

EL MATRIMONIO DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN ECUADOR

Una visión objetiva desde el Derecho

SAME-SEX MARRIAGE IN ECUADOR

An objective perspective from Law

O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO EQUADOR

Uma visão objetiva do Direito

*Marcelo Guerra**, *Claudia Storini*** y *Nathaly Yépez****

Recibido: 14/10/2019

Aprobado: 11/12/2019

Resumen

En este trabajo, se busca analizar el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo en Ecuador. Para ello el texto se ha configurado en tres partes, en una 1.^a se hace referencia a las opiniones consultivas y su valor jurídico en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; en una 2.^a se observa el valor de dichas opiniones consultivas en el Ecuador a partir de la comprensión del concepto material de su Constitución; y finalmente en una 3.^a parte, y a manera de conclusión, se aborda la institución del matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Ecuador a partir del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación a la Constitución ecuatoriana y las sentencias de la Corte Constitucional. En definitiva, se aborda el matrimonio igualitario en el Ecuador desde una comprensión clara de los Derechos Humanos en su dimensión normativa.

Palabras clave: Constitución; Convención; Matrimonio; Favorabilidad.

Summary

This brief paper provides the reader with the legal elements regarding the material concept of the Constitution

as a starting point for the analyze of same-sex marriage in Ecuador. It addresses this reality in Ecuador from an understanding of human rights in their normative dimension. To that end, the text is divided into three parts: the first refers to advisory opinions and their legal value in the Inter-American Human Rights Protection System; the second shows the value of such advisory opinions in Ecuador based on an understanding of the material concept of its Constitution; and the third deals with the institution of marriage between same-sex couples in Ecuador, based on article 17 of the ACHR in relation to the Ecuadorian Constitution and the rulings of the Constitutional Court.

Key words: Constitution; Convention; Marriage; Favorability.

Resumo

Neste trabalho se busca analisar o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Equador. Para tal fim, este texto se divide em três partes, a primeira se refere as opiniões consultivas e seu valor jurídico Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos; na segunda se observa o valor dessas opiniões consultivas no Equador a

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Cuenca, profesor contratado por la Universidad Andina Simón Bolívar. Magister en derecho, mención en derecho constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, candidato a PhD de la misma universidad. Correo electrónico: marceloguerracoronel@outlook.es

** Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad Pública de Navarra, Doctora en derecho por la Universidad de Valencia. Directora del área de derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, directora y profesora del doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, desde el año 2003. Correo electrónico: claudia.storini@uasb.edu.ec

*** Asesora y asistente de investigación en Derecho Constitucional y Derechos Humanos; con experiencia de coordinación de proyectos de investigación y litigio con temas relacionados al género y las diversidades sexo genéricas, y derechos colectivos y ambientales de los pueblos y comunidades. Correo electrónico: nayp24@yahoo.com

partir da concepção do conceito material da Constituição; e finalmente na terceira parte, e na conclusão, se aborda a instituição do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Equador a partir do artigo 17 da Convención Americana sobre los Derechos Humanos em relacionada a Constitución equatoriana e as sentenças da Corte Constitucional. Em

definitiva, se aborda o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Equador desde uma compreensão clara dos direitos humanos e sua dimensão normativa.

Palabras clave: Constitución; Convención; Casamento; Favorabilidad.

INTRODUCCIÓN

La Constitución del Ecuador aprobada en el año 2008 elevó a regla constitucional la regulación del matrimonio en sus artículos 67 y 68¹. Sin embargo, recientemente se ha generado una discusión en torno a que ciertos grupos se verían excluidos de dicha regulación, de manera que se generaría una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación. Esta discusión se visibiliza a partir de la interpretación realizada a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en torno al matrimonio mediante la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH)², los casos presentados en el Ecuador mediante el ejercicio de la garantía jurisdiccional de Acción de Protección³, y la jurisprudencia emitida por el máximo intérprete de la Constitución en el Ecuador, sobre todo las sentencias 010-18-CN/19 y 011-18-CN/19 de la Corte Constitucional⁴.

