

## MATRIMONIO IGUALITARIO EN ECUADOR Argumentos en torno a su reconocimiento

### SAME –SEX MARRIAGE IN ECUADOR Arguments Surrounding its Recognition

### CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO EQUADOR. Argumentos ao redor do seu reconhecimento

*Mauricio Maldonado\**, *Juan José Alencastro\*\** y *Christian Gallo\*\*\**

Recibido: 20/10/2019

Aprobado: 10/12/2019

#### Resumen

Podría argüirse que exista un conflicto normativo entre el art. 67 de la Constitución del Ecuador y la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH. En tal sentido, se volvería menester identificar argumentos que permitiesen la solución de dicha antinomia. Para lograrlo, en este artículo se analizan distintos asuntos, tanto desde la óptica del Derecho constitucional como desde la teoría de la interpretación. Ellos son: la interpretación más favorable o la efectiva vigencia de los derechos, el valor jurídico de las Opiniones Consultivas a la luz del control de convencionalidad y la necesidad o no de una reforma constitucional para la solución del problema. Se concluye que existen suficientes argumentos para privilegiar la interpretación dada por la Corte IDH en su Opinión Consultiva, sin necesidad, por ende, de que se realice una reforma constitucional.

**Palabras clave:** Control de convencionalidad; Interpretación; Antinomias; Pro persona; Igualdad; Libertad.

#### Summary

It could be argued that there is a normative conflict between art. 67 of the Constitution of Ecuador and the

Advisory Opinion 24/17 of the IACtHR. In that sense, it will be necessary to identify technical arguments that would allow the solution of said antinomy. For this purpose, this article analyzes different issues, both from a Constitutional Law and from theory of interpretation perspectives: such as the most favorable interpretation of the effective validity of rights; the legal value of the Advisory Opinions in light of the conventionality control; and, the need for a constitutional reform for the solution of the antinomy. This paper concludes that there are sufficient arguments to prefer the interpretation given by the IACtHR in its Advisory Opinion, without the need for a constitutional reform.

**Key words:** Conventionality control; Interpretation; Antinomies; Pro persona; Equality; Freedom.

#### Resumo

Poderia argüirse que existe um conflito normativo entre o art. 67 da Constituição do Equador e a opinião consultiva 24/17 da Corte IDH. Nesse sentido, torna-se necessário identificar os argumentos que permitissem a solução dessa antinomia. Para isso, neste artigo se analisam distintas questões, desde a ótica do direito constitucional

\* Mauricio Maldonado es profesor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Tiene un PhD en Filosofía del Derecho, por la Università degli Studi di Genova. Correo electrónico: mmaldonadom@usfq.edu.ec

\*\* Juan José Alencastro es profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Facultad de Relaciones Internacionales de la Universidad de Las Américas. Tiene un Master (LLM) en Crimen y Justicia Internacional, por la Università degli Studi di Torino. Correo electrónico: jjalencastro@gmail.com

\*\*\* Christian Gallo es profesor de las Facultades de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad de Las Américas. Tiene un Master en Derecho Penal y Ciencias Penales, por la Universitat de Barcelona – Universitat Pompeu Fabra. Correo electrónico: cjgallom@gmail.com

como desde a teoria da interpretação, tais como a mais favorável ou a efetiva vigência dos direitos, ou valor jurídico das opiniões à luz do controle de convencionalidade e a necessidade ou não de uma reforma constitucional para a solução do problema, concluindo que existiam suficientes argumentos para privilegiar a interpretação dada pela Corte

em sua opinião consultiva, sem necessidade, portanto, de que se realize uma reforma constitucional.

**Palavras chave:** Controle de convencionalidade; Interpretação; Antinomias; Melhor proteção aos direitos da pessoa; Igualdade; Liberdade.

---

Solté todo el resentimiento que sentía hacia mis padres por haber castigado de un modo tan cruel al muchacho y, mientras hablaba, me di cuenta de que había sido tan obtuso que hasta ese preciso momento, cuando le confiaba a aquella persona apenas conocida detalles y sentimientos que no le había revelado ni siquiera a mi mujer, había concentrado mi resquemor en la actitud de mis padres porque en realidad me había estado escamoteando el verdadero origen de lo ocurrido: la persistencia de una homofobia institucionalizada, de un fundamentalismo ideológico extendido, que rechazaba y reprimía lo diferente y se cebaba en los más vulnerables, en quienes no se ajustasen a los cánones de la ortodoxia.

