

Juicio No. 17230-2018-11800

UNIDAD JUDICIAL CIVIL CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA DE PICHINCHA. Quito, jueves 16 de agosto del 2018, las 11h57.

VISTOS: Agréguese al expediente los escritos presentados, que legitiman la intervención realizada por las partes en la presente causa. En lo principal, de la tramitación de la acción de protección signada con el número 17230- 2018, esta Autoridad ha podido notar que se ha puesto en mi conocimiento, una causa que al parecer contiene dos normas que a criterio de esta Juzgadora se encontrarían, más allá de toda duda razonable, contrapuestas a los principios y normas establecidos en la Constitución y a los derechos reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Opinión Consultiva No. OC-024/17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los que por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución, gozan también de supremacía respecto de otras normas del ordenamiento jurídico.

Por lo que, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 428 del Constitución de la República del Ecuador que establece: *“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.”* Esta Autoridad eleva en consulta la aplicación y constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

En este sentido, y estricto respeto a lo establecido en la Sentencia 001-13-SCN-CC, dentro del expediente No. 0535-12-CN, se dará cumplimiento a la misma, y se motiva la presente consulta de la siguiente forma:

1.1.- Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta.

- 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 Civiles

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.

1.2.- Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, y las circunstancias, motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos.

En primera instancia, se debe mencionar que el Art. 11, numeral 3, inciso 1 de la Constitución de la República del Ecuador que establece “*El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3.- Los derechos y garantías establecidas 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*”, así como lo determinado por el Art. 426 de la Carta magna que determina: *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.*, determinan la necesidad de que los todos los ciudadanos y ciudadanas, más aún aquellos que ejercemos cargos públicos, y sobre todo quienes administramos justicia debemos aplicar directamente las normas contenidas en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en especial, aquellos que contengan derechos o prevean garantías más favorables que las establecidas en la Constitución.

En este caso, sucede un tema *sui generis*, pues la Opinión Consultiva de 24 de noviembre del 2017, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”, determina el alcance de las normas convencionales que reconocen los derechos a la igualdad y no discriminación, la identidad y la familia, contemplados en los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24 de la CADH de la población LGBTI.

En principio, es necesario referirnos a la característica vinculante que tienen las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que el Estado ecuatoriano suscribió la CADH el 22 de Noviembre de 1969, sin puntualizar reserva alguna. Ratificó la misma el 8 de Diciembre de 1977, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, establecida en el art. 62 de la Convención, mediante Decreto N1 2768, de 24 de julio de 1984. La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana, establecida en el art. 64 de la CADH, fue reconocida por el Estado ecuatoriano por el mismo acto de ratificación¹.

Al ratificar la Convención y aceptar la competencia de la Corte IDH, el Ecuador se obligó a “*respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna*”; y

¹ El reconocimiento de la competencia consultiva del Corte IDH por el acto de ratificación de la CADH en 1977, el Estado ecuatoriano manifestó reconocer la capacidad consultiva de la Corte a través de la Solicitud de Opinión Consultiva que realizó al órgano interamericano el 18 de Agosto de 2016.

además, se obligó a respetar la interpretación que la Corte IDH haga sobre el contenido de este instrumento internacional.

La Corte Interamericana es la intérprete última de la CADH², esta capacidad de intérprete la ejecuta a través del ejercicio de su competencia contenciosa y su competencia consultiva. La función consultiva de la Corte le permite “interpretar cualquier norma de la (Convención), sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación”³.

Las decisiones consultivas de la Corte tienen efectos jurídicos innegables⁴, en razón de que, en primero lugar, al aplicar la CADH los servidores públicos, administrativos y judiciales, deben “tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”⁵. Y, en segundo lugar, los diversos órganos del Estado tienen la obligación de realizar control de convencionalidad, también “sobre la base de lo que la Corte IDH señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva”⁶, no solamente sobre lo que se decida en los casos contenciosos.