El principal centro de discusión ha sido la contradicción entre el texto del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana, que establece el contenido del matrimonio en la esfera constitucional, y la interpretación del contenido del artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a través de la Opinión Consultiva OC-24/17, emitida el 24 de noviembre del 2017. En efecto, la Constitución define al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, mientras que dicha Opinión Consultiva manifiesta que los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras previstas en el ordenamiento jurídico, como es el matrimonio, a todas las personas⁵.

Si bien la Corte Constitucional Ecuatoriana se ha pronunciado sobre el artículo 67 de la Constitución, este

1 Constitución de la República del Ecuador:

“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.

“Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”

2 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 (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

3 Por ejemplo, los procesos de acción de protección planteados en Quito-Pichincha No. 174602018000921, No. 17159201800006, No. 17230201810289; los procesos de acción de protección planteados en Cuenca-Azuay No. 01204201803635, No. 01204201803637.

4 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 0011-18-CN/19, juez ponente Ramiro Ávila; esta causa corresponde a la consulta de constitucionalidad de norma elevada a la Corte Constitucional por la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha en el proceso de acción de No. 174602018000921. Sentencia 0010-18-CN/19, juez ponente Alí Lozada; consulta de constitucionalidad de norma elevada a la Corte Constitucional por la Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Ñaquito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito en el proceso de acción de No. 17230201811800.

5 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/24, párrafo 229:

“Por las razones expuestas, en interpretación de los artículos 1.1, 2, 11, 17, 18 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

8. LA CORTE, [...] ES DE OPINIÓN por unanimidad, que:

De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.”

trabajo busca entonces sostener la solución a esta antinomia desde una perspectiva *constitucional material* y, además, pretende dejar sentada las razones de la responsabilidad internacional del Estado en torno al cumplimiento de instrumentos internacionales como son las interpretaciones realizadas a la CADH por las

sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH. Asimismo, pretende trazar, por un lado, pormenores y, por otro, contradicciones halladas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana respecto del reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH Y SU GRADO DE VINCULATORIEDAD EN EL ECUADOR

Sin duda, una de las principales discusiones acontecidas en torno al reconocimiento del matrimonio para todas las personas en el Ecuador giró fundamentalmente respecto a si las opiniones consultivas, y en particular la opinión OC-24/17, vincula a todos los Estados que han ratificado la CADH o solo a aquellos que precisamente elevan las consultas a la Corte IDH, que, en el caso de la opinión OC-24/17, fue el Estado de Costa Rica. Para dar respuesta a tal cuestión, no solo es necesario entender la naturaleza de dichos instrumentos, sino también su valor jurídico en Ecuador.

Para definir entonces la naturaleza de dichos instrumentos es necesario tener presente su origen. El Ecuador, al igual que otros Estados americanos, es parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en tanto ha ratificado la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁶ en la década del 50, y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁷ en la década del 70, tratado que creó la Corte IDH⁸.

La Corte IDH, creada en la CADH y por disposición convencional, tiene dos competencias⁹. La primera,

la contenciosa, se ejerce en los casos contenciosos de conflicto que llegan a su conocimiento, que se resuelven mediante la expedición de sentencias¹⁰. Y la segunda, la consultiva, se ejerce mediante la emisión de las solicitudes de opinión, en cuya respuesta, la Corte IDH realiza fundamentalmente ejercicios interpretativos de la CADH, por ser su auténtico intérprete¹¹. Esta última competencia se activa a partir de las peticiones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o de los Estados parte, con fundamento en el artículo 64.1 de la CADH.

En ese sentido, la Corte IDH ha ido construyendo una fuerte línea jurisprudencial en la que ha sostenido la fuerza vinculante de las opiniones consultivas para los Estados integrantes del sistema. Por ejemplo, ha sostenido que, al momento en que los jueces realizan un control de convencionalidad, lo deben hacer respecto no solo de la CADH, sino de las interpretaciones que la Corte IDH ha realizado de ésta¹².

De igual forma, en su opinión consultiva OC-21/14 ratificó que las interpretaciones de la Convención contenidas en las opiniones consultivas vinculan a

6 CIDH, Carta de la OEA, fecha de ratificación 12/21/50 y fecha de depósito 12/28/50. Ver en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/CartaOEAAt.htm> (Consulta realizada el 28 de abril de 2019).