Leonardo Padura, *El hombre que amaba a los perros*

“Though nothing / Will drive them away / We can beat them / Just for one day”.

David Bowie, *Heroes*

## INTRODUCCIÓN

Hace algunos meses, la Corte Constitucional del Ecuador debió, en aplicación del artículo 428 de la Constitución ecuatoriana, resolver una consulta relativa al matrimonio igualitario y a la posibilidad de que este sea reconocido por parte de las autoridades nacionales en función del principio de convencionalidad. En tal sentido, dicha Corte analizó la posible existencia de un conflicto normativo (antinomía) entre las disposiciones del ordenamiento jurídico ecuatoriano

y las disposiciones del ordenamiento interamericano, a la luz del contenido de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, este artículo pretende introducir ciertos argumentos que respaldan la decisión de que el matrimonio igualitario se haya reconocido en el Ecuador, muchos de los cuales se presentaron en su momento a la Corte Constitucional a través de un *amicus curiae* firmado por los autores.

### EL (POSIBLE) CONFLICTO NORMATIVO EN TORNO AL MATRIMONIO IGUALITARIO Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

Desde cierto punto de vista, la Corte Constitucional del Ecuador –a efectos de decidir qué interpretación debía darse a las normas constitucionales– debía, al menos en principio, resolver un conflicto normativo entre la Opinión Consultiva 24/17 (en adelante, OC-24/17) relativa a la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del

mismo sexo, y el artículo 67 de la Constitución del Ecuador. El problema principal surgió porque, en el derecho positivo ecuatoriano vigente, el matrimonio igualitario no consta como un derecho expresamente reconocido, ni menos aún un derecho protegido. Se argüía, en este sentido, que, visto que el artículo 67 de la Constitución define al matrimonio como “la unión

entre hombre y mujer”, no estaría permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, en su momento, la OC-24/17 se pronunció en sentido contrario, cuando señaló que la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante CADH) ampara un significado amplio de matrimonio que incluye también al matrimonio igualitario. Esta es una reconstrucción posible del problema; aunque, como veremos más adelante, no es la única.

Pues bien, así establecida la cuestión a resolver, resultaría que nos encontramos frente a un conflicto normativo (una antinomia). Vistas como *normas definitorias*, las antinomias se producen entre “enunciados jurídicos (que no poseen una modalización deóntica)” (Agüero 2015, 31), en donde tenemos dos definiciones –una convencional, otra constitucional– acerca del matrimonio. Cabe de inicio una digresión: ¿por qué decimos que se trata de una “definición convencional”? Como se sabe, en la teoría de la interpretación se distinguen, en general, dos “objetos jurídicos” diversos: las *disposiciones* y las *normas* (en sentido técnico). Las disposiciones son los textos normativos –todavía no interpretados– formulados en sede legislativa (*lato sensu*), mientras que las *normas* son los textos ya interpretados, es decir, los significados atribuidos a las disposiciones (particularmente por quienes, amparados por normas de competencia interpretativa, poseen tal poder jurídico). En último término, en el marco de un determinado sistema, los significados (*normas* en sentido técnico) vinculantes son aquellos atribuidos por los “intérpretes auténticos”, aquellos que, según las normas de un sistema dado, tienen el “poder” de decidir cuál es el significado jurídico “autorizado”, “vinculante”, “último”, de determinados cuerpos normativos: la Corte Constitucional para el caso de la Constitución, y la Corte IDH para el caso de la CADH. Es decir que la Constitución, en cuanto “derecho constitucional”, por ejemplo, no es solo su texto y no se limita al conjunto de disposiciones que llamamos generalmente “constitución documental” o “código constitucional”, sino que incluye también a los significados atribuidos por los intérpretes auténticos de dichos textos (Celano 2009, 25 ss.; Bobbio 1971, 268 ss.; Maldonado Muñoz 2018, 78 ss.). El “derecho” –como ha señalado repetidamente Guastini– solo en un sentido impreciso denota un conjunto de

*disposiciones*, de textos normativos. En realidad, en un sentido más preciso, el “derecho” se refiere al *contenido preceptivo o normativo* de las disposiciones, a sus *significados* (Guastini 2014, 23-38). De la misma manera, la CADH (en cuanto “derecho convencional”) no se agota en el texto de la Convención, sino que incluye a los significados (normas en sentido técnico) que a ella le ha atribuido su intérprete auténtico: la Corte IDH. Nótese que, como ha demostrado la teoría de la interpretación, en el ámbito de la aplicación del Derecho, juristas y jueces-zas aplican, *stricto sensu*, las normas en sentido técnico, no las disposiciones. Sin una interpretación previa, la aplicación no es posible (Guastini 2016, 41). En consecuencia, deberemos acordar que la definición convencional del matrimonio se halla en una de las interpretaciones realizadas por la Corte IDH, concretamente, la de la OC-24/17.

