ser entendido como el derecho a que el legislador democrático instituya (esto es, haga posible y regule) para ellas el matrimonio, otorgándoles — con dicha institucionalización — el poder jurídico de casarse.

15. Si tal derecho fundamental existiera, el legislador estaría *obligado* a instituir (esto es, hacer posible y regular) el matrimonio entre personas del mismo sexo. En cambio, si no hubiera tal derecho, el legislador podría estar en una de dos situaciones: o bien, podría estar *prohibido* de instituirlo, o bien, podría estarle simplemente *permitido* hacerlo. En este último supuesto (el de la *permisión*), tanto si decide instituirlo como si no, el legislador se movería dentro de su margen de discrecionalidad para la configuración de los derechos fundamentales (del derecho a la familia, por ejemplo).

16. Si el legislador estuviera *prohibido* de instituirlo, la norma cuestionada obviamente no sería inconstitucional. Como tampoco lo sería si al legislador le estuviera simplemente *permitido*² hacerlo; aunque, en este supuesto, tampoco sería inconstitucional una norma contraria a la

¹ Adviértase que esta no es una *norma regulativa* que *prohíbe* a las parejas del mismo sexo el ejercicio del poder jurídico de contraer matrimonio, sino el fragmento de una *norma que confiere poderes* que excluye a las parejas del mismo sexo del *otorgamiento* del poder jurídico de casarse (por lo que mal podría, dicha norma, obligar, prohibir o permitir el ejercicio de un poder que no existe). Sobre la diferencia entre esos dos tipos de normas, véase, Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2004), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, *passim*.

² Así lo han establecido, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Caso Schalk and Kopf v. Austria*, No. 30141/04, Sentencia de 24 de junio de 2010) y el Tribunal Constitucional de España (STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012).

cuestionada —que confiriese a las mencionadas parejas el ya señalado poder jurídico—, pues en ambas situaciones (que otorgue o no el poder jurídico) el legislador se movería dentro de su margen de discrecionalidad delineado por el marco constitucional. Por consiguiente, la norma legal cuestionada sería inconstitucional solamente si el legislador estuviera *obligado*³ a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues únicamente en tal supuesto, el legislador habría transgredido la Constitución.⁴

17. De ahí que los **problemas jurídicos específicos** (en adelante, “problemas jurídicos”) que esta Corte debe resolver son los siguientes: (1) ¿la Constitución *obliga* al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?; y, si se respondiera afirmativamente a esto, (2) ¿cuál debe ser la decisión de la Corte al respecto?

18. La solución del problema jurídico (1) va a depender, a su vez, de la respuesta a dos **subproblemas jurídicos**, a saber: (1.1) ¿la Constitución *prohíbe* al legislador democrático instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?; y, si se respondiera negativamente a este, (1.2) ¿la Constitución *permite* al legislador democrático instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo? De manera que la respuesta al problema jurídico (1) —alusivo a si hay *obligación*— será afirmativa solamente si se responde negativamente a los dos indicados subproblemas jurídicos —que versan sobre si hay *prohibición* o *permisión*, respectivamente—

IV. ARGUMENTACIÓN DE LA CORTE

C. Problema jurídico (1): ¿La Constitución obliga al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?

19. En este punto, la Corte debe hacer una consideración crucial: este problema jurídico no alude a un concepto de constitución de cualquier tipo, sino, específicamente, a la llamada

³ En este sentido se han pronunciado, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-577/11 de 26 de julio de 2011), la Suprema Corte de los Estados Unidos (Caso *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ [2015] Sentencia de 26 de junio de 2015) y la Suprema Corte de México (véase, por todas, Amparo en revisión 263/2014, Sentencia de 24 de septiembre de 2014).

⁴ Este análisis basado en la obligación, prohibición y permisión, muy frecuente en el examen de la constitucionalidad de leyes, ha sido teorizado en Alexy, Robert (2002), “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 22. Un análisis similar se daría también en el siguiente ejemplo hipotético: La Constitución (art. 77.14) establece expresamente la imposibilidad de que la situación del recurrente empeore (es decir, priva a los jueces del poder jurídico de empeorarla) *en el ámbito de los procesos penales*. Sin embargo, el Código Orgánico Administrativo (art. 223) establece esa misma imposibilidad (*non reformatio in pejus*) en los procedimientos administrativos. Imaginemos que se demanda la inconstitucionalidad de esta norma legal: esta sería constitucional, o bien, si la Constitución *obligase* al legislador a instituirlo, o bien, si le *permitiese* hacerlo (en este segundo supuesto, una norma que —por el contrario— posibilitase la *reformatio in pejus* en el procedimiento administrativo sería igualmente constitucional); de manera que la norma cuestionada sería inconstitucional solamente si la Constitución *prohibiese* al legislador privar a las autoridades administrativas del poder jurídico de empeorar la situación del recurrente.

constitución del Estado constitucional, ampliamente difundida en el mundo contemporáneo. Una constitución tal se caracteriza porque su *supremacía* no consiste simplemente en su *máxima jerarquía formal*, sino también en su *máxima prioridad sustantiva*. En el caso de nuestra República, la Constitución así lo establece en el artículo 424, en concordancia con la declaración de que Ecuador es un Estado constitucional, hecha en el artículo 1.

20. La **máxima jerarquía formal** consiste meramente en que la autoridad constituyente dotó al documento constitucional —texto integrado por 444 artículos y sus disposiciones adicionales— de una **rigidez normativa** mayor a la de la ley; es decir, estableció procedimientos modificatorios del texto constitucional más graves que los pertinentes para la reforma de la ley.

21. Sin embargo, el que la constitución de un Estado tenga el atributo de la máxima jerarquía formal no hace de él, sin más, un Estado constitucional. Para ello, es preciso que tal constitución goce, también, de un segundo atributo, el de la **máxima prioridad sustantiva**; es decir, es indispensable que ella sea superior a la ley (también) porque contiene principios, fines y valores de *justicia*, centralmente, los *derechos fundamentales*. La prioridad sustantiva de aquellos radica en el peso de su contenido moral; el que es independiente de cuál sea el documento normativo en el que se los consagre, o de cuál sea la jerarquía formal de ese documento, o, incluso, independientemente de si están consagrados en alguno. Este segundo atributo de la supremacía constitucional significa, pues, que el contenido constitucional está vertebrado por un **tejido axiológico (de principios, fines y valores de justicia)** que subyace al documento constitucional, 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 subyacentes a “*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 alguno dotado de autoridad (art. 11.7).

22. Aquel tejido axiológico, por consiguiente, hace que todo Estado constitucional sea forzosamente un Estado “de derechos” y “de justicia”, como didácticamente lo explicita el artículo 1 de nuestra Constitución. 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.

23. La Constitución ecuatoriana, entonces, entraña dos dimensiones, una formal y otra sustantiva: además de ser un documento autoritativo con mayor rigidez que el de la ley (**dimensión formal**), ella constituye también un tejido de principios, fines y valores de justicia, que goza de prioridad axiológica respecto de la ley, y que subyace al documento promulgado por la autoridad constituyente, aunque, al mismo tiempo, lo trasciende (**dimensión sustantiva**).

24. Esta doble dimensión determina la naturaleza de la interpretación constitucional: esta consiste en una argumentación sobre el significado de la Constitución tomada en su integralidad; lo que incluye, tanto al documento en que ella está escrita, cuanto al tejido axiológico que vertebra su contenido. A la luz de esta idea rectora, la Corte abordará los problemas jurídicos planteados en este caso.

C.a. Subproblema jurídico (1.1) ¿La Constitución prohíbe al legislador democrático instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?

Argumentos a favor: el literalista y el intencionalista. La deferencia al constituyente y la democracia

25. Hay dos argumentos a favor de una respuesta afirmativa a este primer subproblema, el literalista y el intencionalista, que explícita e implícitamente estuvieron presentes en los alegatos presentados por el Registro Civil, Identificación y Cedulación y la Procuraduría General del Estado. Ambos ligados al segundo inciso del artículo 67 de la Constitución, que establece:

[Constitución] Art. 67.- *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]

26. Antes que nada, debe ponerse de manifiesto que, a diferencia de lo que ocurre con las disposiciones legales cuestionadas (*supra*, párr. 9), la disposición constitucional que se acaba de citar, estrictamente hablando, no confiere el poder jurídico de casarse a las parejas de diferente sexo, pues este forma parte de la configuración legal del matrimonio. Más bien, lo que el artículo recientemente citado reconoce, de manera expresa, es el **derecho fundamental al matrimonio** de las parejas de diferente sexo, consistente en el derecho a que el legislador instituya (haga posible y regule) el matrimonio. Esto deja en claro que lo que se discute en el fondo de este caso es si la Constitución reconoce también el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo y si, en consecuencia, el legislador está obligado a incluir en la vigente configuración legal del matrimonio a dichas parejas, lo que implica otorgarles el poder jurídico de casarse.

27. Ahora bien, el **argumento literalista** entiende que el tenor literal de este segundo inciso del artículo 67 define el matrimonio estrictamente como “*la unión entre hombre y mujer*” y, por tanto, establece la siguiente norma constitucional: *las parejas del mismo sexo no tienen derecho al matrimonio (entendido como en el párrafo precedente)*; por lo que el legislador está *prohibido* de conferir a dichas parejas el poder jurídico de casarse, con la consecuencia de que la norma legal cuestionada no sería inconstitucional.

28. El **argumento intencionalista** converge con el anterior en negar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, por cuanto sostiene que el autor del documento constitucional, el constituyente, escribió el citado inciso segundo del artículo 67 con la *intención* (el propósito deliberado) de privar a las parejas del mismo sexo del derecho a contraer matrimonio y, específicamente, de *prohibir* la creación legislativa tal tipo de matrimonio.

29. Ambos argumentos, sin embargo, presentan debilidades incluso si se parte de sus propias premisas.

29.1. El argumento literalista, por un lado, se ciñe al citado inciso segundo del artículo 67, cuyo significado no es unívoco: podría afirmarse, por ejemplo, que como él no dice que el matrimonio es “solamente” la unión entre un hombre y una mujer, dicho artículo no prohíbe al legislador instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

29.2. Y, por otro lado, el argumento intencionalista no es claro en identificar de qué se habla cuando se alude a *la intención* del constituyente. ¿Hablamos, quizá, de la intención

de órganos *colectivos* como la Asamblea Constituyente o el mismo pueblo (manifestado en referéndum aprobatorio)? De ser así, ¿cuál sería tal intención colectiva? Si fuese, sin más, la de poner en vigencia el texto del inciso segundo del citado artículo 67, entonces, el argumento intencionalista no consistiría en nada distinto al argumento literalista, con los problemas —ya indicados— que este presenta; y si, en cambio, la intención del órgano colectivo fuese la de prohibir, bajo cierta interpretación de aquel texto, el matrimonio entre parejas del mismo sexo, ¿dónde estaría, entonces, la base fáctica para acreditar dicha intención (dado que, empíricamente, un ente tal carece de intención)? ¿acaso en las intenciones *individuales*, en su gran mayoría no expresadas, de los asambleístas constituyentes y de los votantes que apoyaron el texto del citado inciso segundo?, ¿o acaso en las intenciones *individuales* de los pocos asambleístas y ciudadanos que sí las expresaron en los debates correspondientes?; y, en ambos casos, ¿cómo identificar *la* intención del constituyente si, como ocurre en todo órgano colectivo, las intenciones individuales de sus miembros son heterogéneas e, incluso, divergentes? Del hecho de que varios asambleístas constituyentes y ciudadanos hayan aprobado el texto del señalado inciso segundo no se sigue lógicamente que todos ellos hayan tenido la intención de prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo; por ejemplo, algunos lo habrán hecho asumiendo una interpretación del texto que no implique tal prohibición, y otros ni siquiera se lo habrán planteado.

30. Sin embargo, la mayor debilidad de los argumentos literalista e intencionalista está en que parten de un enfoque **formalista** de la interpretación constitucional, reduciéndola a una exégesis basada exclusivamente en la lectura literal del inciso segundo del citado artículo 67 y en la constatación fáctica de la intención (subjética) de quien dictó esa disposición. Reduciendo, con ello, la Constitución a su dimensión formal, es decir, a un mero documento dictado por la autoridad constituyente y eclipsando, así, la dimensión sustantiva de la Constitución. Por lo que resulta un enfoque inaceptable.

31. Coherentemente con esto, el artículo 437 de la Constitución no confina su interpretación en el simple “tenor literal” y a la mera “voluntad del constituyente”, sino que la abre a “la Constitución en su integralidad”, a “la plena vigencia de los derechos” y a “los principios generales de la interpretación constitucional”, desarrollados —estos últimos— ampliamente en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (p. ej. la interpretación sistemática, la teleológica, el principio de proporcionalidad, la ponderación, etc.). Si algo deja en claro este elenco de disposiciones jurídicas es que, en materia constitucional, jamás puede partirse del estándar de interpretación que fue propio del Estado legislativo de derecho —y que ya no lo es del Estado constitucional de derecho—, plasmado en este precepto clásico:

[Código Civil] Art. 18.- [...]

1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;

32. En efecto, como se afirmó arriba, el problema jurídico (1), en último análisis, pregunta si la Constitución establece o no un cierto derecho fundamental de las parejas del mismo sexo. Y la

respuesta jamás puede provenir, sin más, de interpretar aisladamente una disposición constitucional, sino de interpretar el bloque de constitucionalidad en su conjunto, lo que supone —como también ya se dijo— considerar en la argumentación interpretativa el documento constitucional completo y, sobre todo, el tejido axiológico constitucional. En este sentido, no puede perderse de vista que todo derecho fundamental está vertebrado por unos ciertos principios, fines o valores constitucionales: tales derechos no se reducen a reglas expresamente estatuidas por el texto de la Constitución.

33. De lo expuesto en los párrafos anteriores se sigue que los argumentos literalista e intencionalista no son aptos para dilucidar, sin más, cuestiones constitucionales como las que este caso plantea. Y se sigue, además, que la interpretación cabal ha de consistir, más bien, en identificar y, luego, ponderar los principios, fines o valores constitucionales que operan a favor y en contra de las hipótesis en juego: las de la obligación, prohibición o permisión legislativa de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tal ponderación coadyuvará a establecer, entonces, si las parejas del mismo sexo tienen o no el derecho fundamental a que el legislador instituya (haga posible y regule) para ellas el matrimonio, como lo tienen de manera incontrovertida —en virtud del inciso segundo del citado artículo 67— las parejas de diferente sexo.

34. En esta línea de análisis, debemos empezar reconociendo que los argumentos literalista e intencionalista tienen un común fundamento axiológico: el principio de deferencia al constituyente, que se apoya, a su vez, en el valor de la democracia (véase, art. 1 de la Constitución). Esto no puede ser ignorado por esta Corte, pues la democracia es uno de los mimbres primordiales del tejido axiológico constitucional: el valor del proceso político democrático hace que en la práctica jurídica propia del Estado constitucional haya que tomar en serio a los dictados de las autoridades normativas; sus textos e intenciones, aunque puedan a veces ser derrotadas, tienen un peso que debe ser aquilatado debidamente. Caso contrario, se corre el riesgo de caer en el extremo opuesto al enfoque formalista antes criticado, esto es, en un enfoque interpretativo *activista*, poco sensible al hecho de que la Constitución es, en su dimensión formal, un texto que proviene de la autoridad constituyente y que, en virtud de su dimensión sustantiva, cuenta con un peso axiológico innegable, que impone al intérprete de la Constitución la exigencia *prima facie* de guardar fidelidad democrática al texto constitucional y a la intención de quien lo expidió; con lo cual, la carga de la argumentación recae sobre quien defiende una interpretación, en alguna medida, distanciada de la textualidad y de la intencionalidad. En un Estado constitucional, ni el juez es la boca de la Constitución ni la Constitución es únicamente lo que dicen los jueces.