7 OEA, CADH, fecha de ratificación el 12/08/77 y fecha de depósito 12/28/77. Ver en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm (Consulta realizada el 28 de abril de 2019).

8 CADH, artículos 52 y siguientes.

9 CADH, artículos 61 y 64.

10 CADH, artículo 62.

11 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 16; Opinión Consultiva OC-21/14, párrafo 19; Opinión Consultiva OC-22/16, párrafo 16. Jurisprudencia de casos contenciosos como la sentencia del *Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016, Serie C No. 312, párrafo 242.

12 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 124.

los Estados que han ratificado la CADH¹³. Todo este proceder halla su sustento en uno de los principios fundantes del Derecho Internacional, el principio del *pacta sunt servanda*¹⁴, por el que los Estados deben observar de buena fe sus obligaciones internacionales adquiridas mediante la ratificación de convenios internacionales.

Por lo tanto, Ecuador tiene la obligación internacional de cumplir con los compromisos adquiridos al ratificar la CADH y de las interpretaciones auténticas que se han generado de dicho tratado, en este caso mediante las opiniones consultivas y las sentencias emanadas de la Corte IDH.

En definitiva, las interpretaciones contenidas en las Opiniones Consultivas de la Corte IDH son, en sentido estricto, parte de la CADH, y si se inobservaran, el Estado incumpliría obligaciones internacionales, incurriría en responsabilidad internacional y tendría que soportar las condenas fijadas a este nivel.

De su parte, la Constitución ecuatoriana ha dado un valor jurídico a los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y los ha incorporado como *parte integral* de su texto. El artículo 11, en su N° 3¹⁵, establece la aplicación directa e inmediata de los derechos contenidos no únicamente en la Constitución, sino también de aquellos que se encuentran en los instrumentos internacionales de

derechos humanos. De igual forma, en el N° 7 del mismo artículo, consta la cláusula que incorpora a la Constitución dichos instrumentos y que corresponde la estipulación del artículo 426¹⁶.

Entonces, la CADH y sus interpretaciones, ya sean estas realizadas mediante las sentencias o las opiniones consultivas de la Corte IDH, son parte de estos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos; ya que son, en sentido estricto, un tratado internacional en materia de derechos humanos ratificado por el Ecuador y, por lo tanto, *son parte de la Constitución ecuatoriana* y deben aplicarse a nivel interno, afirmación que más adelante será debidamente sustentada.

En consecuencia, no se aplican sin más directamente las opiniones consultivas –en el caso del matrimonio igualitario, la opinión OC-24/17– sino la CADH –en el matrimonio, el artículo 17. 2 de la CADH interpretado por aquella–. Por tal razón, se disuelve el debate en torno a si las opiniones consultivas son o no vinculantes para el Estado ecuatoriano, dado que no está en discusión la fuerza vinculante para el Ecuador de la CADH, con sus interpretaciones.

En definitiva, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de aplicar la CADH y observar las interpretaciones realizadas de dicho texto por la Corte IDH, afirmación que afortunadamente ya había sido recogida por

13 IDH, Opinión Consultiva OC-21, párrafo 31: “[...] Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad²³, 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”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos [...] cuentan con una fuente que, [...] contribuye [...] a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos.”

14 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26: “*Pacta sunt servanda*”: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

15 Ecuador, Constitución de la República:

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

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

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

16 Ecuador, Constitución de la República:

Art. 426.- “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

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

la Corte Constitucional en el año 2018, dentro de la sentencia 184-18-SEP-CC¹⁷.

Por este motivo, en adelante, al referirnos a la CADH, se lo hace en este sentido completo, no limitado a la literalidad de su texto, sino que incluye las razones expuestas en las interpretaciones de la Corte IDH.

A continuación, proponemos los fundamentos de la fuerza normativa y vinculante que la Constitución ha fijado para los instrumentos internacionales de derechos humanos y los retos que devienen a partir de la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al reconocimiento del matrimonio de las parejas del mismo sexo.