Pues bien, la antinomia así reconstruida presupone que las dos definiciones (constitucional y convencional) están en conflicto, que son incompatibles y, que la aplicación de una de ellas impediría la aplicación de la otra. Esta parecía ser, en efecto, la interpretación que habían “aceptado” los aplicadores del derecho con relación al artículo 67 de la Constitución –y otras normas “secundarias”, como la del artículo 81 del Código Civil– razón por la cual, de modo general, se habían negado a permitir que personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Otra hipótesis interpretativa consiste en entender que tanto la Constitución como la CADH incluyen, no ya *normas definitorias*, sino *normas con calificación deóntica*; vale decir: normas del tipo “X está permitido”, “Y está prohibido”, “Z es obligatorio” (Guastini 1995, 437-450). Así pues, deberíamos entender que la antinomia se produciría, en esta segunda hipótesis, entre dos normas con calificación deóntica (una constitucional, una convencional): la primera, que *prohíbe* el matrimonio igualitario; la segunda, que lo *permite*<sup>2</sup>.

Ahora bien, la Constitución prevé la posibilidad de que se presenten conflictos o antinomias de este tipo; dicha posibilidad está implícita en el artículo 424, en la medida en que en él se prevé un *criterio de solución* para los casos en que una norma constitucional y una norma de un tratado de derechos humanos entren en conflicto. Decimos que está implícito porque una

cuestión es identificar una antinomia y otra identificar los criterios de solución aplicables a ella (Bobbio 2011). Si la Constitución prevé un criterio de solución, entonces asume necesariamente la posibilidad de que se presenten antinomias entre su texto y las disposiciones de los tratados de derechos humanos. En términos de nuestro sistema jurídico (visto el 2.º inciso del artículo 424 de la Constitución), podríamos decir que –admitida la reconstrucción planteada– se daba una antinomia total entre una *norma expresa* de la Constitución (definitoria o con calificación deóntica) y una *norma inexpressa* (implícitamente reconocida por el propio artículo 424, y así interpretada por el intérprete auténtico de la CADH). Una vez aceptado el conflicto, debemos admitir que la propia Constitución señala también cómo ha de ser resuelto. Al respecto, dos cuestiones deben remarcar: (1) tanto la Constitución (art. 11 N.º 5) como la Convención (art. 29) reconocen el principio *pro persona* como un criterio de solución cuando se encuentra de por medio el reconocimiento o la protección de un derecho; y, (2) la Corte Constitucional debe observar el “control de convencionalidad” (Bazán 2012, 17). Este planteamiento –en términos simples– supone asumir que las interpretaciones que realice la Corte IDH respecto de la CADH son *interpretaciones precedentes*, en base a las cuales la Corte Constitucional debe fallar.

### **Pro persona, interpretación más favorable, igualdad y libertad**

El principio *pro persona* ya señalado, en este caso nos conduce a otros dos principios<sup>3</sup>: (1) el de igualdad (arts. 11 N.º 2 y 66 N.º 4 de la Constitución y arts. 1 N.º 1 y 24 de la CADH); y, (2) el de libertad (art. 66 de la Constitución y art. 1, N.º 1 de la CADH, con sus desarrollos ulteriores en el articulado y la jurisprudencia) o, más en concreto, el libre desarrollo de la personalidad (art. 66 N.º 5 de la Constitución y, en sentido amplio, el art. 3 de la CADH). ¿Por qué? Ya que la Constitución señala que ha de darse preferencia a los tratados de derechos humanos “que reconozcan derechos más favorables que la Constitución” (art. 424), lo mismo que el artículo 11 N.º 5, que estipula que, en materia de derechos fundamentales, ha de preferirse “la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”, requerimos de un aparato

argumentativo que nos permita decidir qué podemos considerar “más favorable”. Admitida la existencia de una antinomia y de un criterio para su solución, corresponde determinar en favor de qué norma ha de aplicarse este criterio.

