


El activismo jurídico de la Corte Constitucional en matrimonio igualitario



The legal activism of the Constitutional Court in the field of equal marriage

O ativismo legal do Tribunal Constitucional no campo de casamento igualitário

Pinargoty Alonzo, Mauro Alfredo

 **Mauro Alfredo Pinargoty Alonzo** alpin-
juez@hotmail.es
Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Ecuador

LEX, Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas
Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador, Ecuador
ISSN: 2631-2883
ISSN-e: 2631-2883
Periodicidad: Trimestral
vol. 6, núm. 19, 2023
editor@revistalex.org

Recepción: 02 Diciembre 2022
Aprobación: 21 Diciembre 2022
Publicación: 17 Marzo 2023

URL: <http://portal.amelica.org/amei/journal/622/6224374001/>

DOI: <https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i19.143>

Resumen: La celebración del matrimonio igualitario en Ecuador, es un tema de interés en el activismo jurídico contemporáneo. El objetivo fue analizar la importancia de la sentencia N° 10-18-CN/19 de la Corte Constitucional, que autorizó el matrimonio igualitario en Ecuador, generado por la negativa de celebrar dicho vínculo entre dos personas del mismo sexo por parte del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador. Se realizó una investigación explicativa de carácter descriptivo, en la cual se puntualizó de forma detallada la jurisprudencia ecuatoriana que autorizó al matrimonio igualitario y sus consecuencias. El resultado denota que, en virtud del principio de convencionalidad, Ecuador está obligado a autorizar esta clase de matrimonio. Se concluye que, es evidente el incumplimiento de esta normativa generando responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano porque la Asamblea Nacional no ha cumplido con la incorporación de una legislación sobre el matrimonio que incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo.

Palabras clave: Activismo jurídico, Matrimonio igualitario, Corte constitucional, Matrimonio, Homosexualidad.

Abstract: The celebration of equal marriage in Ecuador is a topic of interest in contemporary legal activism. The objective was to analyze the importance of sentence N° 10-18-CN/19 of the Constitutional Court, which authorized egalitarian marriage in Ecuador, generated by the refusal of the Civil Registry, Identification and Identification of Ecuador to celebrate such bond between two persons of the same sex. An explanatory research of descriptive character was carried out, in which the Ecuadorian jurisprudence that authorized egalitarian marriage and its consequences were detailed. The result shows that, by virtue of the principle of conventionality, Ecuador is obliged to authorize this type of marriage. It is concluded that, it is evident the non-compliance with this norm generating international responsibility of the Ecuadorian State because the National Assembly has not complied with the incorporation of a legislation on marriage that includes same sex couples as spouses.

Keywords: Legal activism, Equal marriage, Constitutional court, Marriage, Homosexuality.

Resumo: A celebração do casamento igualitário no Equador é um tema de interesse no ativismo jurídico contemporâneo. O objetivo era analisar a importância da sentença Nº 10-18-CN/19 do Tribunal Constitucional, que autorizou o casamento igualitário no Equador, gerada pela recusa do Registro Civil, Identificação e Identificação do Equador em celebrar este vínculo entre duas pessoas do mesmo sexo. Foi realizada uma pesquisa explicativa de natureza descritiva, na qual foi detalhada a jurisprudência equatoriana que autorizava o casamento igualitário e suas consequências. O resultado mostra que, em virtude do princípio de convencionalidade, o Equador é obrigado a autorizar este tipo de casamento. Conclui-se que o não cumprimento desta norma é evidente, gerando responsabilidade internacional do Estado equatoriano porque a Assembléia Nacional não cumpriu com a incorporação da legislação sobre casamento que inclui casais do mesmo sexo como cônjuges.

Palavras-chave: Ativismo jurídico, Casamento igual, Tribunal Constitucional, Casamento, Homossexualidade.