EL VALOR JURÍDICO DE LA CADH EN EL ECUADOR

En primer lugar, existen varios elementos que pueden ser analizados al momento de observar el valor jurídico de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos al interior de los Estados, como, por ejemplo, su legitimidad, la fuerza normativa que en las Constituciones se les da, las garantías jurisdiccionales en torno a su aplicación, los mecanismos para verificar su aplicación. Sin embargo, por el alcance de este trabajo, no se profundizará en cada uno de estos factores, razón por la cual se abordará directamente *la fuerza normativa* que tienen en el Ecuador.

Por un lado, el llamado *control de convencionalidad*, si bien no está referido en sentido literal en la CADH, fue construido por la Corte IDH en ejercicio de su facultad de máximo intérprete de la CADH, al amparo de varias disposiciones establecidas en su texto y el de otros tratados internacionales. La Corte IDH ha dejado sentado que el control de convencionalidad tiene que realizarlo todas las autoridades del Estado, entre las que se encuentra el poder judicial¹⁸. Deben hacerlo de oficio¹⁹, y generar a la vez la prohibición de aplicar disposiciones normativas que sean contrarias a la CADH y a la interpretación que de dicho texto ha realizado la Corte IDH mediante las opiniones consultivas y sentencias²⁰.

Por otra parte, la Constitución ecuatoriana, en varias de sus disposiciones, por ejemplo, en los artículos 11 (numerales 3 y 7), 426 y 428, ha dado fuerza y valor normativo de Constitución a los instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, la expresa disposición de su aplicación inmediata y la constitucionalización del principio de favorabilidad por el que, frente a un reconocimiento más favorable a los derechos humanos por un tratado internacional, este deberá prevalecer por sobre el texto de la Constitución²¹, lleva a la conclusión de que los instrumentos de derechos humanos en el Ecuador *son Constitución* y, en caso de contener derechos más favorables a los establecidos en el texto de la Constitución en sentido estricto, *prevalecerán*.

Lo antes dicho deja claro que en el Estado ecuatoriano ya no es necesario siquiera referirse a una obligación de hacer un control de convencionalidad, o mencionar la garantía del bloque de constitucionalidad pues, los instrumentos internacionales de derechos humanos, y entre estos la CADH y las interpretaciones que sobre esta ha realizado la Corte IDH, forman parte de un concepto de *Constitución material*.

Si los instrumentos internacionales de derechos humanos son Constitución material en el Ecuador, es

17 Ecuador, Corte Constitucional, sentencia 184-18-SEP-CC, página 58.

"[...]En este sentido, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC 24/17, instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 del Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido si texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente en tanto su contenido sea más favorable [...]".

18 Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 239.

19 Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

20 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. párrafo 124.

21 Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República, en Registro Oficial N° 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), artículo 424 inciso segundo.

evidente que la garantía del control de constitucionalidad *trae implícita la realización de un control de convencionalidad*, y por ende el cumplimiento de la obligación internacional de hacer un control de normas internas del Estado a partir de lo establecido en la CADH y sus interpretaciones, como parte fundamental del parámetro para realizar dicho control.

En razón de lo antes mencionado, en Ecuador se puede presentar incluso demandas de inconstitucionalidad de disposiciones domésticas que contravengan lo establecido en la CADH y sus interpretaciones, o en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. De igual forma se puede realizar consultas de normas a la Corte Constitucional respecto de la compatibilidad de disposiciones internas con los instrumentos, e incluso se puede activar garantías jurisdiccionales en función de la vulneración a derechos contenidos en dichos instrumentos. Vale decir que en Ecuador existen garantías normativas o abstractas dirigidas a los poderes públicos en torno a estos instrumentos internacionales y, en caso de vulneración de derechos que se desprendan de aquellos, está asegurada su reparación integral mediante la activación de las garantías reactivas²².

En definitiva, la fuerza vinculante de estos instrumentos internacionales de derechos humanos se ve reflejada en la existencia de su garantía normativa y jurisdiccional a partir de la propia Constitución.

