

La fuerza vinculante de la OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” para el Estado ecuatoriano

*Legally binding force of Advisory Opinion 24/17
“Gender identity, and equality and non-discrimination
with regard to same-sex couples” for Ecuadorian
State*

María Augusta León Moreta

Docente Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador

mariaa.leon@uasb.edu.ec

ORCID: 0000-0001-5361-0329

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.3>

Fecha de recepción: 6 de noviembre de 2018

Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2019

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Históricamente, las personas LGTBI han sufrido estigmatización y violencia estructural por parte de la sociedad y los Estados. A través de su lucha, los grupos LGTBI han alcanzado el reconocimiento de varios derechos. Sin embargo, el reconocimiento de otros muchos sigue en la lista de pendientes. Tanto en Ecuador como en otros países de la región, el derecho a contraer matrimonio todavía les es negada a las parejas del mismo sexo. La opinión consultiva OC-24/17 "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordena a los Estados parte del Sistema Interamericano a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso a la figura del matrimonio a las parejas de mismo sexo.

En Ecuador, la discusión se centra en la interrogante sobre si esta opinión consultiva generaría la obligación de inscribir y celebrar matrimonios entre parejas del mismo sexo, aun sin mediar reforma legal alguna. Este artículo explora las razones por las que los Estados tienen el deber de incorporar los lineamientos establecidos en esta opinión consultiva. Entre estos motivos, por un lado, están la obligación de las autoridades estatales de realizar un control de convencionalidad, y los principios de igualdad y no discriminación como partes consustanciales del *ius cogens*. Por otro lado, la Constitución ecuatoriana garantiza, a través de una serie de principios, la aplicación directa e inmediata de derechos y garantías más favorables establecidos en instrumentos internacionales.

PALABRAS CLAVE: opinión consultiva, matrimonio igualitario, control de convencionalidad, Ecuador.

ABSTRACT

Historically, LGTBI people have suffered stigmatization and structural violence from society and States. Through their constant struggle, LGTBI groups have achieved the recognition of several rights. However, the recognition of many others remains on a pending list. In Ecuador as well as in other countries in the region, the right to marry is still denied to same-sex couples. The Advisory Opinion OC-24/17 "Gender identity, and equality and non-discrimination with regard to same-sex couples", handed down by the Inter-American Court of Human Rights, orders States parties of the Inter-American System to adopt all necessary measures to ensure access to marriage to same-sex couples.

In Ecuador, the discussion focuses on the question of whether this advisory opinion would generate the obligation to register and celebrate marriages between same-sex couples, even without any legal reform. This article explores the reasons, why states have a duty to incorporate the standards established in this advisory opinion. Among these reasons are the obligation of the state authorities to conduct a control of conventionality as well as the principles of equality and non-

discrimination as consubstantial parts of the *ius cogens*. Another argument is that the Ecuadorian Constitution guarantees, through a series of principles, the direct and immediate application of more favourable rights and guarantees established in international instruments.

KEYWORDS: advisory opinion, same-sex marriage, conventionality control, Ecuador.

FORO

INTRODUCCIÓN

La opinión consultiva OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” constituye un hito importante en la reivindicación de los derechos de las parejas del mismo sexo, debido a que ordena a los Estados garantizar el acceso a la figura del matrimonio a estas parejas. Para lograr la cristalización de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) pide a los Estados tomar todas las medidas pertinentes para garantizar el acceso de este derecho hasta que se realicen todas las reformas legales necesarias.

Sobre la base de esta opinión, los señores José Luis Sánchez Vallejo y Jacinto Javier Orellana Guerrero intentaron ejercer su derecho al matrimonio en el Registro Civil en Cuenca. Las autoridades de esta institución se negaron a celebrar y registrar el matrimonio, por lo que la pareja interpuso una acción de protección. La jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Cuenca declaró la demanda con lugar, ordenando la celebración y el registro del matrimonio. Esta decisión fue revocada por la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay (en adelante Sala Laboral). Uno de los argumentos de la Sala para negar el acceso al matrimonio de la pareja fue que las opiniones consultivas de la Corte IDH no generan ninguna obligación para el Ecuador, ya que no tienen la fuerza vinculante que, sí otorgaría, por ejemplo, un tratado internacional de derechos humanos.

