

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Constitucional

**El matrimonio igualitario como derecho constitucional y su
reconocimiento en el Ecuador a través de las sentencias de la Corte
Constitucional**

José Luis Castro Ochoa

Tutor: Amilcar Alexander Barahona Nejer

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, José Luis Castro Ochoa, autor de la tesis titulada “El matrimonio igualitario como derecho constitucional y su reconocimiento en el Ecuador a través de las sentencias de la Corte Constitucional”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación; pudiendo, por tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio, conocido o por conocer, siempre y cuando no se le haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo en formato impreso y digital o electrónico.

4 de noviembre de 2021

Firma: _____

Resumen

Este trabajo abarca la cuestión del reconocimiento del matrimonio igualitario en el Ecuador. Se inicia con una investigación primigenia respecto de la figura e institución tradicional del matrimonio, histórica y jurídicamente, y su configuración dentro del derecho nacional. En este contexto, y partiendo de las concepciones naturalistas, se efectúa un replanteamiento respecto de la concepción de matrimonio como un derecho humano, el mismo que se vincula hacia la potencialización de derechos conexos como la dignidad, la libertad, el desarrollo de la personalidad, el derecho a fundar una familia. Se analiza adicionalmente lo referente al modelo constitucional ecuatoriano en lo que precisa al bloque de constitucionalidad y la cláusula abierta capaz de incorporar derechos progresivos en materia de derechos humanos, a la luz de la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH respecto al Matrimonio Igualitario en la Convención Americana de Derechos Humanos. Finalmente, el trabajo pretende condensar un análisis respecto de las Sentencias 010-18-CN y 011-18- CN, expedidas por la Corte Constitucional de Ecuador, en las cuales se reconoce e institucionaliza el matrimonio igualitario denotando la importancia de la forma en la que logran replantear lo tradicional, a través de la interpretación constitucional que logra superar la interpretación literalista que, de alguna manera, petrifican el derecho y frenan las cuestiones evolucionadas de los derechos y las nuevas formas de concebir la vida, la realidad y las relaciones sociales. Así también, se cuestiona el hecho del reconocimiento de este derecho por una vía diferente a la legislativa; esto es, a través del control de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional desconociendo las vías de cambio de la Constitución que precisamente son parte de su característica de rigidez. Sin embargo, en contrario sensu nos permite cuestionarnos si el fin justifica el medio de interpretación para alcanzar el reconocimiento de estos derechos.

Palabras clave: constitución, matrimonio, igualdad, derechos, heteropatriarcado, constitucionalidad

Este trabajo se lo dedico a mi padre quien desde el cielo me acompaña y que, aunque nos faltaron muchas cosas por vivir, sé que este momento hubiera sido tan importante para él, como lo es para mí. A mi madre y mis hermanos por su apoyo. A mi esposa y mis pequeñas hijas, quienes han sido mi motivación constante y mi inspiración de superación académica.

Agradecimientos

Primeramente doy gracias a DIOS por brindarme una grata experiencia en mi Universidad y convertirme en un ser profesional en el campo que me apasiona. Gracias a mis docentes de la Universidad Andina Simón Bolívar por ser parte de esta formación integral y así mismo, de manera especial, a mi tutor Alexander Barahona quien, con paciencia y sabiduría, logró trasmitirme conocimientos que me han permitido llegar al lugar en el que me encuentro.

Tabla de contenidos

<i>Introducción</i>	13
<i>Capítulo primero El matrimonio igualitario como derecho</i>	15
1. Definición de matrimonio.....	15
2. Breves aproximaciones del matrimonio en la historia.....	17
2.1. Edad Antigua	17
2.2. Edad Media.....	18
2.3. Edad Moderna	20
2.4. Edad Contemporánea.....	20
3. Heteropatriarcado	22
4. Unión civil de las parejas en el Ecuador.....	23
4.1. Unión de Hecho	24
4.2. El matrimonio civil en Ecuador.....	26
5. El matrimonio en el contexto de los derechos fundamentales.....	29
6. El matrimonio en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el sistema de protección.....	35
6.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos	36
6.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	37
6.3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	37
7. Hitos del Derecho Extranjero en la protección al matrimonio igualitario.....	41
7.1. Matrimonio igualitario en Colombia	41
7.2. Matrimonio igualitario en México.....	42
7.3. Matrimonio igualitario en España	43
7.4. Matrimonio igualitario en Sudáfrica.....	44
7.5. Matrimonio igualitario en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	46
8. El derecho al matrimonio en la Constitución de la República del Ecuador	48

<i>Capítulo segundo Reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario en el Ecuador a través de la justicia Constitucional</i>	<i>53</i>
1. Corrientes a favor y en contra del reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador.....	54
1.1. Corriente pro-matrimonio igualitario	54
1.2. Corriente contraria al reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario..	56
2. Judicialización del derecho al matrimonio igualitario.....	58
2.1. Caso Pamela Troya y Gabriela Correa	59
2.2. Caso Cuenca José Luis Sánchez Vallejo y Jacinto Javier Orellana Guerrero ..	61
2.3. Otros casos.....	62
3. Estudio de sentencias.....	63
3.1. Caso Nro. 10-18-CN. Sentencia Juez Ponente Dr. Alí Lozada Prado.- Voto de Mayoría.....	63
3.2. Caso Nro. 11-18-CN. Sentencia del juez ponente Ramiro Ávila Santamaría – Voto de mayoría	70
4. Consideraciones finales en torno a las sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19	85
<i>Conclusiones.....</i>	<i>93</i>
<i>Bibliografía.....</i>	<i>95</i>

Introducción

Ecuador es un país que ha sufrido constantes transformaciones en su texto constitucional, lo cual le ha permitido tener alrededor de veinte constituciones desde el inicio de su vida republicana. Esta evolución constitucional ha ido partiendo desde la exclusión de ciertas personas por su condición social, las cuales no eran consideradas ciudadanas, lo que implicaba el no reconocimiento de sus derechos. El derecho es dialéctico y está en constante cambio, y este debe ir acorde a los hechos que acontezcan, por cuanto las sociedades van en constante evolución, lo que implica variaciones en las necesidades que los ciudadanos van adoptando a lo largo de su vida.

Los poderes democráticos asumen roles que van hacia posiciones o ideologías que representan la mayoría de la población por la que fue electa, cumpliendo un rol político más que jurídico, en el que ha existido un estancamiento social basando en ideologías moralistas o teístas, y en las que predomina una posición religiosa en un país que, desde su texto supremo, la Constitución, se declara como laico.

La Constitución del Ecuador del año 2008, al momento de su promulgación fue considerada una de las más garantistas, pero dejaba de lado aun temas de relevancia para las minorías. El tema del matrimonio generó grandes debates en las mesas de trabajo de la Asamblea Constituyente, pero predominaron las convicciones personales de quienes ostentaban en aquel entonces el poder constituyente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2017, emite una opinión consultiva en la que se establece el reconocimiento del matrimonio de las personas del mismo sexo y, a decir de los activistas GLBTI, esto debía ser reconocido por el Estado ecuatoriano, ya que forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es ahí donde nace el debate respecto de la incidencia que pueda tener una opinión consultiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo que da origen a que se inicien procesos constitucionales por vulneración de derechos, llegando a conocimiento de la Corte Constitucional, órgano que toma conocimiento y se pronuncia al respecto a través de dos sentencias, lo que da origen al presente trabajo de investigación.

Para ello, en el primer capítulo se ha procedido a realizar un estudio histórico de la

figura del matrimonio, permitiendo denotar algunas características que han predominado desde la antigüedad hasta la actualidad, que si bien son menos notorias, aún existen, tales como el heteropatriarcado y el creer que el único fin del matrimonio es el de la reproducción, lo cual, está totalmente alejado de la realidad actual, en el que esto ha pasado a segundo plano en las relaciones maritales, determinando que el matrimonio es una concepción de índole social ya que se puede considerar como una cuestión de estatus las relaciones interpersonales indistintamente del género o del sexo.

En el mismo sentido, dentro del primer capítulo se hace un recorrido por el marco normativo ecuatoriano, partiendo desde la historia en el que matrimonio empezó siendo una facultad netamente de la iglesia para luego, a través de la instauración del laicismo, pasar a ser el Estado quien asuma las competencias para ser quien celebre matrimonios, institucionalizando así la figura de la unión de las parejas a través de una figura legal. Esto también permitió determinar las contradicciones y tensiones referentes a la prohibición del matrimonio de parejas del mismo sexo en Ecuador, y la no coherencia entre el texto constitucional en su integralidad y su relación con las demás normas de su sistema jurídico.

En el capítulo segundo, por otro lado, se pretende a través del estudio de las sentencias del reconocimiento del matrimonio igualitario, determinar cómo se ve afectado el principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual en los derechos de las minorías en conformar una la familia, debido a una restricción respecto del matrimonio entre parejas del mismo sexo en Ecuador; lo cual afecta de manera directa el proyecto de vida de las personas y la incidencia que tiene el Estado a través del poder que abarca para restringir el derecho de las personas.

Finalmente, se da cuenta de los motivos y el por qué se tuvo que reconocer el derecho al matrimonio igualitario por una vía diferente a la legislativa, cuál es el problema que suscita este reconocimiento, y lo que dejó sin resolver en estas sentencias, sus contradicciones y sus posibles soluciones.

Capítulo primero

El matrimonio igualitario como derecho

En el presente capítulo se abordarán temas relacionados al concepto mismo de matrimonio, que derivarán en la búsqueda de su definición, origen, concepción y evolución histórica, como institución jurídica en el derecho ecuatoriano y en la normativa internacional de los derechos humanos, con la finalidad que, desde este abordaje, sea posible identificar la proyección actual de esta importante figura social y jurídica para la realidad normativa nacional, así como los derechos conexos que se ven implicados en estos cuestionamientos que resultan de trascendental interés para tratar de entender las nuevas concepciones y posiciones que se han desarrollado actualmente en torno al matrimonio, y el derecho al matrimonio igualitario.

1. Definición de matrimonio

El matrimonio es un término que con el pasar del tiempo se ha convertido en ambiguo, por cuanto la concepción tradicional carece de fuerza en la actualidad. No existe una definición clara respecto a lo que es el matrimonio, o referente a lo que este representa en la sociedad. Se debe tener en cuenta que “Ulpiano concebía que el matrimonio era la unión de varón y mujer, consorcio de toda la vida, comunicación de derecho divino y humano”,¹ denotando una clara inclinación hacia que, una vez consumado el matrimonio, este no podía disolverse, vinculado a aspectos de índole religioso. Esto denota que existe una evidente evolución del matrimonio, ya que con el pasar del tiempo ese término ha ido variando de acuerdo a la época a la que se haga referencia.

Es por ello que el matrimonio regularmente ha sido visto desde perspectivas que tienen relación con “la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear, educar hijos y de constituir entre los cónyuges una

¹ Darío Alejandro Rojas Araque, “Caracterización del matrimonio ¿Es o no un contrato?”, *Nuevo Derecho* 7, n° 9 (2011): 27.

sociedad perpetua”.² Con ello, de manera tácita, se da a comprender que el matrimonio es predominante y exclusivamente de personas heterosexuales, en el que la unión de las personas sólo tiene sentido en el hecho de poder procrear, respetando el libre consentimiento; es decir, que no se puede coaccionar a que una persona contraiga matrimonio, teniendo el derecho a elegir si desea hacerlo o no.

Por otro lado, es importante resaltar cual es la definición que el Diccionario de la Real Academia de la lengua española utiliza al referirse al matrimonio, haciéndolo en los siguientes términos: “Unión de dos personas mediante determinados ritos o formalidades legales para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”.³ Como se puede constatar, desde el punto de vista lingüístico el matrimonio ya ha tenido cambios importantes en su conceptualización, ya que bajo esta concepción que se reviste de carácter legal y hasta social, el matrimonio ha sido considerado como base de la existencia de la familia (desde un punto de vista tradicional), siendo esta última denominada como la célula de la sociedad, por su función básica de convivencia entre seres humanos, que posteriormente con la evolución del derecho, se han generado mecanismos para su protección, determinándose cuestiones relativas a filiación, derechos patrimoniales, obligaciones de cuidado, entre otros.

Existe otra definición que señala que:

El simple estar juntos de un hombre y una mujer no hace de ellos una pareja conyugal, de manera que exista el matrimonio. El matrimonio implica una unión establece entre los dos y no es suficiente una relación episódica, aunque sea íntima, como es el caso de la unión fornicaria. Marido y mujer forman una unidad de dos, cuya naturaleza conviene ahora examinar adecuadamente, aunque la experiencia de la vida familiar y social proporcione un primer conocimiento intuitivo.⁴

Como se puede evidenciar, esta definición va un poco más allá, y cuestiona de cierta manera la visión tradicional de creer que el matrimonio por el simple hecho hacer pareja se

² Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho romano* (Madrid: Reus, 1965), 144, citado en, Alexander Barahona, “Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *FORO. Revista de Derecho*, n° 23 (2015): 73.

³ Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, *Real Academia Española*, s. f., <https://dle.rae.es/>.

⁴ Jéssica Pilar Hermoza Calero, “Correlación del matrimonio civil y los casos de unión de hecho en el Derecho familiar”, *LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* 14, n° 17 (2016): 134, doi:10.21503/lex.v14i17.937.

configura como tal, lo cual evidencia que se tiene que viabilizar una estabilidad en la pareja, más allá del contacto carnal, sino en una complementariedad conyugal.

Es así que, el matrimonio es concebido como un estado de bienestar, en el que las personas pueden dar por hecho que su vida ha cobrado sentido por efecto del cambio de estado civil. Sin perjuicio de aquello, el matrimonio sigue siendo hasta la fecha una institución que es vista como la estructura de la sociedad en la que se funda la familia.

El matrimonio ha evolucionado tanto en el contexto sociológico y jurídico, pues este último responde a los fenómenos sociales existentes en distintas épocas y transversalizado por diferentes cuestiones, entre ellas las de índole histórica. Se debe dejar cimentada la idea de que matrimonio y familia están estrechamente vinculados; pero los dogmas moralistas y religiosos que envuelven a la familia han teñido una idea conservadora, en la que el matrimonio únicamente es permisible entre parejas heterosexuales. Sin embargo la historia indica que la unión entre hombre y mujer y su posterior constitución familiar, se consolidaron como una herramienta de dominio y ejercicio de poder, para aliarse estratégicamente buscando la consolidación de feudos sobre la base de acuerdos matrimoniales.

2. Breves aproximaciones del matrimonio en la historia

2.1. Edad Antigua

Antiguamente, el matrimonio era celebrado según la conveniencia de las familias, esto con la finalidad de conservar su poder o dinastía. Por su parte, Fox Robín en su obra manifiesta “Para uno, los matrimonios son útiles porque proporcionan herederos; para el otro, los herederos son útiles porque pueden servir para bodas entre dinastías”⁵. Según este autor se puede entender que la finalidad de los matrimonios era su procreación ya que los hijos serían considerados los herederos de su imperio o dinastía y de esa manera podían continuar con su gobierno y mantener el poder.

Se debe precisar que no existen datos exactos del origen de esta institución, siendo considerado en varias culturas como ritual que revestía de virtuosidad al hombre y en donde

⁵ Fox Robin, *Sistemas de parentesco y matrimonio*, 4ª ed. (Madrid: Alianza Editorial, 1985), 23.

la mujer se reducía a un valor cambiario sin posibilidad de heredar o administrar los bienes. Así pues “las costumbres primitivas respecto a la institución del matrimonio eran basadas en creencias espirituales sobre todo; consideraban que entre más joven uno contraía matrimonio era más virtuoso y acreedor del mundo espiritual; era una vergüenza y un pecado no estar casado para los primitivos; el nacimiento y la muerte estaban atados al matrimonio”.⁶ Estos eran los primeros pasos que se daban respecto de la convivencia en pareja, en donde se buscaba como fin único la procreación, objetivando a la pareja para la satisfacción de objetivos de sostener territorios.

La importancia de esta época radica en que se veía que a través de la convivencia en pareja, se podría formar una familia, independientemente de los fines ulteriores que se buscaban con la unión entre hombre y mujer. Desde esta parte de la historia, ya se empieza a creer como característica principal del matrimonio, la reproducción.

2.2. Edad Media

En la antigua Roma, surgieron los Gens, que eran las primeras formas de familia, siendo el parentesco el determinante, más no el matrimonio. En aquella época existían límites que no se podían sobrepasar, siendo las clases sociales la barrera entre unos y otros, ya que no era permitido el emparentarse entre distintas clases sociales.⁷ Hay que resaltar que “la verdad es que los vínculos de parentesco no son vínculos naturales de la sangre, sino relaciones sociales entre grupos, con frecuencia basados en afinidades residenciales y hostiles a afinidades genéticas [...] quien decimos que es pariente y que describimos como familia son hechos que dependen claramente de varios factores históricos”.⁸

El derecho romano reguló en mayor medida el matrimonio como una cuestión de índole legal, por lo que a “esta figura jurídica se la trata desde sus inicios como un contrato para poder intervenir legalmente frente al patrimonio de los contrayentes, siendo así el matrimonio una herramienta legal utilizada para transmitir el patrimonio del hombre a sus

⁶ El Libro de Urrantía. “La Evolución del Matrimonio”. Big Blue Book, 10 de mayo de 2020. <https://bigbluebook.org/es/82/3/>

⁷ Luis Rafael Rodríguez Centeno, “Los derechos de las personas GLBTT en el ámbito familiar ecuatoriano” (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2006), 13–14, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2390>.

⁸ Jeffrey Weeks, *Sexualidad*, México, Paidós, 1998, p. 32, citado en, Rodríguez Centeno, “Los derechos de las personas GLBTT en el ámbito familiar ecuatoriano”.

descendientes directos, a contraprestación de otros miembros de la familia”⁹. El matrimonio se constituyó como contrato que protegía el patrimonio del pater familia y sus descendientes.

Por otra parte, los esclavos “[n]o podía contraer matrimonio, sus uniones sexuales eran de hecho, no de derecho, y se denominaba contubernium; no podía enajenar por cuanto no tenía patrimonio propio”, siendo excluidos y marginados.¹⁰

Lo que se consideró un rito pasó a ser un acto contractual mediante el cual dos personas consentían coadyuvar sus derechos y sus obligaciones patrimoniales con el fin de auxiliarse y formar una familia. Por ser el Derecho Romano la columna vertebral del Derecho Civil, es importante resaltar algunas características del matrimonio en este período:

- El *ius connubium*; que significa tener capacidad para poder contraer matrimonio, esto en base a la edad específica y relativamente a no ser esclavo.
- El *affectio maritalis*; que representa la convivencia entre el hombre y la mujer monógama e ininterrumpida bajo el mismo techo *domicilium matrimonii*.
- El *matrimonio cum manu*; constituía el hecho de que la mujer pasaba a formar parte del patrimonio de su marido, es decir era considerada res o cosa.
- El *matrimonio sine manu* establecía que la mujer seguía formando parte de su familia biológica.

Contrario al derecho romano, en donde imperaba un enfoque político económico del matrimonio, surgió el cristianismo en donde intervino la iglesia para regular estas relaciones privadas, otorgando al matrimonio un carácter religioso sacramental lo que validaba como correcto y legítimo a las relaciones de pareja, siendo estas lo “naturalmente correcto”. En el mismo sentido, el matrimonio desde el punto de vista religioso era considerado como “una institución de orden sagrado o natural y, por tanto, no modificable

⁹ Luis Rodolfo Argüello, *Manual de derecho romano: Historia e instituciones*, 3ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 2007), 385.

¹⁰ Alfonso Nieves Gómez, *Apuntes de Derecho Romano* (Cartagena: Universidad Libre, 2014), 18, <http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/DERECHO%20ROMANO.pdf>.

por el derecho positivo”,¹¹ dejando claro el poder de incidencia que tenía la iglesia sobre el Estado. Por otro lado, a la luz del Estado laico, al matrimonio se lo tenía como un contrato solemne con fines reproductivos y de convivencia y auxilio. En este periodo, ya empezó a promoverse la separación del Estado y la iglesia.

2.3. Edad Moderna

En esta etapa, el matrimonio deja de ser regulado por la iglesia para ser codificado en leyes civiles, mismas que incorporaron el enfoque patriarcal, sacramental y del patrimonio excluyente de la mujer. La transición implicaba que “hay que preparar a la familia para afrontar el reto de subsistir en el propio estamento y ascender”¹². Sin embargo, las voces de reinterpretar el contrato matrimonial surgieron principalmente de quienes lideraron la reforma católica como Lutero, quien consideró que “el matrimonio era un asunto de este mundo, era el gobierno civil el que tenía que normativizarlo a través de sus leyes”¹³. Lo que aquí empieza es a predominar la religión y a establecer parámetros desde sus creencias para la formalización de la unión de las parejas.

2.4. Edad Contemporánea

El reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo es uno de los cambios importantes del derecho contemporáneo que sólo lleva un par de décadas de efectivización. Aunque existen disputas sobre la existencia de bodas entre parejas del mismo sexo a lo largo de la historia, el requisito de la diferencia de sexos es una constante en las legislaciones modernas sobre el matrimonio. Estos cambios legales han sido el resultado de la politización lograda por el movimiento por la diversidad sexual que incorporó en las agendas públicas la demanda por ampliar las concepciones legales de familia.¹⁴

¹¹ Juan Marco Vaggione, “Actores, estrategias y discursos en los debates sobre sexualidad”, en *El debate sobre matrimonio igualitario en Córdoba: actores, estrategias y discursos*, Colección Religión, género y sexualidad 4 (Córdoba [Argentina]: Católicas por el Derecho a Decidir, 2011), 27.

¹² María Adela Fargas, “Experiencias Subjetivas de las Estrategias Familiares”, en *Cultura material y vida cotidiana moderna*, ed. Máximo García Fernández (Madrid: Sílex, 2013), 226.

¹³ David Kertzer y Marzio Barbagli, *Historia de la familia europea*. (Barcelona: Paidós, 2002), 27–28.

¹⁴ Vaggione, “Actores, estrategias y discursos en los debates sobre sexualidad”, 9.