En el mismo razonamiento, la Corte IDH se ha pronunciado además en el sentido de que el control de convencionalidad es la obligación que tienen todas las autoridades públicas de “velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”⁷. El ejercicio de este control implica que, las autoridades pueden expulsar normas internas contrarias a la CADH, o bien, interpretarlas conforme a la misma⁸, puesto que “la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas” a la Convención o a su fin de proteger la dignidad humana.

Por lo hasta aquí expuesto, la Convención Americana no puede ser aplicada sin respetar la interpretación que su máximo órgano de control y aplicación ha hecho, pues dicha interpretación hace parte del contenido del tratado. En ese sentido, lo que la Corte IDH

² Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de Agosto de 2014. Párr. 19

⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-15/97, de 14 de Noviembre de 1997.

⁵ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párr. 126.

⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014. Párr. 31.

⁷ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Párr. 193.

⁸ Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Párr. 183

ha interpretado en su Opinión Consultiva 24/17, respecto al derecho a contraer matrimonio contenido en el art. 17.2 de la CADH, es 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.”⁹

En el mismo sentido, esta juzgadora considera que el Estado ecuatoriano está obligado a reconocer el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio en su legislación interna, prácticas judiciales y administrativas, no solamente por sus obligaciones derivadas de la CADH, el ejercicio del Control de Convencionalidad, y los principios de aplicación directa y eficaz de los Instrumentos Internacionales, sino además, porque la propia Corte Constitucional del Ecuador, en Sentencia No. 184-18-SEP-CC, de 29 de Mayo de 2018, decidió que la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, es vinculante.

Sobre esto, la Corte Constitucional indicó que, lo decidido en la Opinión Consultiva, al ser “interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección”¹⁰ de los derechos.

Teniendo ya resuelto el carácter vinculante de las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH, es necesario adentrarnos en el texto de la misma, para el punto que nos interesa, es necesario mencionar que el punto resolutivo número 8 de la Opinión Consultiva OC-24/17 señala: De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 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 y 228.

Debido a esta interpretación evolutiva del art. 17.2, la Corte reconoce que se deben “extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo

⁹ Corte IDH. Opinión OC-24/17, de 24 de Noviembre de 2017. Párr. 182.

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Caso No. 1692-12-EP, de fecha 29 de mayo de 2018. P. 58.

sexo – incluyendo el matrimonio–”¹¹ pues ese “sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo”¹².

Y 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 derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales”¹³.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, reconoce que de las disposiciones de la CADH se deriva la obligación de amparar el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo y ha instado a los países de la región a adecuar sus legislaciones para dar vía libre a ese derecho, en el Ecuador aún no se han realizado las reformas legales pertinentes en este sentido, por lo que la normativa a aplicarse es la que se encuentra vigente, la cual define al matrimonio legalmente admisible como aquel celebrado únicamente entre un hombre una mujer.

Ahora bien, una vez que se ha discutido los aspectos de base que sostienen la necesidad de que las normas consultadas sean revisadas por la Corte Constitucional, con enfoque de género y con enfoque de derechos, esta juzgadora considera necesario que se tenga en cuenta además que existen varios derechos que se encuentran en riesgo al mantener estas normas en el ordenamiento jurídico nacional. Uno de ellos es derecho a la igualdad y no discriminación.

▪ Derecho a la Igualdad y no discriminación

La Constitución del Ecuador en su artículo 66 numeral 4 garantiza el “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”. Este derecho se encuentra desarrollado de varias formas en la Carta Magna, lo que trae consigo mayor protección de toda actitud o acción que se signifique discriminación. La igualdad y no discriminación como responsabilidad del Estado se encuentra en el artículo 3 numeral 1 que señala el “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (...)”.

Las normas consultadas, así como los propios artículos 67 y 68 de la Constitución de la República, claramente se encuentran en tensión, ya que la misma Carta Magna, reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación, tanto como un principio que guía la aplicación y garantía de los derechos, como un derecho constitucional del que gozan todas las personas, colectivos, comunidades y nacionalidades.