Este artículo pretende demostrar que la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte IDH es vinculante para el Estado ecuatoriano, por lo que las autoridades ecuatorianas deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, aun sin mediar reforma legal alguna. Para lograr este objetivo, el artículo analizará la opinión consultiva como fuente generadora de obligaciones para los Estados. Posteriormente, se enfocará el aporte de las opiniones consultivas al control de convencionalidad por parte de las autoridades estatales. Finalmente, se examinará el rango constitucional que la Norma Suprema ecuatoriana otorga a los derechos y garantías establecidos en estas opiniones.

Este artículo se fundamenta en una investigación de carácter dogmático jurídico. Para su realización, se acude a fuentes de carácter doctrinario y jurisprudencial, en las que esta última tiene mayor preeminencia para fundamentar la argumentación.

LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO GENERADORA DE OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuenta con un amplio cuerpo de documentos que encarnan los derechos y las obligaciones de los Estados. Este *corpus juris* comprende instrumentos tanto de *hard law* (derecho duro) como de *soft law* (derecho suave). Mientras que los primeros han sido ratificados por los Estados y crean un efecto vinculante frente a las obligaciones y derechos en ellos establecidos, los segundos, pese a que no son vinculantes, establecen estándares de comportamiento, en relación a los cuales los Estados ya no podrían alegar su incumplimiento frente a la exigencia de estos.¹ Las opiniones consultivas de la Corte IDH se encuentran dentro de la categoría de instrumentos de *soft law*.

La Corte IDH es una institución judicial autónoma, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).² Para el cumplimiento de este fin, la Convención le ha provisto de dos funciones, una contenciosa y otra consultiva. La primera le otorga a la Corte la competencia para conocer sobre casos contenciosos, sometidos ya sea por los Estados Parte de la CADH o por la Comisión.³ Las decisiones de la Corte, en ejercicio de esta función, tienen un efecto vinculante para los Estados.⁴ En relación a su función consultiva, esta tiene como “finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos”.⁵ En este sentido, la Corte IDH tiene la facultad, por un lado, de interpretar la CADH y los demás tratados de protección dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Por otro lado, a pedido de un Estado parte, la Corte brinda opiniones sobre la compatibilidad entre las leyes internas con los instrumentos del Sistema.⁶ Las

1. Matthias Herdegen, *Derecho Internacional Público* (México: UNAM, 2005), 164.

2. *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Resolución n.º 448, octubre de 1979, art. 1.

3. *Convención Americana de Derechos Humanos*, 18 julio 1978, art. 61-3.

4. *Ibíd.*, art. 68.

5. Corte IDH, “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte, 24 de septiembre de 1982, Opinión consultiva OC-1/82, párr. 25.

6. *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 64.

opiniones consultivas emitidas por este órgano tienen naturaleza jurisdiccional y por lo tanto producen efectos jurídicos para los Estados de la OEA.

En su opinión consultiva OC-15/97, la Corte IDH establece: “aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”.⁷ Estos efectos jurídicos se traducen en la obligación del Estado de adaptar a su legislación interna los estándares fijados en estas opiniones. Esto quiere decir, en principio, que el Estado, al ser parte de la CADH y al haber aceptado la competencia de la Corte IDH, estaría en el deber de cumplir con los estándares establecidos en estas opiniones con el fin de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella, sin discriminación alguna (art. 1.1), para lo cual el Estado deberá adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias (art. 2).⁸ En Ecuador, los jueces de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Cuenca cuestionaron el efecto de la opinión consultiva OC-24/17 de generar la obligación de incluir el matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En la opinión consultiva OC-24/17 referente a la “identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, la Corte Interamericana determina el deber de los Estados de garantizar el acceso sin discriminación de las parejas del mismo sexo a todas las figuras existentes en los ordenamientos jurídicos internos que protegen los derechos de las parejas heterosexuales, entre ellas el matrimonio. Para cumplir con este deber, los Estados deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas o judiciales, para ampliar el ámbito de protección de las figuras existentes a las parejas constituidas por personas del mismo sexo.⁹ La Corte, consciente de las dificultades institucionales y políticas que pueden enfrentar los Estados al modificar la institución del matrimonio, determina que, mientras se impulsen estas reformas, los Estados deben garantizar a estas parejas igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.¹⁰

En este punto, la Sala Laboral argumentó en su sentencia que las opiniones consultivas, al no tener un efecto vinculante, no obligan al Estado ecuatoriano a adoptar conducta alguna, toda vez que estas no se encuentran dentro de la categoría de trata-

7. Corte IDH, “*Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*” (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 14 de noviembre de 1997, Opinión consultiva OC-15/97, párr. 26.