Uno de los principales puntos o conceptos claves que se establecen en la actualidad para impedir el matrimonio entre parejas del mismo sexo es la defensa de la familia tradicional. Por familia tradicional comúnmente se entiende la conformada por parejas heterosexuales. Por su parte Carmen Valdivia realiza una aproximación a lo que se entiende por familia tradicional:

En el mundo rural “la casa” era el principio de la organización social. Destacaba la importancia de la territorialidad. La burguesía ha empleado más el concepto de familia, que destaca más la relación del parentesco. Sobre la familia, tradicionalmente troncal, recaían funciones como: la reproductiva, protectora, educativa, transmisión de creencias y educación religiosa, recreativa, atención y cuidado de los enfermos. En entornos rurales, también la reproductiva y económica.¹⁵

Esto implica, que existen varias perspectivas de lo que se puede considerar por tradicional, dejando a salvo el criterio de todos los actores de la sociedad, a fin de permitirse desarrollar un criterio que se adapte de acuerdo a la realidad de cada grupo social. Finalmente, es importante tener presente que:

Estrictamente, el matrimonio heterosexual refería a un tipo de matrimonio entre personas de diferente sexo. Sin embargo, la visión dicotómica que divide el mundo en hombres y mujeres provoca que el único entendimiento de lo heterosexual se vincule a la unión entre un hombre y una mujer. De la misma forma, estrictamente el matrimonio homosexual referiría a un tipo de matrimonio entre personas del mismo sexo. No obstante, nuevamente la visión dicotómica reduce lo homosexual a la unión entre hombres o entre mujeres. Así, el significado tradicional de lo “Heterosexual” y lo “Homosexual” excluye aquello que no necesariamente se asimila a la dicotomía hombre/mujer.¹⁶

Con esto, se debe tener claro que la ruptura de lo que entendía por tradicional, debe ir a la par de un cambio de mentalidad; en la que las disrupciones que se puedan suscitar en el transcurso del establecimiento y transformación de la sociedad, sea el respeto el factor diferenciador ante lo diferente, ante lo que no es común, en el que la sociedad ha evolucionado y ha dejado de lado prejuicios para mostrarse al mundo un rostro humano en el que ya no se excluya.

¹⁵ Valdivia Sánchez, “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos” (La Revue du REDIF, 2008), 16.

¹⁶ Fausto Sterling Anne, “The Five Sexes. Why Male and Female are Not Enough” 1993, citado en, Mariano Fernández Valle, “Matrimonio y Diversidad Sexual: La Lección Sudafricana”, s. f., 94.

3. Heteropatriarcado

Al hablar de heteropatriarcado se hace alusión al predominio que tiene la heterosexualidad y, sobre todo, el hombre sobre otros géneros¹⁷ u orientaciones sexuales, lo cual implica un desequilibrio dentro de la sociedad, ya que no existe igualdad y perpetúa condiciones de superioridad. Alda Facio menciona que el patriarcado:

Se trata de un sistema que justifica la dominación sobre la base de una supuesta inferioridad biológica de las mujeres. Tiene su origen histórico en la familia, cuya jefatura ejerce el padre y se proyecta a todo el orden social. Existen también un conjunto de instituciones de la sociedad política y civil que se articulan para mantener y reforzar el consenso expresado en un orden social, económico, cultural, religioso y político, que determina que las mujeres como categoría social siempre estarán subordinadas a los hombres, aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder, hasta mucho poder, o que todas las mujeres ejerzan cierto tipo de poder como lo es el poder que ejercen las madres sobre los y las hijas.¹⁸

Si bien la conceptualización planteada por Facio hace alusión a una perspectiva feminista, esta conceptualización permite dilucidar que el hombre intenta plasmar su superioridad ante cualquier persona que no considere su igual, creando un entorno de dominación. Esto ha permitido que la sociedad se desenvuelva bajo parámetros sometidos a esta idea de superioridad del hombre, en el que la familia tiene que ser concebida desde la heterosexualidad, lo cual crea confrontación con quien intente plasmar algo distinto a lo tradicionalmente aceptable, desde lo patriarcal. Esto debido a que:

[la] evidenciación de la orientación sexual vendría acompañada de una reducción de derechos y posición social, por esto, aparece un nuevo factor social que hay que tener en cuenta al momento de hablar de personas GLBTT, la prohibición nacida de la discriminación para formalizar relaciones homoeróticas. En otras palabras, en un principio muy pocas personas GLBTT se arriesgarían a formar familias GLBTT por el temor a perder sus empleos, al rechazo de sus familias, que muy posiblemente argumentarían que “los están avergonzando”, o a la dificultad de asumir sus papeles de padres y madres GLBTT.¹⁹

¹⁷ Ramiro Ávila menciona: “El género tampoco es sinónimo de mujer. Reducir la idea del género a un asunto sólo de mujeres es una forma de restringir el concepto y también restringir las potencialidades de cambio social que puede tener la categoría. El género comprende a hombres, mujeres, homosexuales, travestis, lesbianas y demás posibilidades identitarias”. Ramiro Ávila Santamaría, “Género, derecho y discriminación: ¿Una mirada masculina?”, *Universidad Andina Simón Bolívar*, 20 de junio de 2012, 2, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2975>.

¹⁸ Alda Facio y Lorena Fries, “Feminismo, género y patriarcado”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho* 3, n° 6 (2005): 280.

¹⁹ Rodríguez Centeno, “Los derechos de las personas GLBTT en el ámbito familiar ecuatoriano”, 38.

Las teorías feministas ven a la familia patriarcal “como el espacio privilegiado de reproducción del patriarcado en tanto constituye la unidad de control económico, sexual y reproductivo del varón sobre la mujer y sus hijos”,²⁰ dejando claro que el hombre es quien debe ser tomado como un ser poderoso y que tiene la capacidad de disponer o decidir sobre los demás. Al respecto, Alexander Barahona sostiene que:

[E]l sistema patriarcal afectó a todos los miembros de la sociedad; a las mujeres, al ubicarlas en un plano de inferioridad; a los hombres, al limitar su libre desarrollo y obligarlos a adecuarse a los parámetros de masculinidad; a los niños, al educarlos con principios discriminatorios; a gais, lesbianas, transgéneros e intersexuales, por considerarlos como personas enfermas y destinadas a la clandestinidad; y a núcleos familiares homoafectivos, al asumirlos extraños, peligrosos y sin reconocimiento por parte del Estado.²¹

Es evidente que dentro de las sociedades en las que el sistema patriarcal está latente y normalizado entre su población, difícilmente va ser bien visto que se pueda establecer diferentes tipos de familia, fuera de lo que pueden considerar como tradicional, por la falsa concepción de la masculinidad; pero las luchas sociales han cumplido un rol trascendente en la construcción de la sociedad contemporánea, en la que los diferentes colectivos tanto feministas como GLBTI, han marcado el camino y se tome conciencia que se habita en un entorno diverso, en el que se debe respetar los derechos de todas las personas por igual, por cuanto esto garantiza que se pueda vivir con armonía y sobre todo en una sociedad en la que el respeto a los derechos y a la dignidad de las personas predomine.

4. Unión civil de las parejas en el Ecuador

Como se ha visto a lo largo de la historia, la unión civil, ya sea matrimonio o la denominada unión de hecho, ha tenido grandes cambios en las distintas épocas, de lo que se puede colegir que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, en beneficio de consolidar distintas formas de familia, indistintamente de la heterosexualidad u homosexualidad, pero que ha primado la primera por razones conservadoras y falta de visión de identidad de género. Es así que este momento se va a tratar de las uniones civiles en el Ecuador, desde una visión historia a la actual:

²⁰ Facio y Fries, “Feminismo, género y patriarcado”, 285.

²¹ Barahona, “Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008”, 71.

4.1.Unión de Hecho

Históricamente la unión de hecho era considerada como la primera figura o mecanismo por el cual se unían las personas del mismo o diferente sexo; no existía la figura del matrimonio, motivo por el cual las uniones de hecho eran aceptadas por la sociedad. “En sus inicios, hombres y mujeres se unían indistintamente para satisfacer sus necesidades sexuales y de pertenencia, sin que norma alguna existiera y le impidiera las uniones sexuales indistintas; es por tanto la unión de hecho y no el matrimonio, la primera forma de unidad sexual y familiar”.²²

Antes de Cristo, en el antiguo imperio romano, la unión de hecho o uniones homosexuales eran aceptadas, toleradas y practicadas por la sociedad. En el año 342, con la aceptación y vigencia del cristianismo como la única religión del imperio romano, el emperador cristiano Teodosio I promulga una ley en la que prohíbe la unión entre personas del mismo sexo, inclusive condena a muerte a las personas que están casadas²³.

Con este antecedente, y desde la aceptación del cristianismo, la unión de hecho ha sido considerada como una relación inmoral que atenta contra el orden público y las buenas costumbres. Con el cristianismo y su expansión por el mundo, las ceremonias de unión de hecho entre personas del mismo sexo fueron de a poco desapareciendo, debido a que la sociedad repudiaba y perseguía este tipo de uniones a tal punto de ser condenadas y castigadas con pena de muerte o privación de la libertad.

Con el pasar del tiempo, y a pesar de la oposición de la iglesia católica, se ha considerado que “el concubinato es una unión de hecho, caracterizada por la comunidad de vida que tiene carácter de estabilidad y continuidad entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja”.²⁴ Inicialmente el concubinato o unión de hecho no era aceptada por la sociedad, a pesar de ser una figura reconocida en los ordenamientos jurídicos internos de cada país.

²² Vera Judith Villa Guardiola y Arturo Hurtado Peña, “Las Uniones Maritales de Hecho o Concubinatos en la Historia Mundial” VOLUMEN 15 No. 30: 83-105 (2018): 86, doi:org/10.18041/0124-0102/a.30.5043.

²³ Michel Foucault, *Historia de la sexualidad I: La voluntad de saber* (siglo xxi, 1977), 16.

²⁴ Villa Guardiola y Hurtado Peña, “Las Uniones Maritales de Hecho o Concubinatos en la Historia Mundial”, 101.

Es importante tener presente que la unión de hecho:

Es una figura muy heterogénea. Doctrinalmente, cabe destacar la amplia terminología que se emplea para referirse a ella. Siguiendo a La Cruz Berdejo, la unión de hecho típica se caracterizaría por las siguientes notas: convivencia, estabilidad, disolución informal y libre, y, finalmente, exclusividad de la relación o ausencia en los convivientes de otras situaciones o compromisos semejantes y vigentes.

Las uniones de hecho están referidas a aquellas parejas no casadas que, independientemente de su orientación sexual, conviven de manera estable y duradera, manteniendo una relación de afectividad y realizando una vida en común.²⁵

La ampliación de la figura de la unión de hecho fue el primer paso hacia una eficaz protección de derechos²⁶. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se reconoce la unión de hecho de dos personas, inclusive tiene los mismos efectos jurídicos que el matrimonio, siempre que hayan permanecido en unión por un periodo continuo e ininterrumpido mínimo de dos años y que se encuentren libres de vínculo matrimonial, con la finalidad de garantizar de mejor manera sus derechos. A pesar de este reconocimiento la adopción corresponde únicamente a personas de distinto sexo.

En los tiempos contemporáneos la institución concubinaria se ha ido convirtiendo en la práctica en un efectivo matrimonio. Por ejemplo, en algunos estados de Estados Unidos, luego de 2 años de convivencia en unión de hecho, a esta se le denomina matrimonio de derecho común o *common law marriage*, y por él surgen los mismos derechos que nacen del matrimonio.²⁷

La aceptación de la figura de unión de hecho se dio con la finalidad de crear un mecanismo que permita proteger y reconocer la unión de las personas del mismo sexo, ya que el matrimonio no reconocía ni permitía la unión entre parejas del mismo sexo; el matrimonio estaba permitido única y limitadamente para la unión entre un hombre y una mujer con la finalidad de procrear.

En Ecuador la unión de hecho es una figura reconocida a nivel constitucional, en la que no se discrimina, por razón de sexo o género, a los contrayentes, ya que se busca a

²⁵ Hermoza Calero, “Correlación del matrimonio civil y los casos de unión de hecho en el Derecho familiar”, 137.

²⁶ María Inés Orellana Ramírez, “El matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación”, *FORO. Revista de Derecho*, n° 32 (28 de noviembre de 2019): 115, doi:10.32719/26312484.2019.32.6.

²⁷ Villa Guardiola y Hurtado Peña, “Las Uniones Maritales de Hecho o Concubinatos en la Historia Mundial”, 87.

través de esta figura, una protección de bienes que hayan podido ser adquiridos por una pareja y que estos puedan ser reclamados, siempre y cuando hayan sido adquiridos en la sociedad de hecho. Este es un avance importante, por cuanto esto permite a que parejas homosexuales tengan un nivel de protección por parte del Estado, y que los efectos jurídicos sean semejantes a los del matrimonio.

4.2.El matrimonio civil en Ecuador

El Ecuador surge y obtiene su autonomía luego de haber vivido procesos coloniales, los mismos que dejaron arraigados fuertes matices religiosos. Incluso en la primera constitución se hacía referencia al nombre de Dios y que el catolicismo era la religión del Estado, siendo esta la encargada de regular lo referente a los nacimientos, defunciones y matrimonios, incluso llegando a regular de este último cuestiones patrimoniales.²⁸ El código civil de 1889, concebía a la autoridad eclesiástica como la encargada de decidir respecto de la validez del matrimonio a contraer, reconociendo además los impedimentos estatuidos por la iglesia católica para contraer matrimonio. Este hecho se explica perfectamente considerando que a la época la religión católica era la oficial en Ecuador.

Enrique Ayala Mora menciona que:

[los] matrimonios, eran actos religiosos con efectos civiles. La Iglesia los regulaba “por derecho divino” con disposiciones canónicas. Con las leyes sobre registro y matrimonio civil y divorcio, el Estado arrebató a los eclesiásticos la capacidad de realizar estas ceremonias con efectos legales. Se establecieron, pues, dependencias para el registro y el matrimonio que, como contrato que establecía una sociedad, era pilar fundamental del régimen de propiedad.²⁹

Esto implicaba el inicio del laicismo, lo cual daba paso a la separación del Estado de la iglesia, teniendo la facultad de regular este tipo de uniones. Aun así, el arraigo de las costumbres de índole religioso permanece hasta la actualidad, lo cual está normalizado e implica una concepción heteropatriarcal del matrimonio, desconociendo cualquier otra que sea contraria a esta. En el Ecuador, desde la expresión de la norma civil sin ser ajeno a la tradición de la herencia romana y colonial española, el matrimonio ha sido considerado

²⁸ Enrique Ayala Mora, “El laicismo en la historia del Ecuador”, *Procesos: Revista Ecuatoriana de Historia*, 1 de enero de 1996, 4–5, doi:10.29078/rp.v1i8.410.

²⁹ *Ibid.*, 13.

como un contrato de carácter netamente patrimonial y concebido estrictamente desde el derecho civil como una figura legal con particularidades relacionadas a un acuerdo de voluntades entre un hombre y una mujer, que generaba derechos y obligaciones de carácter patrimonial, vinculado a las obligaciones sociales de procreación y crianza de los hijos y el auxilio mutuo entre cónyuges.

Como hito histórico, es importante señalar que el matrimonio civil en el Ecuador se instituye como tal en el año de 1902 a través de la Ley del Matrimonio Civil, la cual rigió desde 1903. Este hecho determinó la separación entre Estado e Iglesia, consecuencia innegable de la imposición del Estado Liberal que dejó de lado la facultad de la iglesia para celebrar e inscribir matrimonios, entre otras cuestiones derivadas del estado de las personas.

Entonces, el Ecuador (en sus distintas etapas históricas) ha sido receptor de las concepciones y evoluciones que ha sufrido esta figura, tanto desde la perspectiva sociológica como la legal. En el Ecuador, el matrimonio estaba sujeto a una concepción romana en la que prima la idea de “la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear, educar hijos y de constituir entre los cónyuges una sociedad perpetua”.³⁰ De modo tradicional se ha concebido que el matrimonio es una unión (reglada por las leyes sociales o eclesiásticas) de un hombre y una mujer, a través de la manifestación de un consentimiento, enfocada principalmente desde sus inicios a las cuestiones de protección de índole patrimonial, protección económica de los hijos (evidenciándose el fin pro creacional de esa unión entre hombre y mujer), fundándose incluso la idea de familia monogámica, desde la visión lo “naturalmente correcto”.

Como figura civil, el matrimonio fue regulado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de ley ordinaria, en este caso como lo es el Código Civil, cuerpo jurídico que reguló instituciones del derecho de familia. Así pues, el matrimonio fue reconocido como contrato entre un hombre y una mujer con la intención de procrear, auxiliarse y formar una familia, concepto que a la fecha ya no es vigente.

Esto evidencia de manera clara, la imposibilidad legal a que personas del mismo sexo puedan acceder a esta institución jurídica, ya que lo establecido se enmarca en que el

³⁰ Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho romano* (Madrid: Reus, 1965), 144, citado en, Barahona, “Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008”, 73.

matrimonio tiene que ser entre heterosexuales, por cuanto solo de esta manera se puede procrear. Lejos de defender una posición religiosa se debe reconocer la gran influencia que estos preceptos han ejercido en el desarrollo de la humanidad y la configuración de sus estamentos que luego han sido expresados desde las normas jurídicas, pues sus orígenes se hallan en las más primitivas estructuras enunciadas y justificadas desde los dogmas, sin que a la fecha representen ataduras o basamentos lógicos, sino que únicamente sirven como retrospectiva para entender como han venido cimentándose estas ideas de vida humana (que en determinado momento son aceptadas por el derecho) pero que evidentemente, al igual que la humanidad, evolucionan, cambian, trascienden y que también deben ser expresadas y protegidas por las normas jurídicas al tenor de los cambios sociales.

Hay que tener claro, que a pesar de todas las concepciones que puedan existir alrededor del matrimonio, se debe tener en cuenta que este nace “de la posibilidad del vínculo entre dos personas que, de manera libre y capaz, unen sus voluntades para realizar un proyecto de vida comunitario. Las características físicas y sexuales del contrayente son irrelevantes siempre y cuando el contrato se realice con consentimiento pleno en condiciones de igualdad y capacidad”.³¹ Esto implica que las condiciones de quienes lo celebran no influyen en su derecho de poder acceder en igualdad de condiciones a contraer matrimonio.

El movimiento GLBTI, se ha mantenido en constante lucha, a fin de que se le reconozcan y garanticen sus derechos civiles, poniendo en el debate nacional el tema del Matrimonio Civil Igualitario, lucha que les ha permitido de a poco consolidarse y convertirse en actores mediáticos fuertes, en pro de los derechos de las minorías; ya que, el acceso al matrimonio civil le garantiza su derecho a la igualdad y la no discriminación.

La Constitución de Montecristi, en el año 2008, generaba mucha expectativa respecto de lo que podría traer consigo este texto constitucional en creación, por cuanto los movimientos sociales proclamaban que el reconocimiento del derecho de las personas que forman parte de los grupos GLBTI al matrimonio, se garantice de manera constitucional. Pero esto no prosperó y no pasó más allá de una simple expectativa ya que el texto constitucional establecía que: “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos,

³¹ Ibid., 75.

obligaciones y capacidad legal”,³² lo cual es paradójico por cuanto en el mismo artículo se indica que se reconoce la familia en sus diversos tipos,³³ lo cual generaría una exclusión de las personas GLBTI, ya que se las estaría limitando al concubinato, lo que los deja en una situación de desigualdad frente a los demás ciudadanos.

Actualmente, en el Ecuador, estas cuestiones relativas a la identidad civil de las personas se encuentran regladas, fundamentalmente, por la denominada Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles,³⁴ misma que contiene también las normas atinentes a la celebración de matrimonios civiles en el país. Además, también la identidad es regulada por el Código Civil.³⁵

5. El matrimonio en el contexto de los derechos fundamentales

A partir de los conceptos anteriormente expresados en torno al matrimonio, se puede observar que este ha sido regulado por el derecho civil como una figura legal semejante a cualquier contrato consentido y voluntario entre un hombre y una mujer, el mismo que crea derechos y obligaciones a los intervinientes, con características de índole patrimonial.

Sin embargo, de dichas concepciones puramente civilistas, derivadas de la evolución histórica de los individuos y las sociedades respecto a esta institución y su espacio en el quehacer jurídico que incluso aparece como anterior al propio derecho y al Estado (que no precisamente es creado por ellos, sino que a través de su reconocimiento se cubre de institucionalidad), y que adquiere el carácter de institución social legalmente

³² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008 art. 67, inciso 2.

³³ Vease, *ibid.* Art. 67, inciso 1.

³⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*, 4 de febrero de 2016, Registro Oficial Suplemento 684. 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 del 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.

³⁵ Ecuador, *Código Civil*, 24 de junio de 2005, Registro Oficial Suplemento 46, Art. 81. – Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente. Nota: Por Resolución de la Corte Constitucional No. 10, publicada en el Registro Oficial Suplemento 96 de 8 de Julio del 2019, se declara la inconstitucionalidad de la expresión “un hombre y una mujer” y el término “procrear”. Nota: El texto anterior a la resolución de la Corte Constitucional No. 10 era el siguiente: 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.

reconocida para formar una familia, se desprende la noción del matrimonio como derecho fundamental.