Si consideramos los principios planteados, veremos que, por un lado, el principio de igualdad puede servir de fundamento argumentativo para señalar que, en materia de libertades (y el matrimonio es una libertad), ha de privilegiarse la *permisión* y no la *prohibición*. Efectivamente, la prohibición del matrimonio igualitario impedía a las personas del mismo sexo contraer matrimonio, mientras que la *permisión* de este en nada disminuye el derecho de las parejas de distinto sexo a casarse. En otras palabras, permitiendo el matrimonio igualitario en nada se disminuye el derecho, ya reconocido y protegido, de las parejas del mismo sexo a contraerlo; mientras que, al prohibirlo, se deja fuera a un grupo importante (en términos estrictos, no solo a las parejas del mismo sexo, sino a toda la comunidad LGBTI). La “igualdad en derechos”, en este segundo caso, no resulta protegida, sino, por el contrario, desamparada; adicionalmente por una razón basada en las orientaciones sexuales de las personas. Una exclusión que muchos individuos consideran como un verdadero “castigo” que se basa, no en lo que tales individuos *han hecho*, sino en lo que *son* (Ferrajoli 1995). Su orientación sexual –que conforme al artículo 11 N.º 4 de la Constitución no puede usarse como un elemento de discriminación– era usada para no otorgarles los mismos derechos en las mismas condiciones. Se asumía, desde una perspectiva moralizada, que son ciudadanos y ciudadanas *de segunda*, constreñidos a no ser reconocidos al mismo nivel que los demás, únicamente por su orientación sexual.

Aunque los casos sean diferentes, resulta interesante ver que el principio que señala que, en un *Estado constitucional de Derecho* nadie puede afrontar una carga desigual por lo que *es* (no por lo que *ha hecho*), puede encontrarse también en la jurisprudencia interamericana y comparada. Piénsese, por ejemplo., en *Fermín Ramírez contra Guatemala* (2005), seguido, verbigracia, por el fallo *Gramajo* (2006) de la Corte Suprema de la Nación Argentina, en donde esta última Corte señaló:

“En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio Estado se arrogue la potestad –sobrehumana– de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo”.

Esta tesis nos da pie para pasar al segundo principio, el de libertad y, más concretamente, el de libre desarrollo de la personalidad. En efecto, el artículo 66 N° 5 de la Constitución reconoce el derecho a que las personas puedan desarrollar libremente su personalidad. Es decir, en los términos contexto-dependientes de una democracia liberal-igualitaria, aquello que ampara que las personas puedan elegir libremente su proyecto de vida, el que mejor se ajuste a sus preferencias personales. Lo contrario presupone admitir la existencia de un modelo *perfeccionista* de Estado, es decir, aquel que busca que sus instituciones protejan “un ideal de excelencia humana”. Bajo este presupuesto, no es la persona la que, racionalmente y libre de presiones coercitivas, puede tomar libremente las decisiones que le hacen feliz, las que materializan su bien, sino que es el Estado –que, en este caso, actúa como *Parens Patriae*, al poner en marcha una concepción paternalista– el que decide qué es mejor para la persona, qué materializa su bienestar; pese a que se trate de conductas que no provocan daños a terceros (Maniaci 2012). Se trata, por lo demás, de proteger a las personas de las indebidas injerencias del Estado, para tutelar aquella esfera que corresponde al ámbito de su *privacidad*. En este ámbito, la privacidad engloba “a las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros. Estas acciones son “privadas” no en el sentido de que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público sino en el sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente” (Nino 2005, 305). Este es, por lo demás, el fundamento mismo de la “libertad como autogobierno”: “ya que hemos de ser gobernados –decía Kelsen– aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos” (Kelsen 1934, 16). Se trata, también, de la “libertad como autonomía”, sin la cual –como ha señalado Bobbio– una democracia genuina no es posible (vid., en general, Maldonado Muñoz 2016 y 2019).