INTRODUCCIÓN

El tema abordado tiene relación con la autorización judicial para celebrar el matrimonio igualitario en la República del Ecuador y el activismo judicial de la Corte Constitucional, en el cual queda en evidencia la aplicación del neoconstitucionalismo que se instauró en el ordenamiento jurídico a partir de 2008, con la entrada en vigencia de la Constitución de tal año como antecedente jurídico de la investigación. La problemática se genera en el contexto de la negativa para celebrar el vínculo matrimonial entre dos personas de apellidos Soria Alba y Benalcázar Tello por parte del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador. Los referidos ciudadanos en primera instancia interpusieron acción de protección solicitando autorización para celebrar su matrimonio.

Pese a existir normas expresas que consagran aún el matrimonio heterosexual en Ecuador como lo son el artículo 81 del Código Civil (2005), así como también lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2015) y, finalmente y de rango superior, el inciso 2º del artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los dos primeros artículos y permitió esta clase de matrimonio, siendo evidente su activismo judicial que es definido por Feoli Villalobos (2015) como una modificación en la normativa que se encuentra vigente por una nueva norma creada y que no existía con anterioridad, debido a la buena interpretación judicial de la constitución o de la ley.

En virtud del neoconstitucionalismo que rige en el ordenamiento jurídico nacional se reconoce la fuerza normativa de los principios jurídicos, revestidos de una elevada carga axiológica, como lo son la dignidad de la persona humana, la igualdad de género, el principio *pro homine*, etc. Y de igual manera a los valores, que acercan al Derecho con la moral, concibiéndose al Derecho como

un conjunto de normas, principios y valores, que produjo irreversiblemente, el reemplazo del positivismo que sólo admitía al Derecho como un conjunto de normas, no permitiendo a los jueces ninguna clase de activismo, quienes solamente estaban constreñidos a aplicar la subsunción y no la ponderación como ocurre en la actualidad.

Por lo anterior, el objetivo de esta investigación es analizar la importancia de la sentencia N° 10-18-CN/19 de la Corte Constitucional, que autorizó el matrimonio igualitario en Ecuador. El tema se justifica porque la Corte Constitucional del Ecuador, claramente demuestra su vocación neoconstitucionalista al aplicar el principio *pro homine* sobre el tenor literal de los artículos 81 del Código Civil (2005) y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2015), reemplazando en éstos las palabras “hombre y mujer”, por “personas” y eliminando, igualmente, en el señalado artículo del Código Civil, la palabra “procrear”; además que exhorta al órgano legislativo nacional. Es decir, la Asamblea Nacional a que dentro de sus competencias revise de manera integral el ordenamiento jurídico correspondiente a la institución matrimonio con el propósito de incluir a las parejas del mismo sexo, con idéntico trato al otorgado a las parejas de diferente sexo (Corte Constitucional del Ecuador, 2019).

MÉTODO

La modalidad de este trabajo de investigación es explicativa; de forma previa, se efectuó una investigación descriptiva mediante la cual se puntualizó el fenómeno en forma detallada, como lo es el caso de la jurisprudencia ecuatoriana que autorizó al matrimonio igualitario y sus consecuencias. Entre ellas la solicitud dirigida a la Asamblea Nacional para que revise con rigurosidad las diversas disposiciones referidas al matrimonio; con ello se procuraría incorporar a la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo, esto tiene profundo significado para las personas de la comunidad LGBTI+ y el ejercicio de sus derechos constitucionales.

Siendo, hasta ahora, evidente el incumplimiento de la Asamblea Nacional del Ecuador, toda vez que el artículo 84 constitucional sostienen que la mencionada Asamblea Nacional está en la obligación de adecuar, tanto formal como materialmente cada una de las normas que se encuentran en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en razón de los derechos previstos tanto en la Constitución así como también en los tratados internacionales.