¿Hay principios, fines o valores subyacentes a la hipótesis de la prohibición?

35. El peso del principio de deferencia a la autoridad constituyente y del valor de la democracia, sin embargo, no es absoluto, sino relativo al peso de los principios, fines y valores subyacentes a la literalidad constitucional y a la intención constituyente: aquel aumentará o se reducirá en función de este último. Una prescripción banal del constituyente, por ejemplo, tendría un reducido peso interpretativo. Por ello, incluso si dejásemos de lado las debilidades del literalismo y del intencionalismo enunciadas en el párr. 29 *supra*, habría que preguntarse, ¿cuáles son aquellos principios, fines o valores a cuya realización apuntaría la prohibición de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo, supuestamente impuesta al legislador (intencionalmente y por escrito) por parte del constituyente democrático? Enseguida, se explorarán posibles respuestas a esta interrogante.

36. La esterilidad reproductiva de las parejas homosexuales. Es muy frecuente sostener que la incapacidad de estas parejas para la *procreación* hace que no puedan cumplir a cabalidad dos supuestos fines del matrimonio: por un lado, la *conformación o consolidación de la familia*, y por otro, la *perpetuación de la especie*. En esta línea se expresó una asambleísta constituyente en los debates previos a la aprobación del inciso segundo del tantas veces citado artículo 67⁵, así como una participante en la audiencia pública realizada dentro de la sustanciación de esta causa (en adelante, “la audiencia”)⁶. Sin embargo, esta Corte advierte que se trata de un argumento equivocado por dos razones:

36.1. En primer lugar, porque asume que *hay un solo modelo de familia* digno de protección, la integrada nuclearmente por una pareja monogámica y sus hijos biológicos. Sin embargo, es obvio que no todas las familias tienen tal constitución; por ejemplo, unas se basan en una pareja monogámica pero, por decisión propia o por imposibilidad física, carecen de prole, y otras ni siquiera tienen como punto de partida una pareja de ese tipo (por ejemplo, las conformadas por abuelos y nietos alejados de sus progenitores). Y todos esos modelos familiares tienen el cobijo de la Constitución: “Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos [...]”.

36.2. En relación con esto, hubo una asambleísta constituyente⁷ y un participante en la audiencia⁸ que esgrimieron el conocido argumento etimológico: la naturaleza del matrimonio responde al hecho de que la palabra matrimonio viene del latín *matrimonium*, derivado, a su vez, de *matrem*, que significa madre. Este argumento, sin embargo, no es aceptable; si lo fuese, deberíamos concluir que Ambato es tierra de *hambatus*, palabra kichwa con la que se designa a unos pequeños anfibios de coloración oscura que, en los siglos XVII y XIX, habitaban en el río que atraviesa la ciudad.

36.3. Y, en segundo lugar, no podemos asumir que una de las finalidades del matrimonio sea *fomentar el crecimiento, o evitar el decrecimiento, demográfico*. En Ecuador, esa no es una necesidad fáctica (no somos un país en riesgo de despoblación) ni una exigencia jurídica (la Constitución no fija esa finalidad).

37. La inadecuación de las uniones homosexuales al molde tradicional del matrimonio. En la Asamblea Constituyente de Montecristi, varios representantes populares⁹ impugnaron el matrimonio entre personas del mismo sexo porque este quebrantaría lo que tradicionalmente se ha entendido por matrimonio. Si bien la Constitución en varios pasajes brinda protección a las tradiciones culturales, en ningún caso protege a las tradiciones jurídico-institucionales (salvo, desde luego, las que son constitutivas del Estado y las que atañen a los derechos fundamentales). Si lo hiciera, el Derecho ecuatoriano quedaría petrificado y el proceso político democrático soportaría limitaciones injustificables. Recuérdese que antes del año 1903, el mismo matrimonio

⁵ Véase la intervención de la asambleísta constituyente Rosanna Queirolo (Acta 086 de la Asamblea Constituyente, de 15 de julio de 2008, p. 96).

⁶ Esthela Vásquez.

⁷ Véase la intervención de la asambleísta constituyente Rosanna Queirolo (Ibíd, p. 96).

⁸ Jaime Dousdebés.

⁹ Véanse las intervenciones de los asambleístas constituyentes: Mario Játiva y Rosanna Queirolo (Ibíd, pp. 68-69 y 95-96).

civil —cuya configuración actual algunas opiniones buscan mantener— no existía en el Ecuador, solo había el tradicional, el eclesiástico. Conviene recordar que las tradiciones son *hechos*, por lo que de ellos no cabe inferir, sin más, la existencia de *normas*.

38. La homosexualidad como desorden psiquiátrico. Una de las intervinientes en la audiencia pública realizada en este caso¹⁰ expresó la opinión —todavía compartida por mucha gente— de que las personas homosexuales padecen una especie de alteración de su psique y que requieren de algún tipo de tratamiento terapéutico. Si la homosexualidad de una persona fuese un estado mental patológico, quizá emergerían razones —buenas o malas— que apoyen la prohibición de que la ley instituya el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ciertamente, la homosexualidad fue específicamente catalogada como un desorden mental tanto en la *Clasificación Internacional de Enfermedades* (CIE)¹¹ de la Organización Mundial de la Salud (en 1965), como en el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DMS) de la Asociación Americana de Psiquiatría (en 1968)¹². Sin embargo, la homosexualidad en cuanto tal fue desclasificada en ambos instrumentos clínicos —los dos más aplicados a nivel mundial—; en 1990¹³ (en el CIE) y en 1973¹⁴ (en el DMS). No existe, por consiguiente, base racional para creer que las personas homosexuales son enfermas; luego, ninguna consecuencia jurídica podría extraerse de tal prejuicio.

39. La homosexualidad como desorden moral. Varios asambleístas constituyentes¹⁵ opinaron en Montecristi que el comportamiento homosexual sería una suerte de vicio lesivo de la moralidad en las costumbres sexuales.

40. Esta opinión parece entroncar, en alguna medida, con las consideraciones de la Iglesia Católica en torno al comportamiento homosexual y al matrimonio entre personas del mismo sexo, algunas de ellas esbozadas por asambleístas constituyentes¹⁶. Lo que merece un detenido y

¹⁰ Esthela Vásquez.

¹¹ Organización Mundial de la Salud (1965), *International Classification of Diseases, Revision 8*. Consultable en <http://www.wolfbane.com/icd/icd8h.htm>.

¹² American Psychiatric Association (1968), *DSM-II Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Second Edition.

¹³ Organización Mundial de la Salud (1990), *International Classification of Diseases, Revision 10*. Consultable en <http://www.wolfbane.com/icd/icd10h.htm>.

¹⁴ Spitzer, Robert (1981), “The diagnostic status of homosexuality in DSM-III: a reformulation of the issues”, en *American Journal of Psychiatry*, 138, 210–215. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511628719.019>.

¹⁵ Véanse las intervenciones de los asambleístas constituyentes: Balerio Estacio, Mario Játiva, Rosanna Queirolo, César Rohón, Gissel Rosado, entre otros (Ibíd, pp. 59, 69, 97-98, 104 y 144).

¹⁶ Véanse las intervenciones de los asambleístas constituyentes Guido Rivas y Gissel Rosado (Ibíd, pp. 140, 144).

respetuoso examen por parte de esta Corte, dado que alrededor del 80% de las ecuatorianas y ecuatorianos afirman abrazar la religión católica.¹⁷

40.1. El *Catecismo de la Iglesia Católica*¹⁸ delinea la concepción que esta tiene del matrimonio, que puede sintetizarse, en lo que aquí interesa, con la cita de los siguientes fragmentos:

1601 *"La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados"* (CIC can. 1055, §1)

I. *El matrimonio en el plan de Dios*

1603 [...] *La vocación al matrimonio se inscribe en la naturaleza misma del hombre y de la mujer, según salieron de la mano del Creador. El matrimonio no es una institución puramente humana a pesar de las numerosas variaciones que ha podido sufrir a lo largo de los siglos en las diferentes culturas, estructuras sociales y actitudes espirituales. Estas diversidades no deben hacer olvidar sus rasgos comunes y permanentes. A pesar de que la dignidad de esta institución no se traspasa siempre con la misma claridad (cf GS 47,2), existe en todas las culturas un cierto sentido de la grandeza de la unión matrimonial.*

1604 [...] *Habiéndolos creado Dios hombre y mujer, el amor mutuo entre ellos se convierte en imagen del amor absoluto e indefectible con que Dios ama al hombre. Este amor es bueno, muy bueno, a los ojos del Creador (cf Gn 1,31). Y este amor que Dios bendice es destinado a ser fecundo y a realizarse en la obra común del cuidado de la creación. «Y los bendijo Dios y les dijo: "Sed fecundos y multiplicaos, y llenad la tierra y soamekla"» (Gn 1,28).*

1605 *La Sagrada escritura afirma que el hombre y la mujer fueron creados el uno para el otro [...] "De manera que ya no son dos sino una sola carne" (Mt 19,6).*

[Énfasis añadidos]

40.2. A lo que cabe agregar la siguiente cita de la *Carta Encíclica Lumen Fidei* del Sumo Pontífice Francisco a los obispos, a los presbíteros y diáconos, a las personas consagradas y a todos los fieles laicos sobre la fe¹⁹, del año 2013:

52. [...] *El primer ámbito que la fe ilumina en la ciudad de los hombres es la familia. Pienso sobre todo en el matrimonio, como unión estable de un hombre y una mujer: nace de su amor, signo y presencia del amor de Dios, del reconocimiento y la aceptación de la bondad de la diferenciación sexual, que permite a los cónyuges unirse en una sola carne (cf. Gn 2,24) y ser capaces de*

¹⁷ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2012, agosto), *Primeras estadísticas oficiales sobre filiación religiosa en el Ecuador*. Consultable en http://www.ecuadorencifras.gob.ec/wp-content/descargas/Boletines/Religion/presentacion_religion.pdf.

¹⁸ Consultable en http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p2s2c3a7_sp.html.

¹⁹ Consultable en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20130629_enciclica-lumen-fidei.html.

engendrar una vida nueva, manifestación de la bondad del Creador, de su sabiduría y de su designio de amor. Fundados en este amor, hombre y mujer pueden prometerse amor mutuo con un gesto que compromete toda la vida y que recuerda tantos rasgos de la fe. Prometer un amor para siempre es posible cuando se descubre un plan que sobrepasa los propios proyectos, que nos sostiene y nos permite entregar totalmente nuestro futuro a la persona amada [...]

[Énfasis añadidos]

40.3. Algunas personas católicas, al adherir a la doctrina expuesta, podrían considerar, como lo ha hecho la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, “[...] *que los actos homosexuales son por su intrínseca naturaleza desordenados y que no pueden recibir aprobación en ningún caso*”²⁰ o que “[...] *ólo en la relación conyugal puede ser moralmente recto el uso de la facultad sexual. Por consiguiente, una persona que se comporta de manera homosexual obra inmoralmente*”²¹.

40.4. Partiendo de lo anterior, algunas personas católicas podrían opinar sobre la institucionalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en la misma forma que el Pontificio Consejo para la Familia:

(23) La verdad sobre el amor conyugal permite comprender también las graves consecuencias sociales de la institucionalización de la relación homosexual: «se pone de manifiesto también que incongruente es la pretensión de atribuir una realidad conyugal a la unión entre personas del mismo sexo. Se opone a esto, ante todo, la imposibilidad objetiva de hacer fructificar el matrimonio mediante la transmisión de la vida, según el proyecto inscrito por Dios en la misma estructura del ser humano. Asimismo, se opone a ello la ausencia de los presupuestos para la complementariedad interpersonal querida por el Creador, tanto en el plano físico-biológico como en el eminentemente psicológico, entre el varón y la mujer [...] »[39]. El matrimonio no puede ser reducido a una condición semejante a la de una relación homosexual; esto es contrario al sentido común[40] [...] «No puede constituir una verdadera familia el vínculo de dos hombres o de dos mujeres, y mucho menos se puede a esa unión atribuir el derecho de adoptar niños privados de familia»[45]. Recordar la trascendencia social de la verdad sobre el amor conyugal y, en consecuencia, el grave error que supondría el reconocimiento o incluso equiparación del matrimonio a las relaciones homosexuales no supone discriminar, en ningún modo, a estas personas. Es el mismo bien común de la sociedad el que exige que las leyes

²⁰ Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe (1975), *Declaración acerca de ciertas cuestiones de ética sexual*. Consultable en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19751229_persona-humana_sp.html.

²¹ Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe (1986), *Carta a los obispos de la iglesia católica sobre la atención pastoral a las personas homosexuales*. Consultable en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19751229_persona-humana_sp.html.

reconozcan, favorezcan y protejan la unión matrimonial como base de la familia, que se vería, de este modo, perjudicada[46].²²

[Énfasis añadidos]

41. La idea (basada o no en creencias religiosas) de que la práctica de la homosexualidad constituye una desviación moral estuvo y está en el trasfondo de la tipificación de la homosexualidad como delito. Pero, cabe preguntarse, ¿cuál sería exactamente el bien jurídico protegido por este? Las leyes penales correspondientes hablan de las *buenas costumbres*, la *moralidad pública*, el *buen orden familiar*, la *pública honestidad*, etc. Sin embargo —como quedará más claro en lo que sigue—, “[...] *un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación conduce al postulado de la impunidad de los comportamientos homosexuales consentidos en personas adultas*”²³, principal razón por la que dichas tipificaciones fueron derogadas a medida que el Estado constitucional fue propagándose por el mundo.

42. Ahora bien, ¿pueden los valores subyacentes a la idea de que la homosexualidad es un desorden moral aportar razones a favor de la hipótesis de la prohibición al legislador de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo? La Constitución responde que no: la plasmación de esa idea en la institucionalidad pública transgrediría los siguientes principios, fines y valores constitucionales:

42.1. **El principio de autonomía de la persona**, que, en palabras de Carlos S. Nino,

[...] prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Éste es el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros; tal interferencia es objetable en tanto y en cuanto ella puede implicar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos.²⁴

[Énfasis en el texto]

El principio de la autonomía de la persona implica, entonces, el derecho fundamental expresamente consagrado en el artículo 66.5 de la Constitución: “*El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás*”.

²² Consejo Pontificio para la Familia (2000), *Familia, matrimonio y "uniones de hecho"*. Consultable en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_20001109_de-facto-unions_sp.html.

²³ Roxin, Clause (2013), “El concepto del bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-01.

²⁴ Nino, Carlos S. (2007), *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, pp. 204s.