Respecto a la igualdad formal, la Corte Constitucional ecuatoriana ha determinado que la igualdad legal pretende cristalizar un contexto igualitario a aquellas personas que se encuentran en situaciones paritarias o idénticas y por lo tanto, obliga a que se abrigue los

¹¹ Corte IDH. Opinión OC-24/17, de 24 de Noviembre de 2017. Párr. 218

¹² *Ibidem*.

¹³ Corte IDH. Opinión OC-24/17, de 24 de Noviembre de 2017. Párr. 228.

mismos derechos a las personas que se encuentran en igualdad de condiciones omitiendo tratos diferenciados irrazonables que beneficien a unas y perjudiquen a otras. Todo esto constante en los principios establecidos en el art. 24 de la CADH, que reconoce a la igualdad formal como derecho, todas las personas son iguales ante la Ley.

Con respecto a la no discriminación la Constitución ecuatoriana señala que la discriminación es aquella distinción personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos, esta definición acogida en nuestra norma constitucional desde el derecho internacional de los derechos humanos, resulta relevante, pues califica como discriminación no solo a aquellos actos u omisiones que desde un inicio estuvieron dirigidas a discriminar, sino también aquellas actuaciones que siendo aparentemente neutras resultan discriminatorias. La igualdad y no discriminación como principio de interpretación de derechos se encuentra en el artículo 11 numeral 2 donde la CRE es explícita en manifestar que está prohibida toda forma de discriminación en razón de orientación sexual; adicionalmente el artículo 83 numeral 14 recalca como responsabilidad de ciudadanos y ciudadanas el “Respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual”.

En este mismo sentido, la Corte IDH en su jurisprudencia ha establecido una serie de parámetros para evaluar si las medidas adoptadas por los estados son distinciones legítimas o discriminaciones, conocidas en su conjunto como test de escrutinio. La Corte IDH dejó sentada en su Jurisprudencia concretamente en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile que bajo el Art. 1.1 y 24 de la CADH se protege también a la orientación sexual, como categoría prohibida de discriminación.

De acuerdo a las normas constitucionales, el ejercicio del derecho a contraer matrimonio se encuentra protegido por el principio de igualdad y no discriminación, principio que también es un derecho, responsabilidad del estado, principio de interpretación y responsabilidad ciudadana. Esta protección contra la discriminación implica que el Estado deberá justificar racionalmente las medidas que tome para limitar el ejercicio de los derechos de una persona o grupos de persona, en relación a cómo limita los derechos de otras. Si no se justifican, las medidas serán ilegítimas, violatorias de derechos y discriminatorias. En el presente caso, la medida a analizarse es la restricción del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo, en relación a la inexistencia de dicha restricción para las parejas de distinto sexo.

Se debe anotar que, tanto la Corte Inter-Americana como la Corte Constitucional del Ecuador, han manifestado concordantemente que la orientación sexual no puede ser considerada como un parámetro para impedir o restringir el ejercicio de los derechos humanos, y que por el contrario, la orientación sexual de las personas es una categoría propia de la personalidad humana, debido a la cual las personas han sufrido

discriminación histórica, por lo que debe ser considerada como una categoría sospechosa de discriminación.¹⁴

En esta lupa, es necesario considerar si la unión de hecho, o cualquier otra medida alternativa al matrimonio de las parejas del mismo sexo, puede ser considerada como legítima y no discriminatoria por si misma. Al respecto, la Corte IDH indica que:

“(…) crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación (…)

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”¹⁵ y que,

“Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad”¹⁶.

Entonces, ni la unión de hecho, ni cualquier otra medida alternativa que no lleve el nombre de “matrimonio”, son medidas válidas para justificar un trato diferenciado a las parejas del mismo sexo, porque por si mismas son una denegación lesiva del derecho al matrimonio que no supera el test de igualdad.

- Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Nuestra Constitución reconoce expresamente el derecho de la libertad en todas sus formas en su Art. 66:

¹⁴ Ver Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Caso No. 1692-12-EP, de fecha 29 de mayo de 2018. P. 74-75; y, Corte IDH. Opinión OC-24/17, de 24 de Noviembre de 2017. Párr. 83 y 84.

¹⁵ Corte IDH. Opinión OC-24/17, de 24 de Noviembre de 2017. Párr. 224.

¹⁶ Corte IDH. Opinión OC-24/17, de 24 de Noviembre de 2017. Párr. 220.

Por su parte, la CADH protege a la familia señalando que:

“Artículo 17. 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.”

La Corte IDH ha determinado cual es el verdadero contenido del art. 17.1 de la Convención, indicando que el mismo no “contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por “familia”. (...) la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma.” Y que, en virtud de esta protección de todos los tipos de familia, no solamente la tradicional, las familias diversas deben ser protegidas por todas las instituciones jurídicas disponibles, incluyendo la del matrimonio.

Para llegar a esa afirmación, la Corte Interamericana reconoce que existen muchas barreras jurídicas, sociales, políticas y religiosas que han impedido a las familias diversas acceder a la protección de la familia en igualdad de condiciones, advirtiendo que:

“para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas –casadas o no– que por cualquier motivo carecen de capacidad generandi o de interés en procrear. (...) Por otro lado, el significado de la palabra “matrimonio” al igual que la de “familia” ha variado conforme al paso de los tiempos (...) Si bien la etimología es siempre ilustrativa, nadie pretende una imposición semántica de la etimología, pues de lo contrario se debería igualmente excluir del lenguaje otra numerosa cantidad de vocablos cuya semántica se aparta de su etimología (...) la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. En ese sentido, la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una

guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual.”¹⁸

En la misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional del Ecuador subraya que “el derecho a la igualdad y no discriminación es un elemento constitutivo del reconocimiento de las familias en sus diversos tipos, principio que permite entender que tanto núcleos homoparentales como nucleares-tradicionales poseen la misma capacidad y facultad de formar hogares con hijos y en tanto procuren su interés superior, les asiste toda la protección constitucional consagrada por el constituyente ecuatoriano en nuestra norma suprema”¹⁹.

- Esto es posible solamente si entendemos que el Ecuador no es un Estado en donde prima la legalidad sino la constitucionalidad, es decir que los derechos tienen que ser efectivamente justiciables y directamente aplicables. Ya se ha hablado también sobre el carácter vinculante de la opinión consultiva, que lo reconoce la Corte Constitucional después del Caso Satya, esta opinión consultiva se constituye también como la interpretación autorizada de la Convención Americana y determina una eficacia directa del contenido del derecho bajo el principio de favorabilidad y entendida que el modelo constitucional ecuatoriano le corresponde abandonar el carácter anacrónico de las instituciones.
- ◆ En este caso la institución del matrimonio de carácter civil, tiene que adaptarse a nuevas realidades y a nuevas condiciones y a nuevos contenidos jurisprudenciales también del derecho por lo tanto hay que entender que el derecho no es algo que nos ata sino que más bien debería soportar estas nuevas realidades y defender sobre todo los derechos que se reconocen en la Constitución y que sus titulares los conquistan en las calles, venciendo el prejuicio y mostrando el orgullo por defender la diversidad de personas, diversidad de sexo genéricas, la que no debe ser algo que ata sino más bien que libera, por hallar su fundamento en los imperativos nacidos de la dignidad humana. Por lo tanto esta interpretación que hace tanto la Corte Constitucional y la Corte Interamericana tiene que ser vista de forma integral y sistemática; y, en consecuencia, esta definición que insisto es aparente del art. 67 de la Constitución es una contradicción.