RESULTADOS

Los aportes de este trabajo comienzan con que, la Corte Constitucional (2019) en Sentencia N° 11-18-CN/19, declara con calidad de instrumento internacional obligatorio a la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24/11/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), la cual expuso lo siguiente:

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. (p. 73)

Esta opinión consultiva calificada instrumento internacional de derechos humanos por la Corte Constitucional, fue aplicada directa e inmediatamente de conformidad al artículo 426, inciso 2º de la Constitución de la República del Ecuador (2018), porque establece derechos más beneficiosos, provechosos o favorables a los establecidos en la Constitución, toda vez que el inciso 2º del artículo 67 constitucional dispone que la institución matrimonial es la unión que se da entre un hombre y una mujer, se sostiene en el libre consentimiento prestado por los contrayentes, y recalca el hecho que ambos tienen los mismos derechos y oportunidades.

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional (2019) resolvió en la Sentencia N° 10-18-CN/19 la autorización para el matrimonio igualitario en Ecuador, sentencia vinculante y de aplicación obligatoria; la cual, en su parte decisoria, expresa, entre otros aspectos, lo señalado a continuación: En primer lugar, responde a la consulta de norma, específicamente declara como inconstitucionales los fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, pues tales disposiciones hacen referencia a “un hombre y una mujer” como contrayentes, además del término “procrear” en el Código Civil, cuando lo que debe existir en igualdad entre las personas del mismo sexo, concretamente en las decisiones judiciales atinentes a la acción de protección N.º 17230-2018-11800, presentada por Salazar Gómez y Verdesoto Rodríguez.

Aunado a lo anterior, la referida sentencia declara, con los mismos efectos que una sentencia dictada en el control abstracto constitucional, en todo caso, efecto *erga omnes* (oponible a terceros), la inconstitucionalidad tanto sustitutiva como sustractiva, según corresponda, de los mencionados aspectos dispuestos por los artículos 81 y 52, del Código Civil (2005) y de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2005), respectivamente, por lo tanto tales normas quedan redactadas de la siguiente manera según la Corte Constitucional del Ecuador (2019):

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

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

Asimismo, la Sentencia N° 10-18-CN/19 de la Corte Constitucional comentada, le realiza un exhorto a la Asamblea Nacional a los efectos que someta a examen y realice las correcciones o cambios pertinentes en la legislación sobre el matrimonio; ello con la finalidad de incluir también como cónyuges a parejas que tengan el mismo sexo, con los mismos derechos y obligaciones conferidos a contrayentes de diferente sexo.

Si bien es cierto, lo señalado anteriormente constituye el efecto final de la citada sentencia, en cuanto la decisión de mayoría así lo determina; sin embargo, existe también un análisis amplio y justificado, por cuanto el juez Hernán Salgado, junto a tres jueces adherentes, no vota con los cinco jueces de mayoría, presenta su

voto salvado, por medio de él realiza una crítica a lo argumentado por el ponente de la Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), adoptada el 12 de junio de 2019. Sostiene que lo interpretado por la mayoría acerca del artículo 67 constitucional es un ilusionismo constitucional (pues el referido artículo de manera clara determina que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer), esto se constituye, entonces, en un proceso de mutación arbitraria que finalmente destruye la supremacía de la Carta Magna o Ley Fundamental. Asimismo, el voto salvado que se comenta indica que tal interpretación pudiera conllevar a un eventual fraude a la Constitución; en este orden de ideas el juez del voto salvado les recuerda a los jueces cuya decisión sostiene a la sentencia que el juez constitucional no puede ser legislador, ni ser un legislador constituyente.

DISCUSIÓN

Las personas LBTGI+ son definidas por la jurista española, Directora y Coordinadora del Programa Universidad Rey Juan Carlos, Elena Peribáñez Blasco, en su informe “La ONU y los Derechos Humanos de las personas LBTGI+. Historia de un reconocimiento tardío”, como aquellas que tienen una orientación sexual diferente a la heterosexual comprendiendo a lesbianas, homosexuales, bisexuales, personas con identidad de género que discrepa con el sexo asignado al nacer y transexuales; añadiéndose el símbolo “x” para identificar a los que no se identifican con las mencionadas anteriormente (Peribáñez Blasco, 2018).