A fin de desarrollar de manera teórica respecto de los derechos fundamentales, debemos tener en cuenta lo establecido por Bockenforde, quien señala que:

La interpretación de los derechos fundamentales a partir de una teoría de los derechos fundamentales no es por tanto un ingrediente -ideológico- del respectivo intérprete, que sería evitable con un correcto empleo de los medios jurídicos de interpretación. Tiene su fundamento en el ya mencionado carácter lapidario y del todo fragmentario, desde el punto de vista de la técnica legal, de los preceptos de derechos fundamentales.³⁶

Adicional a esto, se debe tener presente que el contenido de los derechos dependerá desde qué teoría de los derechos fundamentales se mire, ya que no van a ser lo mismo la interpretación de un derecho fundamental desde la perspectiva de un Estado de derecho liberal o de una teoría institucional o de una democrático funcional.³⁷

Para indagar más respecto de la teoría de los derechos, tenemos como referente el pensamiento y crítica del filósofo y jurista Robert Alexy. En este sentido, partiendo de su teoría iusfundamentalista de los derechos, el autor afirma que para que una norma adscrita sea o no una norma de derecho fundamental, depende de que sea posible una argumentación que lo sostenga, reconociendo además que las reglas de fundamentación iusfundamental no definen ningún procedimiento que en cada caso conduzca a un solo resultado, identificando de esta manera que en muchos casos, existe incertidumbre acerca de cuáles pueden ser normas adscritas de derecho fundamental. Por tanto, en este acápite analizaremos si el matrimonio puede argumentarse como iusfundamental. Ahora bien, “una norma de derecho fundamental, según su estructura puede ser principio o regla. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización”.³⁸

³⁶ Ernst-Wolfgang Bockenforde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993), 45.

³⁷ *Ibid.*, 46.

³⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 86–87.

A fin de abordar esta temática para dotar de carga argumentativa³⁹ a la existencia del derecho fundamental al matrimonio igualitario bajo la consideración que existen normas de derecho fundamental que no siempre constan en el texto constitucional, sino que más bien están adscritas a las normas expresas. Estas normas adscritas son aquellas para cuya adscripción a una norma de derecho fundamental expresa, es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta. En conclusión, para que una norma adscrita sea o no una norma de derecho fundamental, depende de que sea posible una argumentación de carácter iusfundamentalista para ello. En este sentido, diremos que:

Si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movedizo de su génesis habría que contar con un casi interminable e ilimitado debate de opiniones. El hecho de que en gran medida tal no sea el caso se debe esencialmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A lo largo de su praxis jurisprudencia de más de treinta años ha ido introduciendo cada vez más precisiones dentro, del amplio campo de posibilidades que otorga el texto constitucional. Lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.⁴⁰

Tomando como base lo antes expresado, entenderemos que cuando pensamos en la categoría derecho fundamental, debería normalmente, aunque no solo asociarse con el hecho que dicho derecho se encuentre positivizado en el texto constitucional de determinado Estado. “Todos los poderes del Estado deben ponerse al servicio de estos derechos, sobre todo mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes”.⁴¹

Sin embargo, esta teoría que plantea Alexy nos permite evolucionar la cuestión de los derechos positivos elevados a la categoría de derechos fundamentales o derechos constitucionales y toda la adjetivación que ello conlleva, pues nos permite romper con ese esquema y rebasar el texto constitucional que como bien lo expresa también es un texto que

³⁹ Una argumentación es el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial —el problema que da lugar a la argumentación— y la respuesta a la misma —la solución—. Un argumento es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones no constan exclusivamente de argumentos. Y una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla. El punto de partida consiste en concebir la argumentación como un flujo de información que va desde el planteamiento del problema que suscita la necesidad de argumentar hasta su solución. Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica* (Madrid : Editorial Trotta,2013) 425

⁴⁰ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 23.

⁴¹ Sebastián Contreras, “Ferrajoli y Los Derechos Fundamentales”, *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)* 16 (s. f.): 129.

generalmente se agota en la vaguedad de las formulaciones del catálogo de derechos fundamentales dejando de lado cuestiones de suma importancia en la estructura normativa del Estado y la sociedad. “Esto se percibe con especial claridad en el caso de los conceptos de los derechos fundamentales a la dignidad, la libertad y la igualdad.”⁴²

Por otro lado, Ferrajoli señala que:

[S]e distinguen como fundamentales todos aquellos derechos que, “independientes del contenido de las expectativas que tutelan”, se caracterizan por la forma universal de su imputación, “entendiendo «universal» en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, como ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares⁴³

Y en el mismo sentido plantea que:

La vida, por ejemplo, la libertad personal o el derecho a voto, que son derechos fundamentales, lo son, no tanto porque correspondan a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles. Por ende, allí donde estuviera permitida su disposición –por ejemplo, admitiendo la esclavitud, o cualquier modo de alienación de las libertades, de la vida, del voto– éstos resultarían también (degradados a) derechos patrimoniales.⁴⁴

De lo antes esgrimido, a modo general partiremos de la idea que “la Constitución promete libertad para todos los que se encuentran dentro de su alcance, una libertad que incluye ciertos derechos específicos que les permiten a las personas, dentro del ámbito legal, definir y expresar su identidad”.⁴⁵ A fin de tratar de abrir el abanico sobre el entendimiento de los derechos, y en específico la cuestión del matrimonio, su concepción y evolución, consideraremos como base la Sentencia emitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso denominado *Obergefell VS Hodges*, respecto al matrimonio, en la que analiza el aspecto histórico del matrimonio y su evolución desde sus inicios, pero también la necesidad actual de dicha figura; y a partir de esta identificación trataremos de entender al matrimonio como un derecho fundamental. Así la Suprema Corte manifestó:

[L]os cambios en el entendimiento del matrimonio son característicos de una Nación donde nuevas dimensiones de la libertad se hacen aparentes a generaciones nuevas, a

⁴² Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*.

⁴³ Contreras, “Ferrajoli y Los Derechos Fundamentales”, 126.

⁴⁴ *Ibid.*, 131.

⁴⁵ Estados Unidos Corte Suprema, “Sentencia”, *caso Obergefell contra Hodges*, 26 de junio de 2015.

menudo a través de perspectivas expresadas en reclamos o protestas y que, posteriormente, son consideradas en la esfera política y en el proceso judicial. [...] La naturaleza del matrimonio es tal que, a través de su vínculo permanente, dos personas pueden encontrar juntas otras libertades, como la expresión, la intimidad y la espiritualidad. Esto es cierto para todas las personas, independientemente de su orientación sexual. [...] ⁴⁶

A lo largo de este análisis, se hace presente la idea y el derecho a la libertad, proclamado desde los orígenes primigenios del derecho; más, sin embargo, su alcance y trascendencia son producto de la evolución de la historia, cuyo cambio vertiginoso ha dejado atrás muchos conceptos e ideas germinadas en cuanto a las limitadas libertades personales del pasado, y este alcance de las épocas anteriores no ha logrado vislumbrar las actuales dimensiones y en donde se inauguren nuevos significados mientras se continúa descubriendo y reconociendo sus nuevas creaciones, pues “cuando nuevos entendimientos revelan discordancia entre las protecciones centrales de la Constitución y ciertas restricciones legales, los reclamos de libertad tienen que atenderse”. ⁴⁷

Dichas libertades trascienden hasta cuestiones personales derivadas de la propia dignidad y autonomía de los seres humanos, que se constituyen en legítimas en la medida que son esencia misma derivada de su identidad. Y, precisamente, los reclamos sobre límites a la libertad nacen cuando el individuo y las sociedades evolucionan, cuando existen nuevos entendimientos y paradigmas que evidencian la existencia de desacuerdos con las protecciones consagradas en las normas positivas que se circunscriben a criterios originariamente aceptados y que han dejado atrás la presencia de nuevas condiciones del quehacer humano que no ha logrado aún condensarse en el mundo jurídico.

Así, la libertad de plena realización del ser humano, su felicidad y plan de vida mediante el ejercicio de una unión histórica reflejan que “el derecho a la decisión personal con respecto al matrimonio es inherente al concepto de la autonomía individual”⁴⁸, identificando en este sentido que existe una relación innegable entre el matrimonio y la autonomía personal, constituyéndose la decisión de casarse en manifestación de la esfera de lo más íntimo del individuo, así como el respeto a su privacidad, la vida íntima personal y familiar, toda vez que el matrimonio “cumple anhelos de seguridad, refugio seguro, y la

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

conexión que expresa nuestra humanidad compartida, el matrimonio civil es una institución estimada, y la decisión de si y con quién casarse está entre los actos cruciales de autodefinición de la vida”.⁴⁹

Este vínculo que nace de una inherente necesidad humana permite incluso que las personas trasciendan y puedan cumplir otros derechos y satisfacer otras libertades ligadas a la autorrealización y autodefinición, por lo que se afirma constituye un derecho, válido y legítimo desde su ontología, que no se debe diferenciar por cuestiones de orientación sexual, raciales, culturales, religiosas, etc., generalmente expresadas por la norma como limitaciones o restricciones para contraer matrimonio, pero carentes de justificación iusfundamental, es más, contraria a los principios y derechos más básicos y preciados de los seres humanos. Bien lo dice la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso denominado *Griswold vs. Connecticut*:

El matrimonio es una unión para bien o para mal, idealmente duradera, e íntima al grado de ser sagrada. Es una asociación que promueve una forma de vida, no de causas; una armonía en el vivir, no en creencias políticas; una lealtad mutua, no proyectos comerciales o sociales. Sin embargo, es una asociación para un fin tan noble como cualquiera involucrado en nuestras decisiones anteriores

El matrimonio actualmente es considerado como un derecho fundamental, independientemente si se encuentra o no positivizado como tal en la Constitución, porque deviene de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, plan de vida, intimidad y dignidad misma del ser humano.

En este sentido sabemos que el derecho y la ley evolucionan junto con las necesidades de la sociedad; de lo contrario sería caótico pensar que actualmente sigan dándose figuras jurídicas solamente con carácter de un contrato solemne y con características sustanciales sin las cuales no podría existir, como el hecho de necesariamente ser hombre y mujer para contraer matrimonio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la Opinión Consultiva Nro. OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, determina que los Estados parte de la Convención, deben reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo, siendo enfática en la necesidad de utilizar la figura

⁴⁹ Ibid.

del matrimonio y no otros formatos legales que podrían prolongar la discriminación y violación al derecho a la igualdad real y material de los seres humanos.

6. El matrimonio en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el sistema de protección

Como se pudo identificar en los hitos de evolución histórica, se concibe al matrimonio como un derecho a partir de los siglos XVIII, XIX y XX dentro del marco legal de los tratados internacionales que, basados en los principios de igualdad y libertad, consideran al matrimonio como un derecho humano; mientras el Estado que ratifica tratados en pro de los derechos humanos lo hace con miras a proteger la institución de la familia. Por lo tanto, será importante definir el término familia.

El diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española, menciona que familia es un “[g]rupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”⁵⁰ o como el “[c]onjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”.⁵¹ Esto deja entrever, que existe una postura neutral respecto de que se entiende por familia. Por un lado, se habla de relaciones interpersonales, y por otro a la consanguinidad que se pueda generar a partir de esa unión.

Por otro lado, Lucía Santelices Cuevas y Jacinta Scagliotto Barbano mencionan en su obra que “La familia es la célula básica de la sociedad no en el sentido de que todas las restantes instituciones estén formadas a partir de ella, sino en el sentido de que ella resuelve el problema fundamental del origen y significado de la existencia humana”.⁵² Esta definición, mantiene una concepción heteropatriarcal, ya que se hace alusión de manera indirecta, que el fin de la familia es la reproducción para la sobrevivencia de la especie humana. Con estos preliminares, es importante tenerlos presente para poder comprender de mejor manera, lo que establecen los diferentes instrumentos internacionales respecto del matrimonio y la concepción de familia.

⁵⁰ Real Academia Española, “Diccionario panhispánico del español jurídico”, *Real Academia Española*, s. f., <https://dpej.rae.es>.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Lucía Santelices Cuevas y Jacinta Scagliotto Barbano, “Familia: Aproximaciones conceptuales”, en *El educador y los padres*, 2ª ed. (Ediciones UC, 2013), 34, <http://portal1.uasb.edu.ec:2052/stable/j.ctt15hvt26.6>.

6.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

El 10 de diciembre de 1948 en París nace la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), como un ideal común, para todos los pueblos y naciones; y establece por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero.

Esta norma de carácter internacional de directa e inmediata aplicación que cimienta el origen de los derechos humanos y dentro de sus artículos considera que todos los seres humanos nacen libres y son iguales ante el Derecho y la ley, el matrimonio efectivamente sería considerado desde esa construcción jurídica, sin cabida a dudas, como un derecho humano, es así que el Art. 16 señala:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.⁵³

Con lo mencionado por la DUDH, no establece género específico que delimite el acceso a formar una familia a través del matrimonio, lo que implica un reconocimiento implícito para poder acceder a esta figura jurídica. Por otro lado, en lo referente a la maternidad y a la infancia, el Art. 25 numeral 2 establece que: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.⁵⁴

Si bien la Carta Universal de los Derechos Humanos engloba toda la órbita de los derechos del ser humano, entiéndase este como sujeto de derechos y garantías; existen tratados internacionales de los cuales el Ecuador es signatario y por ende ratifica y acepta respetar.

⁵³ ONU Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948 Art. 16 num. 2 y 3.

⁵⁴ *Ibid.* Art. 254 num. 2.

6.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Dentro de los instrumentos internacionales que acoge el Estado Ecuatoriano referente al matrimonio es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, el cual trata al matrimonio de forma conexas con la familia, es decir consideran una sola institución a estas dos figuras jurídicas, una vez más se puede fundamentar en derecho que el Estado ecuatoriano con la creación de la nueva Constitución de la República en el año 2008, trató de proteger la figura de la familia aplicando lo que establecen los cuerpos normativos internacionales.

Sobre el matrimonio, el Pacto establece en su artículo 23 en los siguientes numerales que: “2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”, lo cual ratifica que debe existir consentimiento, y que el matrimonio es un acto consensuado, además que a pesar de que no utiliza un término genérico como persona, al no señalar que el matrimonio es exclusivo entre hombre y mujer, da cabida a que se reconozca el matrimonio para parejas de GLBTI.

6.3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto a la definición de familia, en la Opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, manifiesta que:

[L]a definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado

o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño [...]"⁵⁵

Esto da luz de que los instrumentos internacionales han ido adoptando diversas concepciones en varios ámbitos, adaptándose a las nuevas tendencias y de acuerdo a cómo la sociedad va evolucionando, permitiendo así que los derechos se puedan garantizar sin discriminación alguna, y que todas las personas estén en igualdad de condiciones frente a lo que hegemónicamente se ha concebido como tradicional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constatado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.⁵⁶

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, sobre el matrimonio en su art. 17 dispone: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención".⁵⁷

Al realizar una interpretación del artículo 17 de la Convención, intrínsecamente trata dos instituciones fundamentales de la sociedad de forma coadyuvante: la familia y el matrimonio. Sin embargo, en estos puntos es necesario realizar una abstracción de la literalidad de la interpretación y buscar los elementos argumentativos necesarios que permitan abarcar nuevas concepciones y paradigmas de estas instituciones, respecto al hecho que existen familias de todo tipo que se han configurado sin la tutela y las garantías jurídicas que les fueron otorgadas a las familias de tipo nuclear o las tradicionalmente concebidas.

⁵⁵ Corte IDH, "Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay", *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 9 de agosto de 2014, párr. 272, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf.

⁵⁶ 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. 142, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

⁵⁷ Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969 art. 17.

Lo mencionado deja vacíos legales que sólo el reconocimiento de los derechos logrará conducir a una convivencia pacífica entre ciudadanos de un Estado libre y democrático, en donde en realidad se cumplan con los principios fundamentales de la norma suprema para con todos, en especial para los grupos excluidos y vulnerados que no pueden y no deben vivir al margen de la ley, sino a la par de ella. Esto permitirá que en los casos en que existan menores de edad que se encuentren dentro de familias homoparentales, familias de hecho, familias ensambladas, puedan adquirir los mismos derechos y obligaciones que cualquier miembro de una familia de tipo nuclear.

En este sentido, la Corte IDH en la sentencia del caso *Atala Riffo vs Chile*, respecto a la dignidad de las personas, manifiesta lo siguiente:

[L]a Convención contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todas las personas deben ser tratados como iguales, en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida. Además, la Convención Americana también reconoce la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas, ha sostenido la Corte, se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.⁵⁸

En la presente sentencia, la Corte IDH analiza específicamente la orientación sexual como una categoría protegida por el art. 1.1⁵⁹ de la Convención, que se enmarca dentro de la prohibición de la discriminación por “cualquier otra condición social”⁶⁰; con lo cual, a partir de esta sentencia se realiza un patrón hermenéutico extensivo y evolutivo de esta norma y que obviamente podrá ser aplicado en futuros casos que lleguen a conocimiento de la Corte IDH. Además, se ha establecido que el principio de igualdad y no discriminación ha entrado en el círculo de las denominadas normas del *ius cogens*. En el mismo sentido, la Corte menciona que:

⁵⁸ Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero De 2012 (Fondo, reparaciones y costas)”, párr. 86.

⁵⁹ Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* Art. 1.1.

⁶⁰ “al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio del principio pro homine”. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica.

[...] [L]a protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.⁶¹

Así también, al establecer que en una decisión judicial su argumentación no se debe fundar en la orientación sexual de una persona, basta constatar en el relato de los hechos que se tuvo en cuenta, ya sea de manera explícita o implícita, la orientación sexual lo que ocasionó una notable diferencia en el trato desencadenando una actuación discriminatoria por parte de quienes administraron justicia en el caso objeto de análisis. La justicia no refleja las realidades sociales, lastimosamente plasma los estereotipos y prejuicios morales de los jueces, reflejando que las decisiones siempre estarán condicionadas.

En el ensayo titulado “Igualdad, diferencia, discriminación” se establece que “el derecho es un vehículo privilegiado de inclusión/exclusión al establecer, como ocurre en muchos lugares aún, la atribución de derechos distintos para varones y mujeres”;⁶² es decir, el Derecho puede potencializar la discriminación. En ese sentido, en el presente caso se puede ver claramente como el Derecho juega un papel muy importante cuando la Corte Suprema de Justicia de Chile establece mediante una sentencia que la tuición de las niñas debe estar en manos del padre, justificando su decisión en el supuesto interés supremo de las niñas sin establecer causales precisas y limitándose simplemente al derecho de las niñas a tener una familia que se enmarque dentro de lo “natural”, siendo el Derecho la herramienta con la cual se concreta la violación a los derechos humanos.

Esta sentencia llevada a la Corte IDH, es un claro ejemplo de la carencia de análisis desde un enfoque de género, lo que denota la vigencia del patriarcalismo del que es objeto la sociedad hasta la fecha, denotando los estereotipos arraigados, ya que dichos argumentos, expuestos por los jueces, expresan hechos aislados y no comprobados.

En este contexto de la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos como máximo intérprete de la Convención, respecto del tema del matrimonio ha

⁶¹ Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero De 2012 (Fondo, reparaciones y costas)”, párr. 87.

⁶² María José Añon Roig, “Igualdad, diferencia, discriminación”, en *El género en el derecho: Ensayos Críticos*, ed. Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado, y Lola Valladares, Ministerio de Justicia y Derechos Humano (Quito, 2009), 290.

dotado de contenido a esta institución a través de la Opinión Consultiva Nro. OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, misma que será analizada más detalladamente en líneas posteriores.

7. Hitos del Derecho Extranjero en la protección al matrimonio igualitario

El matrimonio igualitario no es algo nuevo en la región o en el mundo, por cuanto ya existen varios pronunciamientos respecto del reconocimiento de este derecho, ya sea por vía legislativa o judicial, resaltando el hecho de que los países de a poco van rompiendo paradigmas y prejuicios, convirtiéndose cada día más en inclusivos. En el presente acápite se abordará cómo ha sido el reconocimiento del matrimonio igualitario en el derecho extranjero.

7.1. Matrimonio igualitario en Colombia

En la cuestión de la evolución del matrimonio, a partir de su concepción como derecho, es trascendental señalar los casos de jurisprudencia comparada referente al desenvolvimiento de este derecho expresado por las altas cortes, en este sentido, y justamente partiendo del matrimonio igualitario, la Corte Constitucional Colombiana dijo que:

Aunque el Artículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, de esta descripción normativa mediante la cual se consagra un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras que lo ejerzan en igualdad de condiciones. Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también. Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando per se la regla de interpretación “inclusio unius est exclusio alterius”, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos. A la luz de lo anterior, la Sala Plena encuentra que la Constitución en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo. El artículo 42 Superior no puede ser

comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad.⁶³

Del texto antes expresado y considerando lo contenido en la sentencia en referencia, resulta valiosa la justificación de la Corte respecto a su visión de que el texto constitucional merece una interpretación evolutiva capaz de adaptarse a los distintos contextos de la realidad en pro de ampliar los conceptos de derechos fundamentales y sus alcances, que cada vez son progresivos.

7.2. Matrimonio igualitario en México

En México a través de reformas al código civil a los artículos 146 y 391, se permite que parejas del mismo sexo puedan casarse, estableciendo una definición de matrimonio en la cual no se hace diferencia por razón de sexo o género, ya que conceptualiza al matrimonio como la unión libre entre dos personas, incluso del mismo sexo. Pero se presentó una acción de inconstitucionalidad en contra de aquello, intentado dejar sin efecto dicha reforma legal. La Corte Constitucional Mexicana a través de la sentencia de acción de inconstitucionalidad 2/2010, denegó dicho pedido aduciendo que: “[L]a familia se debe conceptualizar como la decisión intocable de solidificar las posibilidades de relación entre sus miembros y crear las condiciones sociales, culturales, económicas y políticas para que las mismas sean posibles, como base indispensable de una vida social a la altura y medida de la persona”.⁶⁴

Esto implica que la inserción de todos quienes conforman la sociedad permitirá que el desarrollo pueda ser efectivo y se convierta en un aporte a la transformación del pensamiento y garantizar la inclusión de todos los individuos que la conforman, ya sea a través de aportes individuales o de familias conformadas ya sea por concubinato o matrimonio. En el mismo sentido la corte señala que: “El matrimonio es una institución de orden público, porque el interés que en él se tutela no es el particular o individual de

⁶³ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia SU214/16”, 2016, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>.