42.2. **El valor de la laicidad.** Como consecuencia de lo anterior, en la esfera de la moralidad debe distinguirse entre la *ética pública*, referida a las relaciones entre sujetos, que prohíbe afectar los derechos de los otros individuos, y la *ética personal*, relativa al propio sujeto, que corresponde a la elección de modelos de virtud personal y planes de vida. Únicamente las razones basadas en la ética pública son, por consiguiente, válidas para restringir el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los individuos, el que, como todo derecho fundamental no está condicionado al grado de excelencia moral que la persona pudiera tener a la luz de un determinado modelo de virtud personal. Esto es conforme con el artículo 1 de la Constitución, que define al Estado ecuatoriano como *laico*, y el 3.4 de la misma, que impone al propio Estado el deber primordial de “[g]arantizar la *ética laica* [es decir, la *ética pública*] como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico” [énfasis añadido].

42.3. **El fin del buen vivir (sumak kawsay).** He aquí la grandeza del Estado constitucional: logra gestionar la pluralidad, a veces conflictiva, de valores existentes en la sociedad haciendo que todas las personas tengan el derecho a que se respete la moral personal (basada en la fe religiosa, inclusive) que autónomamente han forjado para sí; a condición, claro está, de que esa moral personal no sea impuesta por el Estado como moral pública (como razón pública). Esta es una condición indispensable para la búsqueda del buen vivir: este requiere, como preceptúa el tercer inciso del artículo 275 de nuestra Constitución, “[...] que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos [entre ellos, al libre desarrollo de la personalidad], y ejerzan responsabilidades [...]”, entre las cuales está la de “[r]espetar y reconocer [...] la orientación e identidad sexual” (art. 83.14).

43. Basada en las consideraciones de los últimos párrafos, esta Corte sostiene que el modelo de matrimonio en un Estado constitucional no puede ser la proyección de una cierta ética personal, por estimable que esta sea, sino el reflejo de una ética laica; de manera que la institución matrimonial así configurada permita a todas las personas, eso sí, adaptarla a sus particulares concepciones, inclusive religiosas, acerca de cuál es el modelo de matrimonio moralmente excelente, y desarrollar así, de manera autónoma, su propio plan de vida con miras al buen vivir.

44. Una pareja católica, por ejemplo, puede perfectamente interpretar la solemnidad de *su* matrimonio civil en conexión institucional y simbólica con la celebración, en cuanto sacramento, de su matrimonio eclesiástico, y por tanto extender a *su* matrimonio civil las características teológicas propias de su matrimonio eclesiástico (parcialmente citadas en supra, párr. 40). Cualquier interferencia en esta forma de interpretar y practicar el matrimonio civil sería una violación de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a libertad de conciencia de los contrayentes. Y algo análogo han de poder hacer, y la misma protección han de tener frente a posibles interferencias en sus derechos fundamentales (*idem*), las parejas no católicas que deciden contraer matrimonio civil.

45. **El derecho de los padres a educar a sus hijos en la heterosexualidad** se vería afectado —como a veces se escucha decir— por el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Esto claramente no tiene asidero, porque ya existe un reconocimiento oficial de las uniones de hecho entre esas personas y, además, el interés que pueden tener ciertos padres de “educar” a sus hijos en la heterosexualidad, no puede, como ya se razonó, justificar la expulsión de la esfera pública de las expresiones homoafectivas; antes bien, lo que cabe es propiciar la

educación cívica en el respeto a la orientación sexual, responsabilidad prescrita en el artículo 83.14 de la Constitución, ya citado.

46. Pues bien, el recorrido argumentativo precedente (*supra* párrafos 29-45) permite inferir: (i) que los argumentos literalista e intencionalista débilmente apoyan la interpretación de que el legislador está constitucionalmente prohibido de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo; y (ii) que la alegada prohibición no apuntaría a la realización de ningún principio, fin o valor constitucional relevante en la esfera pública. Los únicos sustentos de una interpretación tal, serían, pues, los ya señalados en el párr. 34 *supra*: el principio de deferencia a la autoridad constituyente y el valor democrático de esta.

Argumentos en contra: los derechos a la protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad

47. Ahora bien, en sentido opuesto al de los argumentos literalista e intencionalista, es decir, en contra de la señalada prohibición constitucional al legislador, operan entrelazadamente varios argumentos de orden *sistemático*, *teleológico* y *valorativo*, como se mostrará a continuación.

48. **La protección a la familia es un derecho fundamental.** Como entidad social, la familia es uno de los ámbitos primordiales en que las dimensiones individual y colectiva de la vida humana se conjugan de manera profunda. Por ello, es evidente la constatación de que, en palabras de la Constitución, ella es el “*núcleo fundamental de la sociedad*” (art. 76, inciso primero).

49. El reconocimiento que la Constitución hace de la familia, sin embargo, no es simplemente sociológico, sino normativo. A lo largo del texto constitucional se desarrolla el derecho a la protección de “*la familia en sus diversos tipos*”, el que “*garantiza [...] condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines*”, ya sea que la familia se constituya “*por vínculos jurídicos o de hecho*” (*idem*, énfasis añadidos). Es, pues, atinada la definición dada por la Corte Constitucional de Colombia: la familia, en cuanto objeto de protección jurídica, es

*“[...] aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos [...]”*²⁵.

50. **El derecho al matrimonio se apoya en el derecho a la protección a la familia.** Esto es así porque la celebración del matrimonio es un medio para la conformación o consolidación de la familia; por un lado, da lugar a un estado civil, el de casado, en cuya virtud se crean específicos derechos y obligaciones entre los contrayentes; y, por otro lado, genera un entramado de significaciones sociales (extrajurídicas) que, a su vez, impacta en la vida de pareja, al interior de ella y respecto de su entorno. Los que, obviamente, no coinciden totalmente, ni cuantitativa ni cualitativamente, con los provenientes de una unión de hecho. Como ha dicho la Suprema Corte de los Estados Unidos, el matrimonio “*brinda apoyo a una unión entre dos personas como ninguna otra en términos de su importancia para aquellos que se han comprometido*”²⁶, cobijando a la unión monogámica con una mayor estabilidad institucional. ¿A qué se reduciría la

²⁵ Sentencia C-271 de 2003.

²⁶ Caso *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015) Sentencia de 26 de junio de 2015.

protección a la familia si el matrimonio no fuera un derecho constitucional y la única institución posible para las uniones monogámicas fuera la unión de hecho?

51. El derecho al matrimonio se cimienta, también, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Mientras las personas no afecten principios, fines y valores constitucionalmente atendibles, ellas pueden conformar el tipo de familia que —a su juicio— mejor se adecuen a sus singulares ideales de virtud personal y a sus planes de vida; y el Estado, no solo que debe abstenerse de interferir en ello, sino que debe proteger dichas elecciones autónomas (véase, *supra* párr. 42.1). ¿En qué quedaría el derecho al libre desarrollo de la personalidad si el matrimonio no fuera un derecho fundamental, si casarse no pudiera ser parte del plan de vida de un individuo?

52. Conexamente, los derechos a la libertad de conciencia y a la intimidad se verían afectados. Las razones expuestas en los últimos párrafos son favorables a la existencia de un derecho fundamental a que el legislador instituya el matrimonio también para las parejas del mismo sexo, pues nadie niega que estas tienen el derecho a que las familias que fundan sean protegidas, así como el derecho a la autonomía personal de sus miembros (adopción libre de ideales de virtud personal y de planes de vida). Con los que podrían conectarse otros, como los derechos a la intimidad personal y familiar, y a la libertad de conciencia, según se advirtió en el párr. 44 *supra*.

Conclusión intermedia

53. Estos dos derechos operan, clara y *fuertemente*, en contra de la hipótesis de que la Constitución prohíbe al legislador instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo; y, en esa medida, estarían en el platillo de la balanza opuesto al que aloja (como se dijo en el párr. 34 *supra*) al principio de la deferencia al constituyente y al valor de la democracia, los que se ven *debilitados* en el caso concreto, porque, según se concluyó (*supra* párr. 46), los argumentos literalista e intencionalista sustentan, también *débilmente*, que el inciso segundo del artículo 67 de la Constitución establece la indicada prohibición.

54. Este desequilibrio de razones, como se ve, es por demás notorio en el caso concreto: la afectación que podría causarse a los principios de la deferencia al constituyente y al valor de la democracia, si se rechazara la señalada hipótesis de la prohibición, sería claramente menor al quebrantamiento de los derechos a la protección de las familias y al libre desarrollo de la personalidad (y, conexamente con estos, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de conciencia), si dicha hipótesis fuese admitida, ya que esta excluiría la posibilidad de que la institucionalización del tipo de matrimonio en cuestión.

55. Por lo que la Corte responde al subproblema jurídico (1.1) que la Constitución no prohíbe al legislador instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

C.b. Subproblema jurídico (1.2): ¿La Constitución permite al legislador democrático posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo?

56. De la respuesta al subproblema jurídico (1.1) no se sigue, sin embargo, que la institucionalización de ese tipo de matrimonio sea obligatorio para el legislador, pues hay que considerar primero la hipótesis de que aquello le esté simplemente *permitido*: hay que ver si esta hipótesis puede subsistir a la luz de las razones favorables a la existencia de un derecho fundamental al matrimonio.

Argumentos a favor: el literalista y el intencionalista. La deferencia al constituyente y la democracia

57. A favor de esta hipótesis continúan operando el principio de la deferencia al constituyente y el valor de la democracia, pues, aunque con la debilidad anotada, no se puede dejar de reconocer alguna plausibilidad a la idea de que la letra y la intención constituyentes excluyen del matrimonio a las parejas del mismo sexo. Y, si bien se ha descartado la hipótesis de la prohibición, queda por establecer si el peso del principio de la deferencia al constituyente y el valor de la democracia es suficiente para concluir que la Constitución ha dejado a la discrecionalidad del legislador el instituir o no el tipo de matrimonio mencionado (como parte de su libertad de configuración de los derechos a la protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad).

Argumentos indirectos a favor: la deferencia al legislador y la democracia deliberativa.

58. A lo anterior se suma una consideración independiente de los argumentos literalista e intencionalista. Al contrario de lo que ocurre con la interpretación del muy citado segundo inciso del artículo 67, cuyo tenor no es unívoco, el de los artículos 81 del CC y 52 de LOGIDC sí lo es: establece que *las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio* (esta es la norma legal cuestionada).

59. Dicha norma goza de presunción de constitucionalidad (art. 76.2 de la LOGJCC), en virtud del principio *pro legislatore*, por el que, “[e]n caso de duda sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica, se optará por no declarar la inconstitucionalidad” (art. 76.3 *ibidem*). Todo esto respaldado por el valor de la democracia (art. 1, inciso primero, de la Constitución) y, en particular, por el de la democracia *deliberativa*, en cuya virtud, el valor de la ley no solo radica en la autoridad formal del legislador, sino también en el hecho de que ella debe ser el producto de una deliberación, o sea, de un debate basado en la confrontación de razones provenientes de todos los interesados. La exigencia de dicho debate, según la Constitución, ha de proyectarse hacia dentro de la Asamblea Nacional, con la exigencia de que un proyecto de ley debe ser sometido a dos debates (art. 137, inciso primero), pero también hacia fuera de ella, con la previsión de que las personas “*que tengan interés en la aprobación de[un] proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, p[uedan] acudir ante la comisión y exponer sus argumentos*” (art. 137, inciso segundo).

60. El valor constitucional de la democracia deliberativa ha sido reconocido por esta Corte en la Sentencia N° 018-18-SIN-CC, de 1° de agosto de 2018, al punto de declararse en ella la inconstitucionalidad por la forma de una enmienda constitucional lesiva de dicho valor fundamental.

61. Si bien lo expresado en los últimos párrafos no versa sobre si la Constitución establece o no el derecho de las personas al matrimonio, tienen el efecto práctico de reforzar la hipótesis de que el legislador está meramente permitido de instituir dicho tipo de matrimonio, por lo que ha de ser tenido en cuenta en el razonamiento de la Corte.

Argumentos adicionales en contra: la igualdad formal y la igualdad material

62. Como se estableció en los párrafos 14 y 15 *supra*, para afirmar que el legislador está simplemente *permitido* de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo es preciso que

la Constitución no reconozca a ellas el derecho fundamental al matrimonio (entendido como se anotó en el párr. 26 *supra*); pero si sí lo hace, en lugar de la señalada permisión, más bien, el legislador tendría la *obligación* de hacerlo. Por lo que la cuestión se reduce ahora a establecer si existe o no constitucionalmente el derecho mencionado.

63. Anteriormente (*supra* párr. 52), esta Corte ha constatado que los derechos a la protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad (y otros conexos como los derechos a la intimidad personal y familiar, y a la libertad de conciencia) operan a favor de la existencia constitucional del mencionado derecho de las parejas del mismo sexo; derechos que, por tanto, deberán ponderarse frente a las —ya identificadas— razones que operan en sentido contrario. Es preciso, sin embargo, profundizar el ejercicio de ponderación que se viene haciendo, incorporando, del lado de los derechos recientemente referidos, las razones adicionales que se enuncian a continuación.

64. **El derecho a la igualdad formal también apoya la existencia del derecho fundamental en cuestión**, puesto que el inciso primero del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución prescribe que “[t]odas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos [...]”, entre ellos, los derechos a la protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad (y otros conexos como los derechos a la intimidad personal y familiar, y a la libertad de conciencia) que, *prima facie*, establecen el derecho fundamental al matrimonio.

65. Por otro lado, la norma legal cuestionada (que priva a las parejas del mismo sexo del poder jurídico de contraer matrimonio), es sospechosa de ser discriminatoria, ya que introduce una diferenciación basada en la “orientación sexual” de las personas, uno de los supuestos en que el artículo 11.7 de la Constitución expresamente prohíbe *prima facie* el trato diferenciado²⁷. Y esta sospecha de discriminación hace que la norma legal cuestionada sea inconstitucional a menos que logre pasar un test de igualdad —que no es sino una aplicación del principio de proporcionalidad— que consista en un escrutinio estricto de constitucionalidad de la ley²⁸. Lo que sería imposible, pues no pasaría ni la primera fase del test, dado que, sobre la base de las consideraciones hechas en párr. 46 *supra*, no existe un fin constitucional, ni explícito ni implícito, que pueda invocarse para la privación del derecho de las parejas del mismo sexo a casarse. Con lo cual, el test concluiría ahí mismo.

66. **El derecho a la igualdad material respalda también el derecho fundamental al matrimonio de las parejas del mismo**, por cuanto la exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio no solamente tiene consecuencias en el orden normativo (sus miembros no pueden adquirir los derechos y obligaciones derivadas del estado civil de casado), sino que también tiene efectos simbólicos, que impactan en la realidad de las personas homosexuales: el hecho de que no puedan casarse entre sí genera para ellos efectos degradantes y estigmatizantes²⁹, que contribuyen a deteriorar sus vidas. Situación que es aun más dramática en países de gran desigualdad socioeconómica, como el Ecuador. En general, ellas sufren discriminación material, específicamente, malos tratos y humillaciones. Y, en el caso de las personas homosexuales en otras situaciones de vulnerabilidad, muchas ven socavado su derecho

²⁷ Este criterio para la identificación de categorías sospechosas de ser discriminatorias ha sido establecido por esta Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia N° 080-13-SEP-CC.

²⁸ Sobre esto, véase la Sentencia C-093 de 2001, de 31 de enero de 2001, de la Corte Constitucional de Colombia.

²⁹ Véase, Caso *Obergefell v. Hodges*, *Ibid.*

a la igualdad material, reconocido en el artículo 11.2 de la Constitución, de manera insoportable, al ser víctimas de las injusticias que enseguida se detallan, simplemente “*porque no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo*”³⁰.