8. Juan Carlos Hitters, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10 (2005): 134.

9. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24 de noviembre de 2017, Opinión consultiva OC-24/17, párr. 228.

10. *Ibíd.*, párrs. 226-8.

dos internacionales, establecidos en el art. 417 y art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE). Igualmente, la Sala afirma que la Corte IDH, en ejercicio de su función consultiva, al no decidir sobre la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de algún derecho o libertad establecidos en la CADH en un caso particular, no podría ordenar o disponer conducta alguna a los Estados.

En su voto individual, el juez Hugo Grossi critica, entre otros puntos, que la Corte IDH imponga a los Estados el reconocimiento y regulación de las uniones entre personas del mismo sexo a través de una opinión consultiva, debido a que por un lado se afectaría el derecho a la defensa de los Estados, toda vez que no han comparecido para expresar su punto de vista sobre el tema.¹¹ Por otro lado, Grossi argumenta que la OC-24/17 afecta el principio de seguridad jurídica, ya que no pondera la buena fe de los Estados cuando se comprometieron en la CADH a reconocer el matrimonio,¹² como un derecho del hombre y la mujer.¹³

Teniendo en cuenta el progresivo reconocimiento del matrimonio igualitario a nivel mundial,¹⁴ y el principio de igualdad y no discriminación como parte del *ius cogens*, es cuestionable el argumento que la Corte IDH no podría a través de su función consultiva establecer lineamientos para subsanar la discriminación histórica y sistemática que han sufrido parejas del mismo sexo, mediante la ampliación del ámbito de protección del derecho a contraer matrimonio.

En el Derecho Internacional Público, las normas parte de la costumbre internacional constituyen evidencia de una práctica generalmente aceptada como derecho.¹⁵ Esta definición contiene dos elementos: la práctica generalizada como elemento objetivo; y la convicción de que esta práctica es legalmente obligatoria (*opinio juris*) como elemento subjetivo. En cuanto a la práctica generalizada, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Nicaragua vs. Estados Unidos determinó que para que una norma sea parte del derecho consuetudinario basta que la conducta del Estado sea consistente con aquella regla.¹⁶ En lo que atañe a la *opinio juris*, la CIJ estableció que la existencia de una aceptación relevante dentro de la comunidad de Estados

11. Hugo Vio Grossi, *Voto individual "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo"*, 24 de noviembre de 2017, Opinión consultiva OC-24/17, párrs. 71, 149.

12. *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 17 (2).

13. Grossi, *Voto individual*, párr. 97.

14. Países que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo: Alemania, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Taiwán, Uruguay.

15. *Estatuto Corte Internacional Justicia*, 26 de junio de 1945, art. 38.1.b.

16. Corte Internacional de Justicia, *Case Concerning The Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)* ICJ Reports 1986, párrs. 172-82; Walter Kälin y Jörg

se refleja en resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas u otros organismos internacionales.¹⁷ En el ámbito de los derechos humanos, esta convicción se expresa cuando un órgano internacional emite informes en el marco de su competencia sobre violaciones a una determinada norma o realiza recomendaciones a los Estados sobre el respeto a una regla.¹⁸ Igualmente, esta aceptación se demuestra cuando cada vez más Estados incorporan la regla a su legislación interna.

El derecho al matrimonio igualitario se está consolidando como una norma parte del derecho consuetudinario del derecho internacional de los derechos humanos. La Corte IDH en su opinión consultiva recoge los pronunciamientos de distintos órganos de Derechos Humanos en el Sistema de Naciones Unidas, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁹ Igualmente, la Corte ha resaltado el progresivo reconocimiento del matrimonio igualitario a nivel regional.²⁰ Estos avances dan cuenta del desarrollo de una práctica reiterada y un convencimiento de los miembros de la comunidad internacional hacia la ampliación del ámbito de protección de esta figura a las parejas del mismo sexo.

En relación a las normas de *ius cogens*, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados las define como aquellas reglas imperativas de derecho internacional que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario, y cuya modificación depende de una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.²¹ En el caso de Barcelona Traction, la CIJ otorgó a las obligaciones derivadas de una norma del *ius cogens* el estatus *erga omnes*. Esto quiere decir que, dada la importancia de ciertos derechos, los Estados tienen la obligación de protegerlos frente a toda la comunidad internacional.²² Uno de los derechos, que forma parte del contenido

Künzli, *The Law of International Human Rights Protection* (Nueva York: Oxford University Press, 2009), 67.