Ahora bien, en coherencia con lo expuesto, cabe reflexionar brevemente sobre la configuración del control de constitucionalidad en el Ecuador y tener presente que, para cumplir con la obligación estatal de realizar un control de convencionalidad difuso –pues los estándares interamericanos compelen a todas las autoridades a hacerlo–, a nuestro criterio, es necesario que el modelo de control constitucional sea mixto, cosa que no está claramente definida la Constitución

ecuatoriana. No obstante, la Corte Constitucional eliminó la posibilidad de un control mixto años atrás en sus sentencias 055-10-SEP-CC²³, 001-13-SCN-CC²⁴, 30-13-SCN-CC²⁵, 34-13-SCN-CC²⁶, pues estableció que, en Ecuador, existe únicamente un control concentrado de constitucionalidad. De este modo, queda vedado para los jueces ordinarios la in-aplicación de disposiciones infra-constitucionales bajo prevenciones de destitución y, entonces, el único procedimiento viable sería la consulta de constitucionalidad²⁷. En efecto, ante una duda razonable respecto de la constitucionalidad de una disposición infra-constitucional, se debe suspender el proceso que sea y elevar en consulta a la Corte Constitucional para que dirima sobre su constitucionalidad, luego de cumplir con una serie de requisitos que van asociados a la motivación de la consulta²⁸.

Entonces, se podría afirmar que la sola existencia de un control concentrado de constitucionalidad impide a todos los jueces del Estado hacer un control difuso de convencionalidad y, por lo tanto, se podría generar el incumplimiento de la obligación internacional de realizar dicho control. Así, sería menester analizar si la sola cuestión de constitucionalidad como está diseñada es suficiente para tener por cumplida dicha obligación.

Ahora bien, está claro que los instrumentos internacionales de derechos humanos y entre estos, la CADH, *son* Constitución en Ecuador y deben ver garantizada su fuerza normativa. Un elemento importante para lograrlo es la configuración de un control mixto de constitucionalidad, del que se esperaba que el máximo intérprete de la Constitución, es decir la Corte Constitucional, pueda corregir los mencionados precedentes.

Frente a este escenario, antes de resolver la cuestión de fondo en el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Ecuador, la Corte

22 Storini, Claudia. 2009. "Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008". En Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.

23 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 055-10-SEP-CC*.

24 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-13-SCN-CC*.

25 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 030-13-SCN-CC*.

26 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 034-13-SCN-CC*.

27 Ecuador, Constitución, artículo 428.

28 Los requisitos que jueces y juezas deben satisfacer para elevar en consulta una disposición infra constitucional los estableció la Corte Constitucional en la sentencia 001-13-SCN-CC.

Constitucional tuvo esta oportunidad para esclarecer el control de constitucionalidad vigente, pero no ocurrió así; pues, en la primera sentencia que hace dicho reconocimiento, la N.º 010-18-CN/19, al parecer se ratifica que, en Ecuador, existe un control concentrado de constitucionalidad, ya que la Corte sería la única que podría observar la constitucionalidad de las normas infra-constitucionales que restringían el matrimonio solo para las parejas de diferente sexo²⁹.

En cambio, en la segunda sentencia, la N.º 011-18-CN/19, la situación parece volverse aún más ambigua, pues establece que no es necesaria modificación alguna en el ordenamiento jurídico, ya que la opinión consultiva N.º OC-24/17 es de aplicación directa en el Ecuador por cualquier funcionario y, para llegar a tal afirmación, parece dejar sentado que, en Ecuador, sí existe un control difuso de constitucionalidad al rezar textualmente:

“290. Con lo dicho se pueden aclarar los equívocos enunciados. El juez u la jueza si tienen competencias para realizar control de constitucionalidad y convencionalidad, como cualquier otra autoridad pública en el ámbito de sus competencias. La Corte Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y sus interpretaciones tienen

carácter de precedente, que son normas jurídicas que tienen alcance general, abstracto y obligatorio, pero no puede ni debe ser considerado el único intérprete. Con relación a si un juez o jueza prevarica por inobservar una norma que considera inconstitucional y aplicar la Constitución, los operadores de justicia no prevarican³⁰.”