67. En primer lugar, sufren **violencia física y psicológica**, que consiste, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), en ejecuciones extrajudiciales, asesinatos, tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes (especialmente a personas privadas de la libertad), violaciones y otros actos de violencia sexual, ataques multitudinarios, discurso de odio e incitación a la violencia³¹. En diciembre del 2014, la CIDH publicó su Registro de Violencia contra las personas LGBT en América, donde constató que

*[...] existen numerosos ejemplos de homicidios particularmente crueles, incluyendo casos de personas lapidadas, decapitadas, quemadas y empaladas. Muchas víctimas son repetidamente apuñaladas o golpeadas hasta la muerte con martillos u objetos contundentes. Otras reciben puñetazos o patadas hasta su muerte, les arrojan ácido o son asfixiadas. Algunas de las víctimas en el Registro fueron reiteradamente atropelladas por carros, mutiladas o incineradas. En muchos casos, las víctimas fueron asesinadas luego de ser sometidas a horribles actos de tortura, tratos inhumanos o degradantes, y múltiples formas de extrema humillación, degradación, y violación*³²

68. Y, en segundo lugar, las personas homosexuales sufren **exclusión socioeconómica**. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha constatado que a las personas homosexuales se les deniega también “[...] los derechos de reunión, expresión e información”³³, así como el “*acceso a derechos básicos como el trabajo, la salud, la educación y la vivienda viven en situaciones de pobreza, privadas de toda oportunidad económica*”³⁴. De hecho, al decir de la CIDH, “*estudios llevados a cabo en el continente americano sugieren que las tasas de pobreza, falta de vivienda, e inseguridad alimenticia son más altas entre personas LGBT*”³⁵. En un estudio realizado en Ecuador en 2003, el 25% de los hombres que mantienen sexo con hombres informaron haber sido excluidos de sus actividades escolares por ser homosexuales y el 26 por ciento informó haber sufrido violencia mientras estudiaba³⁶. Además, “[e]l acceso a servicios de salud provistos a través del empleo constituye un problema para muchos/as trabajadores y trabajadoras LGBT, pues por el temor a la estigmatización, se

³⁰ Naciones Unidas, (4 de mayo de 2015) Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/29/23, párr. 4.

³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (12 de noviembre 2015) *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Interséx en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, *passim*.

³² *Ídem*, párr. 118.

³³ Naciones Unidas, 17 de noviembre de 2011, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/19/41, párr. 82.

³⁴ Naciones Unidas, 4 de mayo de 2015, *Ibid*, párr. 42.

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016), *Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos en las Américas*, párr. 441.

³⁶ UNESCO (2016), *Out in the open: Education sector responses to violence based on sexual orientation and gender identity/expression*. Paris, Unesco, p. 49.

*abstienen de hacer uso de servicios de prevención, tratamiento y asistencia necesarios y fundamentales*³⁷. En efecto:

*La discriminación que afecta a las personas LGBT en las sociedades de la región las inserta en un ciclo de exclusión que tiende a culminar en la pobreza por falta de acceso a servicios, oportunidades y prestaciones sociales que en algunos casos inicia desde la temprana edad*³⁸. Frente a esto la CIDH ha declarado que la discriminación y violencia contra niñas, niños y jóvenes con orientaciones sexuales e identidades de género no normativas empieza en el hogar y en las escuelas, donde la familia, los miembros de la comunidad, profesores/as y directivos/as de las escuelas desaprueban su orientación sexual y/o identidad de género. Las personas LGBT son expulsadas de sus familias y escuelas, y en algunos casos ni siquiera pueden obtener trabajos que pagan el salario mínimo³⁹.

La CIDH ha observado, además: *“Esto les empuja hacia la economía informal o a la actividad criminal [...] participan en trabajo sexual, o en sexo para sobrevivir, que es el intercambio de sexo por dinero, comida, refugio y otros bienes materiales necesarios para la supervivencia”*⁴⁰ y ha señalado que *“existe un fuerte vínculo entre pobreza, exclusión y violencia. Las personas LGBT que viven en pobreza son más vulnerables al perfilamiento y acoso policial, y en consecuencia a tasas más altas de criminalización y encarcelamiento”*⁴¹.

69. Adicionalmente, en un artículo científico publicado este año se concluye que, si se aborda el desarrollo económico desde el enfoque de las capacidades humanas, la exclusión de las personas homosexuales (destrucción de esas capacidades) limita por definición el desarrollo; y si se lo hace a partir del producto interno bruto, se encuentra que hay una asociación positiva y estadísticamente significativa entre el Índice Global de Reconocimiento Legal de la Orientación Homosexual (GIRLO, por sus siglas en inglés) y el nivel del producto interno bruto real⁴². En esta misma línea, los organismos de la Naciones Unidas han sostenido que

El hecho de no respetar los derechos humanos de las personas LGBTI [... fomenta] la exclusión social y económica, la presión sobre las familias y comunidades, y también un

³⁷ Organización Internacional del Trabajo (2015), La discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: Resultados del proyecto PRIDE de la OIT, p. 3.

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016), *Ibid*, párr. 443.

³⁹ *Ibid*, párr. 366.

⁴⁰ *Ibid*, párr. 444.

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 12 de noviembre 2015, *Ibid*, párr. 17.

⁴² Badgetta, M.V, Waaldijk K, y van der MeulenRodgers Y. (2019), “The relationship between LGBT inclusion and economic development: Macro-level evidence”, en *World Development*, Vol. 120, pp. 1-14.

*impacto negativo sobre el crecimiento económico, el trabajo decente y el progreso para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de cara al futuro*⁴³.

Todo lo cual sugiere a esta Corte que si el legislador ecuatoriano institucionalizara el matrimonio entre personas del mismo sexo fomentaría el ideal constitucional del buen vivir, tanto en su vertiente individual como en la colectiva.

70. En relación con la transgresión severa del derecho a la igualdad material por parte de las personas homosexuales, un estudio del Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos ha concluido que “[d]el total de la población LGBTI entrevistada, el 70,9% reportó que vivieron alguna experiencia de discriminación en su entorno familiar de los cuales el 72,1% sufrió algún tipo de experiencia de control, el 74,1% experimentó algún tipo de imposición, el 65,9% sufrió rechazo y el 61,4% violencia”.

71. Incluso si el legislador estableciera una institución idéntica en todos los aspectos al matrimonio pero con una denominación diferente (por ejemplo, “vínculo jurídico monogámico”), los efectos deletéreos en la igualdad material de las personas homosexuales no cesarían, pues, como ha considerado la Suprema Corte de México, eso seguiría siendo

*[...] inherentemente discriminatorio [...] porque constituir[ía] un régimen de “separados pero iguales”. Así como la segregación racial [en Estados Unidos] se fundamentó en la inaceptable idea de la supremacía blanca sobre los afroamericanos, la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio y/o del concubinato, también está basada en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales*⁴⁴.

Conclusión intermedia

72. Como ocurre en los caso judiciales difíciles, en el presente caso, la determinación de si la Constitución simplemente permite al legislador democrático instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo, o si le obliga a hacerlo, requiere poner en la balanza:

72.1. Por un lado, el principio de deferencia al constituyente conjuntamente con el valor de la democracia en sus formas representativa y deliberativa (y, de manera indirecta, el principio de deferencia al legislador común).

72.2. Y, por otro, los derechos a la protección a la familia, al libre desarrollo de la personalidad (y, conexamente con estos, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de conciencia), a la igualdad formal y a la igualdad material.

73. El sacrificio de cualquiera de los dos extremos implica una afectación grave a núcleos centrales del tejido axiológico en que la Constitución consiste. Se trata de dirimir, en el caso concreto, la tensión entre *democracia* y *derechos fundamentales*, propia del Estado constitucional.

⁴³ Organismos de las Naciones Unidas (2015), *Poner fin a la violencia y a la discriminación contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex*, Consultable en https://www.who.int/hiv/pub/msm/Joint_LGBTI_Statement_ES.pdf?ua=1.

⁴⁴ Amparo en revisión 263/2014, Sentencia de 24 de septiembre de 2014.

74. Al respecto, la opinión de la Corte es la siguiente:

74.1. Por un lado, la gravedad de una eventual afectación al extremo de la **democracia** tiene una intensidad baja porque, como se observó en su oportunidad, no es nítido el significado de la intención y del texto del constituyente y, segundo, porque la supuesta exclusión de las personas homosexuales de la institución matrimonial no apuntaría a realizar ningún principio, fin o valor constitucional.

74.2. Mientras que, por otro lado, la gravedad de la violación de **los derechos fundamentales** concernidos en este caso tiene una intensidad alta si se considera, sobre todo, que la violencia física y psicológica, así como la exclusión socioeconómica, que padecen las personas homosexuales más vulnerables afecta su dignidad de una forma intolerable, y que la institucionalización del matrimonio entre esas personas eliminaría al menos una de las causas de su marginación.

75. El subproblema al que nos referimos, sin embargo, quedará definitivamente resuelto en lo que sigue.

Los derechos fundamentales más favorables y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

76. Como se sustentó en su momento, el contenido de la Constitución está vertebrado por un tejido de principios, fines y valores de justicia, entre los cuales están los derechos fundamentales, tejido que trasciende el documento constitucional ecuatoriano. En efecto, ese mismo documento preceptúa en el inciso segundo de su artículo 424 lo siguiente:

[Constitución] Artículo 424.- [...]

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

77. Uno de esos tratados —primordial para el razonamiento que viene desplegando la Corte— es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención”). Con lo cual, lo *convencional* se vuelve *constitucional* debido a la dimensión sustantiva de la Constitución. En virtud de esto, si se aceptase que el texto de la Constitución ecuatoriana no reconoce a las parejas del mismo sexo el derecho a que el legislador instituya a su favor el matrimonio, habría que preguntarse si la Convención reconoce o no aquel derecho.

78. Para ello, obviamente, es preciso interpretar el texto convencional. Lo que, por cierto, es algo que corresponde hacer a esta Corte en los casos sometidos a su conocimiento. Sin embargo, ese ejercicio debe allanarse a la interpretación que de la misma haya hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), no solo porque esta misma ha establecido la obligación de tener en cuenta, como parte del control de convencionalidad, su propia “jurisprudencia”⁴⁵, y sus propios “precedentes o lineamientos”⁴⁶, sino también por estas

⁴⁵ Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

⁴⁶ Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 69.

tres razones que actúan de manera conjunta: (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 solo podría apartarse de ellas si consigue dar razones suficientes para ello; y (iii) porque la Corte IDH es el órgano jurisdiccional competente para establecer la responsabilidad de un Estado Parte por la violación de la Convención, de acuerdo con el artículo 63.1 de esta.

79. Esta Corte Constitucional observa que estas tres razones son aplicables a las interpretaciones que la Corte IDH desarrolla, no solo en el marco de su competencia contenciosa, sino también en el de su competencia consultiva. Y en efecto, la misma Corte IDH ha

*[...] estima[do] 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"*⁴⁷.

Lo que ha sido reiterado por esa Corte en la Opinión Consultiva OC_25/18 de 30 de mayo de 2018, párr. 58, formulada por la República del Ecuador. Y, de hecho, de hecho, es muy frecuente que, al decidir casos contenciosos, la Corte IDH se apoye en los criterios interpretativos vertidos en sus propias opiniones consultivas⁴⁸.

80. Pues bien, el artículo 17.2 de la CADH prescribe:

[CADH) Art. 17.- [...] 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

81. Esta norma ha sido interpretada por la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, sobre *Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación* a parejas del mismo sexo (en adelante, OC-24/17), cuya fuerza vinculante como fuente jurisprudencial ha sido establecida por esta Corte Constitucional en la Sentencia N° 184-18-SEP-CC de 29 de mayo de 2018 (Caso *Satya*).

82. En la OC-24/17, la Corte IDH señaló:

28. Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana, todo lo que se

⁴⁷ Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 31.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 78-80 y 169-170; Caso *Duque Vs. Colombia*, Sentencia de 26 de febrero de 2016, párrs. 91-94; Caso *Flor Freire Vs. Ecuador*, Sentencia de 31 de agosto de 2016, párrs. 109-113; Caso *García Ibarra y otros Vs. Ecuador*, Sentencia de 17 de noviembre de 2015, párrs. 17 y 117.

señala en la presente opinión consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA [...].

[Énfasis añadidos]

83. En lo que atañe al presente caso, la OC-24/17 la Corte consideró:

182. En este sentido, con respecto al artículo 17.2 de la Convención, 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 añadidos]

Y añadió que

224. Asimismo, a consideración del Tribunal, 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 [sic] 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.

[Énfasis añadidos]

84. Por lo anterior, la OC-24/17 responde a la consulta planteada de la siguiente manera:

228. [...] Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos [entre ellas el matrimonio], para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales [...].

[Énfasis en el texto]

85. El artículo 17.2 de la CADH, conforme a esta interpretación, incorpora en la Constitución ecuatoriana el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, entendido como el derecho a que el legislador instituya (es decir, haga posible y regule) para ellas el matrimonio, confiriéndoles —con ello— el poder jurídico de casarse. En concreto, puesto que tal

institucionalidad ya existe para las parejas de sexo diferente, el deber del Estado ecuatoriano consistiría en extenderla a las parejas del mismo sexo.

86. Sin embargo, la respuesta de la OC-24/17 agrega:

228. [...] Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.

[Negritas en el texto, subrayados añadidos]

87. Parecería, entonces, que el reconocimiento hecho por la Corte IDH del derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo se derivan obligaciones para los Estados Partes cuya exigibilidad no es inmediata. Que lo sean parecería depender de que se cumplan dos condiciones:

88. La primera, que una de las aludidas “dificultades institucionales” no sea la necesidad de **modificación constitucional**. Para ello, es preciso que la Constitución ecuatoriana no **prohíba** al legislador instituir el referido tipo de matrimonio. En este supuesto, la “medida” que el Estado debe tomar le correspondería, exclusivamente, al legislador constituyente derivado, el que tendría que haber impulsado ya, “de buena fe”, la correspondiente modificación del texto constitucional. La Constitución ecuatoriana no establece la mencionada prohibición. Por dos razones mutuamente convergentes:

88.1. En primer lugar, porque a esta conclusión ya arribó esta Corte Constitucional al responder al subproblema (1.1), con base exclusivamente en la interpretación de nuestro documento constitucional.

88.2. En segundo lugar, porque el hecho de que el artículo 17.2 de la Convención establezca el derecho al matrimonio de las personas del mismo sexo hace, como ya se dijo, que este derecho pase a formar parte de la Constitución ecuatoriana como un todo (de nuestro bloque de constitucionalidad), por efecto del ya citado inciso segundo del artículo 424 del texto constitucional.

89. Y la **segunda**, que una de las aludidas “dificultades institucionales” no sea la necesidad de **reforma legal**. Esta se requeriría si la Constitución ecuatoriana simplemente le **permitiese** al legislador, tanto instituir el tipo de matrimonio en cuestión, como no hacerlo. Si así fuese, la “medida” exigida al Estado le correspondería, exclusivamente, al legislador común; quien, de “buena fe”, tendría que haber iniciado el respectivo proceso de reforma, cosa que, como se afirmó en el párr. 6 *supra* no ha hecho. A este respecto, la Corte considera lo siguiente:

89.1. La ponderación que, para responder al subproblema (1.2), esta Corte Constitucional efectuó (*supra* párrs. 72 a 74) permitió concluir que las razones a favor de que el legislador Ecuatoriano está simplemente *permitido* de instituir el matrimonio de parejas del mismo sexo parecen ser superadas por las razones en contra.