⁶⁴ México Corte Constitucional, “Sentencia acción de inconstitucionalidad 2/2010”, 2010, párr. 5, <https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros/Meza/Accion2-2010.pdf>.

quienes lo forman, sino un interés superior, el de la familia, siendo ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es también de orden y trascendencia social y no sólo privada.”⁶⁵

Es importante el abordaje que realiza la alta Corte Constitucional, por cuanto pone a la familia en la esfera de lo público, implicando que el Estado es el encargado de otorgar protección y garantizar la satisfacción de los derechos, ya que el matrimonio deja de ser un acto solemne en el que se ven inmersos la pareja, sino el Estado cumple un rol preponderante como el de acompañar a la sociedad en la constante evolución de la que es objeto.

La Corte mexicana menciona que:

En el caso, la demandada no acredita, mediante una razonabilidad objetiva, de qué modo la institución jurídica del matrimonio, hasta antes de la reforma impugnada, violaba el principio de libertad e igualdad de las personas con preferencias por otras del mismo sexo, aunque aduzca como causa de discriminación y menoscabo de los derechos humanos de personas con preferencias por otras del mismo sexo que, antes de la reforma, no tenían acceso a la institución jurídica del matrimonio y que, por ello, se vedaba su protección, por lo que, al formar una vida en común, dicha unión carecía del reconocimiento civil y protección de sus derechos.⁶⁶

Este reconocimiento y protección que le otorga el máximo órgano de justicia constitucional al matrimonio representa el establecer parámetros de igualdad y no discriminación a los grupos minoritarios, históricamente excluidos, que han sido sometidos por una sociedad patriarcal y hegemónica que le cuesta romper esquemas; pero el derecho, al ser dialéctico, debe estar preparado para los constantes cambios a la que la sociedad es sometida y esta requiere. Al final, la protección y plena vigencia de los derechos salió victoriosa, por cuanto la acción de inconstitucionalidad fue rechazada al no encontrarse motivos suficientes o presumiblemente que vulneren derechos.

7.3. Matrimonio igualitario en España

España, a través de proceso democrático, en el año 2005 aprobó el matrimonio igualitario, expidiendo la ley 13/2005, de 1 de julio, mediante la cual se origina la reforma al código civil, encontrándose en aquel entonces entre los únicos 4 países del mundo en el

⁶⁵ Ibid., párr. 10.

⁶⁶ Ibid., párr. 45.

que se reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo. En ese mismo año, se presentó el recurso de inconstitucionalidad signado con el número 6864-2005 del cual se obtuvo la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Este recurso fue planteado por varios diputados que conformaba el congreso de aquella época.

El Tribunal Constitucional dentro de su argumentación expresa que:

La Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, y esta modificación, una vez analizado el Derecho comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el Derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales.⁶⁷

Los proponentes del recurso, en su escrito presentado ante el tribunal, sostienen que es inconstitucional el establecer algo contrario a lo ya escrito, en donde hombre y mujer son los únicos capaces para poder contraer matrimonio civil, realizando una interpretación literal de la norma en relación con los antecedentes históricos, constitucionales y legislativos. Incluso hacen mención de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado “en relación al art. 12 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) [que] ha proclamado expresamente la concepción heterosexual del matrimonio y el reconocimiento a los Estados miembros de un ámbito de decisión en cuanto a extremos tales como los requisitos para contraer matrimonio”.⁶⁸

Finalmente, luego de hacer un exhaustivo análisis, el tribunal Constitucional niega la acción de Inconstitucionalidad y ratifica lo que está previsto en la norma.

7.4. Matrimonio igualitario en Sudáfrica

A partir de una orden de la Corte Constitucional de Sudáfrica, el 14 de noviembre del año 2006 se sancionó con una amplísima mayoría parlamentaria la “Civil Unión Bill”, que posicionó al país como uno de los pocos en abrir su régimen matrimonial a cualquier pareja, con independencia de la identidad sexual, la identidad de género o la orientación

⁶⁷ España Tribunal Constitucional, “Sentencia 198/2012”, *Boletín Oficial del Estado*, 6 de noviembre de 2012, 199.

⁶⁸ *Ibid.*, 174.

sexual de sus miembros. Así, Sudáfrica se sumó a Bélgica, Canadá, España, Holanda y el Estado de Massachusetts (EE. UU.), que han adoptado decisiones en el mismo sentido.⁶⁹

El 1 de diciembre del año 2005, la Corte Constitucional de Sudáfrica, en el marco de los casos “Minister of Home Affairs v. Fourie” y “Lesbian and Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs”, anuló la cláusula heterosexual del régimen matrimonial y lo extendió a cualquier pareja, con independencia de su identidad sexual, identidad de género u orientación sexual.⁷⁰ En la sentencia C.C.T. 60/04 se analizó sobre la constitucionalidad de la definición sobre matrimonio de common law, la cual determina que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, esto excluye la unión o la existencia de cualquier otra forma de matrimonio, anulando esta categoría sobre la heterosexualidad lo que se busca es eliminar aspectos discriminatorios.

El Juez Sachs sostuvo que el daño a las parejas de personas del mismo sexo excede las privaciones de bienes materiales. La definición de matrimonio que las excluye sugiere no sólo que su compromiso, relación y amor es inferior, sino que estas personas nunca podrán ser parte de la comunidad que la Constitución promete crear con igualdad para todos. Estas parejas no son valoradas con el mismo respeto que es otorgado a las parejas heterosexuales. La exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio no es un inconveniente pequeño, sino que representa una forma radical de decir indirectamente que las parejas homosexuales son outsiders⁷¹

Otro de los aspectos que se han debatido sobre el matrimonio entre personas homosexuales es el religioso por lo cual la Corte manifestó que “una cosa es reconocer el papel importante que la religión juega en la vida pública y otra totalmente diferente es utilizar la doctrina religiosa como una fuente para interpretar la Constitución”⁷² por lo tanto los derechos no deben limitarse o restringirse por los sentimientos o ideologías religiosas de un grupo como una guía para determinar los derechos Constitucionales de otros.

⁶⁹ Fernández Valle, “Matrimonio y Diversidad Sexual: La Lección Sudafricana”, 93.

⁷⁰ Ibid., 94.

⁷¹ Ibid., 95.

⁷² Ibid., 98.

7.5. Matrimonio igualitario en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La homosexualidad fue despenalizada en el año 1982 en Irlanda del Norte gracias a la demanda presentada por el alemán Dudgeon, con la cual puso en conocimiento ante el tribunal haber sido condenado por un Tribunal de la República Federal de Alemania por su condición de homosexual por su parte el “Tribunal falló que la prohibición de los actos sexuales libremente consentidos entre personas del mismo sexo violaba el Convenio. De este modo, el Tribunal dio el primer paso en el ámbito del Derecho internacional de los Derechos Humanos⁷³ hacia una corriente salvaguardia de los derechos de las minorías sexuales”.⁷⁴ Así mismo, el Tribunal manifestó que se vulneraron los derechos establecidos en los artículos 8⁷⁵ y 14⁷⁶ del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Mediante Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional, Rumanía), en el Asunto C-673/16, el Consejo Nacional para combatir la discriminación señala que:

En efecto, si bien a finales de 2004 sólo dos Estados miembros autorizaban el matrimonio entre personas del mismo sexo, desde entonces once Estados miembros adicionales han modificado su legislación en este sentido, y el matrimonio homosexual será también posible en Austria, a más tardar, el 1 de enero de 2019. Este reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual no hace sino reflejar la evolución general de la sociedad sobre esta cuestión. Las encuestas estadísticas lo confirman; la autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo mediante referéndum en Irlanda también es un ejemplo de ello. Si bien aún existen distintas sensibilidades sobre la materia, inclusive dentro de la Unión, la evolución forma parte, no obstante, de un movimiento generalizado. En efecto, en todos los continentes se contempla actualmente este tipo de matrimonio. No se trata, por tanto, de un hecho vinculado a una cultura o a una historia específica, sino que corresponde, por el contrario, a un reconocimiento universal de la pluralidad de las familias

⁷³ *Ibíd.* Art. 14.

⁷⁴ Iván Manzano Barragán, “la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género” LXIV/2 (2012): 52.

⁷⁵ 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁷⁶ El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras de origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación

La Corte Europea de Derechos Humanos mediante sentencia C673-16 menciona que los Estados miembros disponen de ese modo de la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual implica que los países tienen la entera libertad de decidir si lo acogen dentro de su ordenamiento jurídico interno a través del mecanismo más efectivo que consideren.

Tabla 1

Países Bajos	2000	Vía Legislativa
Holanda	2001	Vía Legislativa
Bélgica	2003	Vía Legislativa
Canadá	2005	Sentencia
España	2005	Ley-Parlamento
Sudáfrica	2005	Sentencia
Israel	2006	Sentencia
Noruega	2008	Vía Legislativa
Suecia	2009	Vía Legislativa
Uruguay	2009	Vía Legislativa
Portugal	2010	Vía Legislativa
Islandia	2010	Vía Legislativa
Argentina	2010	Vía Legislativa
Dinamarca	2010	Vía Legislativa
México	2011	Sentencia
Brasil	2013	Sentencia
Francia	2013	Vía Legislativa
Uruguay	2013	Vía Legislativa
Nueva Zelanda	2013	Vía Legislativa
Inglaterra	2014	Vía Legislativa
Escocia	2014	Vía Legislativa
Gales	2014	Vía Legislativa
Luxemburgo	2014	Vía Legislativa
Finlandia	2014	Vía Legislativa
Estados Unidos	2015	Sentencia
Irlanda	2015	Referendo
Colombia	2016	Corte-sentencia
Groenlandia	2016	Parlamento
Malta	2017	Parlamento
Alemania	2017	Parlamento
Australia	2017	Consulta Popular
Austria	2019	Sentencia
Taiwán	2019	Sentencia
Ecuador	2019	Sentencia
Irlanda del Norte	2019	Parlamento
Costa Rica	2020	Sentencia
Suiza	2020	Parlamento

Fuente: Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU214/16
Elaboración propia

8. El derecho al matrimonio en la Constitución de la República del Ecuador

La Constitución Ecuatoriana vigente es el producto de luchas sociales en la que los diversos movimientos de la sociedad civil tuvieron gran influencia en lo que hoy es el texto final de la Constitución ecuatoriana. Es un texto de carácter garantista, en el cual existe un catálogo inmenso de derechos y de principios de aplicación, lo que permite promover y garantizar la dignidad del ser humano y de la naturaleza. Aquí se estableció al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, estableciendo los mismos fines que la norma civil, como auxiliarse, procrear y formar una familia. Fue clara la intención del constituyente de limitar el matrimonio a parejas heterosexuales, puesto que dicha relación ostentaba validación social de correcta y moralmente aceptada.

Si bien la interpretación literal del art. 67 del texto constitucional ecuatoriano, establece una marcada prevalencia al matrimonio heterosexual, la Corte Interamericana en Opinión Consultiva OC-24/17 ha establecido que:

[S]i un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo –incluyendo el matrimonio–, de conformidad con el principio pro persona contenido en el artículo 29 de la Convención, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. El Tribunal considera que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.⁷⁷

Dicha Corte, en calidad de intérprete autorizado de la Convención, ha dotado de contenido a esta entidad, entendiendo que el ejercicio de este derecho iusfundamental sea ejercido en condiciones de igualdad y no discriminación y de esta manera permitir la reivindicación de un sector de la sociedad que ha sido marginado históricamente.

En este punto es necesario y una tarea indispensable en el desarrollo del presente trabajo investigativo, relativo a la cuestión interpretativa del Art. 67 de la Constitución relacionado con el matrimonio, que como vimos en su texto, se limita a una definición; más, resulta de trascendental importancia el dotar de contenido a esta institución, desde el

⁷⁷ Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica”, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24 de noviembre de 2017.

entendimiento de la doctrina iusfundamentalista, evidentemente aterrizada a la realidad normativa ecuatoriana en la materia, así como los instrumentos de interpretación previstos a fin de resolver estas concepciones y evitar caer en cuestiones subjetivas o mucho peor con tintes políticos. Siendo necesario entender que la labor de realizar interpretaciones a la Constitución no pretende cerrar el paso a las cuestiones de concreción que pueden ser constitucionalmente posibles.

Para iniciar, se va a tener en cuenta que la orientación sexual es una categoría sospechosa y esto prohíbe que se pueda ocasionar un trato excluyente o de índole discriminatorio, pues lo que se busca es establecer la materialidad del derecho a la igualdad, en la que los diferentes sean tratados como iguales, respetando el libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación de cada individuo que conforma la sociedad.

Es notorio que a lo largo de la historia de la humanidad, la imposición de un hecho por parte de un grupo hegemónico se convierte en expresión popular, interiorizando todas aquellas actuaciones que han sido impuestas. En el caso del matrimonio, a través del patriarcado, se ha impuesto la heterosexualidad como algo normal, y todo lo que esté fuera, está mal y debe ser reprimido y marginado, por lo que el establecer el matrimonio como algo exclusivo entre hombres y mujeres, más allá de ser considerado un requisito, esto ha sido un instrumento de exclusión, creando un impedimento taxativo para que nadie más que lo que la sociedad imponga se pueda hacer.

Cuando se hace referencia a discriminación formal, esta debe contener una carga justificativa objetiva y razonable, muy a pesar de que esta pueda tener aceptación social, lo cual sucede con el caso del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana. Si bien se ha normalizado la desigualdad y discriminación desde la norma, esto debe cambiar a fin de que la dignidad humana, como eje de los derechos pueda efectivizarse y materializarse, ya que “la dignidad de la persona ha sido puesta como valor primero, fundamento y fin último del resto de valores y principios constitucionales”.⁷⁸ Si tomamos en cuenta que en la Constitución existe la prohibición de no discriminación, resulta contrario que se interprete el goce de un derecho fundamental desde las propias categorías que se prohíben discriminar.

⁷⁸ Juan Carlos Riofrío, “Valor jurídico del preámbulo de la Constitución ecuatoriana vigente”, *FORO. Revista de Derecho*, n° 23 (2015): 47.

El texto constitucional para su correcta interpretación debe leerse y entenderse de manera integral, ya que si se lo hace de forma aislada, podría incurrirse en errores graves de interpretación. Es por ello, por lo que, el art. 67 de la Constitución no debe leerse solo, ya que en su conjunto configura un sentido integral; de allí que la propia Constitución en su artículo 427 refiera a la interpretación integral como la fundamental de aplicación del texto.

Es importante enfatizar que la Constitución determina en su artículo 11 numeral 5, que en caso en que se encuentre conflicto respecto de la aplicación de los derechos, se deberá aplicar la que más favorezca su efectiva vigencia. Entender la dimensión del Art. 67 de la Constitución y la posible prohibición del matrimonio para parejas del mismo sexo, significa una tarea compleja para el mundo del derecho a fin de considerar el panorama de posibilidades que ofrece la institución del matrimonio a la luz de su concepción como derecho fundamental y además en razón de la Opinión Consultiva 24-17, entendido incluso de la estructura del sistema constitucional ecuatoriano desde el bloque de constitucionalidad y la cláusula abierta, provistas como innovadora herramienta relativa a la evolución y progresividad de derechos en el orden constitucional ecuatoriano. Todas estas afirmaciones, conllevan a entender el carácter iusfundamentalista del derecho al matrimonio que se ratifica aún más en su expansión conceptual, en virtud del contenido que ha dotado la Opinión Consultiva.

En esta parte, es menester incluir en nuestro análisis la cuestión del bloque de constitucionalidad en lo relativo a contraer matrimonio y al fundar una familia, concebido como un derecho clásico y posteriormente consagrado en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Cualquier norma referente a estos institutos deben ser interpretados en consonancia con los estándares internacionales en la materia.

Consecuentemente, y para el caso ecuatoriano no debería existir una razón constitucionalmente válida para que se niegue el derecho de las personas a contraer matrimonio en base a su orientación sexual, pues dicho desconocimiento atenta directamente contra la dignidad, la igualdad y libertad, que son principios base de los derechos humanos. El garantizar estos derechos permite combatir las injusticias generadas a partir de cuestiones de discriminación; afirmar lo contrario sería negar los grandes avances y conquistas plasmadas en nuestro texto constitucional, que ha sido producto de las incansables luchas sociales en busca de la progresividad de los derechos.

El Bloque de Constitucionalidad⁷⁹ establecido en el sistema ecuatoriano sostiene que si bien existen derechos constitucionales reconocidos por nuestra norma suprema, también existen derechos reconocidos en instrumentos internacionales (especialmente en la progresividad y favorabilidad de los derechos humanos). Por lo tanto, el artículo 67 de la Constitución del Ecuador reconoce el derecho al matrimonio entre un hombre y una mujer, es decir de las personas heterosexuales, y la Opinión Consultiva OC-24/17 reconoce el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. En consecuencia, lo contemplado desde una fuente exógena se constituye en un derecho más favorable al establecido en la limitación de contraer matrimonio para personas del mismo sexo, por lo cual su observancia y ejercicio deben ser respetados y garantizados como cualquier otro derecho constitucional.

La precitada norma ha generado cuestionamientos respecto a su alcance e interpretación, que ha abierto el debate constitucional referente a la posibilidad del reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, esto debido a que varias parejas homosexuales judicializaron sus casos invocando la protección del matrimonio como norma iusfundamental que ha de ser aplicada en condiciones de igualdad.

El Estado ecuatoriano, al ser signatario de la Organización de los Estados Americanos, tal y como se encuentra en la Convención Americana de Derechos Humanos, debe asegurarse de que ninguna norma del ordenamiento jurídico o cualquier otro vulnere derechos humanos; en tal razón es necesario que el inciso segundo del artículo 67 sea reformado, ya que provoca una clara violación al principio de igualdad y no discriminación y, por ende, a la vida digna dentro de la propia Constitución y del que gozan o deberían gozar todas las personas.⁸⁰

Así, dichos casos permitieron que la Corte Constitucional, máximo organismo de interpretación y control de la Constitución, emitiera dos sentencias al respecto. El legislativo tiene el deber de emitir normas que garanticen el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, pero en este caso la Corte Constitucional tuvo que emitir sentencias modulativas y sustractiva, en las que se

⁷⁹ En relación con el bloque de constitucionalidad, se ha dicho que por medio de esta institución se permite que los derechos que no constan en la Constitución se incorporan al texto por dos medios: remisión a los instrumentos internacionales o por reconocimiento expreso de los demás derechos derivados de dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

⁸⁰ María Inés Orellana Ramírez, “El matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación”, *FORO. Revista de Derecho*, n° 32 (28 de noviembre de 2019): 119, doi:10.32719/26312484.2019.32.6.

reconozca el derecho del matrimonio igualitario. Es deber del legislativo que las normas que se emanen desde dicha función estatal se adecuen a los derechos derivados de la dignidad de la persona y de esta manera garantizar un ordenamiento jurídico en el que la vía jurisdiccional garantice el derecho de todos.

Capítulo segundo

Reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario en el Ecuador a través de la justicia Constitucional

Se ha podido evidenciar que a lo largo de la historia, los poderes hegemónicos han sido predominantes ante las decisiones y el comportamiento que debe tener la sociedad. Tanto así que han interiorizado prácticas patriarcales en las que todo lo que sea diferente debía ser excluido. Es evidente que los derechos son el resultado de momentos históricos, a través de luchas sociales que permitan su reivindicación, ya que los procesos democráticos responden a creencias del fuero interno del legislador y no apelan al interés de proteger el derecho de la minoría. El rol que deben cumplir las Cortes Constitucionales es importante y trascendental en la ruptura del esquema tradicional, e incursiona en un ámbito del derecho en el que aún muy pocos países han reconocido el matrimonio igualitario.

El Ecuador ha sufrido transformaciones normativas interesantes desde finales del siglo XX y en la primera década del siglo XXI, por cuanto se realizó una transformación del sistema jurídico, ya que se pasó de un Estado legal a uno constitucional de derecho. Lo que ha sido relevante, sobre todo en este último proceso constituyente, es la influencia que han tenido los movimientos sociales para la elaboración de la Constitución. En las diversas mesas de trabajo existieron debates profundos sobre temáticas sensibles y que podrían tener un impacto en la sociedad, riesgo que, en muchos de los casos, no se arriesgaron los constituyentes en asumir. Es por ello por lo que quedaron pendientes algunos temas sueltos, donde predominaron sesgos personales y religiosos que se ven reflejados en la actual constitución.

Es así que el caso del matrimonio generó gran expectativa ante la posibilidad de un reconocimiento constitucional expreso que dé paso a que las parejas homosexuales puedan acceder a este derecho. Con estos antecedentes, el presente capítulo abordará de manera crítica las sentencias emitidas por parte de la Corte Constitucional dentro de los Casos Nro. 10-18-CN y 11-18-CN sobre Consulta de Norma relacionados con el derecho al matrimonio igualitario en el Ecuador, con el objeto de evidenciar la problemática irresuelta hasta ese entonces, en torno al matrimonio igualitario.

1. Corrientes a favor y en contra del reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador.

Las reacciones ocasionadas por los movimientos sociales que reclaman un trato sin discriminación de las personas que buscan el matrimonio igualitario, han creado confrontaciones ideológicas fuertes en las que se puede identificar sectores de la sociedad que están en favor y otros en contra del matrimonio igualitario. En el presente acápite, se busca establecer los principales puntos que tienen cada uno de estos grupos frente al reconocimiento del matrimonio igualitario como derecho.

1.1. Corriente pro-matrimonio igualitario

Hay que enfatizar que el matrimonio igualitario, más allá de que sea una figura concebida de manera histórica desde una perspectiva heteropatriarcal, ha ido evolucionando con el tiempo, lo cual proyecta un espectro de alcance más extenso por cuanto, a través del desarrollo argumentativo de los derechos fundamentales, se da paso al reconocimiento de que sean nuevos sujetos los que puedan acceder a los derechos que históricamente les han sido negados, siendo oprimidos y tratados con desigualdad. Hay que resaltar que cuando hablamos de derechos fundamentales y normas adscritas, debe constar la interpretación autoritativa y argumentativa, en este caso del matrimonio, esa norma adscrita que garantiza un derecho y permite proteger su nivel axiológico valorativo.