Los derechos de estas personas y, especialmente de los hombres homosexuales en Ecuador fueron persistentemente vulnerados, considerándose los incluso delincuentes, en el Código Penal cuya vigencia data de 1938, de acuerdo con lo que señala el periodista nacional Pedro Gutiérrez Guevara en su informe de prensa de 01/06/2020 titulado “Breve cronología en la reivindicación de los derechos de las personas LBTGIQ+ en Ecuador”, señala que:

El Art. 516 del Código Penal, desde 1938, tipificaba a la homosexualidad como delito, sancionándola con una pena de 4 a 8 años de prisión, disposición que permaneció vigente hasta el 25/11/1997 cuando el ex Tribunal Constitucional, despenalizó a la homosexualidad, queda en evidencia que esta discriminación se dejó sin efecto por parte de dicho Tribunal y no por el Congreso Nacional, siendo ésta la primera manifestación de activismo judicial ante la pasividad e indolencia del Poder Legislativo del Ecuador. (Gutiérrez Guevara, 2020).

El citado periodista, en el mencionado artículo denuncia cómo los homosexuales, pese a esta derogación, continuaron siendo discriminados, perseguidos y abusados, continuando el marasmo del Congreso Nacional para consagrar legalmente sus reivindicaciones, cuando señala que:

La noche del 22/06/1997, es decir, cinco meses antes de la derogación del delito de homosexualismo, hecho que generó la extinción del delito, en la ciudad de Cuenca, se desarrollaba la elección de la reina gay de la ciudad, actividad interrumpida por la Policía Nacional, generando la detención de setenta personas “no heterosexuales”, las cuales fueron detenidas en el Centro de Detención Provisional de la Policía Nacional de dicha ciudad. El caso es que la “reina electa” fue violada reiteradamente por el capataz de la celda y demás detenidos sin preservativo y posteriormente, con la anuencia de los policías, se permitió la

violación de dicha persona con preservativos que vendían los propios policías a S. 5.000. Este abuso de servidores públicos y de una institución del Estado generó, posteriormente, la derogación del tipo penal, sin embargo los hechos, quedaron en la más absoluta impunidad. (Gutiérrez Guevara, 2020)

La despenalización del delito por el ex Tribunal Constitucional no constituyó una adquisición de derechos, al contrario, fue un reconocimiento a los derechos humanos de estas personas, las cuales eran discriminadas en forma absoluta. El caso es que, los ciudadanos Salazar Gómez y Verdesoto Rodríguez, en el mes de junio del año 2018, concurren al Registro Civil, Identificación y Cedulación de la ciudad de Quito, a contraer matrimonio, solicitando la correspondiente celebración e inscripción, pero esta entidad sustentada en los artículos 81 del Código Civil (2005) y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2015), además del artículo 57 en su inciso 2º de la Constitución de la República, se negó a dicha celebración señalando que en Ecuador solo es válido el matrimonio heterosexual.

Ante esta negativa del Registro Civil, Identificación y Cedulación de la ciudad de Quito, los ciudadanos Salazar Gómez y Verdesoto Rodríguez interpusieron acción de protección contra dicha resolución, con fecha 07/08/2018, solicitando autorización para celebrar el matrimonio, sustentados en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-24/17 de 24/11/2017 sobre Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación, la cual fue negada en primera instancia y apelada radicando su conocimiento ante la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, que suspendió el procedimiento, sustentada en el artículo 428 de la Constitución de la República elevando la causa en consulta a la Corte Constitucional.

El procedimiento mediante el cual se aceptó el matrimonio igualitario en la República del Ecuador, implicó una aplicación expresa del activismo judicial, que se impuso sobre la literalidad del inciso 2º del artículo 67 constitucional, así como de los artículos 81 y 52 del Código Civil (2005) y de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2015), respectivamente; ordenando, sustituir las palabras “hombre y mujer” por “personas” en ambas disposiciones y eliminar, en el artículo 81 del cuerpo legal referido, la palabra “procrear”, reconociéndose, en plenitud, el derecho de las personas LGTBI+ a contraer matrimonio.