89.2. Pero, en todo caso, aun si hubiera dudas sobre aquello, es claro que el artículo 17.2 de la Convención consagra el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio, derecho que forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad, en virtud del recientemente citado inciso segundo del artículo 424 de la Constitución.

90. Luego, es indudable que el legislador ecuatoriano no está simplemente *permitido* de instituir el tipo de matrimonio en cuestión. Lo que responde al subproblema jurídico (ii).

C.c. Conclusión final y respuesta al problema jurídico (1)

91. Por lo que se acaba de exponer, esta Corte concluye que nuestra Constitución reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a que el legislador instituya (esto es, haga posible y regule) para ellas el matrimonio, otorgándoles —con dicha institucionalización— el poder jurídico de casarse. Consiguientemente, el legislador está *obligado* a hacerlo.

92. Concluir lo contrario, no solo que sería palmariamente injusto, sino que provocaría la responsabilidad internacional de la República del Ecuador ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues, como lo ha señalado la Corte IDH,

[...] 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.⁴⁹

D. Problema jurídico (2): ¿Qué debe decidir la Corte Constitucional respecto de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada?

93. La reciente conclusión final implica que es **inconstitucional la norma legal cuestionada, aquella según la cual las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio**. Como lo son, por tanto, los fragmentos de los artículos 81 del CC y 52 de la LOGIDC que dan lugar a dicha norma: en ambas disposiciones legales, la expresión “un hombre y una mujer” y, en la primera, el término “procrear”. Así debe responderse a la consulta de norma planteada.

94. El legislador, como se concluyó, tiene la obligación de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo y conferir —con ello— el poder jurídico de casarse; más concretamente, debido a que la institución del matrimonio ya existe para las parejas de diferente sexo, el legislador tiene la obligación de incluir a las parejas del mismo sexo en esa institución. El legislador ha quebrantado dicho deber por cuanto la ley no confiere a estas parejas el señalado poder jurídico.

⁴⁹ Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Véase, también, Caso *Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, párr. 93, Caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 221; Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 164; y Caso *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 197.

Se trata, entonces, de una ley que contraviene la Constitución, por lo que es necesario que la Corte declare la inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada y, por tanto, de los antes referidos fragmentos de las disposiciones jurídicas cuestionadas.

95. Tal declaración deberá tener “*los mismos efectos que una sentencia dictada en el control abstracto de constitucional*”, dado que la respuesta a la consulta de norma planteada se “*promunci[a] sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales*”, tal como lo preceptúa el artículo 143.1 de la LOGJCC.

96. Ya que una declaratoria de invalidez total de los artículos 81 del CC y 52, inciso primero, de la LOGIDC trastocaría el régimen legal de la institución matrimonial, la Corte debe limitarse a manipular sustitutiva y sustractivamente, según corresponda, dichas disposiciones.

97. No obstante la declaratoria de inconstitucional de los indicados preceptos, es deseable que la Asamblea Nacional en un plazo razonable, que se estima en un año contado a partir de la publicación de esta Sentencia en el Registro Oficial, reconfigure integralmente la institución del matrimonio a fin de que esta incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo, con idéntico trato al otorgado a las parejas de diferente sexo. Así debe, finalmente, disponerlo la Corte.

V. DECISIÓN

98. Por tanto, la Corte Constitucional del Ecuador resuelve:

1. Responder a la consulta de norma en el sentido de que son inconstitucionales los fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles siguientes: en ambas disposiciones legales, la expresión “un hombre y una mujer” y, en la primera, el término “procrear”. Lo que deberá observarse en las decisiones judiciales atinentes a la acción de protección N° 17230-2018-11800, presentada por Rubén Darío Salazar Gómez y Carlos Daniel Verdesoto Rodríguez.
2. Declarar, con los mismos efectos que una sentencia dictada en el control abstracto de constitucional, es decir, con efecto erga omnes, la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva, según corresponda, de los antedichos fragmentos de los artículos 81 y 52 a fin de que el tenor de estas disposiciones quede así:

[C.C.] Art. 81.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente.

[LOGIDC] Art. 52.- Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio. El matrimonio es la unión entre dos personas 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.

3. Exhortar a la Asamblea Nacional que revise integralmente la legislación sobre el matrimonio a fin de que esta incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo, con idéntico trato al otorgado a las de diferente sexo.



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 (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Ali Lozada Prado, 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 Aida García Berni
SECRETARIA GENERAL

	CORTE CONSTITUCIONAL ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL
Revisado por	MEDC 
Quito,	05/07/2019
	
f.) EL SECRETARIO GENERAL	

VI. ANEXO

En la presente causa se presentaron 25 *amici curiae*, 17 por personas naturales y 8 por entidades públicas o privadas. De estos, 23 expusieron sus argumentos solo de manera oral, 1 de forma oral y escrita y 1 solo de manera escrita, vía correo electrónico remitido el 7 de junio de 2019 a la actuario del despacho. Las exposiciones orales se presentaron en la audiencia pública llevada a cabo el 20 de mayo de 2019 en las instalaciones de la Corte Constitucional. A continuación, se detalla la información de los referidos *amici curiae*:

AMICI CURIAE					
Nº	Interviniente	Entidad representada	Oral	Escrito	Fecha
1	Carlos Fernando Saritama Eras	N/A	x		20 de mayo de 2019
2	Alba Guevara	Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Internacional del Ecuador	x		20 de mayo de 2019
3	María Dolores Miño	Observatorio de Derechos y Justicia	x		20 de mayo de 2019
4	Carlos-Arsenio Larco V	N/A	x		20 de mayo de 2019
5	Patricio Vicente Benalcázar Alarcón	N/A	x		20 de mayo de 2019
6	Christian Alexander Paula Aguirre	N/A	x		20 de mayo de 2019
7	Alejandro Camacho Albarracín	Fundación En Común	x		20 de mayo de 2019
8	Juan Sebastián Yépez Valle	Fundación En Común	x		20 de mayo de 2019
9	Kathy Muñoz	Fundación En Común	x		20 de mayo de 2019
10	Javier Arcentales	N/A	x		20 de mayo de 2019
11	Sylvia Bonilla Bolaños	N/A	x		20 de mayo de 2019

12	Diego Andrés Corral Coronel	N/A	x		20 de mayo de 2019
13	Jaime Alfonso Dousdebés Costa	N/A	x		20 de mayo de 2019
14	Milton David Salazar Páramo	N/A	x		20 de mayo de 2019
15	Pamela Troya y Gabriela Correa	N/A	x		20 de mayo de 2019
16	Ángel Almeida	N/A	x		20 de mayo de 2019
17	Harold Burbano	Defensoría del Pueblo	x		20 de mayo de 2019
18	José Ernesto Tapia	N/A	x		20 de mayo de 2019
19	Adriana Pamela Tapia	N/A	x		20 de mayo de 2019
20	Esthela Vásquez	N/A	x		20 de mayo de 2019
21	Silvana Sánchez Pinto	N/A	x	X	20 de mayo de 2019
22	Humberto Farinango	N/A	x		20 de mayo de 2019
23	Esteban Herrera González	N/A	x		20 de mayo de 2019
24	Erika Escorza y Karen Poveda	Universidad SEK	x		20 de mayo de 2019
25	Marcela Sánchez, Juan Felipe Rivera, Gustavo Adolfo Pérez, María Camila Arias, Mauricio Albarracín, Nina Chaparro, María Ximena Dávila y Gabriela Eslava	Colombia Diversa y Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad – Dejusticia		x	7 de junio de 2019

Voto Salvado
Caso No. 10-18-CN

Caso No. 10-18-CN

Voto Salvado del Juez Hernán Salgado Pesantes

Jueces adherentes: Carmen Corral Ponce

Enrique Herrería Bonnet

Tersa Nuques Martínez

1. Para mantener coherencia con los argumentos que expresé en el voto salvado en el caso No. 11-18-CN, en la presente consulta de norma me aparto del voto de mayoría, cuya ponencia le pertenece al Juez Alí Lozada Prado. 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 voto de mayoría en el caso 11-18-CN y en éste, 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. Se debe precisar que si cualquier disposición constitucional de la parte dogmática u orgánica, especialmente en la primera, puede ser modificada bajo la argumentación que existe una duda, sin importar la claridad del texto, entraríamos en ese proceso de mutación arbitraria.
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.

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).

5. Por otro lado, la 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...”*²
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.
9. Así por ejemplo, el artículo 68 establece que la unión de hecho opera respecto de *“dos personas”*; es decir, en este enunciado no se efectuó ninguna distinción como sí ocurre en el matrimonio, lo cual ratifica que el artículo 67, al hablar de **la unión entre hombre y mujer**, no admite otra interpretación que pueda alterar su sentido, tomando a la Constitución en su integralidad; adicionalmente, en su inciso final, se determina que *“La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”* Dicho de otra manera, el constituyente precisó con claridad los elementos que configuran específicamente el matrimonio y lo diferenció de otras figuras.
10. La forzada interpretación que promueve el texto del Juez ponente, no se ajusta al artículo 427 de la Constitución. Inicialmente, desconoce la literalidad del

² 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.

artículo 67 de la Ley Fundamental al otorgarle un sentido que no tiene, que lo modifica por completo. Y, además, 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 sobre la unión de hecho y a la adopción, también el 69 que se refiere a los padres y madres (paternidad y maternidad). E incluso anula los mecanismos de reforma constitucional.

11. Dentro de su argumentación, el ponente considera que los métodos “...literalista e intencionalista no son aptos para dilucidar, sin más, cuestiones constitucionales como las que este caso plantea...”; por lo que, advierte: “...la interpretación cabal ha de consistir, más bien, en identificar y, **luego, ponderar los principios, fines o valores constitucionales que operan a favor y en contra de las hipótesis en juego...**” (Énfasis agregado).
12. Al respecto, estimo que este argumento no es apropiado dentro de este examen de constitucionalidad. En primer lugar, por cuanto el texto del artículo 67 inciso segundo de la Ley Fundamental es sumamente claro, por lo que, aplicar un método de interpretación de esta naturaleza respecto de una norma cuyo alcance no produce ningún tipo de duda, significa desconocer el artículo 427 de la Constitución.
13. En segundo lugar, la ponderación supone un conflicto entre dos principios constitucionales y en este caso no se desprende una contradicción entre preceptos de esa naturaleza jurídica. El artículo 67 inciso segundo es una regla clara que posee un alto grado de concreción, por lo que no es susceptible de un ejercicio de ponderación.
14. Finalmente, para justificar la utilización de este mecanismo, el proponente afirma que el principio detrás de esta norma es “*el principio de deferencia (sic) al constituyente*”, razón inaceptable, pues no media ningún argumento jurídico válido para afirmar aquello. Por el contrario, bajo este supuesto, toda norma constitucional tendría como principio subyacente tal “*principio*” y, pese a ser clara y específica, la norma sería susceptible de ponderación, contrariando los métodos idóneos para la interpretación constitucional, que establece el artículo 427 de la Constitución de la República.
15. En definitiva, 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).

16. Un punto que llama la atención, es que el voto de mayoría llegó a una **conclusión diversa** a la que se arribó en la causa 11-18-CN. En el presente caso, se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles; motivo por el cual, se exhortó a la Asamblea Nacional a que *“...revise integralmente la legislación sobre el matrimonio a fin de que esta incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo, con idéntico trato al otorgado a las de diferente sexo.”*
17. Sin embargo, en el caso 11-18-CN, cuya decisión fue aprobada previamente, el voto de mayoría concluyó que la *“interpretación”* del artículo 67 inciso segundo de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *“interpretada”* a la luz de la Opinión Consultiva OC 24-17, reconoce el matrimonio entre hombre y mujer **pero también el de parejas del mismo sexo**. Bajo este argumento, se estableció que **no era necesaria la reforma legal** de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles³.
18. Es decir, según la decisión de mayoría adoptada el caso 10-18-CN, corresponde que la Asamblea Nacional incluya en la legislación sobre el matrimonio, a las parejas del mismo sexo como cónyuges. Pero en el caso 11-18-CN, los Jueces de mayoría señalaron que la supuesta *“interpretación”* de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es suficiente para permitir que las parejas del mismo sexo accedan al matrimonio.
19. En la práctica, ambas decisiones no son armónicas en su integralidad y podrían generar dudas que dificulten su aplicación, pues no queda claro si las parejas del mismo sexo tendrán que esperar a la nueva configuración legislativa del matrimonio o si ésta figura ya los reconoce.
20. Por último, debo recordar que la **consulta de norma** permite verificar la compatibilidad de las normas infra constitucionales con la Constitución o con

³ Como se aprecia del auto expedido el 6 de marzo de 2019 por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, el objeto de la consulta de norma No. 11-18-CN era el siguiente:

“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)

No obstante, el voto de mayoría en aquella causa, omitió pronunciarse al respecto, lo cual fue puntualizado en el voto salvado consignado en el caso 11-18-CN (párrafo 29). Por el contrario, en dicho fallo, en el numeral 3 de la decisión, se resolvió el fondo de la acción de protección, aspecto que no es compatible con una consulta de norma.

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

21. 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.”

22. En tal virtud, en el sistema ecuatoriano, la consulta de norma es un mecanismo de control constitucional cuyo propósito es garantizar y precautelar la **supremacía de la Constitución**.

23. Esta figura 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.

24. 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...*”.

25. 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.

26. 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.

27. 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.

28. 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.

II. Objeto de la consulta de norma No. 10-18-CN

29. El objeto de la presente consulta de norma 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.

30. Se debe insistir que 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.

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.

31. 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, 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.

III. Normas jurídicas objeto de la consulta de norma

32. 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)

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

33. 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

34. 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)

35. 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.

36. 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.

37. 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.”

38. 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

39. 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.
40. 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.
41. 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.
42. 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.
43. 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 interpretación, acudir a otros mecanismos diversos y adecuados según el tipo de norma.
44. 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.
45. 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

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

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

46. 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.
47. 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.
48. 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

49. 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.”*
50. 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.
51. 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.

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

52. 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.

53. 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.