Desde una perspectiva, general las visiones que se adscriben a esta corriente son dos: la primera constituye la aplicación directa de un derecho iusfundamental; y, la segunda, es en relación con la interpretación del derecho, su contenido como derecho fundamental, y de conformidad con las normas de interpretación constitucional previstas por la norma suprema ecuatoriana. Entre las normas de interpretación tenemos la integral (que permite entender que este derecho al matrimonio viene dado del derecho internacional de los derechos humanos y de los valores adscritos a la Constitución), y también la interpretación evolutiva,⁸¹ dinámica, de cláusula abierta.

⁸¹ Revisar, Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución* (Madrid: Tecnos, 2005).

Los principales argumentos que se pueden esgrimir respecto de un apoyo al matrimonio igualitario se centran en que se debe garantizar un trato igualitario y sin discriminación a las personas pertenecientes a las comunidades GLBTI, a fin de que esto permita una inclusión efectiva y evitar que sigan siendo marginados. Incluso, a pesar de no estar normado el matrimonio para personas del mismo sexo, es tarea de la Corte Constitucional, el realizar esfuerzos argumentativos y a través de sentencias modulativas resarcir daños que han venido siendo históricamente ocasionados y que el legislativo podía realizar las reformas en su momento.

Así, en este acápite consideraremos que, en cuestión de derechos humanos y para referirnos a la figura del matrimonio entre parejas del mismo sexo, se debe a la par también cuestionar la naturaleza y el carácter vinculante que tiene la Opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el Ecuador. Esto, según lo prescribe el art. 11 de la Constitución del Ecuador que, en síntesis, establece que todo instrumento jurídico de derechos humanos es de directa e inmediata aplicación.⁸² Para dotar de fundamento a esta corriente, el paradigma respecto a lo que se concibe como instrumento internacional abarca tanto tratados, convenciones y también pronunciamientos de los órganos que integran los distintos sistemas internacionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al emitir una Opinión Consultiva, establece que esta es de carácter obligatorio para los Estados quienes tienen la obligación de observar, respetar, aplicar y promover los estándares que establecen la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ende, cumplir con lo que dispone la OC-24/17, que al respecto refiere que las personas, sin distinción de preferencia sexual, tienen los mismos derechos que las personas heterosexuales, y que la cuestión de limitar el matrimonio para personas de distinto sexo, constituye discriminación para las personas GLBTI.

Con base en una argumentación sistemática, teleológica y valorativa⁸³ se considera que el derecho a la protección a la familia es un derecho fundamental, que además propugna el reconocimiento de los diferentes tipos de familia (incluso las de hecho) y la

⁸² Ecuador, *Constitución* Art. 11 num. 3.

⁸³ No se puede desconocer el evidente choque de principios que existe y la solución la Constitución plantea en el caso de que haya más de una interpretación de un derecho, se ha de optar por la menos lesiva del mismo, el presente caso se entendería la posibilidad de elegir al matrimonio igualitario en un sentido abierto.

garantía en la prosecución de sus fines. En concatenación, determina que el derecho al matrimonio se apoya en el derecho a la protección de la familia, en la medida que el matrimonio es el medio para formar la familia y deriva del estado civil de derechos y obligaciones (la estabilidad institucional); pero además fuera del aspecto jurídico genera importantes significaciones sociales. Además, que el derecho al matrimonio se cimienta en *el derecho al libre desarrollo de la personalidad*, que contempla la permisibilidad de que las personas formen cualquier tipo de familia siempre y cuando no afecten valores, principios y fines constitucionales, siendo el Estado el llamado a proteger esas elecciones autónomas, lo que va estrechamente ligado al derecho a la intimidad personal y familiar, libertad de conciencia.

1.2. Corriente contraria al reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario

Quienes defienden la idea del matrimonio como institución basada en la unión de un hombre y una mujer, tienden a considerar la cuestión de la procreación como única base y fin del matrimonio, a partir de lo cual se entendería como una cuestión de índole antinatural las relaciones entre parejas del mismo sexo. Entonces de aquí nace otra línea también cuestionable y atinente al presente debate, y es lo relativo a los derechos sexuales, los cuales también para estas posturas se limitan únicamente a hombres y mujeres. Para tratar de adentrarnos en la voluntad del constituyente que coadyuvó para establecer el Art. 67 en las condiciones como se generó, es necesario tomar en cuenta las actas de la Asamblea Constituyente, en la que, respecto al debate del matrimonio igualitario, las posturas en contra señalaban entre otros argumentos el peligro infundado de la adopción homosexual creada a partir del posible reconocimiento del matrimonio de parejas del mismo sexo. En este sentido, en un inicio se propuso en el articulado el concepto de matrimonio señalando que: “El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges”.⁸⁴

Al llegar los procesos judiciales mediante los cuales se buscaba el reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario a la Corte Constitucional, las expectativas respecto de

⁸⁴ Asamblea Nacional de Ecuador. Archivo Asamblea Constituyente. Mesa 1. Acta No. 47-08. Caja 2. Folder 17. Dispositivo 10. 11 de julio de 2008.

un fallo que transgreda la Constitución no eran esperados, por cuanto se pensaba que no iba a prosperar porque lo que se planteaba era una consulta de norma, y de acuerdo a una interpretación literal, para quienes tienen una postura contraria al matrimonio igualitario, el espíritu del constituyente era el matrimonio heterosexual.

Se ha catalogado que el hecho de expresar al matrimonio desde la Constitución es un desacierto que tuvo el constituyente al reconocer, en primer lugar, a un contrato como un derecho configurado así en el artículo 67 de la norma suprema ecuatoriana; y, segundo, porque el matrimonio ya estaba instituido en el Código Civil en su artículo 81, que prescribía: “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”.⁸⁵

Consecuentemente, se sostiene bajo estos preceptos, que al haber reconocido la figura de un contrato civil como un derecho constitucional, para reconfigurarlo se debía efectuar una enmienda Constitucional a través de la Asamblea Nacional, mediante un proyecto de reforma, ya que la Corte Constitucional tiene competencia interpretativa y no puede invadir la esfera de competencia prescrita en los Arts. 441 al 444, que sólo les corresponde a los legisladores asambleístas. En este sentido, un control constitucional no debe ni puede modificar el texto constitucional. Es decir, no podría darse paso por cuestiones de forma.

Sin embargo de lo dicho, tampoco podría darse por cuestiones de fondo, puesto que la intención del Constituyente fue negar toda posibilidad del matrimonio igualitario; pues desde una interpretación originalista, se entendería que la idea ha sido siempre que el matrimonio sea la unión entre hombre y mujer (limitando la aplicación del matrimonio a personas heterosexuales), por lo que se expondrá contenidos de las actas de las sesiones de pleno de la Asamblea Constituyente respecto a la discusión del matrimonio.

A partir de ello, las posturas contrarias al matrimonio igualitario arremeten con posturas basadas desde el fanatismo religioso. Un representante de la iglesia, Queirolo, dijo que:

La familia es una institución natural y con eso no se juega, los que no crean en Dios, los que no crean en la familia son un grupo minúsculo, mayúsculo en esta Asamblea pero no en el país, con esta institución sagrada no se debe jugar [...] existe un solo tipo de familia formada por la unión de un hombre y una mujer (...) La familia es la célula básica de la

⁸⁵ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005 Art. 81.

sociedad desde siempre, esta idea ha pasado a ser un lugar común, no discutido en ninguna cultura, tiempo o lugar, y siempre ha estado constituida por la unión entre un hombre y una mujer cuyo principal objetivo es la procreación para la permanencia de la sociedad, si el objetivo no es procrear, no son familia.⁸⁶

Ya que la lucha incansable, especialmente de las precursoras del reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario, también son el antecedente de la inestabilidad emocional que surge de dos personas que no tienen un vínculo más allá del jurídico para mantenerse unidas y poder formar una familia estable y monogámica. Cuestiones que finalmente no fueron aceptadas por el legislador constituyente y finalmente, en una interpretación histórica, se lee que la voluntad fue precisamente excluir del matrimonio a los homosexuales.

Para quienes rechazan el matrimonio igualitario sostienen que el art. 67 de la Constitución, estrictamente hablando (argumento literalista), no confiere el poder jurídico de casarse a las parejas de diferente sexo. Más bien reconoce de manera expresa, el derecho fundamental al matrimonio de las parejas de diferente sexo. Por lo que el legislador estaría prohibido de conferir a dichas parejas el poder jurídico de casarse, con la consecuencia de que la norma legal cuestionada no sería inconstitucional. Empero, su significado tampoco es unívoco porque podría afirmarse que no especificar que el matrimonio es “solamente” la unión entre un hombre y una mujer, y en consecuencia dicho artículo no prohibiría al legislador a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La intención del legislador constituyente, a través de un argumento intencionalista, fue la de privar a las parejas del mismo sexo del derecho a contraer matrimonio y, específicamente prohibir la creación legislativa de tal tipo de matrimonio. En este mismo punto, la Corte cuestiona la intención de un ente colectivo, determinando que existen los mismos problemas respecto a la interpretación literal.

2. Judicialización del derecho al matrimonio igualitario

⁸⁶ Asamblea Nacional del Ecuador. Archivo Asamblea Constituyente. Actas del Pleno. Acta No. 086. 15 de julio de 2008, 97

En el presente acápite se analizarán casos en los que el Registro Civil se rehusó a celebrar el matrimonio entre personas del mismo sexo, y los afectados presentaron acciones constitucionales a fin de resarcir los daños ocasionados por esta institución pública.

2.1.Caso Pamela Troya y Gabriela Correa

Pamela Karina Troya Báez y Gabriela Jannine Correa Véjar acudieron al Registro Civil a contraer matrimonio. Sin embargo, el 6 de agosto de 2013, la entidad negó su petición. Inconforme con la respuesta, la pareja presentó una acción de protección a fin de que se reconozcan y tutelen los derechos a la igualdad y no discriminación y a la libertad de adoptar decisiones privadas.

La jueza de primera instancia a cargo del caso inadmitió la causa alegando que el Registro Civil actuó en cumplimiento del art. 67 de la Constitución ya que el mencionado artículo es claro al establecer que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, en concordancia con el art. 81 del Código Civil, por lo tanto, desechó la demanda argumentando que:

Si el constituyente originario resolvió, que a pesar de la visión garantista constitucional, la institución del matrimonio debe estar reservada para personas heterosexuales no se puede alegar violación al derecho de igualdad y con ello el de dignidad humana. La teoría constitucional al respecto determina que existen restricciones constitucionales a los derechos generales de igualdad y libertad, y la única autorizada para determinar estos límites es la propia Constitución, caso contrario serían inconstitucionales. No puede hacer una interpretación distinta de lo dispuesto expresamente por la Constitución para disponer su no aplicación, por el contrario, de acuerdo a lo previsto en el Art. 427 de la Constitución de la República del Ecuador obliga a observar su literalidad, tanto más cuanto que de no hacerlo se violaría el derecho de protección que tienen todos los/as ciudadanos/as a la seguridad jurídica (Art. 82 CRE) [...] El hecho de no permitirles el acceso a la institución del matrimonio no implica la violación al libre desarrollo de la personalidad, ya que para impedir que este derecho de libertad sea vulnerado y por el contrario, se desarrolle, la misma Constitución de Montecristi, pesando en las minorías sexo-genéricas, cuyo debate sí existió en Montecristi, reconoce la unión de hecho.⁸⁷

Frente a ello, las accionantes formularon recurso de apelación, mismo que fue resuelto en sentencia de fecha 26 de mayo de 2014 en la que se negó el recurso debido a

⁸⁷ Ecuador Unidad Judicial Primera Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, “Sentencia”, *Juicio No. 17203-2013-20843*, 14 de marzo de 2014.

que en un ejercicio de interpretación literal del art. 67 de la norma suprema que prescribe que el matrimonio existe cuando se celebra jurídicamente entre un hombre y una mujer y que no atenta contra el principio de la no discriminación. En esta sentencia, en lugar de trascender dando una motivación en pro de los derechos humanos, lo que hace es pregonar conceptos moralistas tomando incluso la palabra de Dios, así:

En efecto solo las parejas heterosexuales pueden contraer matrimonio, desarrollado por el Art. 81 del Código Civil, y efectivamente esta disposición responde a valores morales, cristianos y religiosos, sino como se explica la invocación de Dios en el Preámbulo de la Constitución, valores que son propios de una constitución que responde aún, a una cultura conservadora y dominante que se debe ir superando. Sin embargo, no hay constitución sin valores y principios, y estos son de igual jerarquía (Art. 11.6 CRE), por lo tanto, mientras la Constitución los mantenga son parte del ordenamiento jurídico y no se los puede negar, por el contrario deben ser observados y en particular por quienes administramos justicia.- Por lo tanto considero que mientras las accionantes no hayan determinado materialmente cómo les han afectado estos valores que conllevan al matrimonio de parejas heterosexuales, una jueza constitucional de primer nivel (Art. 166 COGJCC) no puede hacer una interpretación distinta de lo dispuesto expresamente por la Constitución para disponer su no aplicación, por el contrario, de acuerdo a lo previsto en el Art. 427 de la Constitución de la República del Ecuador obliga a observar su literalidad, tanto más cuanto que de no hacerlo se violaría el derecho de protección que tienen todos los/as ciudadanos/as a la seguridad jurídica. (CRE, art. 82)

Contra estas decisiones judiciales, las proponentes de la demanda de acción de protección, acudieron al máximo ente de justicia Constitucional, interponiendo una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional del Ecuador, misma que pasó algunos años en los archivos de esta institución, tiempo durante el cual, en el año 2019 se aprobaron otras sentencias de casos similares, en la que los jueces constitucionales, por voto de mayoría y a través de un arduo trabajo de interpretación, reconocieron el derecho de las personas a contraer matrimonio independientemente de su condición, ya sea esta homosexual o heterosexual.

Por su parte en la sentencia No. 1035-14-EP/20 se menciona que “el fondo del asunto controvertido, respecto entre parejas del mismo sexo, fue reconocido y resuelto por la Corte Constitucional mediante las sentencias Nos. 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19, en cuyos votos de mayoría declararon, con efectos *erga omnes* [...]”.⁸⁸ Por lo que en el presente caso, al momento de ser analizado por los jueces de la Corte Constitucional resuelven desestimar la

⁸⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 1035-14-EP/20”, *Caso N°. 1035-14-EP*, 5 de agosto de 2020, párr. 46.

acción extraordinaria de protección debido a que el tema en controversia no cumplía con los criterios de gravedad, novedad, relevancia nacional o la inobservancia de precedentes.,⁸⁹ esto debido a que, a criterio del juez ponente de la presente causa, el asunto de fondo ya se encontraba resuelto en las sentencias antes mencionadas con efectos *erga omnes*.

Sin embargo, en la presente acción también existe un voto Salvado del Juez Agustín Grijalva mencionando que:

En virtud de la declaratoria efectuada en las sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19, la decisión de mayoría emitida en la presente acción extraordinaria de protección debió haber dispuesto que los jueces constitucionales inferiores resuelvan la acción de protección aplicando las disposiciones constitucionales vigentes que garantizan el derecho a contraer matrimonio sin discriminación en razón del sexo.⁹⁰

Y a criterio del mencionado Juez, se debió aceptar la acción extraordinaria de protección y en su defecto resolver aplicando las disposiciones constitucionales vigentes las cuales garantizan el derecho a contraer matrimonio sin discriminación del sexo, ya que los términos “un hombre y una mujer” y “procrear” fueron declarados inconstitucionales y, por lo tanto, ya no forman parte del concepto tradicional del matrimonio.

2.2. Caso Cuenca José Luis Sánchez Vallejo y Jacinto Javier Orellana Guerrero

Los demandantes acudieron a las oficinas del Registro Civil de Identificación y Cedulación de la ciudad de Cuenca, provincia de Azuay para contraer matrimonio, amparados por Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, esto en vista de que la Constitución ecuatoriana en su artículo 11 numeral 3 establece que: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”,⁹¹ mientras que el numeral 5 señala: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y

⁸⁹ Ibid., párr. 45. En el presente caso, no se cumple el primer requisito, dado que no se observa – ni las accionantes han sustentado – que las autoridades jurisdiccionales accionadas hayan provocado de manera directa las vulneraciones al debido proceso u otros derechos aducidos en la presente acción. Adicionalmente, tampoco concurre el cuarto y último de los elementos, dado que no puede verificar ni gravedad, ni novedad, relevancia o inobservancia de precedentes establecidos por este Organismo

⁹⁰ Ibid., párr. 33.

⁹¹ Ecuador, *Constitución* Art. 11, num. 3.

servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”,⁹² por lo que solicitaban que la entidad pública, dé cumplimiento al mandato constitucional. La entidad manifestó que no puede celebrar el matrimonio de parejas del mismo sexo porque la Dirección General del Registro Civil no ha establecido un procedimiento para estos casos y les informó que únicamente podría inscribir la unión de hecho, negando de esta forma la solicitud de contraer matrimonio.

Ante la negativa de la servidora pública, se solicitó por escrito a la máxima autoridad del Registro Civil en la provincia, la Coordinadora Zonal 6, Dra. Esthela Margarita Cárdenas, que disponga la celebración del matrimonio entre José y Javier, en virtud de la aplicación directa e inmediata de la Opinión Consultiva OC-24/17. No obstante, a través de un oficio Nro. DIGERCIC-CZ6.OT01-2018-004-O de fecha 24 de mayo del presente año se negó dicha petición. Por lo tanto, los accionantes, decidieron interponer la acción de protección para que se tutele los derechos, teniendo una sentencia favorable en primera instancia; pero, una vez que paso a segunda instancia, los jueces de la sala negaron lo solicitado aduciendo que en vista de que ninguna otra pareja homosexual ha contraído matrimonio no existe vulneración de derechos, lo cual implica un condicionamiento ilógico.

2.3. Otros casos

El 7 de mayo del 2018, Efraín Soria y Javier Benalcázar llegaron hasta el Registro Civil en Quito para casarse. Su pedido fue rechazado, como el caso de Troya y Correa en 2013. Posteriormente ambos afectados presentaron acciones judiciales que terminaron en la Corte Constitucional, por la consulta respecto a la aplicación en Ecuador de la Opinión Consultiva OC17-24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el matrimonio igualitario. Luego que la Corte Constitucional revisara los casos de Efraín Soria y de Javier Benalcázar; y de Rubén Salazar y Carlos Verdesoto, parejas LGBTI que solicitan casarse, se aprobó el matrimonio igualitario en el Ecuador con 5 votos a favor y 4 en contra.

⁹² Ibid. Art. 11, num. 5.

Entre tantos casos, unos llegaron a judicializarse, otros permanecieron en el anonimato. De los casos llevados a juicio, algunos sí obtuvieron sentencias mientras otros no fueron resueltos ni mucho menos llevados a Corte Constitucional. Sin embargo, lo que se pretende evidenciar es que la lucha por la igualdad y la no discriminación sexual ha sido sacrificada y permanente, algunas veces silenciada y otras intencionalmente ocultada.

Considerando el tema propuesto respecto a la judicialización del tema y del resultado procesal de los mismos, la Opinión Consultiva OC-24/17 constituye un hito importante para repensar el concepto de matrimonio, desde la ley, desde los jueces y desde la misma sociedad. Son las altas Cortes las llamadas a jugar un rol trascendental en la protección y reconocimientos de los derechos.

3. Estudio de sentencias

A continuación se abordará el estudio de las sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19, emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador, respecto del matrimonio igualitario. Ambas sentencias difieren en su estructura y argumentación, pero concuerdan en el reconocimiento de los derechos de las personas del mismo sexo a acceder al derecho al matrimonio.

3.1.Caso Nro. 10-18-CN. Sentencia Juez Ponente Dr. Alí Lozada Prado.- Voto de Mayoría

El presente caso de estudio inicia en la Unidad Judicial Civil de la Parroquia Ñaquito, Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, el 16 de agosto de 2018. El juez que conoce la causa eleva a consulta a la Corte Constitucional y suspende la tramitación de la acción de protección propuesta por Rubén Salazar y Carlos Verdesoto que deviene de la negativa del Registro Civil, Identificación y Cedulación de inscribir el matrimonio de los accionantes. En razón de lo cual el contenido de la consulta de norma corresponde a los Artículos 81 del Código Civil y 52 de la LOGIDC que refieren si las mismas establecen una disposición expresa que prohíbe a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio,

Al respecto de dichas normas, en su análisis inicial identifica la necesidad de determinar la norma jurídica objeto de la consulta, concluyendo que en relación a los precitados artículos y a través de una lectura concordante con los cuerpos normativos que las contienen, considera que esos artículos no contienen únicamente una definición de la figura del matrimonio, sino que establecen las condiciones necesarias para que se solemnice esta institución; y entonces deduce que la norma jurídica objeto de la consulta o denominada norma cuestionada, corresponde al hecho que las parejas del mismo sexo carecen de poder jurídico para contraer matrimonio. De lo expresado se debe identificar cuál es la norma sobre la cual debe pronunciarse en sentencia la Corte. La norma que le están consultando es una norma que subyace la literalidad del art. 67 de la Constitución, respecto si las parejas del mismo sexo carecen de poder jurídico, siendo éste el problema jurídico a resolverse.

Por lo tanto, el cuestionamiento sobre la inconstitucionalidad de la norma dependerá del análisis realizado respecto si la Constitución reconoce el derecho fundamental al matrimonio, y de ahí se derive el reconocimiento e institucionalización necesarias que permita otorgar a estas parejas el poder jurídico de casarse.

A partir de esto, empieza el debate dentro del máximo organismo de justicia Constitucional, analizando si la Constitución obliga, de alguna manera, al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Este planteamiento, se da inicio especificando la calidad de la Constitución dentro del modelo constitucional ecuatoriano relacionado con la máxima prioridad sustantiva que rebasa a la máxima jerarquía formal (rigidez normativa mayor que las leyes), conforme lo establece el artículo 424 de la Constitución, en concordancia con el Artículo 1 del mismo texto normativo.