Por lo que, para esta Juzgadora existe una evidente y real contradicción entre los artículos consultados, así como propios textos constitucionales con los propios artículos de la Constitución y el Texto mismo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

se hace imprescindible una interpretación evolutiva, que acomode la Constitución a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de

¹⁸ Corte IDH. Opinión OC-24/17, de 24 de Noviembre de 2017. Párr. 221-224.

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Caso No. 1692-12-EP, de fecha 29 de mayo de 2018. P. 90.

aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente, y porque la Corte Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a las que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla.

Esta forma de interpretación constitucional reconocida por los tribunales y cortes constitucionales de mayor relevancia mundial, entiende que la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u origina lista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, así como los instrumentos jurídicos internacionales, como convenios y tratados. De esta forma en estructuras constitucionales como la española, en la que también se define al matrimonio como la unión entre hombre y mujer, se interpretó esta norma de la Constitución en el sentido que el matrimonio debe considerarse como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y, manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento.

Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio. Este razonamiento del máximo órgano de control constitucional español, ubica adecuadamente al fundamento del matrimonio en la convivencia en pareja y no en el argumento tradicional de la procreación, que, de origen religioso, fue recogido por la legislación civil clásica.

Igualmente, la libertad de conciencia se expresa en el matrimonio, tanto en la decisión libre de adherirse a esta figura jurídica, como en la libre elección de su cónyuge. De esta forma, la libertad de elección en lo relativo al matrimonio, se concreta en que la decisión del individuo de adherirse a un modelo de convivencia predefinido debe ser tutelada, impidiendo cualquier injerencia del Estado que pudiera traducirse tanto en la imposibilidad absoluta de ejercitarla, esto es de contraer matrimonio, como de ser obligado a ello. Esta cobertura abarca por supuesto la libre elección de su cónyuge, por lo que no puede supeditarse la celebración del matrimonio a que la pareja elegida sea de un sexo u orientación sexual determinados, sin afectar la libertad de elección y violar de forma directa derechos constitucionalmente protegidos.

Como bien señala la misma sentencia del Tribunal Constitucional Español a la que se ha hecho referencias, “el reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas,

independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas del mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse”²⁰.

Lo que conlleva a entender con total certeza que si bien la Constitución de la República es la norma nacional más importante y de aplicación inmediata, se considera, y ya; a nivel internacional desde hace varias décadas que la corriente neoconstitucional es calificada por varios autores como más bien: axiomas. Algunos autores como Pablo Manili sostiene: “[...] la jurisprudencia de la Sala Constitucional en 1989, consagra la jerarquía constitucional de las normas y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos, con el principio pro homine como pauta interpretativa armonizadora entre los órdenes constitucional e internacional” (Pablo Manili, el bloque de Constitucionalidad.

La recepción del derecho internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 120, citado por Osvaldo Gozáni, “El llamado 'Bloque de la constitucionalidad' a los fines de orientar a los jueces en la toma de decisiones”, en XXVI Congreso colombiano de derecho procesal, Santa Fe de Bogotá, Universidad Libre, 2005, p. 673.) En el Ecuador, el reconocimiento del Bloque de Constitucionalidad implica, a nivel internacional, en forma restringida, la obligatoriedad de la normativa supranacional ratificada o suscrita por los Estados; reconocimiento que no es excusable por el establecimiento de normativa interna en sentido contrario, en sometimiento al principio pacta sunt servanda. (Rafael Oyarte Martínez, Curso de Derecho Constitucional, t. i. Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007, p. 122: “... el principio pacta sunt servanda por el cual los Estados no pueden esgrimir normas de derecho interno ni aún en la propia Constitución para desconocer compromisos internacionales, que aunque positivizado no deja de ser tal...”).