54. 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 de ponderación en este caso

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

*“La ponderación viene a resolver un conflicto **entre principios** o normas del mismo valor o nivel jerárquico, pero lógicamente lo hace con motivo del enjuiciamiento de un caso concreto.” (Énfasis añadido)⁷*

56. El artículo 3 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por su parte, define a este mecanismo de interpretación constitucional en los siguientes términos:

*“Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los **principios y normas**, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no*

⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, octava edición, 2014, pág. 147.

satisfacción o de la afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.” (Énfasis añadido)

57. De la doctrina y la normativa legal, se desprende que la ponderación es un mecanismo de interpretación constitucional que aplica para resolver una controversia concreta entre principios o derechos. Las circunstancias particulares de cada conflicto serán los factores determinantes para otorgar un peso específico a cada principio y, así, establecer un orden de preferencia para cada caso.
58. En este contexto, la ponderación cabe en razón de la estructura normativa que caracteriza a los principios, pues por tener un alto grado de indeterminación, los intérpretes de estas normas poseen un elevado margen para establecer su contenido y alcance dentro de un caso concreto.
59. En tanto que, en oposición de este tipo de preceptos, se encuentran las reglas, que constituyen normas jurídicas específicas y altamente determinadas, cuya estructura normativa impide aplicar mecanismos como la ponderación, ya que su sentido y alcance es claro y no admite, como sí ocurre con los principios, relativizar su contenido dependiendo de las circunstancias en las que es aplicado.
60. El artículo 67 de la Constitución, en su segundo inciso, es un precepto que bajo ningún punto de vista puede ser considerado un principio, pues se trata de una norma que conceptualiza una figura como el matrimonio, estableciendo inequívocamente los elementos que componen este instituto. Es decir, la estructura del artículo en mención carece de indeterminación normativa y, por lo tanto, su contenido está condicionado por la presencia necesaria de tres elementos estrictamente identificados: **i.** Unión entre hombre y mujer; **ii.** Libre consentimiento de las personas contrayentes; y, **iii.** La igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.
61. Bajo estas consideraciones, el método de ponderación no cabe frente a la controversia que deviene de la presente consulta de norma, pues el matrimonio, tal y como está previsto en la Norma Fundamental, no admite otra lectura ni se trata de un principio.
62. El ponente sostiene que el principio al que denomina como “*deferencia al constituyente*” es el “*fundamento axiológico*” de los argumentos “*literalistas e intencionalistas*” respecto del artículo 67 inciso segundo de la Constitución de la República. Partiendo de aquella premisa, en su ponencia aplicó el método de

ponderación, a partir de un supuesto conflicto en el que estaría involucrado el llamado “*principio de deferencia al constituyente*”.

63. Acudir a este “*principio*” para justificar un supuesto conflicto susceptible de ser ponderado, supone forzar la aplicación de este método de interpretación, puesto que, de acuerdo con esta perspectiva, todas las normas constitucionales diversas a los principios, podrían ser sometidas a una ponderación bajo la hipótesis que todas están sustentadas en la “*deferencia al constituyente*” por su origen democrático.
64. Este aspecto involucra una clara inobservancia del artículo 427 de la Constitución de la República, ya que no se aplican los métodos apropiados para interpretar el artículo 67 inciso segundo de la Constitución, desnaturalizando la ponderación, cuyo objeto es diverso al conflicto que se ha pretendido forzar.
65. En función de aquello, las normas objeto de la presente consulta no contravienen el texto constitucional invocado, 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 con suma claridad 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 24/17 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).
68. El artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁸, otorga a la Corte IDH la potestad consultiva.

⁸ “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.”

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...”⁹
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...”¹⁰. 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.
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...”¹¹.
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.”¹² 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.”¹³

⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, Art. 1.

¹⁰ BARBERIS, Julio A. El Concepto de Tratado Internacional, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16461.pdf>, p. 14

¹¹ DECAUX, Emmanuel & de FRAUVILLE, Olivier. *Droit International Public*. Paris: Dalloz, 2008, p. 40 (traducción del Juez ponente).

¹² *Ibid.* p. 60.

¹³ QUOC, D., N., DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain. *Droit International Public*. Paris, LGDJ, 1992, p. 118 (traducción del Juez ponente).

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...”¹⁴, o también como medios de “...contexto, guía y apoyo, pero no como fuente principal.”¹⁵
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.

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 restrictivo¹⁶.” (Énfasis añadido).

¹⁴ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38, numeral 1, letra d.

¹⁵ BENAVIDES-CASALS, María Angélica. *El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, International Law, Revista Colombiana.

¹⁶ 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

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.”¹⁷ (Énfasis añadido).

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.¹⁸

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”*¹⁹. 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”*²⁰. (Énfasis añadidos).

derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OC-22/16 (26-02-2016), párr. 26.

¹⁷ Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Protección, OC25/18 (30-05-2018), párr. 30.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

83. En el mismo orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte ha reiterado²¹ 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**”²². (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.

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.**”²³
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.**”²⁴ (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

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

²² 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.

²³ Corte IDH. Informe de la CIDH, OC-15/97 (14-11-1997), párr. 26.

²⁴ CADH, Art. 68 numeral 1.

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”²⁵.

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 apunala en la autoridad científica y moral de la Corte, y tienen efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional y en particular para el Estado que lo solicitó...”²⁶

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...”²⁷

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.”²⁸*

²⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad*, Pensamiento Constitucional, No. 20, 2015, pág. 281.

²⁶ 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.

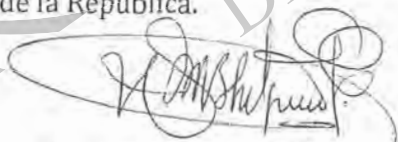
²⁷ VENTURA ROBLES, Manuel. *La Naturaleza de la Función Consultiva de la Corte Interamericana*, pág. 150.

²⁸ 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.

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 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.



Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

RAZÓN: Siento por tal que el voto salvado que antecede, fue emitido el 13 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 Nuñez Martínez.



Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

CORTE CONSTITUCIONAL	
ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL	
Revisado por	MEDC 1) SE
Quito,	05/07/2019
1.) EL SECRETARIO GENERAL	

Caso Nro. 0010-18-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



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

VOTO CONCURRENTENTE

Caso 10-18-CN (matrimonio entre personas del mismo sexo)

1. Las decisiones complejas, como las que la Corte Constitucional ha tomado en los casos relacionados al matrimonio de personas del mismo sexo, requieren procesos deliberativos que implican llegar a acuerdos mínimos. Estos acuerdos significan que no todo lo que un juez propone necesariamente se comparte. Se debe ceder y esto es parte de los procesos en los que se toman decisiones colegiadas. También implican que se puede compartir la decisión pero no necesariamente los argumentos que la fundamentan. En este voto concurrente explico, en primer lugar, la importancia del reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario; y, en segundo lugar, la necesidad de establecer, por considerar que tiene sustento constitucional y fortalece un control democrático más efectivo de constitucionalidad y convencionalidad, un sistema de control mixto de constitucionalidad.

I. La importancia del reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario

2. Estoy convencido que el reconocimiento del matrimonio igualitario es un paso enorme en la construcción de una sociedad inclusiva, tan importante como la abolición de la esclavitud, el reconocimiento de la ciudadanía y los derechos de las mujeres, de las personas y pueblos indígenas y afrodescendientes. Es un paso importante pero aún insuficiente. Se reconoce a un grupo humano, históricamente discriminado, un derecho que tiene un efecto simbólico enorme en nuestra cultura.

3. La apuesta por el reconocimiento del matrimonio igualitario va en doble sentido. Por un lado, la falta de acceso al ejercicio de un derecho como el matrimonio refuerza el estigma negativo para personas con diversa orientación sexo-afectiva, y reafirma el rechazo social e institucional, que produce sufrimientos personales que se transmiten a sus círculos sociales. Esto se refuerza y se aviva, como se ha visto en redes sociales al momento que se sustanciaba estas causas, cuando los movimientos sociales reivindican sus derechos. Por otro lado, en lugares donde se ha reconocido el derecho al matrimonio igualitario, personas que han logrado contraer matrimonio, como uno de sus planes importantes de vida, han manifestado sentir menos homofobia, mejoraron su salud y han logrado sentir que su vida es más significativa. Existe, pues, un beneficio social al reconocer el matrimonio igualitario porque modifica percepciones sobre las personas diversas, disminuye la homofobia y, en consecuencia, es un paso en contra de la discriminación.¹

4. Más allá de las teorías sobre la interpretación, de las discrepancias conceptuales, de las creencias y convicciones personales, lo que está en juego en estas sentencias es el

¹ Véase Herek, G. M. (2011). Anti-Equality Marriage Amendments and Sexual Stigma. *Journal of Social Issues*, 67: 413-426. doi:10.1111/j.1540-4560.2011.01705.x; Riggle, Ellen D. B., Sharon S. Rostosky, and Sharon G. Horne. 2010. "Psychological Distress, Well-Being, and Legal Recognition in Same-Sex Couple Relationships." *Journal of Family Psychology* 24 (1): 82–86. doi:10.1037/a0017942; Fingerhut, Adam W., and Natalya C. Maisel. "Relationship Formalization and Individual and Relationship Well-Being among Same-Sex Couples." *Journal of Social and Personal Relationships* 27, no. 7 (November 2010): 956–69. doi:10.1177/0265407510376253; Riggle, E. D., B., Wickham, R. E., Rostosky, S. S., Rothblum, E. D., & Balsam, K. F. (2017). Impact of civil marriage recognition for long-term same-sex couples. *Sexuality Research & Social Policy*, 14(2), 223-232.

reconocimiento de un derecho que es considerado muy importante para constituir una familia, y si ese derecho puede ser ejercido por un grupo de personas y otros, por una orientación sexual distinta, no O sea, si el matrimonio es un privilegio de las parejas heterosexuales o es un derecho universal. Además, reconociendo un derecho a un grupo humano no se le disminuye, restringe y peor anula el derecho de quienes siempre lo han ejercido. La inclusión significa que más personas sean titulares de derechos y los ejerzan. La exclusión implica aferrarse a que solo unas personas ejerzan derechos y otros no. Defender sistemas de exclusión de derechos no contribuye a la construcción de democracias robustas ni de un Estado constitucional de derechos y justicia.

5. Las sentencias de mayoría atienden una realidad: hay personas, un 67% entre personas de 20 y 34 años que tienen orientación sexo genérica diversa a la mayoritaria, que sufren discriminación y que no tienen acceso al derecho al matrimonio. Las sentencias no son un capricho de una mayoría, ni tampoco una cuestión de “activismo”, ni de optar por una interpretación que tenga resultados injustos, es simplemente atender a una Constitución que tiene vocación por la igualdad, la equidad y la no discriminación.

6. La Corte Constitucional al reconocer el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo contribuye a la lucha contra la discriminación y ha prevenido la responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos que se derivan de la Convención Americana de Derechos Humanos.

7. El derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo existe aún si la Corte Constitucional no lo hubiera reconocido formalmente mediante sentencia. El derecho al matrimonio existe por la interpretación de la Corte IDH que ha hecho, mediante la OC 24/17, que es una interpretación autorizada, y porque, además, se deriva de la dignidad de las personas que anhelan contraer matrimonio.

II. El control de convencionalidad y el control mixto de constitucionalidad

8. A mí me parecía que en este caso, que ofrecía una oportunidad única para analizar el control de convencionalidad, como pocos otros, se podía también analizar el control de constitucionalidad. La Constitución, como se intentará demostrar, tiene un control difuso y un control concentrado en el mismo texto, que acaba siendo un sistema mixto sin un adecuado sistema de control de constitucionalidad. La Asamblea Nacional intentó conciliar esta tensión y la Corte Constitucional se decantó por el control concentrado, que, según mi criterio, es el menos democrático y el más afín a un modelo autoritario de ejercicio del poder.

9. 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 que, en casos donde se entiende hay antinomia, 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).

10. 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, sino siguen teniendo validez y vigencia y, junto con las leyes, deben ser aplicables cuando fuere necesario. 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.

11. 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.

12. Si los jueces y juezas deben aplicar directa e inmediatamente la Constitución e instrumentos internacionales, entonces se podría decir que en Ecuador existe el control difuso de constitucionalidad. Sin embargo, el artículo 428 de la Constitución, establece la prerrogativa del juez (“Cuando una jueza o juez... considere...”) de consultar la constitucionalidad de una norma y de suspender la tramitación de una causa:

Quando 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.

En esta norma, por la consulta a la Corte Constitucional, parecería que Ecuador adoptó también el control concentrado.

13. Para zanjar esta posible tensión entre normas constitucionales, la Asamblea Nacional en dos cuerpos normativos estableció dos reglas importantes. En el Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 4, y, con idéntico texto, en la LOGJCC, en el artículo 142:

...cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de 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 (énfasis añadido).

14. En el Código Orgánico de la Función Judicial y en la LOGJCC, según las normas transcritas, se concilia la aplicación directa de la Constitución (artículos 11.3 y 426) con la consulta de norma (artículo 428). El juzgador deberá aplicar la norma constitucional en casos concretos de conformidad con las siguientes reglas:

- a. El juzgador resolverá, en los casos concretos, vacíos normativos o contradicción de normas con la Constitución.

- b. Cuando el juzgador tenga certeza sobre la constitucionalidad de una norma jurídica, aplicará la norma conforme a la Constitución.
- c. Cuando el juzgador tenga una duda sobre la constitucionalidad de una norma, el juzgador resolverá la causa siempre que pueda realizar una interpretación de la norma conforme a la Constitución.
- d. Cuando el juzgador tenga una duda razonable y motivada sobre la inconstitucionalidad de una norma, deberá consultar a la Corte Constitucional.
- e. Cuando el juzgador tenga certeza sobre la inconstitucionalidad de una norma, más allá de toda duda razonable, deberá inaplicar directamente la norma y aplicar la Constitución.

En estos casos, para que la norma sea expulsada del sistema jurídico, vía acción de inconstitucionalidad, el juzgador deberá remitir el caso a la Corte Constitucional.

15. A pesar de lo dicho, esta Corte Constitucional en un caso de consulta de norma en un hábeas corpus, resuelto en el año 2013, consideró:

*En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde sólo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea ésta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad...*² (énfasis añadido).

16. En otro caso del mismo año, la Corte precisó:

*...las juezas y jueces aplicarán las normas constitucionales de modo directo y sin necesidad de que se encuentren desarrolladas. Sin embargo, en caso de que el juez en el conocimiento de un caso concreto considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución, debe suspender la causa y remitir la consulta a la Corte Constitucional*³ (énfasis añadido).

17. De esta afirmación se desprende que los operadores de justicia solo aplican directamente la Constitución en caso de vacío o ambigüedad de normas y que en casos de contradicción o antinomias, tienen el deber de suspender el proceso y consultar.

18. Más categórica aún, la Corte, prescindiendo del requisito legal de duda razonable y motivada, que la relegó como un requisito de motivación de la consulta de norma, estableció una obligación de consulta obligatoria y consagró la interpretación que reconoce la Constitución exclusivamente el control concentrado:

...la Corte Constitucional para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad. Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de

² Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N. 005-13-SCN-CC*, 28 de febrero de 2013, página 4.

³ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N. 001-13-SCN-CC*, 6 de febrero de 2013, página 4.

una disposición normativa, un juez podría inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte⁴ (énfasis añadido).

19. La Corte Constitucional, en un caso en que el juzgador inaplicó una norma legal que consideró inconstitucional, estableció que:

La consecuencia directa de la aplicación del criterio interpretativo de la Corte Constitucional a un caso como el que se presenta en la especie es que el juez o jueza que encuentre una norma que considere podría vulnerar un precepto constitucional, no tiene facultad para inaplicarla... la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales"; en otras palabras, la posibilidad de verificar en un caso específico la compatibilidad de una norma legal con la Constitución. En un sistema de control concentrado de constitucionalidad como el ecuatoriano, dicho pronunciamiento únicamente puede corresponder a la Corte Constitucional, órgano que ostenta la potestad privativa para, a través de los procesos de control constitucional y por medio de sus sentencias, destruir la presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas del ordenamiento jurídico⁵ (resaltado añadido).