## Opinión consultiva 24/17, control de convencionalidad y matrimonio igualitario

Como ya dijimos, en el ámbito teórico, el control de convencionalidad no es sino la obligación de los jueces o tribunales locales de tratar las interpretaciones de la Corte IDH como *interpretaciones precedentes* que han de aplicarse en la resolución de los casos sometidos a su conocimiento. Téngase en cuenta, ante todo, que la Corte IDH actúa como *intérprete auténtico* de la CADH en todos los casos, sea que se trate del ejercicio de sus competencias contenciosas, sea que se trate del ejercicio de sus competencias consultivas (arts. 44 y 64 CADH). En otras palabras, la Corte IDH –más allá de que esté realizando una u otra labor– nunca se desprende de su calidad de intérprete auténtico. Y es el artículo 64 de la CADH el que señala que los Estados miembros –*in primis*– podrán consultar a la Corte “acerca de la *interpretación*” de la CADH. ¿Qué hace la Corte IDH en las Opiniones Consultivas si no atribuir un significado jurídicamente vinculante –propio del intérprete auténtico– a la CADH? De allí que, en términos llanos, bastaba con que la Corte Constitucional adopte la interpretación de la Corte IDH, que es el órgano convencionalmente legitimado para establecer el alcance y significado de la CADH. No son los partidarios de un determinado ideario (por ejemplo, religioso), ni cualquier grupo de individuos, quienes pueden determinar el significado “auténtico” de la CADH; es decir, el conjunto de normas expresas e inexpressas que la integran. Esa es una labor de la Corte IDH. Si hemos de preguntarnos, en términos estrictamente jurídicos, ¿qué significa tal o cual disposición de la CADH?, la respuesta válida y vinculante ha de encontrarse en las interpretaciones de la Corte IDH.

Por supuesto, existen diferencias entre esta función consultiva y la función contenciosa de la Corte, pero este hecho en nada cambia el lugar que tiene la interpretación y el órgano que la realiza. Se trata, siempre y en todos los casos, del ejercicio de una competencia interpretativa auténtica –autorizada por normas de competencia–, de acuerdo con la cual, la Corte IDH atribuye significados (interpretaciones) con *valor jurídico*. Quizás la confusión se presenta porque suele estimarse que las Opiniones consultivas no son coercibles,



de tal suerte que tampoco serían vinculantes. Esta hipótesis no debe resultar persuasiva. Si bien una parte de la literatura relevante tiende a confundir los términos “coercible” y “vinculante” (Hitters 2008, 131-56), bien mirado, estos dos no son términos unívocos. Que una norma sea vinculante (vale decir, jurídicamente obligatoria) no supone que sea necesariamente coercible. Es “coercible” una norma que prevé una sanción atada a una determinada conducta (se trata, en general, de normas condicionales del tipo “Si H, entonces C”). Se dice “*jurídicamente* obligatoria” una norma que pertenece a un sistema jurídico, incluya o no una sanción; aun cuando decir que una norma sea “jurídicamente obligatoria” nada dice sobre su aceptabilidad u “obligatoriedad moral” (cosa que, por lo demás, dependerá del sistema moral que un agente tenga de referencia: la moral cristiana, la moral liberal, etc.). Se trata de distinguir, aquí, la validez, la existencia y la eficacia de las normas (Guastini 2016). En uno de sus sentidos, la eficacia de una norma puede estar atada a la existencia de una sanción, aunque no es necesario que lo esté. En efecto, puede existir una norma formalmente válida en un ordenamiento que prevea una sanción, y que, sin embargo, sea generalmente desobedecida (v.gr., la norma que prohíbe el aborto), que sea ineficaz. Pero también existen normas jurídicas no atadas a una sanción que, sin embargo, son eficaces; es decir, generalmente obedecidas. A efectos del control de convencionalidad, así mirado, las Opiniones Consultivas podrían no resultar coercibles, pero ello no supondrá que no serán vinculantes (en la medida en que son interpretaciones autorizadas de la Corte IDH). Esta situación legal implica, nada más, que su puesta en marcha no puede hacerse por medios coercitivos; mas no supone que la Corte Constitucional, en el caso de Marras, no podía acogerse a tal interpretación: se trata de una interpretación vinculante en tanto autorizada, auténtica, competente. Si el Estado quería cumplir a cabalidad con las obligaciones derivadas de la CADH y con el consecuente deber de seguir los parámetros interpretativos de la Corte IDH, no hay razones para que distinga las interpretaciones dadas en contextos contenciosos o en contextos consultivos. Es cierto, además, que una sentencia adoptada en un determinado caso contencioso podría ser coercible frente a uno de los Estados miembros, y ser vinculante frente a todos los demás (aunque no sea