De esta manera, se considera de importancia trascendental la máxima prioridad sustantiva, el relacionado con su contenido moral, puesto que:

Este segundo atributo de la supremacía constitucional significa, pues, que el contenido constitucional está vertebrado por un tejido axiológico (de principios, fines y valores de justicia) que subyace al documento constitucional, aunque, al mismo tiempo, lo trasciende; de ahí que nuestra Constitución conceda supremacía constitucional, no solo a los principios, fines y valores cardinales que se contienen en ella, sino también a los subyacentes a “los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución” (art 424), así como a “los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y

nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”, aunque no estén consagrados en documento alguno dotado de autoridad. (art. 11.7).⁹³

A partir de este entendimiento, se dota de sentido al denominado bloque de constitucionalidad, aceptando entonces que la Constitución no se reduce a su texto, y su dimensión sustantiva corresponde al compendio axiológico que incluso trasciende su propio contenido. Entonces, el análisis que realiza la Corte respecto al presente caso, toma en consideración los criterios de interpretación integral desde esta dualidad, el documento escrito y el denominado tejido axiológico de la Ley Fundamental.

3.1.1. La Constitución frente al legislador democrático en el matrimonio entre personas del mismo sexo

En un sentido literal, lo establecido en el Art. 67 de la Constitución no confiere el poder jurídico para que parejas de diferente sexo contraigan matrimonio, sino reconoce su derecho fundamental al matrimonio, por lo que el legislador estaría prohibido a conferir que dichas parejas tengan el poder legal de casarse; y, bajo este análisis, se concluye que la norma cuestionada no sería inconstitucional. Sin embargo, tampoco el texto resulta inequívoco, pues no existe una prohibición expresa respecto al matrimonio de parejas del mismo sexo.

El juzgador identifica dos argumentos en el caso. El primero, el *argumento literalista*, en el que el constituyente estableció una conceptualización sobre quienes pueden contraer matrimonio, lo que implica una restricción para que el legislador pueda conferir a parejas del mismo sexo casarse. Por otro lado, está el *argumento intencionalista*, que implica que el constituyente al momento de redactar la constitución tuvo la intención de privar a las parejas del mismo sexo casarse y, del mismo modo, de prohibir la figura del matrimonio diferente a lo que socialmente se entiende por convencional.⁹⁴ Con este argumento, se cuestiona la intencionalidad del órgano colectivo y lo abstracto o ausente de las intenciones individuales.

⁹³ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia Nro. 10-18-CN/19”, *Caso No. 10-18-CN*, 12 de junio de 2019, párr. 21, http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/4a2e4469-9d31-4ec9-b7d1-cd9c6022d2cc/0010-18-cn-19_sen.pdf?guest=true.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 28.

Ambos argumentos corresponden a un enfoque formalista de la interpretación constitucional, reducido a un documento que anula la dimensión sustantiva de la Constitución, lo que no puede suceder. El art. 437 de la Constitución, prevé la observancia de la integralidad, la plena vigencia de los derechos, los principios generales de la interpretación constitucional, que obligan a romper los criterios del Estado legalista contenido en el Art. 18 del Código Civil. De ahí la necesidad de interpretar a partir del bloque de constitucionalidad, el texto completo y el tejido de principios constitucionales, y la identificación de derechos fundamentales que no se reducen a reglas.

Consecuentemente, propone una argumentación que converja la dimensión formal sustantiva y considere el valor de la fidelidad al texto constitucional, ya que dentro de este punto, el cuestionamiento respecto al peso de los principios, valores o fines que encierra la literalidad constitucional y la intención del constituyente.

La afectación que podría causarse a los principios de la deferencia al constituyente y al valor de la democracia, si se rechazara la señalada hipótesis de la prohibición, sería claramente menor al quebrantamiento de los derechos a la protección de las familias y al libre desarrollo de la personalidad (y, conexamente con estos, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de conciencia), si dicha hipótesis fuese admitida, ya que esta excluiría la posibilidad de que la institucionalización del tipo de matrimonio en cuestión.⁹⁵

Esto da a entender que la Constitución de manera expresa no prohíbe que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo se lleve a cabo, sino que el contenido de la norma limita a que la interpretación literal cree una restricción a fin de que se pueda ejercer este derecho.

Por otro lado, para no hablar de prohibición, se puede también dar una lectura diferente, en la que influye la discrecionalidad que se ha dejado al legislador para que permita instituir o no el matrimonio igualitario como parte del ejercicio de sus derechos de libre determinación y protección a la familia. En defensa del legislador y de la democracia deliberativa, también precisa la prevalencia del principio *in dubio pro legislatore*, en respaldo precisamente del valor democrático. En este análisis, se ingresa a cuestionar sobre el valor fundamental del derecho al matrimonio, de cuya determinación dependería el carácter permisivo u obligatorio del legislador de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁹⁵ Ibid., párr. 54.

Resulta necesario establecer la existencia de dicho derecho y realizar un análisis a partir de ejercicios de ponderación con los derechos antes enunciados, determinándose que: “El sacrificio de cualquiera de los dos extremos implica una afectación grave a núcleos centrales del tejido axiológico en que la Constitución **consiste**. Se trata de dirimir, en el caso concreto, la tensión entre democracia y derechos fundamentales, propia del Estado constitucional”.⁹⁶ Pero, por otra parte, determina además el hecho que el artículo 17.2 de la Convención establezca el derecho al matrimonio de las personas del mismo sexo implicando que este derecho pase a formar parte de la Constitución ecuatoriana como un todo de nuestro bloque de constitucionalidad, en concordancia con el art. 424 de la Constitución.

A más de lo señalado, es importante precisar que en el fallo, se hace una interesante asociación entre el homosexualismo y la pobreza, cuya base se toma a partir del hecho del incumplimiento, inobservancia y vulneración de derechos, lo que en el fallo se denomina como exclusión económica. Esto denota la hegemonía existente sobre las minorías, que incluso se ve en una posible falta de escolaridad por cuanto la discriminación de la que son objeto lleva a que el índice de deserción estudiantil sea alto.

Por otra parte, se identifica que las creencias conservadoras hacen ver una posible solución para evitar que se trastoque el matrimonio. Sería una figura similar a lo suscitado en cuanto a la segregación racial. En razón del análisis, concluye que la Constitución del Ecuador reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a que el legislador posibilite y regule para ellas el matrimonio, otorgándoles el poder jurídico de casarse. Consiguientemente, el legislador está obligado a hacerlo.

3.1.2. La Corte Constitucional respecto de la norma cuestionada

Con base en lo señalado en párrafos anteriores, es necesario que la Corte declare la inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada, con efectos de una sentencia dictada dentro de la facultad de control abstracto, y efectuar una manipulación sustitutiva y sustractiva a fin de no invalidar totalmente los artículos que contienen la norma cuestionada, pues ellos además establecen el régimen legal del matrimonio en general.

⁹⁶ Ibid., párr. 73.

El problema que enfrenta la Corte se circunscribe a su obligación en el control de constitucionalidad, y en este caso, el control concreto. En este mecanismo se pretende detectar normas inferiores en contradicción con las normas constitucionales, y que procede cuando existe duda razonable respecto a la constitucionalidad de la norma jurídica que está siendo aplicada por la autoridad judicial ordinaria, dentro de un caso concreto. A partir de ello se identifica como problema, si la Corte Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de los arts. 81 del CC y 52 de la LOGIDC, para lo cual, en la presente Sentencia, que corresponde a la ponencia del Juez Alí Lozada, se considera que:

1. La solución del problema o la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma va a depender si la Constitución reconoce el derecho fundamental al matrimonio para las parejas del mismo sexo.
2. La Constitución ecuatoriana, configura dos dimensiones en relación con su supremacía: una formal (rigidez) y otra sustantiva (tejido axiológico)

A partir de ello surge entonces el cuestionamiento si la Constitución obliga o no al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La Corte Constitucional al momento de decidir mediante sentencia, declara la inconstitucionalidad de los fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de Identidad y Datos Civiles, relativo a la expresión “un hombre y una mujer” y en la primera al término “procrear”, disponiendo su observancia a las decisiones judiciales en la acción de protección que motivó la presente consulta. Declarando, además con efecto erga omnes, la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva de los **fragmentos** artículos antes precisados, quedando así:

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

[LOGJDCJ Art. 52.- Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio. El matrimonio es la unión entre dos personas 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.⁹⁷

⁹⁷ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia Nro. 10-18-CN/19”.

La Corte Constitucional, bajo estos argumentos, determinó que existe una obligación por parte del legislador de instituir el matrimonio igualitario y que incluso su omisión podría acarrear incumplimiento internacional en el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el deber de adecuación de las normas internas.

En consecuencia se considera la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma respecto de la cual no se permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo, así como la inconstitucionalidad sustractiva de los fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de Identidad y Datos Civiles relativo a la expresión “un hombre y una mujer” y en la primera al término “procrear”, así como la obligación del legislador de institucionalizar el matrimonio, pues la Constitución no contempla la prohibición expresa del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, es importante enfatizar que existió un voto salvado por parte del Dr. Hernán Salgado, en el que manifiesta que, a su criterio, el Juez ponente considera que el texto del inciso segundo del Art. 67 de la Constitución es sumamente claro y que su alcance no produce duda, por lo tanto no merece una interpretación. Y que, según la ponencia de Lozada, se termina desconociendo el Art. 427 de la Ley Fundamental, bajo la razón calificada como inaceptable del principio de deferencia al constituyente, que daría paso a que toda norma constitucional, pese a ser clara y específica, sería susceptible de ponderación, contrariando los métodos de interpretación contenidos en el precitado Art. 427, provocando además el menoscabo sistemático de otras normas constitucionales que justamente prevén las formas de modificación de los artículos de la Constitución por medio de enmienda o reforma parcial. En este análisis identifica incluso una contradicción entre lo que la mayoría de los miembros de la Corte arribaron en la causa Nro. 11-18-CN y la ponencia expresada en la presente, pues

Según la decisión de mayoría adoptada el caso 10-18-CN, corresponde que la Asamblea Nacional incluya en la legislación sobre el matrimonio, a las parejas del mismo sexo como cónyuges. Pero en el caso 11-18-CN, los Jueces de mayoría señalaron que la supuesta “interpretación” de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es suficiente para permitir que las parejas del mismo sexo accedan al matrimonio.⁹⁸

⁹⁸ Ibid.

A partir de ello, identifica que ambas resoluciones no son armónicas y pueden generar dificultad en su aplicación, pues se desconoce si las parejas del mismo sexo deberán esperar la configuración legal del matrimonio o si ya se reconoce. Adicionalmente considera la imposibilidad de ponderar, puesto que el art. 67 segundo inciso no es un precepto considerado como principio, ni tampoco se carece de indeterminación normativa y que, es más, establece un contenido condicionado, y que acudir al principio de deferencia al constituyente para justificar el conflicto que se pretende ponderar se estaría forzando un método de interpretación, pues todas las normas constitucionales tienen origen democrático y entonces todas serían susceptibles de ponderación.

En consecuencia, determina que las normas objeto de la consulta de norma no contravienen al texto constitucional, sino que se encuentran en plena armonía, pues reconocen al matrimonio como una figura entre hombre y mujer. Y que la consulta de norma busca ejercer control de constitucionalidad (no es referirse sobre la conveniencia o no de las disposiciones constitucionales, sino precautelar su texto) más no sustituir o reformar el texto. Nuevamente, y al igual que su voto salvado en el otro caso, respecto a la Opinión Consultiva, reafirma que no se trata de un instrumento internacional, y que además dichas opiniones no constituyen un parámetro de constitucionalidad que sirva para contrastar normas del ordenamiento jurídico a través de la consulta de norma, de conformidad con el Art. 428 de la Constitución. Entonces, la única forma de modificar la figura del matrimonio es a través del proceso de reforma constitucional (a través de la Asamblea Nacional) y no a través de interpretaciones que terminan en mutaciones arbitrarias.

Como sabemos, en ambas sentencias el Juez Salgado expone su voto salvado, bajo el criterio que no es procedente interpretar el contenido del Art. 67 de la Constitución, puesto que el mismo es claro y conciso; y tampoco existe inconstitucionalidad de los artículos que contienen la norma cuestionada. Desconoce el carácter de instrumento internacional a la Opinión Consultiva y que un cambio constitucional debe darse por medio de la reforma.

3.2. Caso Nro. 11-18-CN. Sentencia del juez ponente Ramiro Ávila Santamaría – Voto de mayoría

El presente caso, tiene origen en la provincia de Pichincha, cuya Corte Provincial mediante providencia de fecha 18 de octubre, decidió suspender el trámite del proceso del recurso de apelación que conocía dentro de una acción de protección respecto al impedimento por parte del Registro Civil para la celebración del matrimonio de una pareja del mismo sexo, para elevarlo a consulta a la Corte Constitucional⁹⁹ y sea este quien se pronuncie al respecto de la aplicabilidad de la opinión consultiva OC-24/17.

En este contexto, la Corte Constitucional de Ecuador (CCE) procede a realizar el análisis del caso y respecto a la consulta de norma, en relación con el matrimonio igualitario. Es importante tomar en cuenta que “la justicia constitucional es la mejor garantía de la Constitución, frente a las violaciones de derechos por parte de los poderes públicos y privados”.¹⁰⁰ El contexto en el que se plantea, trae consigo también efectos sociales que se podrían desencadenar a partir de la emisión de una sentencia, lo cual implicó que sea un caso difícil de analizar.

Es decir, la consulta planteada a la Corte Constitucional ecuatoriana nace a partir de la interpretación que hace la Corte IDH realizó respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual genera el debate en el Ecuador de si la opinión emitida por este organismo internacional tiene efectos sobre el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Jorge Roa, menciona que:

la función consultiva de la Corte Interamericana puede definirse como la facultad que tiene este tribunal para interpretar: 1) la Convención Americana; 2) todos los tratados que tengan por objeto la protección de los derechos humanos, de los cuales sea parte al menos un Estado americano; 3) las disposiciones de tratados internacionales que, a pesar de no tener como objeto general la protección de los derechos humanos, tengan en su contenido referencias a la protección de los derechos humanos y de los cuales sea parte, al menos, un Estado americano, y 4) la compatibilidad del derecho interno de un Estado americano con alguno o algunos de los anteriores instrumentos internacionales [...].¹⁰¹

El juez ponente del caso de estudio, para una mayor claridad en el análisis procedió a identificar y plantear tres problemas jurídicos y, partiendo de esto realizar un estudio

⁹⁹ Ecuador, *Constitución* Art. 428.

¹⁰⁰ Israel Celi, *Neoconstitucionalismo en Ecuador: ¿Judicialización de la política o politización de la justicia?* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2017), 57.

¹⁰¹ Jorge Ernesto Roa Roa, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho, 2011), 33.

exhaustivo sobre la incidencia y aplicabilidad de una opinión consultiva¹⁰² emitida por la Corte IDH, siendo estos problemas los siguientes:

1. ¿La Opinión Consultiva OC 24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos conforme lo reconoce la Constitución, directa e inmediatamente aplicable en Ecuador?
2. ¿El contenido de la Opinión Consultiva OC-24/17, que reconoce el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo, contradice el artículo 67 de la Constitución, en el que se dispone que “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer”?
3. ¿Si la Opinión Consultiva OC-24/17 es aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano, cuáles son los efectos jurídicos en relación con los funcionarios públicos y los operadores de justicia?¹⁰³

Con este antecedente, para una mayor comprensibilidad del análisis a desarrollar, se ha creído pertinente que se analice de manera individualizada cada uno de los problemas jurídicos que sirvieron de fundamento para la decisión adoptada por la mayoría de los jueces de la Corte Constitucional de Ecuador.

3.2.1. La Opinión Consultiva OC-24/17 como instrumento internacional de derechos humanos de directa e inmediata aplicación en Ecuador

La Corte Constitucional plantea el debate respecto de si la opinión consultiva se convierte en un instrumento internacional, al respecto es importante tener en cuenta lo que establece la Corte IDH a través de su jurisprudencia. Este organismo no desconoce el rol que desempeñan las cortes internas de cada país sobre la aplicabilidad que le dan a su ordenamiento jurídico, pero también son enfáticos al establecer que su rol es trascendente al momento de aplicar lo establecido en un tratado internacional, como lo es la Convención Americana, ya que al ser ratificado por parte del Estado, los efectos que genere la convención no pueden ser disminuidos.¹⁰⁴ En el mismo sentido, La Corte IDH ha señalado que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la

¹⁰² Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* Art. 64.

¹⁰³ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia Nro. 11-18-CN/19”, *Caso No. 11-18-CN*, 12 de junio de 2019, <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Seguimiento/11-18-CN-19.pdf>.

¹⁰⁴ 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, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”,¹⁰⁵ lo que implica que los tratados internacionales deben ser cumplidos de buena fe de acuerdo a lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, y el ordenamiento interno de un país no puede ser invocado como limitante a la aplicación de un tratado internacional.¹⁰⁶

Respecto a lo abordado por la CCE, esta inicia haciendo una identificación respecto de en cuantas ocasiones el texto constitucional menciona los instrumentos internacionales, siendo para la Corte estas fuentes de Derechos, al igual que la Constitución. Adicionalmente, les otorga valor jurídico a los instrumentos internacionales de derechos humanos de conformidad con los artículos 417 y 426 de la Constitución, haciendo mención de su inmediato cumplimiento y directa aplicabilidad, pues la CCE para efectos del reconocimiento de derechos “[t]odos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales forman parte del sistema jurídico ecuatoriano”.¹⁰⁷

En relación con la Opinión Consultiva, se realiza una valoración de su naturaleza jurídica, así como la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A través de ello, la Corte Constitucional, a su criterio, determinó que la Opinión Consultiva constituye “una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional”¹⁰⁸. Este criterio no es nuevo por parte del máximo órgano de justicia Constitucional ecuatoriano, por cuanto ya en una sentencia previa dentro del caso No. 1692-12-EP, se había pronunciado sobre la opinión consultiva OC-24/17, expresando que:

la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC 24/17, instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos [...].¹⁰⁹

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, 23 de mayo de 1969 Art. 27.

¹⁰⁷ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia Nro. 11-18-CN/19”, párr. 30.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 184-18-SEP-CC”, *Caso No. 1692-12-EP*, 29 de mayo de 2018, 58, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/bdcf8eb2-6f40-447e-9bdd-4cf152c7b311/1692-12-ep-sen.pdf?guest=true>.

Esto implica que la Opinión objeto de la consulta ya había sido considerada previamente por el máximo órgano de control constitucional ecuatoriano y no representaba un hecho nuevo el que sea considerada una opinión consultiva como parte de los instrumentos internacionales. Se puede evidenciar la importancia de los precedentes jurisprudenciales por cuanto esto permite que:

[L]a justicia, igualdad y seguridad jurídica se ven afianzados a partir de una vinculación al derecho judicial, puesto que lo que se persigue es dar el mismo trato que se le ha dado en el pasado a un patrón fáctico determinado, así como hacer previsible ex ante la actuación de la administración de justicia mediante la predeterminación de sus contenidos con lo cual se impide que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez o por varios jueces, evitando así directamente una vulneración a los derechos a la igualdad y la seguridad jurídica [...].¹¹⁰

En consecuencia, el Ecuador a través de sus órganos judiciales está obligado a cumplir con los derechos y garantías derivados de la interpretación que realice la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Convención Americana y que se encuentren plasmados a través de Opiniones Consultivas, ya que estas constituyen parte del *corpus iuris* o el denominado bloque de constitucionalidad¹¹¹ ecuatoriano, y que por lo tanto son de directa e inmediata aplicación en nuestro sistema jurídico. Pero esto implica que el juez ponente realice una profunda reflexión respecto de la incidencia que puede tener una opinión consultiva como un instrumento internacional de Derechos Humanos, ya que siempre que la Constitución deba ser aplicada, “no debe suspenderse su aplicación ni tampoco condicionarse a otros factores del tipo reglamentación, falta de ley o revisión superior”.¹¹²

¹¹⁰ Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2019), 156.

¹¹¹ “En la doctrina se entiende por bloque de constitucionalidad el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de ésta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel y, por lo que se relaciona con los derechos humanos, las listas que contengan esas normas hay que sumar a la lista constitucional (Arts. 11.3 y 84) y, en caso de conflicto, se ha de aplicar la que de mejor manera y más efectivamente garantice la dignidad de la persona o de la colectividad (Arts. 11.5 y 417)”. Ver, Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 001-10-SIN-CC”, *Casos No. O00S-09-IN y 0011-09-IN*, 18 de marzo de 2010, 25, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d1f5a8d7-429a-425a-87b0-06daadcc33a0/0008-09-IN-res.pdf>.

¹¹² Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia Nro. 11-18-CN/19”, párr. 285.

Por último, se puede entender que la Opinión es la materialización de una interpretación de una autoridad de un órgano supranacional con facultad consultiva para ello, y de acuerdo a la jurisprudencia emitida por la Corte IDH y lo previsto en Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Ecuador tiene la obligación de cumplir sin que se pueda aducir la existencia de normas internas contrarias para justificar su inobservancia.

3.2.2. La Opinión Consultiva OC-24/17 frente al artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador

El problema jurídico planteado en la sentencia hace alusión a la trascendencia y el impacto que esta figura tiene en la sociedad, lo cual está intrínsecamente relacionado con el proyecto de vida de las personas, por cuanto conlleva a la celebración de actos simbólicos que pueden tener un impacto en la vida social de la personas al cambiar su estado civil.

Desde el punto de vista normativo, también forma parte del análisis de la sentencia por parte del juzgador, el contenido del artículo 67 de la Constitución que establece:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.¹¹³

El mismo que lo relaciona con lo previsto en leyes orgánicas y ordinarias, como son la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles y el Código Civil, respectivamente, normas que a pesar de encontrarse vigentes no están en armonía con lo previsto en la Constitución y los instrumentos internacionales. Como se manifestó en el análisis del problema jurídico anterior, las opiniones consultivas forman parte de los instrumentos internacionales lo cual implica un deber objetivo para el Estado, que su ordenamiento debe estar acorde a lo previsto por organismos supranacionales de los cuales el Ecuador es parte.

¹¹³ Ecuador, *Constitución* Art. 67.