Como se lee en la cita anterior, la Corte Constitucional parece alejarse de los precedentes que señalaban la existencia de un control concentrado de constitucionalidad en Ecuador, situación que fue ratificada por la sentencia citada en el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, sin siquiera hacer mención a estos precedentes, y mucho menos establecer una argumentación sólida que permita apartarse de ellos y sentar la existencia de un control difuso de constitucionalidad. Además, deja claro que, en Ecuador, los jueces no prevarican al inobservar una norma que consideran inconstitucional.

Así pues, en el Ecuador, el andamiaje de la jurisprudencia constitucional en torno al control de constitucionalidad es sumamente ambigua, pues no está claro el modelo que el Ecuador mantiene y la Corte Constitucional no ha sabido resolverlo, problema que sin duda será objeto de futuros trabajos.

EL ARTICULO 17 DE LA CADH Y LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

A partir del reconocimiento del derecho a la protección de la familia en la CADH, en su artículo 17³¹, la Corte IDH ha dado contenido a dicha institución a partir de la interpretación de este artículo y ha

señalado que no existe un modelo único de familia, sino que dicho concepto abarca un significado muy amplio y plural en torno al control de constitucionalidad³². De hecho, en la opinión consultiva OC-24/17

29 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 010-18-CN/19*.

30 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 011-18-CN/19*, párrafo 290.

31 Artículo 17 de la CADH.

“Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

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.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

32 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, párrafo 69 y 70.

asienta la idea de que no hay un concepto taxativo de familia³³.

La Constitución ecuatoriana no es contraria a tal afirmación, pues el artículo 67 reconoce la familia en sus diversos tipos, y puede constituirse por diversos vínculos fácticos y jurídicos en los que bastaría observar la igualdad de derechos y oportunidades³⁴. La opinión consultiva OC-24/17 en mención llega, a partir de un criterio de interpretación evolutiva, a concluir que:

- "a) no se encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas;
- b) es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención;
- c) sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual;
- d) este reconocimiento no implica desmerecer otros vínculos familiares;
- e) este reconocimiento no implica apartarse de la intención inicial de los Estados que pactaron la Convención; por el contrario, dice la Corte que "reconocer este vínculo familiar el Tribunal se apegó a dicha intención original" ya que "la Convención le confiere a los Estados y a la Corte la tarea de descubrir y proteger dichos alcances conforme al cambio de los tiempos";
- f) la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones patrimoniales y se extiende a los derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales."³⁵

Ahora bien, respecto al matrimonio, la Corte IDH señala 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. [...]"³⁶. Sumado a esto, establece que un trato diferente entre parejas de diferente sexo y parejas del mismo sexo respecto a la conformación de una familia, no supera un test de igualdad³⁷.

Si bien la Corte IDH establece que pueden existir obstáculos en el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, esclareció que este argumento no basta para impedir su reconocimiento, y, por lo tanto, concluye que "Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales"³⁸.

La Corte Constitucional ecuatoriana, en las dos sentencias antes referidas –Nº 010-18-CN/19 y 011-18-CN/19–, con criterios diferentes y en algunos aspectos contradictorios –como el modelo de control constitucional–, llegaron a la misma conclusión: el reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo en Ecuador. En efecto, en la sentencia 010-18-CN/19, la Corte Constitucional estableció que la Constitución ecuatoriana no prohíbe el matrimonio entre parejas del mismo sexo y no impide al legislador instituirlo, sino que:

"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"³⁹.

33 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 24/17 del 24 de noviembre de 2017, párrafo 174.

34 Constitución, artículo 67, inciso primero.

35 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 párrafo 188-199.

36 Idem, párrafo 189.

37 Idem, párrafo 220.

38 Idem, párrafo 228.

39 Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia Nº 010-18-CN/19*, párrafo 85.

Así, en el marco de la consulta formulada para esta sentencia, acerca de si eran o no inconstitucionales los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, se declaró inconstitucional de la frase “procrear” y de “hombre y mujer” y se la sustituyó por “dos personas” en dichas disposiciones.