20. Finalmente, la Corte Constitucional consideró que aplicar directamente la Constitución no es una competencia del juzgador y que constituye una violación constitucional:

La omisión de la obligación de suspender la causa y remitirla a la Corte Constitucional constante en el artículo 428 de la Constitución, reafirmada por el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como los pronunciamientos de la Corte emitidos en casos análogos, por medio de la inaplicación del precepto, no solo constituye una mera inobservancia sin consecuencias jurídicas, sino una actuación contraria a la misma Constitución y configura un incumplimiento a criterios emitidos por la Corte Constitucional⁶ (énfasis añadido).

21. Como se puede apreciar, esta Corte Constitucional ha ido restringiendo las posibilidades de interpretación constitucional por parte de jueces y juezas.⁷ En primer lugar, al establecer la aplicación directa de la Constitución solo a casos de vacíos o ambigüedad normativa y no a casos de antinomias entre ley y Constitución o instrumentos internacionales. En segundo lugar, al eliminar el requisito de la duda razonable para que proceda la consulta y pasarla a un requisito de la petición de consulta de norma. En tercer lugar, al establecer categóricamente el control concentrado y prohibir a los jueces aplicar las normas inconstitucionales. Finalmente, al considerar que la aplicación de la Constitución e instrumentos internacionales sin pronunciamiento o respaldo de la Corte Constitucional es una violación constitucional. En pocas palabras, esta Corte Constitucional proscribió el control de constitucionalidad y convencionalidad a los jueces y juezas.

22. 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 instrumentos internacionales es una garantía normativa que debe tener impacto jurisdiccional,

⁴ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N. 001-13-SCN-CC*, 6 de febrero de 2013, página 5.

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 034-13-SCN-CC*, 30 de mayo de 2013, página 11.

⁶ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 034-13-SCN-CC*, 30 de mayo de 2013, página 12.

⁷ Se puede apreciar, de igual modo, la reiteración de esos criterios en las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencias N. 055-10-SEP-CC, 126-14-SEP-CC, 013-17-SEP-CC, 030-17-SEP-CC, 118-17-SEP-CC*.

de lo contrario no tendría efecto práctico. En este sentido, el control difuso existe en Ecuador y 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.

23. En segundo lugar, si se les priva a los jueces y juezas de aplicar la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos más favorables en sus casos concretos, ya por vacíos o ya por antinomias, 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.

24. En tercer lugar, un sistema jurídico que impida a los jueces y juezas aplicar las normas que se consideran inconstitucionales, se les estaría forzando a fallar contra su convicción y afectaría, de alguna manera, a su independencia judicial.

25. Finalmente, el obligar a un juzgador a consultar, aún si tiene certeza sobre la inconstitucionalidad de una norma o sobre la necesidad de aplicar directamente la Constitución, por los tiempos que podría durar una consulta de norma ante la Corte Constitucional (se han conocido y resuelto causas en el año 2019 que fueron consultadas en el año 2009), se podría dilatar innecesariamente la justicia constitucional y afectar el debido proceso en las causas suspendidas por la consulta.

26. 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.

27. El control concentrado de constitucionalidad responde a modelos de concentración de poder y de elitismo judicial. Esta Corte, en la práctica, anuló la capacidad de los jueces de aplicar directamente la Constitución y el resto de normas jurídicas que se desprenden de los instrumentos internacionales de derechos. Afirmando, como lo ha hecho esta Corte, que solo un órgano tiene la capacidad de interpretar la Constitución, es restar el poder de los jueces y juezas para aplicar la Constitución.

28. El control concentrado se parece a la época en la que solo las autoridades eclesiásticas podían leer e interpretar la Biblia e inhibía a que todos los creyentes puedan leer e interpretar los preceptos bíblicos. En sistemas democráticos, mientras más personas y autoridades se apropien de la Constitución, la supremacía de la Constitución y la constitucionalización del derecho se garantizará de mejor modo.

29. La constitucionalización del derecho no solo implica que la Función Legislativa adecue la Constitución a las leyes, también implica, en la aplicación de las normas en la cotidianidad, resolver los casos conforme a las normas constitucionales y a los instrumentos internacionales más favorables a los derechos.

30. Los jueces y juezas y el resto de operadores tienen la capacidad de aplicar la Constitución directa e inmediatamente en casos de i) vacíos normativos o lagunas y también de ii) antinomias.

31. Cuando el sistema jurídico interno e infraconstitucional no haya desarrollado el contenido de los derechos, según lo previsto en el artículo 84 de la Constitución, y estemos ante una laguna o vacío, toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias, en particular los jueces y juezas, deberán aplicar directamente los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

32. Cuando la Constitución no contemple derechos que se encuentran en los instrumentos internacionales de derechos humanos, toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias, deberá aplicar directamente los derechos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

33. La autoridad competente que hubiere aplicado directamente los derechos reconocidos en la Constitución o los instrumentos internacionales, deberá comunicar formalmente a la autoridad competente para que reconozca el derecho aplicado y pueda ser conocido por otras autoridades públicas y por los titulares de derechos.

34. Cuando hay contradicción entre normas infraconstitucionales con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, esto es **antinomias**, es necesario precisar algunos conceptos, particularmente cuando las normas reconocen derechos y éstas suelen tener el enunciado de principios y no de reglas, y cuando se trata de inobservar leyes que están vigentes.

35. Los principios son normas jurídicas que no prevén en su estructura una hipótesis ni una obligación precisa. Tales como “se reconoce el derecho a la integridad personal... a la igualdad formal... a la intimidad personal y familiar”. Las reglas, en cambio, tienen hipótesis y obligaciones determinadas por quien tiene competencia normativa. Realizar el control difuso por antinomias puede resultar, en estas circunstancias, algo complejo.

36. Por tanto, conviene establecer algunos parámetros: (i) los principios pueden existir independientemente de las reglas; (ii) las reglas son la concreción de principios y no pueden contradecirlos; (iii) las reglas no pueden prever todas las situaciones fácticas posibles en la realidad; cuando se produzca un vacío, éste se colma con la aplicación de un principio; (iv) cuando hay una contradicción entre un principio y una regla, hay que buscar el principio que fundamenta la regla y buscar el peso específico de los derechos y procurar que, en la interpretación, ambas normas sigan teniendo validez; (v) cuando la regla cede ante un principio, se deberá argumentar que hay un sacrificio de los principios que establecen derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, lo que justifica la actuación del poder público y también la inaplicación de una regla;⁸ y, (vi) cuando la regla es abierta y evidentemente inconstitucional, el juez o jueza deberá declarar inaplicable la norma constitucional.

37. En los casos de antinomias, en particular cuando exista una norma legal que se considera inconstitucional, la carga de argumentación del operador de justicia tiene que ser mayor. Cuando el operador de justicia encuentre una norma que con certeza considera inconstitucional o contraria a los instrumentos de derechos humanos, entonces deberá aplicar directamente las

⁸ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-214/16*, Abril de 2018. Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos.

normas que contienen derechos más favorables y, para que tenga efectos generales, deberá comunicar a la Corte Constitucional.

38. Los jueces y juezas y demás operadores jurídicos, al inaplicar normas inconstitucionales o aplicar directamente la Constitución y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, generan efectos para el caso concreto. La capacidad de expulsar una norma inconstitucional del sistema jurídico con efectos generales corresponde exclusivamente a la Corte Constitucional, y esa competencia se la puede ejercer con la realización del control abstracto de constitucionalidad.

39. Cualquier juez o jueza, en las causas que conozca, deberá realizar control de constitucionalidad y convencionalidad y, cuando tenga certeza, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los instrumentos internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez o jueza presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, que será tramitada como una acción de inconstitucionalidad, para que la Corte Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio y así garantizar la seguridad jurídica y la integridad de la Constitución.⁹

40. 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 prevarica si inaplica una norma legal.

41. Con lo dicho se pueden aclarar los equívocos enunciados. El juez y la jueza sí tiene competencias para realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad, como cualquier otra autoridad pública en el ámbito de sus competencias.

42. 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.

43. Se ha argumentado que el control difuso puede generar incertidumbre y en consecuencia afectar la seguridad jurídica, puesto que unos jueces o juezas aplicarían la Constitución directa e inmediatamente y otros no. Para evitar este posible problema, se sostiene, conviene mantener el control concentrado. Esta Corte considera que existe un riesgo mayor para el sistema jurídico el quitar la competencia de los jueces y juezas de aplicar directa e inmediatamente la Constitución y tener, en todo caso, que suspender las causas que conocen, porque eso implicaría que hay una prevalencia de las normas secundarias inconstitucionales por sobre la Constitución. Mayor inseguridad jurídica existe cuando se mantienen normas inconstitucionales que cuando se aplica, mediante control difuso de constitucionalidad, directamente la Constitución. El control difuso garantiza de forma inmediata la supremacía constitucional y refuerza la noción de que la Constitución es norma jurídica siempre aplicable.

⁹ Constitución del Ecuador de 1998, artículo 274, que es una regla clara que resuelve el problema de la inseguridad jurídica si hay jueces o juezas que inaplican unas normas por inconstitucionales y otros no.

44. El problema que existe en el sistema jurídico es que no existe un régimen institucional para viabilizar el control difuso de constitucionalidad. La Corte Constitucional puede crear jurisprudencialmente ese mecanismo para asegurar el funcionamiento del control y la coherencia del sistema jurídico. El mecanismo que falta, cuando el juez aplica directamente la Constitución en casos de normas inconstitucionales, es la obligatoriedad de comunicar a la Corte Constitucional para que expulse la norma del sistema jurídico, o confirme su constitucionalidad, con efectos generalmente obligatorio. Los jueces y juezas resuelven en el caso concreto e inaplican la norma inconstitucional. La Corte Constitucional resuelve con efectos *erga omnes* y declara la inconstitucionalidad de la norma. Para que esto suceda, el juzgador que inaplica una norma que considera inconstitucional, deberá, cumpliendo los requisitos y mediante una acción de inconstitucionalidad, plantear una demanda ante la Corte Constitucional.

45. En suma, esta Corte Constitucional para cumplir con la Constitución deberá alejarse de los precedentes que establecieron exclusivamente el control concentrado de constitucionalidad y reafirmar el mandato constitucional de aplicar directa e inmediatamente la Constitución ante vacíos o contradicciones normativas, sin perjuicio de elevar a consulta la norma a la Corte Constitucional para expulsar del sistema jurídico la norma inconstitucional.

46. Si se hubiese considerado la necesidad de establecer el control mixto de constitucionalidad, y como complemento al control de convencionalidad, la decisión debería, además de lo aprobado por la mayoría, haber ordenado:

Toda autoridad pública de Ecuador tiene, en el ámbito de sus competencias, la obligación de reconocer y aplicar el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio entre sí, establecido en la Constitución y en los instrumentos internacionales derechos humanos, sin que se requiera reforma constitucional al artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, ni reformas previas a los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y 81 del Código Civil.

a. *La Asamblea Nacional, en un plazo razonable y de conformidad con los procedimientos establecidos en la Constitución, tiene la obligación de adecuar las normas legales pertinentes, para incluir el matrimonio entre personas del mismo sexo sin discriminación alguna en todo el sistema normativo ecuatoriano.*

b. *La Función Ejecutiva tiene la obligación de formular, ejecutar, evaluar y controlar las políticas públicas, como lo dispone el artículo 85 de la Constitución, que garanticen los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos de derechos humanos más favorables para garantizar sin discriminación los derechos de las personas del mismo sexo.*

c. *El Registro Civil tiene la obligación de aplicar la Constitución interpretada a la luz de esta sentencia y registrar los matrimonios entre personas del mismo sexo cuando acudan, libre y voluntariamente, al registro; y adecuar, en lo que corresponda, las normativas internas y sus prácticas para evitar cualquier tipo de discriminación entre las parejas del mismo sexo que acudan a demandar sus servicios públicos.*

d. Las juezas y jueces, en el ámbito de sus competencias jurisdiccionales, deberán tutelar efectivamente a las parejas del mismo sexo cuando se les negare o restringiere su derecho al matrimonio.

e. Cualquier juez o jueza, en las causas que conozca, deberá realizar control de constitucionalidad y convencionalidad y, cuando tenga certeza, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los instrumentos internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez o jueza presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, que será tramitada como una acción de inconstitucionalidad, para que la Corte Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio y así garantizar la seguridad jurídica y la integridad de la Constitución.



Ramiro Avila Santamaría
JUEZ CONSTITUCIONAL



CORTE
 CONSTITUCIONAL
 DEL ECUADOR

Caso Nro. 0010-18-CN

RAZÓN.- Siento por tal, que el texto del voto concurrente que antecede fue remitido a la Secretaría General el día martes dieciocho de junio del dos mil diecinueve.- **Lo certifico.**



Dra. Aida García Berni
SECRETARIA GENERAL

AGB/MED



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

Auto No. 10-18-CN/19
Juez ponente: Ali Lozada Prado

CASO No. 10-18-CN

VISTOS: PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.- Quito, D.M., 02 de julio de 2019.

I Antecedentes

1. El 7 de agosto de 2018, los señores Rubén Darío Salazar Gómez y Carlos Daniel Verdesoto Rodríguez presentaron una acción de protección, la N° 17230-2018-11800, en contra de la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador porque esta se negó a celebrar un matrimonio entre los mencionados accionantes, por ser ambos personas de sexo masculino.

2. El 16 de agosto de 2018, previamente a resolver sobre el fondo de la acción de protección, la titular de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito consultó a esta Corte respecto de la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en los que se basó el Registro Civil para negar la petición de los señores Salazar y Verdesoto.

3. El 12 de junio de 2019 en sesión ordinaria la Corte Constitucional emitió sentencia con cinco votos a favor de los jueces constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Ali Lozada Prado, 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 la sentencia se resolvió: a) Responder a la consulta en el sentido de que son inconstitucionales los siguientes fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles: en ambas disposiciones legales, la expresión "un hombre y una mujer" y, en la primera, el término "procrear", lo que deberá observarse en las decisiones judiciales atinentes a la acción de protección N° 17230-2018-11800; b) Declarar, con los mismos efectos que una sentencia emitida en el control abstracto de constitucional, la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva de los referidos a fin de que el tenor de estas disposiciones sea el siguiente: "[C.C.] Art. 81.- *Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente. [LOGIDC] Art. 52.- Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio. El matrimonio es la unión entre dos personas 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*". c) Exhortar a la Asamblea Nacional que revise integralmente la legislación sobre el matrimonio a fin de que esta incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo, con idéntico trato al otorgado a las de diferente sexo.

4. Mediante documento de 19 de junio de 2019, el señor Luis Antonio Correa Viteri solicitó la ampliación de la referida sentencia.

5. De igual forma, mediante documento de la misma fecha, los señores Rubén Darío Salazar Gómez y Carlos Daniel Verdesoto Rodríguez solicitaron la aclaración de la referida sentencia.

II Solicitudes de aclaración y ampliación

6. El señor Luis Antonio Correa Viteri solicita que se amplíe la sentencia para que se especifique que el matrimonio entre personas del mismo sexo goza de los mismos derechos y obligaciones civiles que el matrimonio entre personas de distinto sexo y para “(...) *que se Reconozca los derechos adquirientes del Estado de la República del Ecuador, al ser firmante de la Convención Americana de Derechos Humanos —PACTO DE SAN JOSÉ— capítulo de Protección de la Familia, requerimos esta Ampliación para que sea de conocimiento de los ciudadanos de todo el País; que el Estado del Ecuador se Comprometió a Aplicar, Respetar y Garantizar dicho Tratado Internacional dentro del territorio nacional ecuatoriano, (...)*” (sic).