17. *Ibid.*, párrs. 172-82.

18. Mary Carmen Color Vargas, *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos* (México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013), 35-6, <<https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/Fuentes-DIDH.pdf>>.

19. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación*, párrs. 202-3.

20. *Ibid.*, párrs. 206-13.

21. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 27 de enero de 1980, art. 53.

22. Corte Internacional de Justicia, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Second Phase) ICJ Reports 1970 3, párrs. 32-4; Erika De Wet, “Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”, en *The Oxford Handbook on Human Rights*, ed. por Dinah Shelton (Nueva York: Oxford University Press, 2013), 15-6.

esencial de los derechos humanos con estatus de derecho consuetudinario imperativo, es el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación.

En su práctica tanto consultiva como jurisprudencial, la Corte IDH ha incluido al principio de igualdad ante la ley y la no discriminación dentro de la categoría de normas del *ius cogens*.²³ La Corte ha argumentado que, dado que estos principios derivan de la unidad de naturaleza del género humano y son parte consustancial de la dignidad esencial de la persona, constituyen bases esenciales sobre las cuales se levanta todo el ordenamiento jurídico.²⁴ En este sentido, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que discriminen a ciertos grupos del goce de derechos que sí se reconocen a otro grupo de la población.²⁵ En el caso de restricciones a la prohibición de discriminación por orientación sexual, la Corte en su jurisprudencia obliga a las autoridades estatales a que demuestren que estas restricciones no tienen un propósito ni un efecto discriminatorio, a través de la inversión de la carga de la prueba y una fundamentación rigurosa.²⁶

En la OC-24/17 la Corte IDH ha reconocido la discriminación estructural, la estigmatización y violencia de las que han sido históricamente víctimas las personas LGTBI.²⁷ En relación al matrimonio, la Corte advierte que la creación de una figura paralela para las parejas del mismo sexo, que contenga los mismos derechos y produzca los mismos efectos que el matrimonio entre parejas heterosexuales, sometería socialmente a las parejas del mismo sexo a la estigmatización.²⁸ Con el fin de eliminar la discriminación histórica y estructural sufrida por este grupo, la Corte IDH, a través de su opinión consultiva, está plenamente facultada para ordenar a los Estados que tomen todas las medidas necesarias para garantizar el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo.

23. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, Opinión consultiva OC-18/03, párr. 101; Corte IDH, “Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Espinoza González vs. Perú*, 20 de noviembre de 2014, párr. 216; Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr. 79; Corte IDH, “Sentencia de 11 de julio de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Duque vs. Colombia*, 11 de julio de 2016, párr. 91.

24. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes*, párr. 101; Corte IDH, *Caso Espinoza González vs. Perú*, párr. 216.

25. Corte IDH, *Caso Espinoza González vs. Perú*, párr. 216.

26. Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr. 124; Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, 31 de agosto de 2016, párr. 125.

27. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación*, párr. 33.

28. *Ibid.*, párr. 224.

En Ecuador, la Constitución otorga rango constitucional a los derechos humanos contenidos en el derecho consuetudinario internacional cuando señala que los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, necesarios para su pleno desenvolvimiento, son parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.²⁹ Bajo este contexto, el derecho al matrimonio igualitario, reconocido a través de la OC-24/17, constituye una norma jurídica ecuatoriana con rango constitucional, dado que, a través de la ampliación del ámbito de protección del matrimonio igualitario, se pretende salvaguardar el principios de igualdad y el de no discriminación, parte del derecho consuetudinario imperativo. Por lo tanto, el argumento de que el matrimonio igualitario es contrario a la norma constitucional y requeriría una reforma legal previa para su implementación queda desvirtuado por la fuerza obligatoria que la misma Constitución otorga a las de normas consuetudinarias de derechos humanos.

Otro argumento que fundamenta el deber de los Estados de incorporar en su legislación la recomendación de la OC-24/17 es la obligación de las autoridades públicas nacionales de realizar el llamado control de convencionalidad.

EL APOORTE DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO

La Corte IDH a través de su jurisprudencia ha delineado el contenido y alcance del control de convencionalidad. En el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,³⁰ la Corte define al control de convencionalidad como la obligación de los jueces nacionales, autoridades y órganos estatales,³¹ en el marco de sus respectivas competencias y

29. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.7; Julio César Trujillo, “La fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual”, *Foro* 3 (2004): 105.