Por otro lado, en la sentencia 011-18-CN/19, se reconoció que el 17.2 de la CADH no se contrapone al texto del artículo 67 de la Constitución, sino que se complementan, razón por la cual no era necesario ningún cambio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que la opinión consultiva es de aplicación directa y más favorable en el Ecuador⁴⁰. Mientras, contrariamente, el voto de minoría sostuvo que, al realizarse la anterior interpretación, se estaría provocando una mutación constitucional; es decir, reformar la constitución y, a la vez, obviar los mecanismos de reforma previstos por ella. Textualmente la sentencia 011-18-CN/19 establece:

“149. En el caso del matrimonio, la Constitución reconoce el derecho al matrimonio a las parejas heterosexuales y, por el bloque de constitucionalidad. También reconoce el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo por la interpretación autorizada de la Corte IDH a los artículos 1, 2, 11(2), 17 y 24 de la CADH, desarrollada en la Opinión Consultiva OC24/17. La contradicción entre los dos textos normativos es, pues, un falso dilema.”⁴¹

En todo caso, pese a las diferentes vías de interpretación empleadas por las dos sentencias de la Corte

Constitucional para reconocer el matrimonio para parejas del mismo sexo en Ecuador, quedó claro que el artículo 17.2 de la Convención goza de jerarquía constitucional como el artículo 67 de la Constitución y, en consecuencia, se resolvió la aparente antinomia que se había planteado a favor de las parejas del mismo sexo.

Esta situación legal se explica, además, por la validez material de la Constitución, como una propiedad que depende del contenido de la norma, y que, en el caso del matrimonio, debía ser coherente con los derechos garantizados en el artículo 17.2 de la Convención.

En ese sentido, no se alteró la supremacía de la Constitución, como equivocadamente sostenían algunos detractores del reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo, ya que esta supremacía está condicionada al cumplimiento de dos requisitos. El primero es que los actos del constituyente se encuentran siempre controlados por los derechos humanos; los cuales, al igual que la Constitución, son axiológicamente supremos. Y, el segundo se refiere a que una norma constitucional puede ceder en su aplicación frente a una norma internacional sobre derechos humanos, si ésta ofrece una mayor protección del derecho en cuestión según el principio establecido por la Constitución en su artículo 424.

En consecuencia, el reconocimiento del contenido del artículo 17.2 CADH sobre el matrimonio para parejas del mismo sexo en Ecuador no solo no alteró la supremacía de la Constitución, sino que la reforzó en su validez material.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos se hallan en un mismo nivel jerárquico, y quedan por tanto *ipso facto* incorporados al ordenamiento jurídico a nivel constitucional. Sin embargo, desde el punto de vista material, el inciso 2° del artículo 424 de la Constitución establece que:

“los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. En consecuencia, la Constitución puede ceder ante un tratado internacional que, en el caso

⁴⁰ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia N° 011-18-CN/19*, 149.

⁴¹ Subrayado de los autores.

concreto, otorgue mayor protección a los derechos de la persona.

En este sentido, desde su posición privilegiada, los derechos humanos garantizados a nivel internacional determinan la validez de los actos del Constituyente y de las demás fuentes formales de producción normativa. Por consiguiente, a más de reconocer que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, hay que tener presente la diferencia existente entre validez formal y material.

La validez formal de una disposición depende del cumplimiento de las condiciones formales o procedimentales de su producción, mientras que la validez material se determina exclusivamente en razón de su contenido⁴².

Así que, en caso de un conflicto entre dos normas (una constitucional y otra internacional) sobre derechos humanos, cuál debe prevalecer es un asunto que dependerá de la ponderación de las razones subyacentes a la luz del principio de favorabilidad.

En este sentido, no cabe duda que el artículo 67 de la Constitución, materialmente debería dar paso al contenido del artículo 17.2 de la CADH y, por tanto, fue acertado que la Corte Constitucional no provoque una indeseable mutación constitucional para reconocer el

matrimonio a parejas del mismo sexo, pues esta norma convencional es Constitución material.

Si bien el Ecuador dio un importante paso para garantizar que una de las formas de constitución de la familia –a través del matrimonio– no esté restringida solo a las parejas heterosexuales, la cláusula de igualdad y no discriminación, así como el contenido del artículo 17.2 de la CADH interpretado en la Opinión Consultiva OC-24/17, también deben aplicarse al cúmulo de derechos y oportunidades que se derivan de la protección familiar.