7. El solicitante señala que es adherente de la parte demandante y considera legitimada su intervención por los efectos generales de la sentencia N° 10-18-CN/19. Como fundamento de su petición citó los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

8. Por otro lado, los señores Rubén Darío Salazar Gómez y Carlos Daniel Verdesoto Rodríguez solicitaron se aclare la calidad del voto concurrente del juez Ramiro Ávila Santamaría.

III Fundamentos de la Corte

9. La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 440 establece que “Las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables”.

10. Si bien es claro que las sentencias de la Corte Constitucional tienen carácter definitivo y como tales no admiten en su contra recursos dirigidos a modificar el sentido de su decisión, esto no implica que la Corte Constitucional no pueda aclarar una confusión generada por la redacción del texto o ampliar cuando se hayan dejado puntos controvertidos no resueltos, con el objeto de garantizar que las partes reciban decisiones debidamente motivadas.

11. En el contexto del control abstracto de constitucionalidad, el artículo 94 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que el demandante, el órgano emisor de la disposición y quienes intervinieron en el correspondiente proceso pueden solicitar la aclaración o ampliación de la sentencia.

12. El señor Luis Antonio Correa Viteri no intervino en el proceso y no se encuentra legitimado para solicitar la ampliación de una sentencia de consulta de norma, iniciada por la titular de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito en el contexto de una acción de protección ejercida por los señores Rubén Darío Salazar Gómez y Carlos Daniel Verdesoto Rodríguez contra una decisión de la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador.

13. En este contexto, se ratifica que el ámbito de la consulta se refiere a los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, que la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva de estos artículos regirá desde la publicación de la sentencia N° 10-18-CN/19 en el registro oficial, en aplicación de la norma del bloque de constitucionalidad en virtud de la cual las parejas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio. Así pues, el exhorto a la Asamblea Nacional se refiere a que el texto de otras disposiciones legales sobre el matrimonio guarden conformidad con la referida norma del bloque de constitucionalidad.

14. En relación a la solicitud de aclaración, de conformidad a los artículos 92 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y 38 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, los votos concurrentes se adhieren al proyecto de sentencia del juez ponente, expresan una discrepancia respecto a su fundamentación jurídica pero acuerdo con la decisión. Por tal motivo, los votos concurrentes se contabilizan dentro de los votos a favor del proyecto de sentencia, como ocurrió en el presente caso con el voto del juez Ramiro Ávila Santamaría.

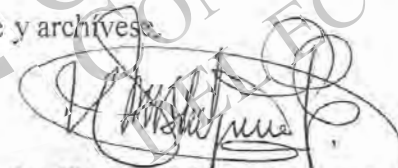
IV Decisión

Por todo lo expuesto, el Pleno de la Corte Constitucional RESUELVE:

15. **Negar** lo solicitado por el señor Luis Antonio Correa Viteri respecto de la sentencia N° 10-18-CN/19, por improcedente.

16. **Aclarar** la referida sentencia en el sentido de que la calidad del voto concurrente, de conformidad con los artículos 92 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y 38 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, se contabiliza dentro de los votos a favor del proyecto de sentencia.

17. Notifíquese, publíquese y archívese.



Dr. Hernán Salgado Pesantes

PRESIDENTE

RAZÓN: Siento por tal que el auto¹ que antecede fue aprobado 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, Alf Lozada Prado y Daniela Salazar Marín; y, cuatro abstenciones de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet, Teresa Nuques Martínez y Hernán Salgado Pesantes, en sesión ordinaria del martes 02 de julio de 2019.- Lo certifico.-



Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL



CORTE CONSTITUCIONAL
ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL

Revisado por M=DC f.) GE
05/07/19



EL SECRETARIO GENERAL

CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

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

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.....
- II. Competencia.....
- III. Consideración previa: la situación de las personas con identidades sexo-genéricas diversas.....
- IV. La consulta de norma.....
- V. Delimitación del objeto de la consulta.....
- 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?.....
 - 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”?.....
 - 2.1. El derecho a la familia y el derecho al matrimonio.....
 - 2.2. Interpretación literal del derecho al matrimonio en la Constitución.....
 - a. Interpretación literal y aislada: restrictiva.....
 - b. Interpretación literal y sistemática: favorable a los derechos.....
 - 2.3. La igualdad, la prohibición de discriminación y la razonabilidad de la diferencia entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo.....
 - a. Fin constitucionalmente válido.....

- b. La idoneidad
- c. La necesidad
- d. La proporcionalidad propiamente dicha
- 2.4. La interpretación más favorable a los derechos
- 2.5. El bloque de constitucionalidad
- 2.6. La interpretación evolutiva y como instrumentos vivos
- 2.7. El derecho al libre desarrollo de la personalidad
- 2.8. El derecho a la intimidad personal y familiar y el rol del Estado
- 2.9. El derecho a la identidad y a sus manifestaciones
- 2.10. El derecho a la libre contratación y el contrato matrimonial
- 2.11. El matrimonio y la unión de hecho
- 2.12. Conclusión
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?
- 3.1. El deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos
- a. El deber de adecuar en el sistema nacional de protección de derechos
- Autoridades obligadas a adecuar
- Contenido de la adecuación normativa
- Normas a adecuarse
- Las normas a las que hay que adecuar el sistema jurídico
- El límite intangible de la adecuación normativa
- b. El deber de adecuar los derechos en el sistema interamericano de protección de derechos
- Las obligaciones internacionales y la adecuación
- Las autoridades estatales obligadas a adecuar
- Los mecanismos jurídicos que los Estados deben utilizar para adecuar
- La oportunidad para adecuar
- El fin de la adecuación
- 3.2. El control de convencionalidad
- 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 instrumentos internacionales de derechos humanos y de las interpretaciones de sus órganos
- d. El control de convencionalidad es complementario y subsidiario

e.	El control de convencionalidad derivado de las opiniones consultivas.....
3.3.	La responsabilidad internacional si se inobserva la Opinión Consultiva OC24/17
3.4.	El reto de la adecuación en las prácticas.....
DECISIÓN	

I. Antecedentes y procedimiento

1. El 13 de abril de 2018, Efraín Enrique Soría 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 Bazaña, 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

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 Casal, 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

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.

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 jueces y juezas 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

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.

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.

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

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

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.

...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*-matríz (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.

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.

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.

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 compensa 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.

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 homoparentales⁴⁴, 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 prerrequisito 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 Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia. 24 de febrero de 2012, párrafos 172, 176 y 175.

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 diferencian de otros contratos, tales como ser una forma especial

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

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.

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 aientarán 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 corresponden 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.”

a los instrumentos internacionales de derechos humanos, como es el caso de las opiniones consultiva 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.

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 derivan 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

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

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 Brayo 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.

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, párrafo IV.

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 comune interamericano⁹¹ (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

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 (i) 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 aquellos*⁹³ (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/>

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

DECISIÓN

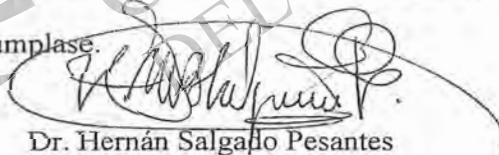
300. En mérito de lo expuesto, de conformidad con el artículo 428 de la Constitución y 143 de la LOGJCC, la Corte Constitucional resuelve:

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. - La certifico.-

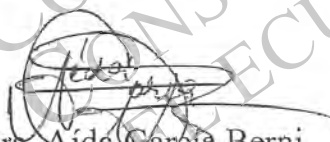


Dra. Arda García Berni
SECRETARIA GENERAL

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR	
ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL	
Revisado por:	Martinez
Fecha:	07/07/19 62
SECRETARIA GENERAL	

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



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

Voto Salvado
Caso No. 11-18-CN

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 sustentó 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 Gény padre de la interpretación moderna. Ver un breve resumen en “Introducción al Derecho” del autor, CEP cuarta edición, 2019, pp. 183 y ss.

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.

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 incurren 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

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 aquellas 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.

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.

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 apunala 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. Aída García Berni
SECRETARÍA GENERAL





CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

Sentencia N° 11-18- CC/19

Voto concurrente del juez Ali Lozada Prado

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 internacional 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*, *ibid*, 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 Ali 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 Garcia Bermi

SECRETARIA GENERAL



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

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

CASO No. 11-18-CN

VISTOS: PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.- Quito D.M., 02 de julio de 2019.

I Antecedentes

1. El 13 de abril de 2018, Efraín Enrique Sorja Alba y Ricardo Javier Benalcázar Tello solicitaron la celebración y la inscripción de su matrimonio al Registro Civil. El 7 de mayo de 2018, el Registro Civil negó el matrimonio de los mencionados anteriormente, “alegando que en el ordenamiento jurídico interno el matrimonio existe solamente entre un hombre y una mujer”.
2. 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” y declaró improcedente la acción de protección propuesta por los accionantes. En la misma audiencia, los accionantes interpusieron el recurso de apelación.
3. El 18 de octubre de 2018, 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.
4. 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.
5. El 12 de junio de 2019 en sesión ordinaria la Corte Constitucional emitió sentencia con cinco votos a favor de los jueces constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alf 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 la sentencia se resolvió: 1. Determinar que la Opinión Consultiva OC24/17, expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una interpretación auténtica y vinculante de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, que forma parte del bloque de constitucionalidad; 2. Establecer que el derecho al matrimonio reconocido a parejas heterosexuales se complementa con el derecho de parejas de mismo sexo a contraer matrimonio; 3. Disponer que el Tribunal consultante interprete el sistema normativo a la luz de la sentencia.
6. El 18 de junio de 2019, Efraín Enrique Sorja Alba y Ricardo Javier Benalcázar Tello, los accionantes en la acción de protección, y Carlos Luis Fierro Astudillo, en representación del Consejo de Resistencia en favor de la Vida y la Familia, solicitaron ampliación y aclaración de la sentencia.

II Solicitudes de aclaración y ampliación

7. La solicitud de ampliación y aclaración de Efraín Enrique Sorja Alba y Ricardo Javier Benalcázar Tello tiene dos acápites: ampliación y aclaración. En el primer acápite (ampliación) se solicita “*amplíe (sic) el numeral 3 de la referida sentencia, ordenando que el tribunal ordene*

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

la celebración e inscripción de nuestro matrimonio". Como fundamento señalan "se desprende de la lectura de los artículos 52 y 7.1. de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles y del artículo 100 del Código Civil, previo al registro es necesaria la celebración del matrimonio". En el segundo acápite (Aclaración) se solicita "aclare la calidad del voto (concurrente o de mayoría) del Dr. Alí Lozada Prado".

8. La solicitud de aclaración y ampliación de Carlos Luis Fierro Astudillo se divide en 1) antecedentes de la sentencia, 2) solicitud de aclaración y ampliación con explicación detallada en contra de la sentencia, 3) argumentos respecto al carácter no vinculante de la Opinión Consultiva 24/17; 4) derechos constitucionales que se consideran vulnerados por la sentencia, y 5) conclusión, que expresa inconformidad con la consulta de norma y la sentencia en el caso. Respecto a la solicitud de aclaración y ampliación concretamente se señala lo siguiente:

La Aclaración y Ampliación de la Sentencia No. 11-18-CN/19 será conforme a la decisión que consta en el numeral 300, puntos 1, 2, 3 y a los numerales 22, 53, 54, 192, 195, 196, 197 donde consta análisis de interpretación del Juez ponente Ramiro Ávila Santamaría, considerando que existe (sic) varias omisiones y vulneración de los derechos de los ecuatorianos consagrados en la Constitución Política del Ecuador, cada punto antes mencionado tendrá un análisis para que la Corte resuelva según corresponda el recurso (énfasis en el original).

III Fundamentos de la Corte

9. La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 440 establece que "Las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables".

10. Si bien es claro que las sentencias de la Corte Constitucional tienen carácter definitivo y como tales no admiten en su contra recursos dirigidos a modificar el sentido de su decisión, esto no implica que la Corte Constitucional no pueda aclarar una confusión generada por la redacción del texto o ampliar cuando se hayan dejado puntos controvertidos no resueltos, con el objeto de garantizar que las partes reciban decisiones debidamente motivadas.

11. En cuanto al valor jurídico del voto concurrente, de conformidad los artículos 92 de la LOGJCC y 38 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, los votos concurrentes se adhieren al proyecto de sentencia del juez ponente, expresan una discrepancia respecto a su fundamentación jurídica pero acuerdo con la decisión. Por tal motivo, los votos concurrentes se contabilizan dentro de los votos a favor del proyecto de sentencia, como ocurrió en el presente caso con el voto del doctor Alí Lozada Prado.

12. Con relación al pedido de Ricardo Javier Benalcázar Tello y Efraín Enrique Soria Alba, la sentencia dispone el registro del matrimonio y efectivamente conviene aclarar si este acto jurídico implica el resto de actos conducentes a hacer efectivo el matrimonio. Para evitar toda duda, como se desprende de la lectura integral de la sentencia, el Registro Civil solemnizará, autorizará, inscribirá y registrará el matrimonio de Ricardo Javier Benalcázar Tello y Efraín Enrique Soria Alba.

13. En relación con el pedido presentado por Carlos Luis Fierro, en el contexto del control abstracto de constitucionalidad, el artículo 94 LOGJCC establece que el demandante, el órgano

emisor de la disposición y quienes intervinieron en el correspondiente proceso pueden solicitar la aclaración o ampliación de la sentencia.

14. El señor Carlos Luis Fierro Astudillo no intervino en el proceso y no se encuentra legitimado para solicitar la ampliación de una sentencia de consulta de norma, iniciada por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, en el contexto de una acción de protección ejercida por los señores Efraín Enrique Soria Alba y Ricardo Javier Benalcázar Tello contra una decisión de la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador.

IV Decisión

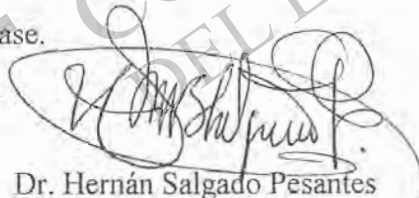
Por todo lo expuesto, el Pleno de la Corte Constitucional RESUELVE:

15. Ampliar la sentencia N. 11-18-CN/19 en el sentido de que el Registro Civil realizará todos los actos conducentes para hacer efectivo el matrimonio. Esto es, el Registro Civil solemnizará, autorizará, inscribirá y registrará el matrimonio de Ricardo Javier Benalcázar Tello y Efraín Enrique Soria Alba.

16. Aclarar la referida sentencia en el sentido de que la calidad del voto concurrente, de conformidad con los artículos 92 la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y 38 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, se contabiliza dentro de los votos a favor del proyecto de sentencia.

17. Negar lo solicitado por Carlos Luis Fierro Astudillo por improcedente.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.



Dr. Hernán Salgado Pesantes

PRESIDENTE

RAZÓN: Siento por tal que el auto que antecede fue aprobado 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 y Daniela Salazar Marín; y, cuatro abstenciones de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet, Teresa Nuques Martínez y Hernán Salgado Pesantes, en sesión ordinaria del martes 02 de julio de 2019.- Lo certifico.-



Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR	
ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL	
Fecha de emisión	05 julio 2019
Por	[Handwritten Signature]
SECRETARIA GENERAL	