30. “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH, “Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

31. Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones)”, *Caso Gelman vs. Uruguay*, 24

de las regulaciones procesales correspondientes, de verificar ex officio la compatibilidad entre las normas y prácticas internas con CADH y otros instrumentos del SIDH.³² Este control tiene como fin garantizar que los derechos y libertades establecidos en la CADH no sean suprimidos por disposiciones contrarias al objeto y fin de la misma.³³ Uno de los efectos del control de convencionalidad es la eliminación de disposiciones contrarias a la CADH en el ordenamiento jurídico nacional.³⁴

En principio, la Corte ha reconocido en su jurisprudencia que tanto los jueces y tribunales internos como autoridades estatales están sujetos al imperio de la ley nacional.³⁵ No obstante, cuando los Estados se comprometen internacionalmente a través de tratados internacionales de derechos humanos, las autoridades estatales tienen el deber no solo de fundamentar sus decisiones en normas nacionales, sino que las apoyen en fuentes del derecho internacional de los derechos humanos. En el caso del Ecuador, el control de convencionalidad impone a las autoridades ecuatorianas la obligación de ir más allá de los límites del ordenamiento jurídico interno e incorporar en el análisis los instrumentos del SIDH y la interpretación que la Corte IDH hace a la CADH en el ejercicio de su función tanto contenciosa como consultiva.³⁶

En la OC-24/17, la Corte IDH recuerda a los Estados que todos los órganos estatales están obligados a realizar un control de convencionalidad, también con base en las opiniones consultivas emitidas por esta en ejercicio de su función no contenciosa.³⁷ Al resolver la acción de amparo, la jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia cumple con su obligación de realizar el control de convencionalidad, tomando como base de su decisión los lineamientos establecidos en la OC-24/17. En su sentencia la jueza llega a la conclusión de que Registro Civil de Cuenca

-
- de febrero de 2011, párr. 239; Corte IDH, “Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, 28 de agosto de 2014, párr. 491; Corte IDH, “Sentencia de 14 de octubre de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Rocha Hernández y otros vs. El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párr. 223.
32. En el caso Diario Militar, la Corte amplió el control de convencionalidad a otros instrumentos del Sistema Interamericano, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar la Tortura y la Convención Belém Do Pará. Corte IDH, “Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, 20 de noviembre de 2012, párr. 330.
 33. Corte IDH, “Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005, párr. 170.
 34. Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 7: *Control de Convencionalidad* (San José: Corte IDH, 2015).
 35. Corte IDH, “Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009, párrs. 338, 339; Corte IDH, *Caso Atala Rifo*, párr. 284; Grossi, *Voto individual*, párr. 117.
 36. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, párrs. 338, 339; Corte IDH, *Caso Atala Rifo*, párr. 284.
 37. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación*, párr. 26.

vulneró el derecho de igualdad y no discriminación al negarse a celebrar e inscribir el matrimonio de la pareja accionante, como medida transitoria establecida en la misma opinión consultiva para garantizar el efectivo acceso a esta figura por parte de las parejas del mismo sexo hasta que el Estado ecuatoriano realice las reformas legales pertinentes. Mediante este razonamiento, la jueza de primera instancia reconoce la fuerza vinculante de los estándares fijados en la OC-24/17,³⁸ procediendo así, como medida de reparación, a ordenar al Registro Civil la inscripción y celebración del matrimonio.

Por su parte, los jueces de la Sala Laboral adujeron que la Constitución ecuatoriana establece que las autoridades estatales solamente pueden ejercer las facultades y competencias que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.³⁹ Dado que el matrimonio, según la legislación ecuatoriana,⁴⁰ es un contrato entre un hombre y una mujer, las autoridades en el ámbito de sus funciones no podrían garantizar el acceso a esta figura a las parejas del mismo sexo hasta su adecuación formal y material a través de una reforma constitucional realizada por la Asamblea Nacional. Bajo esta argumentación, la Sala Laboral sustentó su actuación únicamente en los límites establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin tomar en cuenta como fuente de decisión los estándares fijados en la opinión consultiva.

Las opiniones consultivas de Corte IDH tienen un efecto preventivo y una fuerza vinculante horizontal. Al constituir estas opiniones guías interpretativas para la mejor aplicación de la CADH, tienen en un primer momento un efecto preventivo. Esto quiere decir que los Estados a través del control de convencionalidad están llamados a adoptar o aplicar los estándares sugeridos a través de las opiniones consultivas en la legislación nacional o en las prácticas de los órganos estatales. En caso de no hacerlo, estas opiniones adquieren en cambio una fuerza vinculante horizontal.⁴¹ Este efecto se observa cuando la Corte en su práctica jurisprudencial ha acudido a los criterios formulados en ellas como precedente para sustentar las resoluciones en casos contenciosos.⁴² De allí que el Estado ecuatoriano, al no acoger los estándares establecidos por la OC-24/17, corre el riesgo de ser demandado ante el SIDH y muy posiblemente

38. *Ibíd.*, párr. 228.