A criterio del juez ponente, se dice que: “Estamos ante dos normas vigentes que están en aparente tensión. La una, que establece el matrimonio entre hombre y mujer, derivada de la Constitución y la ley, y la otra, que reconoce el matrimonio entre parejas del mismo sexo, derivada de la interpretación autorizada de la Corte IDH en relación con la CADH mediante la OC24/17”.¹¹⁴ En este sentido, el juzgador identifica la necesidad de realizar una interpretación integral y sistemática¹¹⁵ para abordar el problema jurídico planteado a fin de verificar la existencia de antinomias y poder dilucidarlas.

Es decir, al aplicar el método sistemático, lo que se plantea es que la norma no se debe entender por sí sola, sino que se debe complementar con otras normas a fin de poder encajar respecto del ordenamiento jurídico. En el presente caso, al ser los tratados internacionales parte del bloque de constitucionalidad, todas las normas deben ser vistas desde una perspectiva amplia y no ser restringido su análisis a una singularidad normativa.

En el presente caso, el artículo 67 de la CRE no puede ser interpretado en un sentido literal de la norma, sino debe realizarse un ejercicio interpretativo con las demás normas que forman parte del ordenamiento jurídico, por lo que de acuerdo a lo previsto en la Convención de Viena, los Estados no pueden limitar el ejercicio de los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, ya que la opinión consultiva OC-24/17, forma parte del bloque de constitucionalidad, ya que la Corte IDH, a través de su jurisprudencia, ha establecido que estas forman parte de los instrumentos internacionales. En ese sentido, el matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser limitado a un ejercicio de potestad únicamente heterosexual, ya que al hacerlo, se limita el ejercicio de los derechos de las demás personas, que han sido oprimidas históricamente.

En la sentencia objeto de análisis, el juzgador divide el estudio del caso en diversos temas que coadyuvan a que el matrimonio igualitario es constitucional. Para ello, en la sentencia se realizó un examen analítico y argumentativo por parte del juzgador, abordando diversos puntos, siendo los siguientes:

- (1) el alcance del artículo 67, que reconoce el derecho a la familia y el derecho al matrimonio;
- (2) el derecho al matrimonio a partir de la interpretación literal;
- (3) la igualdad,

¹¹⁴ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia Nro. 11-18-CN/19”, 48.

¹¹⁵ El método sistemático “busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece”. Víctor Emilio Anchondo Paredes, “Métodos de Interpretación jurídica”, *Revista Quid Iuris* 16 (2012): 41.

la prohibición de discriminación y la razonabilidad de la diferencia; (4) la interpretación más favorable a los derechos; (5) el bloque de constitucionalidad; (6) la interpretación evolutiva y como instrumentos vivos; (7) el derecho al libre desarrollo de la personalidad; (8) el derecho a la intimidad personal y familiar y el rol del Estado; (9) el derecho a la identidad y a sus manifestaciones; (10) el derecho a la libertad de contratar; (11) el derecho al matrimonio y a la unión de hecho, como potencial figura legal que podría sustituir al matrimonio y conciliar las exigencias internacionales con el texto constitucional; (12) conclusión.¹¹⁶

La mencionada Opinión Consultiva, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como máximo organismo de interpretación de la Convención, indudablemente marca un hito histórico respecto al reconocimiento de los derechos de los grupos LGBTI, y su lucha por la igualdad en su forma de vida dentro de la sociedad, en especial en torno al establecimiento de una familia a partir de la permisión de la configuración de matrimonios como cualquier unión heterosexual. Sin embargo, de lo plausible que puede admirarse este avance en materia de derechos humanos, la existencia de esta opinión consultiva ha generado también grandes problemas irresueltos respecto a la obligatoriedad de los Estados parte de la Convención en cuanto al reconocimiento del matrimonio igualitario, y en este caso se incluye el Ecuador.

El juez hace un análisis de los métodos de argumentación utilizables para la resolución del caso. Hace una interpretación literal de la Constitución, específicamente el artículo 67. Al respecto señala que existen dos puntos de vista desde este método, uno con visión literal restrictiva y el segundo literal y sistemático favorable a los derechos. En el primero, en lo principal hace alusión a la jerarquía de las normas, por lo que de acuerdo a lo previsto en el texto constitucional toda norma del sistema jurídico se debe subordinar a la Constitución, por lo que para la resolución de cualquier antinomia que se pueda suscitar prevalece la de mayor grado. Esto implica que la norma convencional no produce efectos sobre la constitucional, y la única vía para el reconocimiento del matrimonio diferente a lo que ya fue establecido por el constituyente, es vía reforma constitucional.

Por otro lado, cuando hablamos de la interpretación literal y sistemática, tiene sustento constitucional, por cuanto aquí se habla de que la interpretación de las normas constitucionales se la realizará a través del mecanismo que favorezca la plena vigencia de

¹¹⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia Nro. 11-18-CN/19”, 50.

los derechos;¹¹⁷ es decir, la interpretación se realiza de manera complementaria con todos los cuerpos normativos, creando consigo un espectro mucho más amplio de entendimiento y aplicación de los derechos. El juez en su sentencia menciona que:

El sistema normativo que regula los derechos humanos, de acuerdo al artículo 11 (7) de la Constitución, está conformado por los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en los derivados de la dignidad de las personas y los pueblos. Esta complejidad de fuentes de los derechos imposibilita observar de forma exclusiva y aislada los derechos establecidos en la Constitución.

Con lo mencionado, es indudable el rol que el Estado debe cumplir con los compromisos supranacionales que ha adquirido al ratificar instrumentos internacionales, ya que estos conllevan una aplicación directa y deben estar acorde con el ordenamiento interno.

3.2.3. Aplicabilidad de la Opinión Consultiva OC-24/17 en el sistema jurídico ecuatoriano, y los efectos jurídicos en relación con los operadores de justicia y los funcionarios públicos

Respecto a la aplicabilidad de la Opinión consultiva por parte de Operadores de justicia y funcionarios públicos, la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado señalando que:

En particular: (1) el deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales; (2) el control de convencionalidad de las autoridades estatales, en particular de quienes ejercen jurisdicción; (3) las relaciones entre el control de constitucionalidad y convencionalidad; (4) la responsabilidad internacional si se inobserva la Opinión Consultiva OC24/17; y, en relación con la cultura jurídica, (4) el reto de adecuar las prácticas.¹¹⁸

Como se ha venido indicando en líneas anteriores, se ha evidenciado que existe una afirmación expresa respecto de que la Opinión Consultiva OC-24/17 es un instrumento internacional de Derechos Humanos de directa e inmediata aplicación por parte del Estado ecuatoriano, de cuyo cumplimiento existen obligaciones por parte de las distintas esferas. En este sentido, en el presente problema jurídico planteado por la CCE, se plantea la

¹¹⁷ Ecuador, *Constitución* Art. 427.

¹¹⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia Nro. 11-18-CN/19”, 44.

importancia de que el ordenamiento jurídico tenga coherencia con los derechos,¹¹⁹ debiendo esta adecuación darse respecto del sistema jurídico nacional de protección de derechos y del sistema internacional de protección de derechos.

Hay que tener presente que las obligaciones se determinan en torno al contenido de la adecuación (formal y material), identificando además las normas jurídicas que deben adecuarse, de acuerdo a la naturaleza de las leyes y las demás normas jurídicas. De acuerdo a lo prescrito en el artículo 84¹²⁰ de la Constitución referente a la adecuación de los derechos (señalando cuáles son las fuentes normativas de las que emanan los derechos), y el límite a esa adecuación es precisamente el contenido de los derechos y el sentido de favorabilidad y plena vigencia de los mismos; y “la Corte Constitucional, al expedir normas vinculantes a través del precedente, por el artículo 84, está obligada a adecuar en su jurisprudencia los derechos a los instrumentos jurídicos que establecen nuevos derechos o derechos más favorables a los reconocidos en la Constitución”.¹²¹

En igual situación, se realiza una comparación entre las atribuciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el deber de adecuar los derechos en el sistema interamericano de protección de derechos.

Del artículo 2 de la CADH y de las interpretaciones autorizadas que ha hecho la Corte IDH en relación con el deber de adecuación, se desprende: las obligaciones internacionales que implican adecuar las normas y prácticas nacionales a la CADH y a sus interpretaciones autorizadas; las autoridades dentro del Estado obligadas a adecuar; los mecanismos jurídicos que los Estados deben utilizar para adecuar; la oportunidad para adecuar; y, el fin de la adecuación.¹²²

En este sentido y acogiendo el análisis y argumentación recogidos en la sentencia se puede afirmar que, la Opinión Consultiva es aplicable en el Estado Constitucional Ecuatoriano, por cuanto permite un desarrollo de derechos, se integra plenamente al sistema jurídico y forma parte del bloque de constitucionalidad, lo que consecuentemente permite

¹¹⁹ Ibid., párr. 212.

¹²⁰ “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. Ecuador, *Constitución* Art. 84.

¹²¹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia Nro. 11-18-CN/19”, párr. 221.

¹²² Ibid., párr. 223.

comprender que la Opinión Consultiva es aplicable al derecho interno y plenamente constitucional.

3.2.4 Matrimonio heterosexual en Ecuador y su efecto discriminatorio

Es importante visibilizar el impacto que tiene el Art. 67 de la Constitución respecto al matrimonio. Es menester determinar si la exclusividad del mismo para las parejas heterosexuales resulta razonable o se constituye en un trato discriminatorio para las parejas homosexuales, considerando que la Constitución reconoce el derecho a la igualdad material, la igualdad formal y la no discriminación, y la garantía por parte del Estado del trato igualitario, y que de manera taxativa al caso que ocupa, se prohíbe discriminar en base a la categoría sospechosa relacionada con la orientación sexual, siendo obligación del Estado erradicar, de iure o de facto, toda norma, actuación o práctica que genere, mantenga, favorezca o perpetúe desigualdad y discriminación.

En este sentido, el juzgador considera que para que exista trato discriminatorio deben observarse estos 3 elementos:

- (1) La comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones;
- (2) la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas;
- (3) la verificación del resultado, por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando se menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.¹²³

Es por ello que, la diferencia de trato entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo consiste en la constatación de que las primeras pueden acceder al derecho al matrimonio y las segundas no, asunto que considera debe someterse al test de proporcionalidad, que a modo de conclusión en base al análisis de la sentencia se determina que para considerar si existe un fin constitucionalmente válido es necesario analizar,

¹²³ Ibid., párr. 82.

aspectos extralegales, legales, constitucionales, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha.

Cuando se hace referencia a los *aspectos extralegales*, esto se relaciona con justificaciones exógenas, en base a la consideración de que este tipo de uniones resultan anómalas, atentan a principios religiosos o consideraciones moralista basadas en los fines del matrimonio, las creencias no pueden afectar derechos ni se pueden imponer a otras personas contra su voluntad. En relación con el matrimonio igualitario, no cabe, por razones religiosas o convicciones morales, imponer una restricción a su acceso y ejercicio.

Respecto de los *aspectos legales*, se debe tomar en consideración que la norma legal cuestionada establece que el matrimonio es heterosexual y se establecen tres fines, que no se encuentran desarrollados en la Constitución: convivencia, procreación y mutuo auxilio. Sin embargo no es posible considerar, agotarse en lo que dice la norma mencionada, puesto que la Constitución deja abierta la posibilidad de comprensión y realización de los fines de la familia, y es que a los fines del matrimonio se pueden incluir funciones educadoras, económicas, de seguridad y más, que son variables con el tiempo y los tipos de sociedad, además que en base al derecho a la libre determinación de la persona puede establecer sus propios fines familiares.

Cuando se hace alusión a los *aspectos constitucionales*, es necesario buscar respuestas en la Constitución, que en relación a los fines no se encuentran taxativamente expresados, pues analizando los deberes de protección del Estado, la garantía de no restricción de los derechos, el principio de igualdad considera no existe fin constitucionalmente válido para que se restrinja el derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo.

Cuando hablamos de *la idoneidad*, esto tiene como fin justificar si la medida adoptada tiene un fin constitucionalmente válido, en este caso la restricción de un derecho. Se considera que el fin es formar una familia y el medio es el matrimonio heterosexual y la prohibición del matrimonio igualitario, medida que no se constituye en idónea para crear o proteger una familia.

También se hace referencia a *la necesidad*. En este sentido, al hablar respecto del “principio de necesidad, la medida escogida tiene que ser, entre todas las posibles a tomar, la menos gravosa para el ejercicio de derechos, la que provoque el menos daño posible para

lograr el fin constitucional, la mejor alternativa entre las disponibles”,¹²⁴ ya que en una sociedad lo que debe promover es el respeto a los derechos y a las libertades.

Motivo por el cual, el excluir a las parejas del mismo sexo para que puedan contraer matrimonio, es una medida restrictiva de derechos, la cual no es idónea para sostener que con ello se protege a la familia, debido a que, como lo establece la misma Constitución ecuatoriana, esta reconoce las familias diversas, ya existen otras formas de constituir familia a más del matrimonio. Por el contrario, extender el régimen matrimonial a más personas, entre las que están las parejas del mismo sexo, por los niveles de protección jurídica que ofrece, puede ser una medida contraria y esta si sea una medida necesaria para proteger la familia ya que se amplía el espectro del alcance de la figura, tomando en cuenta que el matrimonio no tiene un objetivo netamente reproductivo, sino más bien efectos jurídicos y sociales, como se lo había mencionado en secciones anteriores de la presente investigación.

Y por último, tenemos la *Proporcionalidad propiamente dicha*. En este punto, se establece que lo primordial es la existencia de un equilibrio entre la restricción y la protección constitucional. El matrimonio, como está previsto en la condición de las personas heterosexuales, condiciona y genera una prohibición al matrimonio de las personas del mismo sexo. Por el contrario, al reconocer el matrimonio de parejas homosexuales, esto no limita de ninguna manera a que las parejas heterosexuales contraigan matrimonio, generando esto un equilibrio.

Consecuentemente la interpretación restrictiva del artículo 67 de la Constitución, la exclusión al matrimonio de parejas del mismo sexo no supera el test de proporcionalidad por lo que una medida de esta índole es injustificada, discriminatoria y es por lo tanto, inconstitucional.

3.2.5. La Corte Constitucional respecto a la aplicabilidad de la opinión Consultiva.

Es necesario identificar que el abordaje del problema jurídico inicia resaltando la relevancia del matrimonio como proyecto de vida de las personas y la relevancia del cambio del estatus civil, respaldando su argumento en fuentes empíricas, como datos del

¹²⁴ Ibid., párr. 112.

INEC, que permiten denotar que existe una tendencia social en contraer matrimonio, la que está en alza. Esto permitió a la Corte Constitucional, comprender que no se trata de un tema únicamente con impacto jurídico, sino que su decisión implica un efecto social en los grupos que han sido oprimidos y excluidos por la sociedad.

El caso de análisis lleva a comprender varios aspectos referentes a la cultura jurídica ecuatoriana, denotando claramente que existe carencia en el ejercicio interpretativo de la constitución lo que conlleva a que no se aplique de manera directa lo previsto en la Constitución. Por otro lado, el caso trae consigo dos tipos de interpretación como se pudo observar, siendo el método literal restrictivo el utilizado por la Institución Pública, ya que al estar establecido en la Constitución que el matrimonio entre hombre y mujer, no se toma en cuenta para el análisis las demás normas que conforman el bloque de constitucionalidad, lo que conllevó al restringir un derecho de las personas de los Grupos GLTBI afectando así su dignidad y proyecto de vida.

Para solucionar la aparente tensión que existe entre las normas que forman parte del sistema jurídico ecuatoriano, que no facultan el derecho al matrimonio igualitario, frente a la Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte decidió hacer un desarrollo interpretativo integral y sistemático, abordando temáticas sociales y jurídicas que le permitan realizar un ejercicio argumentativo a fin de dilucidar el conflicto en cuestión. Entre estos tenemos el derecho a la familia y el derecho al matrimonio, siendo consideradas instituciones que guardan relación entre sí, pero que también llevan consigo diferencias propias que permiten poder separar una de la otra.

En torno a la familia, se refiere principalmente al reconocimiento de los distintos tipos y conceptos de familia y no únicamente como el derecho a fundar una familia. En ese sentido la Corte establece que “pueden ser familias transnacionales, con jefas de hogar, con personas con discapacidad o privadas de libertad, familias heterosexuales, familias ensambladas, familias ampliadas y familias homosexuales, y más que puedan existir y manifestarse en la sociedad”.¹²⁵ Entonces, a las familias constituidas a partir de una pareja homosexual se les debe garantizar que gocen de derechos en igualdad de condiciones y el Estado sea el encargado de su protección. Para entender la relación con el matrimonio, se considera que el fin de la unión de dos personas es la familia, y el matrimonio se constituye

¹²⁵ Ibid., párr. 53.

en un derecho medio, siendo al final de cuentas un derecho humano catalogado así por algunos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Con ello, la interpretación literal del texto legal y de la norma constitucional relativa al matrimonio, en el que se determina el reconocimiento exclusivo del matrimonio heterosexual, implica entender que se trata de una norma clara y expresa cuya interpretación merece un cuidadoso examen a fin de precautelar la voluntad del constituyente y preservar el texto constitucional limitándose al texto de la norma. Bajo esta consideración la norma en cuestión determina el carácter exclusivo del matrimonio para las parejas heterosexuales, lo que implica dejar por fuera la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan constituir familias a partir del matrimonio, siendo la única vía, la reforma constitucional.

En sentido contrario, aplicando el criterio de interpretación integral, se prohíbe la interpretación de la norma de forma aislada o alejadas de las otras normas o derechos constitucionales y la prevalencia de su vigencia y lo que más favorezca. Entonces se debe evitar más bien interpretar de forma literal a fin de no vulnerar derechos y, lo que es más, la existencia del bloque de constitucionalidad obliga a observar de forma integral los derechos que lo constituyen. Adicionalmente, al tratarse de un instrumento internacional cuyo cumplimiento es obligatorio, no es posible invocar normas internas para justificar su inobservancia. En consecuencia, una interpretación literal y restrictiva resulta contraria a la Constitución.

Esta sentencia 11-18-CN/19, enfoca principalmente su análisis en torno a la aplicabilidad de la Opinión Consultiva vertida por la Corte Interamericana en relación con el matrimonio igualitario, concluyendo que el texto de la Convención respecto al matrimonio presenta el mismo inconveniente. Es admirable el contenido desarrollado en torno al reconocimiento de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y la aplicación más favorable y progresiva de los derechos; y, desde este análisis realiza un ejercicio de completar el texto constitucional a partir de conceptos y análisis contenidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, a partir de este análisis o método interpretativo genera efectos *inter pare*, por lo que no es de aplicación general y tampoco implica un cambio en la Constitución.

Para finalizar el análisis de este caso, se puede determinar, a manera de conclusión, que a partir de los elementos argumentativos e instrumentos de interpretación utilizados, se ha desarrollado un análisis de un caso en el que se presentó como una contradicción entre el texto constitucional y la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva OC24/17. Finalmente se puede vislumbrar que, estos dos ordenamientos jurídicos se complementan respecto al matrimonio homosexual; por lo tanto, el Tribunal que realiza la consulta de norma deberá interpretar el sistema normativo ecuatoriano en virtud de la presente sentencia y ordenar al Registro Civil la celebración del matrimonio de la pareja accionante. Considera además que no es necesario una reforma constitucional ni reformas para aplicación del caso en relación con las normas legales en la materia.

A lo largo de su línea argumentativa, así como de la decisión del texto del fallo, se considera que la Opinión Consultiva y la Constitución se encuentran plenamente complementadas por lo que sería válido el matrimonio igualitario en el Ecuador.

4. Consideraciones finales en torno a las sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19

En ambas sentencias objeto de análisis en este capítulo, la Corte Constitucional reconoce el derecho fundamental al matrimonio, pero al mismo tiempo considera que no es necesaria una reforma constitucional, encontrando en la emitida por el Juez Lozada en la 10-18-CN/19, una sentencia de carácter sustitutiva y sustractiva, y en consecuencia viabiliza el matrimonio entre personas del mismo sexo con efectos generales.

Independientemente de los miramientos a favor o en contra del matrimonio igualitario, los cuales ya han sido zanjados en el primer capítulo. En este acápite se pretende analizar y evaluar el peso de las argumentaciones jurídicas esgrimidas por los jueces y que configuraron el contenido de las decisiones, tomando en cuenta para ello los criterios del tratadista Manuel Atienza, respecto a la argumentación jurídica, quien sostiene que “de lo que se trata es de dar cuenta de lo esencial de la argumentación con el menor número de elementos posible”.¹²⁶

Previo a iniciar con el análisis de los argumentos de cada juez, que respecto a cada punto controvertido, nos referimos así a los Problemas Jurídicos identificados a partir de las

¹²⁶ Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica* (Madrid: Editorial Trotta, 2013), 19.

consultas de normas, en ambos casos resultaron cuestiones complejas que desencadenaron en una pluralidad de cuestiones, por lo que a continuación se identificarán los puntos de sus argumentos, teniendo en cuenta que con anterioridad ya se ha contextualizado los hechos e identificado los problemas jurídicos.

El control de constitucionalidad, y para el caso en estudio, el concreto, es uno de aquellos mecanismos que defienden la hegemonía y la supremacía constitucional. El control de constitucionalidad concreto es una herramienta apropiada para detectar normas inferiores en contradicción con las normas superiores; se activa ante la duda razonable de constitucionalidad de una norma jurídica, que esté siendo aplicada por la autoridad judicial ordinaria dentro de un caso concreto. Empero, la sustanciación de la consulta judicial de constitucionalidad de norma exige que la causa concreta se suspenda por cuarenta y cinco días, sin resolver nada sobre lo principal.

En definitiva, ambas sentencias rompen con el molde tradicional respecto de la interpretación constitucional y se encaminan hacia nuevas construcciones jurisprudenciales, que se generan con base en las sentencias constitucionales y que en los casos de análisis definitivamente nos colocan frente a grandes contradicciones interpretativas tanto de fondo como de forma.