En virtud de esta interpretación evolutiva del matrimonio como derecho constitucional y convencional, contenida en todos los instrumentos nacionales e internacionales, esta Juzgadora considera que las normas antes mencionadas, son violatorias y atentatorias de todos los principios, derechos y normas de aplicación inmediata mencionadas, y que al existir estas normas legales y constitucionales en el ordenamiento jurídico nacional, *per sé* constituyen una violación de derechos.

1.3.- Explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva de un caso concreto, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento de aplicar dicho enunciado

²⁰ Tribunal Constitucional Español. STC 198/2012.

Este requisito será abordado desde dos perspectiva: la sustantiva y la adjetiva, tal como lo ha ordenado su Autoridad a través de la sentencia N.º 048-13-SCN-CC.

Con respecto a la relevancia sustantiva debo mencionar que en este caso, sería imposible para esta Juzgadora resolver la presente causa en el sentido de que precisamente la misma acerca del derecho de los accionantes al acceder al matrimonio, (ellos, así como cualquier pareja del mismo sexo), ya que siempre será una recurrente respuesta del Estado la aplicación de las normas consultadas, en detrimento de los derechos que para ellas se encuentran ya reconocidos en la Constitución.

Para poder enmarcar de mejor manera este caso, me permito indicar los antecedentes del caso: Los accionantes mencionan haberse conocidos hace más de dos años, en el cual han mantenido una relación estable de pareja y tiempo después decidieron vivir juntos, formando una familia.

En estos años de convivencia, decidieron formalizar su unión. En conocimiento de que desde el 2008, el art. 68 de la Constitución del Ecuador (en adelante "la Constitución") ha permitido la unión monogámica y estable, de dos personas libres de vínculo matrimonial, decidieron contraer matrimonio, pero advirtieron que la Constitución no lo permitía, inobservando los derechos establecidos para ellos en el mismo cuerpo legal.

A pesar de ello, ellos mencionan, que son ésta una figura similar, y entienden al matrimonio como un derecho, al considerarla una institución que les permite acceder en igualdad de condiciones a la protección de la familia, por lo que decidieron casarse y no unirse de hecho. Siendo como son, una familia, reconocida por la Constitución, mal podrían pedir otra cosa que no sea la protección del matrimonio civil, única herramienta legal que nos garantiza el ejercicio pleno de nuestros derechos. Por esta razón, con fecha 11 de julio de 2018, se presentaron ante la oficina del Registro Civil de Quito, ubicada en Av. Amazonas N37-61 y Naciones Unidas, a fin de que dicho organismo celebre dicho matrimonio.

Mediante oficio número DIGERCIC-CGAJ-2018-0009-O de fecha 27 de julio de 2018, suscrito el señor Hernán Alfonso Calisto Moncayo, coordinador general de asesoría jurídica, del Registro Civil, Identificación y Cedulación, el pedido realizado fue, mencionan, injusta, arbitraria e ilegalmente negado. Ante este accionar, que sentir que se coarta el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales y humanos, decidieron interponer la acción de protección obtener su amparo directo y eficaz.

El que ustedes, Señores Jueces de la Corte Constitucional del Ecuador, se pronuncien acerca de la Constitucionalidad de las normas consultadas tiene absoluta relevancia en el sentido de que, a parte de los argumentos esgrimidos conformes a demostrar la violación de derechos constitucionales, y normas de carácter internacional, es que en los últimos tiempos, a través del uso de la acción de protección, se ha puesto en consideración de los

jueces y juezas de primer, este cierto conflicto de normas, así como también el mismo se ha constituido en un obstáculo legal primario para poder acceder de manera directa al derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio.

Por lo que, merece que en principio analicemos la pertinencia de la acción de protección para poder entender que este no puede constituirse en un requisito u obstáculo para poder ejercer un derecho.

En el Ecuador, el artículo 88 de la Constitución menciona: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuanto supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales, y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

Como vemos es indispensable para su procedencia que exista un Acto u omisión que provoque la violación de sus Derechos Constitucionales, para ello la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el Art. 40 determina con precisión los requisitos indispensables para presentar esta acción: Requisitos: La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1.- Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular...” 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Lo que tiene plena relación con lo que dispone el Art. 42 de la misma ley al indicar la improcedencia de esta acción manifestando: 1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2.- Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.