Según lo expuesto en el párrafo anterior, la Corte Constitucional, en su sentencia N.º 10-18-CN/19 en concordancia con la Opinión Consultiva 24/17 de 24/11/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos autorizó el matrimonio igualitario, dándole el carácter de aplicable en Ecuador. Es menester señalar las premisas falsas en el razonamiento de los jueces de mayoría, a tal tenor se destaca lo siguiente (Torres Cobo Abogados, 2020): En primer lugar, el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador es dudoso, en otras palabras, no es claro ni preciso, por lo tanto, de él se derivan diferentes interpretaciones y lecturas; en segundo lugar, la Opinión Consultiva de la Corte IDH (OC 24/17) tiene rango constitucional y es vinculante, pues es un instrumento internacional.

Una tercera premisa catalogada como falsa se encuentra en el artículo 67 constitucional, ya que puede ser consultado al ser una norma jurídica, en virtud del artículo 428 de la Carta Magna, en este orden de ideas, la competencia recae en la Corte Constitucional por constituirse en una consulta formulada por los

jueces de instancia; asimismo, se sostiene como cuarta premisa falsa que procede el control constitucional de una norma constitucional, fuera del control por la forma y en abstracto de las enmiendas o reformas, señalado en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Asamblea Nacional, 2009). Aunado a lo anterior, una quinta premisa falsa recae en que, la consulta es acerca del artículo 67 constitucional y no exclusivamente sobre las normas jurídicas dispuestas en los artículos 81 del Código Civil (2005) y 52 de la Ley de Gestión de Identidad y Datos Civiles (2015).

En razón de lo anterior, esta investigación sostiene que, el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) no admite otra interpretación que la establecida en su texto. En otras palabras, se aplica el método literal contenido por la disposición 427 constitucional. Además, tal norma no es un principio que pudiera tener un alto grado de indeterminación, ambigüedad y vaguedad; en todo caso, la referida norma es jurídica con elementos de concreción y especificidad relevantes y determinantes. Bajo este esquema su interpretación no deja duda, por lo que se debe “seguir su sentido gramatical y sistemático”, ajustándose su sentido y alcance a la integralidad de Carta Magna, según lo contemplado por el artículo 3, numeral 5, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009).

Asimismo, su interpretación no puede ser segmentada, es un cuerpo normativo que reviste orden y carácter sistemático en sus prescripciones, por ello su lectura es completa e integral; lo contrario es inadmisibles. Así, los criterios jurisdiccionales que refieran interpretaciones constitucionales no pueden anular a las normas de rango constitucional. En este panorama, la modificación del artículo 67 de la Constitución del Ecuador con base a un método evolutivo carente de justificación sólida, daría lugar a posibles fraudes a la Constitución, por tratarse de una reforma o modificación normativa que carece de asidero jurídico, ya que el método evolutivo como mecanismo interpretativo no se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico para tal efecto.

Así pues, Torres Cobo Abogados (2020) sostiene que el texto del Juez ponente promueve una interpretación forzada que no se encuadra en el artículo 427 constitucional, pues desconoce la literalidad del mencionado artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, al otorgarle un sentido que no tiene, no es cuidadoso con la singularidad integral del texto constitucional, es decir, lleva a cabo una disquisición desde el desconocimiento y la anulación de otras disposiciones constitucionales, como puede ser el artículo 68 de la adopción, también el 69 que se refiere a la paternidad y maternidad, incluso anula los mecanismos de reforma constitucional.

Aunado a lo anterior, Torres Cobo Abogados (2020) en relación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa que, no considera a sus opiniones consultivas como instrumentos internacionales, sino que las cataloga como jurisprudencia. Por lo tanto, no procuran ordenar medidas concretas a ser aplicadas por los Estados, con ellas lo que se trata es de auxiliar a los estados para que den un cumplimiento efectivo a sus obligaciones, incluso son los Estados quienes tienen la competencia para establecer la manera en la que cumplirán con las obligaciones derivadas de los derechos humanos.