39. Ecuador, *Constitución*, art. 226.

40. *Ibíd.*, art. 67 inc. 2; Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art. 81; Ecuador, *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*, Registro Oficial Suplemento 684, 4 de febrero de 2016, art. 52.

41. Jorge Ernesto Roa, *La función consultiva de la Corte Interamericana* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 107.

42. Corte Interamericana, “Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo)”, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, 20 de enero de 1989, párr. 174; Corte Interamericana, “Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo)”, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, 19 de enero de 1995, párrs. 82-3; Corte Interamericana, “Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, 17 de septiembre de 1997, párr. 50; Corte

ser declarado responsable internacionalmente por no haber tomado las medidas transitorias pertinentes para garantizar el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio.

EFFECTO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

El espíritu de la Constitución es velar los derechos de todos quienes habitamos en el territorio ecuatoriano. Con este fin, nuestra Constitución ha establecido como deber fundamental del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁴³ Para ello, la Constitución ha incorporado varios principios, entre otros, el de aplicabilidad directa e inmediata,⁴⁴ el principio de aplicación más favorable,⁴⁵ y el principio de tutela judicial efectiva.⁴⁶

En Ecuador el ejercicio de los derechos y garantías amparados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación ante cualquier autoridad estatal, administrativa o judicial, de oficio o a petición de parte.⁴⁷ Esto significa, por un lado, que tanto de la Constitución como de los instrumentos internacionales de derechos humanos derivan directamente derechos y obligaciones para los destinatarios; y, por otro, que para su respeto y cumplimiento no se requiere la mediación de ninguna ley.⁴⁸ En este sentido, las autoridades públicas ecuatorianas, en el marco de su competencia, están en la obligación de garantizar los derechos y libertades contenidos no solo en la norma constitucional, sino también en los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁴⁹ Este principio se ve aún más reforzado cuando la Constitución, en el caso particular de los jueces y las juezas, determina que la falta de ley o el desconocimiento de la norma no constituyen argumen-

Interamericana, “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, párr. 63.

43. Ecuador, *Constitución*, art. 3.1.

44. *Ibíd.*, art. 11.3 y 426.

45. *Ibíd.*, art. 11.5, art. 426.

46. *Ibíd.*, art. 172. COFJ, art. 23.

47. Ecuador, *Constitución*, art. 11.3 y 426.

48. Trujillo, “La fuerza normativa de la Constitución”, 90.

49. *Ibíd.*

tos para vulnerar derechos, desechar acciones interpuestas para su defensa, o negar el reconocimiento de los mismos.⁵⁰

Considerando que las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH son parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, a través del principio de aplicación directa e inmediata, los derechos contenidos en la OC-24/17 constituyen parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En consecuencia, las autoridades ecuatorianas están en la obligación constitucional de garantizar el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo sin necesidad de ley interna que lo reconozca. De allí que la negativa de reconocimiento del matrimonio igualitario por parte de los jueces de la Sala Laboral bajo el argumento de que es necesaria previamente una reforma constitucional no es compatible con el espíritu garantista de la Constitución que incluye las opiniones consultivas como parte de la normativa jurídica ecuatoriana.

Otro principio que refuerza la fuerza vinculante a la opinión consultiva dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es el principio de aplicación más favorable a los derechos. Como bien lo establece el juez Grossi en su voto individual, cada Estado tiene la prerrogativa de decidir dentro de su jurisdicción interna la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional.⁵¹ En el Capítulo I Principios, dentro del Título IX Supremacía, la Constitución ecuatoriana regula esta relación sobre la base del principio de favorabilidad en dos momentos. El primero, cuando la Norma Suprema ecuatoriana establece que aquellos derechos más favorables contenidos en tratados internacionales de derechos primarán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público.⁵² El segundo, cuando la Constitución ordena a toda autoridad pública aplicar directamente las normas previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos que sean más favorables a aquellas establecidas en la Norma Suprema ecuatoriana.⁵³ En este sentido, los instrumentos de derechos humanos, tanto de *hard law* como de *soft law*, a través del principio de favorabilidad adquieren en Ecuador rango constitucional, por lo que su aplicación es directa e inmediata.