Analizando e interpretando estas normas como es obligación de la Administración de Justicia se tiene con claridad que la acción de protección si bien está dirigida a proteger los derechos menoscabados que contempla la Constitución de la República, pues estos mismos derechos tienen que ser diferenciados y no se puede confundir con un derecho ordinario, sino que protege el derecho fundamental a ser tutelado y la Carga Magna considera como inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual

jerarquía, siendo progresivos y que cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos, es inconstitucional.

Sin embargo, la misma constitución nos ordena que: “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. 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

Por lo que, el Estado está obligado a generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio, así como menciona que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos...”

Recordemos que un ordenamiento jurídico tiene 3 características básicas: unidad, coherencia y completitud y dado que esta última, la característica de la completitud manifiesta que el juez o cualquier autoridad debe resolver un caso, una controversia basándose en una norma, en una disposición del ordenamiento jurídico. Nos preguntamos qué normas hacen parte del ordenamiento jurídico, pues en nuestro modelo constitucional tendríamos una base amplia que es la Constitución, pero también los Tratados Internacionales sobre derechos humanos que el Estado Ecuatoriano hace parte más la interpretación que la Corte Interamericana ha hecho y también dice que es una tarea consultiva que no solo tiene una tarea contenciosa.

La relevancia adjetiva, en este caso tiene que precisamente, este es el momento procesal preciso para realizar esta consulta de norma, ya que, será en extremo necesaria para aplicar poder aplicar en la sentencia que debo dictar en la presente acción, por lo que, este es el momento procesal es el adecuado.

En este caso, esta Juzgadora que es importante y trascendental que el máximo organismo de Control Constitucional sea quien de una vez por todas, esta profunda contradicción entre la norma y los principios establecidos en la propia Constitución y los Tratados Internacionales, y se permita un uso correcto de la acción de protección y en definitiva,

poder cumplir con el máximo objetivo del Estado que es cumplir y garantizar los derechos de todas y todos.

Esta Autoridad en virtud de la motivación presentada, sube en consulta de la Corte Constitucional las normas antes determinadas, para la cual cumpliendo con lo establecido en el artículo 428 de la Constitución y 153 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales suspende la tramitación de la causa, hasta el pronunciamiento de la Corte Constitución en el tiempo dispuesto por la norma legal y constitucional.-
NOTIFIQUESE.-



LEMOS TRUJILLO GABRIELA ESTEFANIA
JUEZ

En Quito, jueves dieciséis de agosto del dos mil dieciocho, a partir de las trece horas y treinta y seis minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el AUTO que antecede a: VERDESOTO RODRIGUEZ CARLOS DANIEL en la casilla No. 835 y correo electrónico bernardafre@hotmail.com, nando83p@gmail.com, jorge.fy91@gmail.com, vialegalec@gmail.com, en el casillero electrónico No. 1720102944 del Dr./Ab. MARIA BERNARDA FREIRE BARRERA. PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO en la casilla No. 1200 y correo electrónico jcarvajal44@hotmail.com, en el casillero electrónico No. 1705963039 del Dr./Ab. JIMMY PATRICIO CARVAJAL; REGISTRO CIVIL, DE IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN DEL ECUADOR (REPRESENTANTE DR. JORGE OSWALDO TROYA FUERTES) en la casilla No. 1496 y correo electrónico samelia2008@hotmail.es, patrocinio.nacional@registrocivil.gob.ec, en el casillero electrónico No. 1716462534 del Dr./Ab. SONIA VIVIANA CADENA MANTILLA. Certifico:



VILLARREAL SOTO TANIA PAOLA
SECRETARIO

TANIA.VILLARREAL