Por lo tanto, si la Opinión Consultiva OC-24/17, no es un instrumento internacional, no pudiere ser asumida dentro de los parámetros de

la constitucionalidad, solo tendría efectos jurídicos innegables, pero no determinados; y, dada la ambigüedad de tal expresión, ha sido la doctrina la que ha procurado robustecer los criterios de la mencionada Corte Interamericana de Derechos Humanos desde una perspectiva científica y moral. Conforme a estas consideraciones, a las opiniones consultivas como la OC-24/17 les falta el efecto vinculante propio de las sentencias, concretamente, la Opinión Consultiva 24/17 solo insta a que los Estados modifiquen sus ordenamientos jurídicos, pero no los obliga de forma determinante.

En lo que respecta al voto salvado del juez Dr. Hernán Salgado Pesantes, al que adhirieron, los jueces del pleno Dres. Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet y Teresa Núques Martínez, se realizan los siguientes comentarios:

La existencia de este voto salvado, refleja una tendencia positivista que desconoce la calidad de instrumento internacional de derechos humanos de la Opinión Consultiva 24/17 de 24/11/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, se opone a que se aplique de forma directa e inmediata, pese a que en ella claramente se admite el matrimonio igualitario.

Por otra parte, señala que se oponen al activismo judicial empleado por la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del artículo 81 del Código Civil, el artículo 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles resaltando el texto del inciso 2º del artículo 67 de la Constitución de la República que los ministros disidentes interpretan literalmente señalando que la propia Carta Magna reconoce sólo al matrimonio heterosexual. Añadiendo que en el activismo judicial se estaría invadiendo las facultades legislativas de la Asamblea Nacional porque sólo este organismo es el único competente para modificar las disposiciones aludidas.

Coinciden los jueces Doctores Hernán Salgado Pesantes, Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet y Teresa Núques Martínez, con la posición doctrinaria del jurista nacional Dr. Luis Fernando Torres, quien en su artículo *El activismo judicial en la era neoconstitucional*, señala que la Constitución de Montecristi activó dispositivos jurídicos y políticos en donde se otorgó a la Corte Constitucional, la calidad de máximo intérprete de la Constitución y de administración de justicia en esta materia, texto que. Igualmente, se establece en el inciso 1º del artículo 429 de la Carta Magna, a esta calidad de intérprete máximo el Dr. Torres atribuye la intención del constitucionalista de Montecristi de asignarle un papel colonizador político partidista, en la cual, al transformar los jueces positivistas a neoconstitucionalistas cuyo propósito es acomodar la aplicación de las leyes a los principios, comprometiendo severa y peligrosamente la discrecionalidad judicial que transgrede la seguridad jurídica (Torres, 2013).

En otras palabras, este exceso de atribuciones, igualmente, es expuesto por el jurista brasileño Dr. Etival da Silva Ramos, quien en su obra *Activismo judicial: parámetros dogmáticos*, expresa:

Por activismo judicial debe entenderse el ejercicio de la función jurisdiccional más allá de los límites impuestos por el propio ordenamiento jurídico que incumbe, institucionalmente, al Poder Judicial [Función Judicial] actuar, resolviendo controversias de carácter subjetivo (conflicto de interés) y controversias jurídicas de carácter objetivo (conflicto normativo). Hay, como se ve, una señal claramente negativa respecto a las prácticas activistas, en tanto implican la desnaturalización de la actividad propia del Poder Judicial, en

detrimento de los demás Poderes (Da Silva Ramos, 2010, p. 129) [Traducido por el autor].

El jurista nacional Dr. Luis Fernando Torres y el jurista brasileño Dr. Etival da Silva Ramos politizan exageradamente al activismo judicial, desprendiéndose de sus infundadas afirmaciones que con la utilización de este exagerado activismo se estaría incurriendo en una peligrosa discrecionalidad judicial que atenta contra la seguridad jurídica, bastando analizar el texto de la sentencia de la Corte Constitucional N.º 10-18-CN/19 de la Corte Constitucional, publicada en el Registro Oficial N.º 96 de 08/08/2019, que oponiéndose a la interpretación literal de las disposiciones nacionales que solo se refieren al matrimonio heterosexual, se sustentó en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos que es un instrumento internacional de derechos humanos que Ecuador debe cumplir en virtud del control de convencionalidad.