coercible). Sostener algo diferente supondría caer en la añosa equivocación, hoy imposible de compartir, de acuerdo con la cual, las “auténticas normas jurídicas” son solo las “normas atadas a sanciones” (coercibles); por la banal razón de que “por cada norma que estipula sanciones no puede haber siempre otra que estipule sanciones por no aplicar las sanciones de la primera norma, ya que esto implicaría una secuencia infinita de normas” (Nino 2010, 193). Además, la concepción coercitiva extrema del Derecho no resulta persuasiva, porque hay cosas que las normas coercitivas no pueden hacer, a saber: (a) constituir un sistema jurídico y regular la producción de sus normas; (b) instituir los órganos jurisdiccionales del sistema; (c) regular las modalidades de designación de los jueces de tales órganos, la duración de tales cargos, las modalidades de su sustitución, etc. Este contexto muestra que, en los ordenamientos jurídicos, existen normas que no pueden reducirse a normas coercitivas (Chiassoni 2016). ¿Acaso diríamos que estas y otras normas no coercitivas no son jurídicamente vinculantes? Nadie sensato lo sostendría.

En este sentido, las opiniones consultivas deben entenderse como jurídicamente vinculantes, a propósito del control de convencionalidad, aunque no sean necesariamente coercibles. Por lo demás, como ya se dijo, el “derecho convencional” no puede agotarse en el mero texto de la CADH. El *contenido preceptivo* de la CADH está dado por sus interpretaciones, en particular por los significados a ella atribuidos por parte de su intérprete auténtico: la Corte IDH. Si bien la Corte IDH, en la Opinión Consultiva 1/82, ha dicho que las opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que sus sentencias en materia contenciosa, jamás ha expresado que las opiniones consultivas no sean vinculantes en absoluto. La distinción entre obligatoriedad jurídica y coercibilidad permite evitar equívocos. Tal control de convencionalidad, dicho sea de paso, puede y debe aplicarse incluso *ex officio* (vid. *Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú*; *Cabrera García y Montiel Flores contra México*). Ha de sumarse a estos argumentos, además, que el Estado no puede alegar normas de Derecho interno para eximirse de sus obligaciones internacionales (la propia Corte IDH ha dicho que este principio alcanza también a las *normas constitucionales*: vid. Opinión consultiva 4/84).

## ¿ERA NECESARIO REFORMAR LA CONSTITUCIÓN A LOS EFECTOS SEÑALADOS? OTRA INTERPRETACIÓN ES POSIBLE

Un último problema parecería plantearse. Si aceptamos lo dicho en el apartado precedente, ¿no implica su análisis que sería necesario modificar el artículo 67 de la Constitución ecuatoriana? Pues bien, la existencia de una antinomia está atada a las interpretaciones adoptadas. Así, en la medida en que son posibles varias interpretaciones de una misma norma, es necesario admitir que, mientras una interpretación puede conducir a una antinomia, otra diferente puede hacerla desaparecer (Perelman 1964), particularmente en la dimensión diacrónica (Guastini 2016, 247 ss.).

Ante todo, habría que señalar que, *ceteris paribus*, en la reconstrucción ofrecida en el acápite anterior, parecería resultar sacrificada una norma constitucional, la del artículo 67. Pero esta conclusión no es necesaria, al menos por tres razones. En primer lugar, aun si no se admitiera otra interpretación del mencionado artículo, ¿sería una reconstrucción del todo plausible señalar que, simplemente, se ha aplicado una norma de Derecho internacional en detrimento de una norma constitucional (de Derecho interno)? No, debido a que es la propia Constitución la que admite que se apliquen ciertos instrumentos internacionales, incluso por sobre la Constitución, siempre que se trate de tratados de derechos humanos que sean más favorables. Así mirado, puede ser cierto que apliquemos una norma internacional (de derechos humanos), pero lo haríamos sobre la base de la aplicación de una norma constitucional (aquella que instituye el criterio de solución de este tipo de antinomias).

En segundo lugar, se trata de una conclusión interpretativa que se justifica en los principios de igualdad y libertad para los efectos de decidir qué norma cuenta, en este caso, como “más favorable”. Un proceder que tiene, como se ha visto, una base constitucional. En tercer lugar, *mutatis mutandis*, la disposición del artículo 67 admite una interpretación distinta que, una vez adoptada por el intérprete auténtico de la Constitución (la Corte Constitucional), no implica proceso alguno de “revisión constitucional”, entendiendo por “revisión

constitucional” cualquier proceso reglado de modificación de la Constitución.