Desde la perspectiva de la supremacía constitucional en su sentido material, no basta con garantizar el acceso a diferentes formas de constitución de una familia. El Ecuador, bajo la premisa de su responsabilidad internacional, debería adoptar todas las medidas para garantizar el pleno disfrute de los derechos derivados de la protección familiar, como son las medidas de seguridad social, salud y filiación, en las que se incluyen las posibilidades de adopción, custodia, etc., para todas las personas.

De igual forma, se espera que la Corte Constitucional resuelva, a través de su jurisprudencia, de forma clara y coherente, el modelo de control constitucional que más favorezca la protección efectiva para el pleno ejercicio de todos los derechos de todas las familias en Ecuador.

42 Guastini distingue entre validez formal y material: la validez formal de una disposición depende de la validez del acto normativo del cual ha sido producida; mientras la validez material de una disposición depende de la validez de las normas que de la misma pueden obtenerse mediante interpretación. Se dice que una disposición es válida desde el punto de vista formal cuando ha sido producida mediante un acto normativo formalmente válido. En otros términos, las condiciones de validez formal de una disposición se resuelven en las condiciones de validez del acto normativo por medio del cual, dicha disposición ha sido producida (conformidad a las metas normas sobre la producción jurídica, concretamente las de competencia y de procedimiento, no de la disposición misma sino, del acto normativo). Una disposición normativa es válida desde el punto de vista material cuando las normas (explícitas) que de la misma pueden obtenerse son materialmente válidas. La relación entre los criterios de validez formal y material es la siguiente. La validez formal es una condición ni suficiente ni necesaria de la validez material. De un lado, la validez formal no es condición suficiente de la validez de una norma. En otros términos, una norma explícita puede ser válida desde el punto de vista formal e inválida desde el punto de vista material. Entre los dos criterios de validez se da la siguiente relación: en caso de conflicto entre ellos el criterio material prevalece sobre el formal. En otros términos: si una norma (explícita) es válida desde el punto de vista formal, pero, al mismo tiempo, inválida desde el punto de vista material, es considerada *tout court* inválida. La validez formal es una validez “débil” mientras la validez material es “fuerte” (Guastini 1989: 877).

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón, Pablo. 2018. *Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, CEP.
- Bobbio, Norberto. 1960. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli Editore.
- Bobbio, Norberto. 2009. *Teoría generale del diritto*. Torino: Giappichelli Editore.
- Cabra Apalategui, José Manuel. 1978. “¿Antinomias constitucionales? Una concepción coherentista de las normas de derecho fundamental”. Uscanga Barradas, Abril y Jesús Aquilino Fernández, *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España*. Oviedo: Universidad de Oviedo-UNAM. 257-71.
- Guastini, Riccardo. 1989. “Concetti e criteri di validità”. En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4.
- Guerra, Marcelo. 2016. “El Control de Convencionalidad. Una Mirada a Partir de los Estándares de la Corte IDH y sus Problemas de Aplicación en Ecuador”. En *Cálamo*, Revista de Estudios Jurídicos N.º 5. Quito: Universidad de las Américas.
- Iturralde Sesma Victoria. 1987. “Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas”. *Anuario de filosofía del derecho*, n. 4. 331-54.
- Nikken Pedro. 2018. “La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/5.-Pedro-Nikken-Fun%C3%A7%C3%A3o-consultiva.pdf> (Consulta 27-IV-2019).
- Storini, Claudia. 2009. “Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008”. En Andrade, Santiago, Grijalva, Agustín y Claudia Storini (editores). *La Nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Normas**
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N° 449 (Quito, 20-X-2008).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22-XI-1969. Entró en vigor el 18-VII-1978.
- Jurisprudencia**
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 55-10-SEP-CC.
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 001-13-SCN-CC.
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 030-13-SCN-CC.
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 034-13-SCN-CC.
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 010-18-CN/19.
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 011-18-CN/19.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24-II-2011.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24-XI-2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26-IX-2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29-II-2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Rizzo y Niñas vs. Chile, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 24-II-2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27-IV-2012.
- Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1-X-1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28-VIII-2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-24/17 de 24-XI-2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19-VIII-2014.