El establecimiento de la jerarquía constitucional permite resolver conflictos entre las normas nacionales e internacionales. En caso de conflicto o diferencia entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución, las autoridades públicas ecuatorianas deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a la plena y efectiva vigencia de los derechos y libertades.⁵⁴ Igualmente, en caso de

50. Ecuador, *Constitución*, art. 426.

51. Grossi, *Voto individual*, párrs. 116-9.

52. Ecuador, *Constitución*, art. 424.

53. *Ibíd.*, art. 426.

54. *Ibíd.*, art. 11.5, 426.

conflicto entre normas contenidas en estos instrumentos y aquellas infra constitucionales, con base en el principio de jerarquía, la normativa internacional prevalecerá sobre la interna que la contradiga.⁵⁵

Según los jueces de la Sala Laboral, la aplicación del principio de favorabilidad para la inclusión del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano contraría la disposición constitucional que determina que, para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, no se exigirán condiciones y requisitos que no estén establecidos en la Constitución. En el caso de la figura del matrimonio, la Constitución y las demás normas internas que lo regulan establecen como un contrato solemne entre un hombre y una mujer.⁵⁶ Por lo tanto, al no constituir la OC-24/17 un tratado internacional, como reza el art. 417 y 424 de la Constitución, carece de jerarquía constitucional y no genera ninguna obligación vinculante para el Estado ecuatoriano. A través de este razonamiento, los jueces de segunda instancia restringen los derechos de las parejas del mismo sexo cuando no aplican el principio de favorabilidad. En este punto es necesario enfatizar que la OC-24/17 no contraría en modo alguno la institución del matrimonio contenida en el art. 67 de la Constitución; más bien, amplía el ámbito de protección personal de este derecho a las parejas del mismo sexo.

En cuanto al principio de tutela judicial efectiva de los derechos, la Constitución obliga a jueces y juezas a administrar justicia a la luz de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley.⁵⁷ Consecuentemente, los estándares fijados en las opiniones consultivas de la Corte IDH deben ser tomados en cuenta por el poder judicial para sustentar sus decisiones. En caso de no hacerlo, los jueces se arriesgan a nivel nacional a ser declarados responsables por el perjuicio que su falta de aplicación cause a la efectiva garantía de derechos y libertades. Bajo este principio, los jueces de la Sala Laboral debieron aplicar los estándares establecidos en la opinión consultiva OC-24/17, cumpliendo así con su obligación constitucional e internacional de garantizar el acceso de las parejas del mismo sexo a los derechos que protegen a las parejas heterosexuales, entre otros, el derecho a contraer matrimonio.

55. *Ibíd.*, art. 425; Trujillo, “La fuerza normativa de la Constitución”, 105.

56. Ecuador, *Constitución*, art. 67 inc. 2; Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art. 81; Ecuador, *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*, Registro Oficial Suplemento 684, 4 de febrero de 2016, art. 52.

57. Ecuador, *Constitución*, art. 172; Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial Suplemento 544, 9 de marzo de 2009.

CONCLUSIONES

En principio, los Estados tienen la potestad, con base en su jurisdicción interna, de incluir la figura del matrimonio entre parejas del mismo sexo dentro de su ordenamiento jurídico. No obstante, al ser parte el Ecuador de la CADH tiene el deber de incorporar los estándares establecidos en las opiniones consultivas, emitidas por la Corte IDH en el ejercicio de su función consultiva. En la opinión consultiva OC-24/17, la Corte establece el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho al matrimonio a estas parejas. Este artículo centró su análisis en tres líneas argumentativas para sostener que la OC-24/17 de la Corte IDH es vinculante para el Estado ecuatoriano.

Un efecto jurídico de las opiniones consultivas es que estas obligan a los Estados a adoptar y aplicar los estándares fijados en ellas. A partir de la opinión consultiva OC-24/17, las autoridades ecuatorianas tenían la obligación de permitir el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio sin necesidad previa de una reforma constitucional y legal. El argumento que la Corte no puede establecer obligaciones para los Estados a través de opiniones consultivas queda desvirtuado particularmente en relación al derecho al matrimonio igualitario, debido a que a través de la institución de esta figura se pretende salvaguardar el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, normas parte del *ius cogens*. Además, la opinión consultiva no hace más que incorporar como parte del corpus iuris del SIDH a este derecho, que ya se está consolidando, como parte del derecho consuetudinario del derecho internacional de los derechos humanos en la medida en que progresivamente países y organizaciones internacionales han reconocido el acceso al mismo.