El segundo inciso del ya mencionado artículo 67 dice, en lo que interesa: “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer”. Ahora bien, ¿cuál es el comportamiento o la clase de supuestos de hecho que esta norma cubre? Se trata, podríamos decir, de los matrimonios “heterosexuales” (entre personas de distinto sexo). Sin embargo, se impone la pregunta: ¿cómo debemos entender que esta “regula” su clase complementaria? La clase complementaria a esta norma sería, por supuesto, aquella de los “no heterosexuales”. ¿Debemos entender que la Constitución *permitiendo* el matrimonio “heterosexual”, al no decir nada respecto a la clase complementaria, ha prohibido (implícitamente) el matrimonio “no heterosexual”? ¿O, más bien, debemos entender que, dado que nada dice nuestra norma sobre la clase complementaria, se trata de una laguna, y, entonces, que también puede ser interpretado en el sentido de que, al no decir nada sobre la clase complementaria (“no heterosexuales”), ha dejado la puerta abierta para su reconocimiento? (vid., sobre el método *a contrario*, Guastini 2011, 289 ss.). Pues bien, los intérpretes y aplicadores del Derecho habían preferido la primera de estas interpretaciones. Por su parte, la segunda interpretación es aquella que se buscaba imponer, y que la Corte Constitucional finalmente aceptó en sus dos sentencias. Pero no lo hizo sobre la base de la negación de la norma que disciplina el matrimonio “heterosexual” (que seguirá siempre vigente), sino sobre la decisión acerca de la disciplina de su clase complementaria (los “no heterosexuales”). ¿Al no regular expresamente la clase complementaria, la Corte Constitucional estaba obligada a asumir que el matrimonio “no heterosexual” ha resultado prohibido allí donde la Constitución “calla”? Es obvio que no. Se trata, además, de un caso como tantos en donde la Corte Constitucional debe ejercer sus potestades de intérprete auténtico (art. 436 N° 1), para señalar cuál es el alcance y contenido de la Constitución de la República. Una reforma no era necesaria.

## CONSIDERACIONES ULTERIORES: MATRIMONIO IGUALITARIO Y “ESTADO LAICO”

El segundo inciso del artículo 1 de la Constitución señala, entre otras cosas, que el Ecuador es un “Estado laico”. Pues bien, la doctrina del “Estado laico” –que hunde sus raíces en el pensamiento liberal– corresponde a un modo de organización donde, por un lado, la religión y el Estado deben ser esferas separadas e independientes; y, por otro, el Estado no debe adoptar posición alguna frente a la religión. La religión, en consecuencia, debe mantenerse como una cuestión meramente privada (no pública).

En otras palabras, de acuerdo con la doctrina del Estado laico, la libertad religiosa tiene dos facetas: libertad de religión (libertad de los individuos de practicar o no un culto determinado) y libertad frente a la religión (libertad de los individuos de no ver invadida su esfera privada por un culto del que no son prosélitos) (Chiassoni, 2013). En un esquema sobre huellas hohfeldianas, entonces, diríamos que se trata de dos tipos de derechos subjetivos: el primero, una libertad (*stricto sensu*); el segundo, una inmunidad (Hohfeld 1919).

No obstante, existió una fuerte presión en las autoridades para que la inmunidad mentada no sea efectivamente protegida, en la medida en que se pretendía que determinados idearios religiosos –a menudo aquellos correspondientes a la religión dominante– determinen el contenido de la legislación y de la interpretación de la Corte Constitucional. Esta forma esconde, en realidad, una concepción *neo-confesional*. No se

trata, por supuesto, de la vieja idea del “Estado confesional”, en donde existía una “religión de Estado”, sino de una forma atenuada; y, sin embargo, invasiva de la esfera pública.

