



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

CASO Nº 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	2
A. Actuaciones procesales	2
B. El objeto de la consulta.....	3
II. Competencia	4
III. Planteamiento de los problemas jurídicos.....	4
IV. Argumentación de la Corte.....	5
C. Problema jurídico (1): ¿La Constitución obliga al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?	5
C.a. Subproblema jurídico (1.1): ¿La Constitución prohíbe al legislador democrático instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?.....	7
Argumentos a favor: el literalista y el intencionalista. La deferencia al constituyente y la democracia	7
¿Hay principios, fines o valores subyacentes a la hipótesis de la prohibición?.....	9
Argumentos en contra: los derechos a la protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad	16
Conclusión intermedia	17
C.b. Subproblema jurídico (1.2): ¿La Constitución permite al legislador democrático posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo?.....	17
Argumentos a favor: el literalista y el intencionalista. La deferencia al constituyente y la democracia	18
Argumentos indirectos a favor: la deferencia al legislador y la democracia deliberativa.	18
Argumentos adicionales en contra: la igualdad formal y la igualdad material.....	18
Conclusión intermedia	22
Los derechos fundamentales más favorables y la Convención Americana sobre Derechos Humanos	23
C.c. Conclusión final y respuesta al problema jurídico (1).....	27
D. Problema jurídico (2): ¿Qué debe decidir la Corte Constitucional respecto de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada?.....	27
V. Decisión.....	28
VI. Anexo.....	30

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 Ñaquito 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 Alí 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 consulta**¹.

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 instituirarla, o bien, si le *permitiese* hacerlo (en este segundo supuesto, una norma que —por el contrario— posibilite 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 (subjetiva) 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 permisón 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 trasluzca 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 sometedla"» (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 fe*¹⁹, 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 qué 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 (ídem), 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 Intersex 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 desapruueban 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 (destruccion de esas capacidad) 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), *Ibíd*, párr. 443.

³⁹ *Ibíd*, párr. 366.

⁴⁰ *Ibíd*, párr. 444.

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 12 de noviembre 2015, *Ibíd*, 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, gays, 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 **prohiba** 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 *Fontev ecchia 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 “*pronunci[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, Alí 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. Aída García Berni
SECRETARIA 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

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 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).



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:

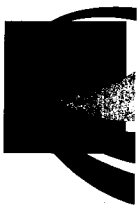
*“Entendemos por sistema una totalidad ordenada, o sea un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden. Para poder hablar de orden es necesario que los entes constitutivos **no estén tan solo en relación con el todo, sino que estén también en relación de coherencia entre sí.**”*
(Énfasis añadido)⁶

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 restrictivo"*¹⁶. (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 Nuques Martínez.

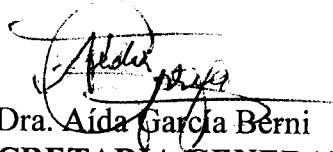
Dra. Alda García Berni
SECRETARIA GENERAL



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

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