Las erróneas apreciaciones netamente positivistas y no neoconstitucionalistas de quienes salvaron el voto son desvirtuadas por el Doctor en Estado de Derecho y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca, catedrático de Derecho Constitucional Universidad de Costa Rica y funcionario del Poder Judicial del señalado país, Magister Marco Feoli Villalobos, quien en su artículo *El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial*, cita al jurista norteamericano Dr. Aharon Barak cuando expresa que el activismo judicial está concebido desde la modernidad como una tendencia caracterizada por el equilibrio de los conflictos sociales por medio de las reformas normativas necesarias, es decir se trata de cambios importantes en el ordenamiento jurídico para incorporar normas no previstas anteriormente por la interpretación del juez hacia la constitución o la ley (Feoli Villalobos, 2015).

En términos más claros y fundamentados, el jurista brasileño Magister en Derecho de la Universidad de Yale, Estados Unidos de América, catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Río de Janeiro y en la Academia de la Magistratura del Estado de Río de Janeiro, Brasil, Luis Roberto Barroso, en su obra “El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho”, señala la importancia del neoconstitucionalismo y el activismo judicial, cuando expresa que el Poder Judicial y las Cortes catalogadas como constitucionales tienen, entre sus funciones principales tutelar la democracia con la promoción de los valores contemplados constitucionalmente y auxiliados por los tribunales supremos, con esto se supera el déficit de legitimidad del resto de los poderes, solo cuando sea necesario y pertinente.

Lo contrario sería que el Poder Judicial abusara de las competencias que el ordenamiento jurídico le otorga (sin desmeritar las actuaciones que a bien deba realizar) y llegare a manifestar algún tipo de preferencia política. Adicionalmente, en los sistemas democráticos menos avanzados, los tribunales constitucionales tienen como labor el ser garantes de la estabilidad de las instituciones para ello actúan como mediadores en los conflictos entre el resto de los poderes públicos o entre éstos y los ciudadanos de la sociedad civil. En suma, esos son las dos grandes tareas a las que están llamados los Poderes Judiciales de los países en el órgano de sus Corte o tribunales Constitucionales, es decir resguardar los valores fundamentales y los procedimientos democráticos, así como asegurar la estabilidad institucional (Barroso, 2008).

De acuerdo con lo anterior, la sentencia N.º 10-18-CN/19 de la Corte Constitucional, publicada en el Registro Oficial N.º 96 de 08/08/2019, gracias a una interpretación sistemática, en concordancia con la Opinión Consultiva señalada que autoriza el matrimonio igualitario, habilita a las parejas del mismo sexo a casarse, estando obligado Ecuador, en virtud del control de convencionalidad a autorizar esta clase de matrimonio, razón por la cual el incumplimiento de esta normativa internacional genera responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano.

CONCLUSIONES

Es pertinente sostener que, un mecanismo de control constitucional es la consulta de norma, la cual se lleva a cabo en aras de garantizar la supremacía constitucional; sin embargo, las normas dispuestas constitucionalmente no son susceptibles de ser controladas, excepto lo contemplado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) en su artículo 106 correspondiente a las enmiendas o reformas, siempre que se trate de la forma y en abstracto, en ningún caso por el fondo y en concreto. Además, las mencionadas disposiciones constitucionales tienen patrones particulares; por lo tanto, no puede ser sometida a control de constitucionalidad una norma contenida en el marco de la Carta Magna, constituyen por ese carácter singularísimo que la enriquece, por ese rango constitucional.