Muchos de estos grupos, de hecho, usan argumentos directa o indirectamente religiosos, con el objetivo de que la legislación y el orden social reconozcan esta supuesta “verdadera” moral, que impediría, entre otras cosas, el matrimonio igualitario, el aborto (incluso en casos de violación), la eutanasia, ciertos procesos de fecundación asistida, la educación sexual, etc. Se trata de una forma subrepticia de invasión de la religión en el Derecho, en la política y en la familia, de la negación de algunos elementos esenciales del Estado laico: aquel en que los argumentos religiosos no tienen cabida en la discusión pública, justamente porque se trata de cuestiones privadas delegadas a la conciencia de cada individuo. Si la protección de la *libertad de religión* se da en aras del principio de autonomía moral de las personas, ese mismo trato también debe darse a la *libertad frente a la religión*, para que esta no invada los espacios de quienes no profesan sus cultos ni comparten sus principios que pretenden imponer una supuesta “verdadera” moral. Asumir esta última postura, como ya vimos, implica la degeneración de la libertad, pues impone un modelo perfeccionista, paternalista y, como hemos visto, *neo-confesional*. Así, los argumentos religiosos, válidos en una esfera personal (privada), no deben trascender a la esfera colectiva (pública).

## CONCLUSIONES

- La propia Constitución del Ecuador (art. 424) reconoce implícitamente la posibilidad de que se presenten antinomias entre su texto y algún tratado internacional y, en tal sentido, establece como mecanismo de solución del conflicto el privilegiar los tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables.
- La Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, que reconoce plenamente el matrimonio igualitario, es una interpretación vinculante de la CADH, en tanto la Corte IDH es el intérprete auténtico de la Convención, razón por la cual, los Estados que son parte de dicho instrumento internacional están llamados a respetar dicha interpretación.



- Al ser la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH más favorable que la Constitución para la efectiva vigencia de los derechos constitucionales a la libertad e igualdad (entre otros), correspondía, como sucedió, que la Corte Constitucional, intérprete auténtico de la Constitución del Ecuador, decida que es aquel estándar el que debía prevalecer.
- El artículo 67 de la Constitución del Ecuador no debía ser necesariamente modificado, en tanto dicha disposición se refiere exclusivamente al matrimonio heterosexual, sin que esta recomendación impida la aplicación de la Opinión Consultiva 24/17.

## BIBLIOGRAFÍA

- Agüero-San Juan, Sebastián. 2015. "Las antinomias y sus condiciones de surgimiento. Una propuesta para los enunciados normativos". *Revista de derecho* (Valdivia) 28(2): 31-46.
- Bazán, Victor. 2012. "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas". *Justicia constitucional y derechos fundamentales* 3: 17-55.
- Bobbio, Norberto. 2011. *Saggi sulla scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- \_\_\_\_\_. 1971. "Quale giustizia, quale legge, quale giudice?". *Quale giustizia* 2 (8), 268-74.
- Celano, Bruno. 2009. *Derecho, justicia, razones*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Chiassoni, Pierluigi. 2016. *Da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli.
- \_\_\_\_\_. 2013. *Laicidad y libertad religiosa*. Coordinado por Pedro Salazar Ugarte y Pauline Capdevielle. Ciudad de México: UNAM.
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Guastini, Riccardo. 2016a. *Las fuentes del derecho*. Lima: Raguel.
- \_\_\_\_\_. 2016b. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- \_\_\_\_\_. 2014. "Conoscere il diritto". *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale* 75: 23-38.
- \_\_\_\_\_. 2011. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- \_\_\_\_\_. 1995. *Antinomias y lagunas*. Anuario del Depto. de Derecho de la Universidad Iberoamericana 29: 437-50.
- Hitters, Juan Carlos. 2008. "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte IDH?". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10: 131-56.
- Kelsen, Hans. 1934. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Labor.
- Maldonado Muñoz, Mauricio. 2019. *La democracia a partir de Bobbio*. Quito: Cevallos.
- \_\_\_\_\_. 2018. *Los derechos fundamentales. Un estudio conceptual*. Lima-Santiago de Chile: ARA-Olejnik.
- \_\_\_\_\_. 2016. "Democracia, derechos y regla de mayoría: una mirada a partir de la teoría de Norberto Bobbio". *Isonomía* 44: 127-62.
- Maniaci, Giorgio. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*. Torino: Giappichelli.
- Nino, Carlos Santiago. 2010. *Introducción al estudio del derecho*. Buenos Aires : Astrea.
- \_\_\_\_\_. 2005. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Perelman, Chaïm. 1964. "Les antinomies en droit: Essai de synthèse". *Dialectica* 18 (1/4) : 392-404.