Por otro lado, la Corte Interamericana en su práctica jurisprudencial ha catalogado las opiniones consultivas como fuente para la realización del control de convencionalidad por parte de las autoridades nacionales. Al establecer la Corte IDH en la OC-24/17 al matrimonio igualitario como un derecho, las autoridades ecuatorianas, tanto del Registro Civil como los jueces de la Sala de lo Laboral, debieron tomar todas las medidas para garantizar la celebración y registro del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Por lo tanto, el razonamiento de que las autoridades en Ecuador solo pueden realizar lo que dice la Constitución y la ley no tiene fundamento en la medida en que las opiniones consultivas son guías interpretativas que los Estados están obligados a adoptar a través del control de convencionalidad.

Finalmente, la Constitución ecuatoriana garantiza a través del principio de aplicabilidad directa e inmediata, de aplicación más favorable y de tutela judicial efectiva, que aquellos derechos y garantías contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos sean de inmediata y directa aplicación por toda autoridad nacional. El derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, instituido a través de

la OC-24/17, constituye una regla parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y debe ser garantizada directa e inmediatamente por las autoridades ecuatorianas. Además, al ser un derecho más favorable a aquel garantizado en el ordenamiento jurídico nacional, debido a que amplía el espectro de protección personal de esta figura a las parejas del mismo sexo, obtiene a través del principio de favorabilidad rango constitucional. En consecuencia, el derecho al matrimonio igualitario, reconocido en la OC-24/17, es exigible ante cualquier autoridad pública sin la necesidad de ley interna que lo reconozca.

Con base en este análisis es posible concluir que el Estado ecuatoriano debe garantizar el derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo hasta que se realicen las reformas legales pertinentes. Al provenir la OC-24/17 del ejercicio de la facultad consultiva de la Corte Interamericana, órgano jurisdiccional constituido en un tratado internacional ratificado por el Ecuador, los estándares fijados en ella son de inmediata y obligatoria aplicación en el ordenamiento jurídico nacional. De allí que el incumplimiento de las autoridades ecuatorianas con su deber internacional y constitucional de garantizar este derecho implica el riesgo de que el Ecuador sea declarado responsable internacionalmente, dado el efecto vinculante horizontal de estas opiniones para los órganos del Sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- Color Vargas, Mary Carmen. *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013. <<https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/Fuentes-DIDH.pdf>>.
- Corte IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 7: *Control de Convencionalidad*. San José: Corte IDH, 2015.
- De Wet, Erika. “Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”. En *The Oxford Handbook on Human Rights*, editado por Dinah Shelton. Nueva York: Oxford University Press, 2013.
- Herdegen, Matthias. *Derecho Internacional Público*. México: UNAM, 2005.
- Hitters, Juan Carlos. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10 (2005).
- Kälin, Walter, y Jörg Künzli. *The Law of International Human Rights Protection*. Nueva York: Oxford University Press, 2009.
- Roa, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

OPINIONES CONSULTIVAS

- Corte IDH. “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte. 24 de septiembre de 1982. Opinión consultiva OC-1/82.
- . “*Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*” (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 14 de noviembre de 1997. Opinión consultiva OC-15/97.
- . *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre de 2003. Opinión consultiva OC-18/03.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- Corte Interamericana. “Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo)”. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. 20 de enero de 1989.
- . “Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo)”. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. 19 de enero de 1995.
- . “Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo)”. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. 17 de septiembre de 1997.
- . “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. 12 de noviembre de 1997.
- Corte IDH. “Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. 23 de junio de 2005.
- . “Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. 26 de septiembre de 2006.
- . “Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. 23 de noviembre de 2009.
- . “Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones)”. *Caso Gelman vs. Uruguay*. 24 de febrero de 2011.
- . “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. 24 de febrero de 2012.
- . “Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. 20 de noviembre de 2012.
- . “Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. 28 de agosto de 2014.
- . “Sentencia de 14 de octubre de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Rocha Hernández y otros vs. El Salvador*. 14 de octubre de 2014.
- . “Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. 20 de noviembre de 2014.

- .“Sentencia de 11 de julio de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Duque vs. Colombia*. 11 de julio de 2016.
 - .“Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. 31 de agosto de 2016.
- Corte Internacional de Justicia. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Second Phase). ICJ Reports 1970 3.
- .*Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*. ICJ Reports 1986.