El voto salvado da cuenta de esta afirmación, pues desestima el soporte jurídico del ponente de la mayoría, el cual señala que ni las normas constitucionales ni las legales niegan la posibilidad que la norma sometida a consulta sea una norma dispuesta por la Constitución. En este orden de ideas, aunque a la Constitución se le adjudica una función pedagógica, no significa que se extralimite el alcance de dicho rol porque perdería su naturaleza esta herramienta jurídica de enseñanza. La Corte Constitucional tiene un listado de competencias exacto y al mismo debe apegarse; no obstante, los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, como consultantes, incurren en varios equívocos. La Sala de Admisión, sin embargo, perfiló la consulta excluyendo la confrontación entre la Constitución de la República del Ecuador y la OC 24/17, por lo que la Corte Constitucional sólo debió pronunciarse, según el artículo 428 constitucional, sobre la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil (2005) y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (2015).

En la sentencia se pueden encontrar nociones jurídicas que tienen apariencia de verdad, pero en el fondo son mitos de tinte jurídico. La interpretación más favorable de los derechos podría conducir a disyuntivas entre equivocaciones y aciertos, porque se debe resolver si es más favorable la protección de la autonomía al confrontarla con la dignidad o si se trata de elegir entre la libertad de expresión frente a la protección de víctimas. En todo caso, no existe una obligatoriedad directa cuando se trata de instrumentos internacionales, es decir que no opera de manera automática en todos los instrumentos. El control de convencionalidad apareció el 2006 y, desde ese año, la Corte IDH ha tratado de profundizarlo gradualmente, sin que exista consenso determinante sobre su verdadero alcance.

En consecuencia, siendo la Corte Constitucional el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta

materia, reconoció fundadamente el derecho de las personas LGTBI+ a contraer matrimonio, el cual tendrá los mismos efectos que el matrimonio heterosexual, razón por la cual se derogaron y adaptaron los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, reemplazando en ambos las expresiones “hombre y mujer”, por “personas y, eliminándola palabra “procrear” en el artículo 81 del señalado Código, lo que habilita a las personas indicadas a contraer matrimonio igualitario, sin perjuicio del texto del inciso 2º del artículo 67 de la Constitución de la República, instando a la Asamblea Nacional a regirse conforme al artículo 84 del mismo cuerpo constitucional para adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, incluida la Opinión Consultiva 24/17 de 24/11/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos autorizó el matrimonio igualitario y ordenando su aplicabilidad en Ecuador.

REFERENCIAS

- Constitución de la República del Ecuador (2018). 20 de octubre de 2008. S.O. N°449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Barroso, L. A. (2008). El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11451>
- Código Civil Ecuatoriano. (2005). https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia N°11-18-CN/19 (Matrimonio igualitario). <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Seguimiento/11-18-CN-19.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia N° 10-18-CN/19 (Matrimonio entre personas del mismo sexo). <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/SentenciasRelevantes/10-18-CN-19.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión Consultiva OC-24/17. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_24_esp.pdf
- Da Silva Ramos, E. (2010). Activismo judicial: parámetros dogmáticos. Saraiva.
- Feoli Villalobos, M. (2015). El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 22(2), 173-198. <https://www.redalyc.org/pdf/3710/371043382006.pdf>
- Gutiérrez Guevara, P. (2020). <https://www.kaleidos.ec/breve-cronologia-en-la-reivindicacion-de-los-derechos-de-las-personas-lgbtq-en-ecuador/>
- Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. (2015). https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/ley_organica_de_gestion_de_la_identidad_y_datos_civiles.pdf
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Registro Oficial Suplemento N° 52. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf
- Peribáñez Blasco, E. (2018). La ONU y los derechos humanos de las personas LGTBI+. Historia de un reconocimiento tardío. *Revista de la Inquisición. Intolerancia y Derechos*

- Humanos (22), 471-498. <file:///C:/Users/Esther/Downloads/Dialnet-LaONUyLosDerechosHumanosDeLasPersonasLGBTIHistoria-7452330.pdf>
- Torres Cobo Abogados. (2020). Matrimonio igualitario: fraude constitucional (voto salvado). <https://torrescobo.com/noticias1/2020/4/4/matrimonio-igualitario-fraude-constitucional-voto-salvado>
- Torres, L. F. (2013). El activismo judicial en la era neoconstitucional. *Iuris dictio del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito* (15), 65-80. <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicio/article/view/716>