Es pertinente aclarar que, el enfoque aquí presentado, no es tendiente a determinar la necesidad o no del reconocimiento del matrimonio igualitario o su concepción como derecho (esto ya se ha tratado en las primeras líneas del presente trabajo de investigación); se ha dicho incluso ya que se trata de una necesidad en los contemporáneos Estados constitucionales con la motivación principal de evitar discriminaciones formales y materiales en torno a las parejas homosexuales. En este contexto es innegable la necesidad del reconocimiento del matrimonio igualitario; este asunto no está siendo cuestionado, pues las razones legales y materiales ejercen el peso suficiente para impulsar este justo reconocimiento, partiendo incluso del hecho de dotar de un nuevo significado de familia a partir de la existencia de la diversidad, abordando incluso la concepción material de la misma Constitución.

Si bien se ha determinado que la consulta de norma como parte del control concreto de constitucionalidad en el modelo ecuatoriano, constituye una garantía constitucional que plantea la obligación de las juezas y los jueces de resolver sobre la constitucionalidad de

una norma que deba ser aplicada. Así, a partir de lo señalado, se puede identificar los dos objetivos principales de la consulta de norma. En primer término, a partir de una naturaleza o finalidad objetiva se garantizará la supremacía constitucional, mediante la interpretación conforme o la invalidez de normas que componen el ordenamiento jurídico cuando estas contradigan el texto constitucional. Y por su parte, desde su finalidad subjetiva, se tutelará a las partes de un proceso judicial, evitando una posible aplicación de normas inconstitucionales; en este contexto se identifica la existencia de requisitos que permitan determinar la procedencia formal y material de la consulta. El art. 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina que:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de 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, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia. El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.¹²⁷

Es decir que en caso de que un juez tenga una duda razonable y motivada respecto de la constitucionalidad de una norma (incluidas las que forman parte del bloque de constitucionalidad), deberá elevar la consulta al máximo órgano de interpretación constitucional para que sea este el encargado de dirimir el conflicto que pueda existir en la aplicación de las normas.

En ese orden de ideas, se debe puntualizar que dentro de la sentencia N. 001-13-SCN-CC, la Corte Constitucional se pronunció respecto al contenido mínimo que deben reunir las consultas de norma dentro del control concreto de constitucionalidad, a fin de que

¹²⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial. Suplemento 52, 22 de octubre de 2009 Art. 142.

los operadores de justicia cumplan cabalmente con las disposiciones constitucionales y legales respecto a la consulta, por lo que estableció que la consulta de norma efectuada dentro del control concreto de constitucionalidad deberá contener:

- i. Identificación del enunciado pertinente cuya constitucionalidad se consulta.
- ii. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, y las circunstancias, motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos.
- iii. Explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la decisión 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.¹²⁸

Es decir, dentro de la sentencia 11-18-CN/19 se puede presumir que no cumplía los requisitos para que se pueda elevar el proceso a consulta de norma, ya que el tema central de dicho caso es sobre la aplicabilidad de la opinión consultiva, la cual no es una norma infra constitucional, lo que implica que se omitió los requisitos que se deben prever para los casos de consulta, y teniendo en cuenta esto, no debió ser admitida la consulta de norma.

Por otra parte, no se puede desatender el hecho que el tema es complejo y estamos frente a un caso difícil porque trastoca concepciones e instituciones sociales, es decir no es una situación que se agota en el contexto jurídico, sino que trasciende a la esfera de la comunidad misma, y las tensiones son evidentemente fuertes e innegables.

Las concepciones respecto a la democracia deliberativa pierden su enfoque, pues la concretización de las sentencias disipa totalmente la idea de la toma de decisiones a través de la participación activa, bastante lejos del modelo propio ecuatoriano, que no tiende al diálogo o a la participación. Lo que se critica y observa aquí no es el fondo ni el análisis efectuado, sino la forma como se lo lleva a cabo; si bien se buscaba solucionar casos difíciles en pro de la protección de derechos, no es justificable que se inobserve las normas constitucionales para la reforma; sin embargo, en casos complejos como este, tampoco se puede dejar a manos de una mayoría (Asamblea - Legislativo), los derechos de un grupo de minoría que históricamente ha sido discriminado, y esta posición se corrobora con lo establecido en el caso *Gelman vs Uruguay*, que se indica en su parte pertinente:

La razón esencial para establecer el nuevo orden legal, así como para investir del poder de revisar judicialmente toda legislación en los tribunales, es proteger los derechos de las

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 001-13-SCN-CC", *Caso No. 0535-12-CN*, 6 de febrero de 2013.

minorías y otras personas que no están en condición de proteger adecuadamente sus derechos a través del proceso democrático. Los que tienen derecho a reclamar esta protección incluye a los socialmente excluidos y las personas marginadas de nuestra sociedad. Únicamente si hay una voluntad de proteger a los que están en peores condiciones y a los más débiles entre nosotros, entonces podremos estar seguros de que nuestros propios derechos serán protegidos.¹²⁹

En este contexto resulta trascendental determinar que, de conformidad con lo ya establecido en el primer capítulo, no existe duda en relación a que el matrimonio igualitario constituye un derecho natural, un derecho fundamental, puesto que subyace de la esencia misma del ser humano ligado a su libre determinación, además de que con este reconocimiento prevalece el derecho a la igualdad, derecho que forma parte del *ius cogens*, el cual atraviesa todo el ordenamiento jurídico del Ecuador.

Por otro lado, una vez que se han identificado las tesis de cada juez, precisaremos las coincidencias y diferencias que existen entre las sentencias emitidas alrededor del reconocimiento del matrimonio igualitario como un derecho de las personas GLBTI. En el caso de las diferencias formales, es la deficiencia formal de origen que existe en una de las sentencias, por cuanto en una es claramente visible que cumple con los requisitos que la normativa establece para un proceso de consulta de norma (sentencias 10-18-CN/19), mientras que en la otra sentencia por su parte, no cumplía este requisito para su admisión, por cuanto lo que busca que la Corte se pronuncie, es sobre la aplicabilidad de una opinión consultiva, lo cual estaría desnaturalizando la consulta de norma.

Es decir, existe una deficiencia formal de origen. No puede haber coincidencias formales si no se siguió el procedimiento adecuado, ya que en el caso de la sentencia, cuyo ponente fue el juez Ávila, existían otros procedimientos adecuados para subsanar el conflicto, por ejemplo acción de inconstitucionalidad.

Por otro lado, respecto a la parte material del análisis de las sentencias, se puede observar que sobre este parámetro, existen más coincidencias entre sí, por cuanto aquí se puede establecer el nivel de predominancia existente en los fallos, ya que es notorio la importancia de la igualdad, de la prevalecía *prohomine*, del bloque de constitucionalidad. Mientras que la diferencia que se puede distinguir en este apartado es que existen diferentes

¹²⁹ Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero DE 2011 (Fondo y Reparaciones)”, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

posturas respecto de la forma de ver el control de convencionalidad, ya que la forma de cómo lo concibe cada uno de los jueces ponentes en cada una de las sentencias es distinta.

Esto se transforma en incertidumbre para la población, por cuanto existen dos fallos en los que su percepción del control de convencionalidad es contraria, y esto no deja de preocupar ya que implica que el juez esté facultado para contradecir lo que el propio constituyente dijo al momento de la elaboración de la constitución. Es por ello por lo que estas sentencias ponen en debate el tipo de control de constitucionalidad/convencionalidad, que existe en el Ecuador.

El hecho de que se haya reconocido el matrimonio por una vía diferente a la legislativa, conlleva varios problemas; entre ellos encontramos la rotura de los procedimientos para reforma constitucional, establecidos en la Constitución. Pero se debe aclarar que las sentencias emanadas de la Corte Constitucional, mediante las cuales se reconoce el derecho al matrimonio igualitario, ya que como lo tengo explicado deviene de la dignidad, familia, derecho a la igualdad, entre otros, fueron producto de la inacción parlamentaria, por lo que el organismo constitucional se vio en la obligación de realizarlo debido a una falta de reglamentación normativa por parte del órgano legislativo (Asamblea Nacional), ya que dicho órgano tuvo un tiempo prudencial de dos años para realizarlo y no lo hizo, es decir, es notorio el desinterés presentado por los legisladores, y poco y nada le importaron los pronunciamientos e interpretaciones de un organismo internacional como la Corte IDH, a través de la opinión consultiva OC-24-17. Además, queda en evidencia que dicho órgano funciona netamente con voluntad política ya sea del gobierno de turno o de la mayoría del parlamento, es decir es un órgano político, que lastimosamente no vela por los derechos de las minorías.

Motivo de esa inacción por parte del órgano parlamentario, la CCE se vio en la obligación hasta cierto punto de emitir dichas sentencias constitucionales que reconocen el matrimonio igualitario, ya que como bien se explica en la argumentación de las sentencias, incluso se evitó responsabilidad de carácter internacional ante la Corte IDH, ya que por las explicaciones antes expuestas, dicho reconocimiento deviene de la tutela de una serie de derechos, mismos que han sido explicados en párrafos anteriores.

De acuerdo a lo desarrollado en el presente trabajo de investigación, se puede colegir que la CCE se ha convertido en un legislador permanente y/o adyacente (legislador negativo - órgano contra mayoritario). Cuando esto sucede:

Los jueces no se circunscriben a fungir como simples “legisladores negativos” que solo declaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, sino que –en múltiples ocasiones– actúan como verdaderos “legisladores positivos”, pues definen sentidos o introducen supuestos que a su juicio son necesarios para salvaguardar la constitucionalidad de las disposiciones, los derechos fundamentales y el Estado democrático de derecho. En otros términos, son decisiones judiciales que van más allá de la propuesta kelseniana porque condicionan, complementan, integran y/o sustituyen disposiciones legales.¹³⁰

Por lo tanto, la CCE tenía suficientes razones para pronunciarse sobre el fondo y reconocer el matrimonio igualitario en la forma como se realizó, sin perjuicio de que hasta cierto punto el hecho de que existan dos sentencias sobre un mismo tema genera confusión, en especial en el control de constitucionalidad/convencionalidad.

Si bien es cierto, la CCE podía realizar un exhorto al órgano legislativo concediéndole un plazo para realizar las reformas necesarias con el fin de adecuar el ordenamiento jurídico interno al internacional, sin embargo, no lo realizó por cuanto dicho órgano ya tuvo el tiempo necesario para realizarlo y no lo hizo.

Uno de los grandes problemas de la CCE, es el no haber aclarado de manera oportuna, a través de las sentencias, el reconocimiento al matrimonio igualitario como tal; los límites al bloque de constitucionalidad, es un problema sin resolver por la CCE, ya que si bien es cierto, a través del bloque de constitucionalidad se reconoce dicho derecho, sin embargo tampoco se indica cuáles son sus límites. Esta cuestión puede poner en riesgo el contenido de la misma CRE, sin embargo de acuerdo a la doctrina, se establece que una constitución tiene un mínimo irreductible.¹³¹ Es por ello que la CCE tiene la obligación de dictar una sentencia con el carácter de regla jurisprudencial, en la cual se establezcan cuáles

¹³⁰ Gerardo A. Durango Álvarez y Kennier José Garay Herazo, “El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia”, *Revista Prolegómenos Derechos y Valores* 18, n° 36 (1 de septiembre de 2015): 103, doi:10.18359/dere.936.

¹³¹ Cristian Masapanta señala en términos generales, que el mínimo irreductible está dado por el carácter democrático del modelo de Estado, el respeto de los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente, y la estructura fundamental del ente estatal

son los límites del denominado bloque de constitucionalidad, y hasta qué punto puede afectar el contenido de la Constitución de la República del Ecuador.

Conclusiones

Lo expuesto a lo largo de la investigación permite concluir que el matrimonio igualitario es sin lugar a dudas un derecho constitucional, por cuanto permite la consolidación y la formación de la familia en la diversidad. En el Ecuador para poder llegar a reconocerlo, tuvo que judicializarse para que los jueces de la Corte Constitucional, en su rol de legisladores negativos, a través de profundos análisis y procesos argumentativos, establezcan que el ordenamiento jurídico lesionaba derechos constitucionales de las personas de los grupos GLBTI, ya que eran notorios los niveles de desigualdad de los que eran víctimas.

El Ecuador es el quinto país en la región en reconocer el matrimonio igualitario. Es importante resaltar que si bien existían otras figuras a través de las cuales las parejas puedan reconocer su vínculo a más del matrimonio, pero el hecho de diferenciar y no permitirles el acceso era un tipo de discriminación, ya que la Constitución establece de manera clara que nadie podrá ser discriminada. Innegablemente el Derecho al Matrimonio a la luz de las concepciones actuales, constituye un Derecho Humano que toma como base las concepciones iusnaturalistas, por lo tanto era consecuente el hecho que el mismo se expanda hacia las personas del mismo sexo, a fin de garantizar cuestiones conexas como trato igualitario, libre desarrollo de la personalidad, el reconocimiento de familias diversas.

Es importante resaltar que, durante la investigación se pudo determinar que, la normativa ecuatoriana prevé los métodos de interpretación constitucional, los cuales están determinados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esto debido a que la Constitución necesita fundamentos jurídicos y no sólo políticos. Sin embargo, hay que reconocer que es necesaria la existencia de una teoría jurídica sobre la interpretación constitucional ya que ante su inexistencia, la justicia ha tenido que enfrentar un gran inconveniente, y es la cuestión relativa a la práctica recurrente de traspasar las reglas generales de la hermenéutica jurídica al área del derecho constitucional, lo cual resulta complejo desde la propia concepción del texto constitucional, el cual es expresado mayoritariamente desde principios y no desde reglas.

Adicionalmente se pudo determinar que la principal diferencia que existe entre las dos sentencias de estudio, desde la perspectiva de lo formal, es el objeto, que no se puede pasar por alto requisitos de admisibilidad para la solución de un caso, por cuanto existen vías idóneas para que los comparecientes puedan hacer efectivos sus derechos, lo cual implica que la forma en cómo se puso en debate uno de los casos referentes al matrimonio igualitario, transgredió norma expresa.

La Corte Constitucional del Ecuador debe promover que la ley guarde coincidencia con la Constitución, entre ellas la igualdad. No se puede centrar el debate en otorgarle capacidad de interpretación de la constitucionalidad de una ley a un servidor público, tal como lo establece el juez Ávila en su sentencia, por cuanto, cuando hay una sentencia que juega en el plano axiológico y está en contrario a derecho, quien tiene que resolver la cuestión son los jueces en el ámbito de sus competencias, y si hay una ley en contra a la Constitución tiene que consultarse a la Corte Constitucional. Lo que se consiguió a través de las Sentencias de la Corte Constitucional objeto de este estudio, fue fundar y robustecer una construcción integral de protección de los derechos, reconociendo también el bagaje interpretativo axiológico de las sentencias en cuestión, así como las distintas formas de justificar el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Bibliografía

- Aguirre Castro, Pamela Juliana. *El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2019.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Anchondo Paredes, Víctor Emilio. “Métodos de Interpretación jurídica”. *Revista Quid Iuris* 16 (2012): 33–58.
- Añon Roig, María José. “Igualdad, diferencia, discriminación”. En *El género en el derecho: Ensayos Críticos*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado, y Lola Valladares, Ministerio de Justicia y Derechos Humano. Quito, 2009.
- Argüello, Luis Rodolfo. *Manual de derecho romano: Historia e instituciones*. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Género, derecho y discriminación: ¿Una mirada masculina?” *Universidad Andina Simón Bolívar*, 20 de junio de 2012. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2975>.
- Barahona, Alexander. “Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008”. *FORO. Revista de Derecho*, nº 23 (2015): 69–94.
- Böckenförde, Emst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- Celi, Israel. *Neoconstitucionalismo en Ecuador: ¿Judicialización de la política o politización de la justicia?* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2017.
- Colombia Corte Constitucional. “Sentencia SU214/16”, 2016. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>.
- Consejo de Europa. *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 4 de noviembre de 1950. https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.
- Contreras, Sebastián. “Ferrajoli y Los Derechos Fundamentales”. *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)* 16 (s. f.): 121–45.

- Corte IDH. “Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay”. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 9 de agosto de 2014. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf.
- . “Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica”. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24 de noviembre de 2017.
- . “Sentencia de 24 de febrero DE 2011 (Fondo y Reparaciones)”. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.
- . “Sentencia de 24 de febrero De 2012 (Fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile*, 24 de febrero de 2012. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.
- . “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. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.
- Durango Álvarez, Gerardo A., y Kennier José Garay Herazo. “El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia”. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores* 18, n° 36 (1 de septiembre de 2015): 99–116. doi:10.18359/dere.936.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005.
- . *Código Civil*, 24 de junio de 2005. Registro Oficial Suplemento 46.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial. Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.
- . *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*, 4 de febrero de 2016. Registro Oficial Suplemento 684.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia No. 001-10-SIN-CC”. *Casos No.*

- 0008-09-IN* y *0011-09-IN*, 18 de marzo de 2010.
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d1f5a8d7-429a-425a-87b0-06daadcc33a0/0008-09-IN-res.pdf>.
- . “Sentencia No. 001-13-SCN-CC”. *Caso No. 0535-12-CN*, 6 de febrero de 2013.
- . “Sentencia No. 184-18-SEP-CC”. *Caso No. 1692-12-EP*, 29 de mayo de 2018.
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/bdcf8eb2-6f40-447e-9bdd-4cf152c7b311/1692-12-ep-sen.pdf?guest=true>.
- . “Sentencia No. 1035-14-EP/20”. *Caso N°. 1035-14-EP*, 5 de agosto de 2020.
- . “Sentencia Nro. 10-18-CN/19”. *Caso No. 10-18-CN*, 12 de junio de 2019.
http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/4a2e4469-9d31-4ec9-b7d1-cd9c6022d2cc/0010-18-cn-19_sen.pdf?guest=true.
- . “Sentencia Nro. 11-18-CN/19”. *Caso No. 11-18-CN*, 12 de junio de 2019.
<https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Seguimiento/11-18-CN-19.pdf>.
- Ecuador Unidad Judicial Primera Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.
 “Sentencia”. *Juicio No. 17203-2013-20843*, 14 de marzo de 2014.
- España Tribunal Constitucional. “Sentencia 198/2012”. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de noviembre de 2012.
- Estados Unidos Corte Suprema. “Sentencia”. *caso Obergefell contra Hodges*, 26 de junio de 2015.
- Facio, Alda, y Lorena Fries. “Feminismo, género y patriarcado”. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho* 3, n° 6 (2005): 259–94.
- Fargas, María Adela. “Experiencias Subjetivas de las Estrategias Familiares”. En *Cultura material y vida cotidiana moderna*, editado por Máximo García Fernández, 223–33. Madrid: Sílex, 2013.
- Fernández Valle, Mariano. “Matrimonio y Diversidad Sexual: La Lección Sudafricana”, 93–102, s. f.
- Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad I: La voluntad de saber*. siglo xxi, 1977.
- Fox Robin. *Sistemas de parentesco y matrimonio*. 4ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 1985.
- Hermoza Calero, Jéssica Pilar. “Correlación del matrimonio civil y los casos de unión de hecho en el Derecho familiar”. *LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* 14, n° 17 (2016). doi:10.21503/lex.v14i17.937.

- Kertzer, David, y Marzio Barbagli. *Historia de la familia europea*. Barcelona: Paidós, 2002.
- Manzano Barragán, Iván. “la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género” LXIV/2 (2012): 49–78.
- México Corte Constitucional. “Sentencia acción de inconstitucionalidad 2/2010”, 2010. <https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros/Meza/Accion2-2010.pdf>.
- Mora, Enrique Ayala. “El laicismo en la historia del Ecuador”. *Procesos: Revista Ecuatoriana de Historia*, 1 de enero de 1996, 3–32. doi:10.29078/rp.v1i8.410.
- Naciones Unidas. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, 23 de mayo de 1969.
- Nieves Gómez, Alfonso. *Apuntes de Derecho Romano*. Cartagena: Universidad Libre, 2014. <http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/DERECHO%20ROMANO.pdf>.
- ONU Asamblea General. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948.
- Orellana Ramírez, María Inés. “El matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación”. *FORO. Revista de Derecho*, n° 32 (28 de noviembre de 2019): 103–21. doi:10.32719/26312484.2019.32.6.
- . “El matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación”. *FORO. Revista de Derecho*, n° 32 (28 de noviembre de 2019): 103–21. doi:10.32719/26312484.2019.32.6.
- Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.
- Real Academia Española. “Diccionario de la lengua española”. *Real Academia Española*, s. f. <https://dle.rae.es/>.
- . “Diccionario panhispánico del español jurídico”. *Real Academia Española*, s. f. <https://dpej.rae.es>.

- Riofrío, Juan Carlos. “Valor jurídico del preámbulo de la Constitución ecuatoriana vigente”. *FORO. Revista de Derecho*, nº 23 (2015): 27–52.
- Roa Roa, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho, 2011.
- Rodríguez Centeno, Luis Rafael. “Los derechos de las personas GLBTT en el ámbito familiar ecuatoriano”. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2006. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2390>.
- Rojas Araque, Darío Alejandro. “Caracterización del matrimonio ¿Es o no un contrato?” *Nuevo Derecho* 7, nº 9 (2011): 25–37.
- Santelices Cuevas, Lucía, y Jacinta Scagliotto Barbano. “Familia: Aproximaciones conceptuales”. En *El educador y los padres*, 2ª ed., 33–44. Ediciones UC, 2013. <http://portal1.uasb.edu.ec:2052/stable/j.ctt15hvt26.6>.
- Vaggione, Juan Marco. “Actores, estrategias y discursos en los debates sobre sexualidad”. En *El debate sobre matrimonio igualitario en Córdoba: actores, estrategias y discursos*. Colección Religión, género y sexualidad 4. Córdoba [Argentina]: Católicas por el Derecho a Decidir, 2011.
- Valdivia Sánchez. “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos”. *La Revue du REDIF*, 2008.
- Villa Guardiola, Vera Judith, y Arturo Hurtado Peña. “Las Uniones Maritales de Hecho o Concubinatos en la Historia Mundial” *VOLUMEN 15 No. 30*: 83-105 (2018): 83–105. [doi:org/10.18041/0124-0102/a.30.5043](https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.30.5043).