

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derechos Humanos y Exigibilidad Estratégica

Mención en Litigio Estructural

El derecho humano al matrimonio igualitario en Ecuador

Caso Correa y Troya vs Registro Civil. Un litigio en medio de una antinomia constitucional y el conservadurismo judicial

Patricio Vicente Benalcázar Alarcón

Tutora: Judith Salgado Álvarez

Quito, 2018



Clausula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Patricio Vicente Benalcázar Alarcón, autor de la tesis intitulada “El derecho humano al matrimonio igualitario en Ecuador: Caso Correa y Troya vs Registro Civil. Un litigio en medio de una antinomia constitucional y el conservadurismo judicial”, 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 Derechos Humanos, con mención en Litigio Estratégico 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 lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, 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 y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: Quito, 11 de noviembre de 2018

Firma.

Resumen

La presente investigación parte de la premisa de que la actuación de los Jueces y Cortes que conocieron y negaron el derecho al matrimonio igualitario solicitado por la pareja Correa-Troya vs Registro Civil, se inscribe en una línea de conservadurismo, anclada en un contexto social, cultural, mediático, religioso y político que determinó que la argumentación jurídica de los tribunales sostenga una interpretación literal de la norma constitucional y se sustente en valoraciones de orden moral y religioso contrarias al Estado Laico, de Derechos y Justicia, así como contraria a los instrumentos y estándares internacionales de derechos humanos.

Bajo ese marco la investigación realiza un estudio del matrimonio y su concepción heterosexual en la cultura griega, romana y el derecho canónico, así como en el constitucionalismo ecuatoriano desde inicios de la República, el apareamiento del Estado liberal, su modernización y el desarrollo del Estado Social de Derecho hasta el constitucionalismo vigente.

El estudio recoge el proceso impulsado por el colectivo LGBTI en el ámbito del sistema universal y regional de derechos humanos, el desarrollo de doctrina y jurisprudencia relevante expresada en recomendaciones, opiniones y sentencias de diversos órganos, así como la experiencia de España y Colombia y el rol de los tribunales de justicia constitucional de esos países.

La investigación evidencia manifestaciones de conservadurismo mediático, político y judicial a través del análisis de las noticias contenidas en los principales medios de comunicación impresa, la posición de las autoridades tanto en sus planes cuanto en los foros del sistema internacional y la argumentación judicial en el caso.

Finalmente, el estudio plantea el litigio estratégico como el mecanismo idóneo para promover la exigibilidad de los derechos de las demandantes, así como para apuntar a la transformación social, jurídica y cultural que sostiene la discriminación estructural contra las personas por su orientación sexual, en esa perspectiva se apunta al pronunciamiento de la Corte Constitucional o del Sistema Regional de Derechos Humanos.

Dedicatoria

La presente tesis de maestría constituye parte de un proceso de aprendizaje en la defensa y promoción de los derechos humanos, expresado en mi estudio de posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Programa Andino de Derechos Humanos; pero sobre todo es el reconocimiento a la lucha social de un colectivo que históricamente ha sido objeto de exclusión en la vida cotidiana, en la familia, en la comunidad, en el país y el mundo entero.

En ese proceso, la reflexión y acompañamiento permanente de mi familia, convencida también de que esta es una causa noble, se hace merecedera de mi admiración, respeto y amor. Mi compañera Jenit, mis hijos David y Angélica soporte fundamental para mantener viva la llama de la dignidad.

Especial reconocimiento quiero extender al colectivo LGBTI en el Ecuador, cuya causa me iluminó desde mis estudios de pregrado y continua vigente más allá de los esfuerzos académicos, lazos de amistad y solidaridad me une a Pamela Troya, Gabriela Correa, Efraín Soria, Sandra Alvarez y una lista interminable de personas que día a día escriben su historia, para resistir tercamente en búsqueda de la equidad, la justicia y la paz desde la diversidad.

Agradecimientos

Ante todo, a la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador y al Programa Andino de Derechos Humanos, por haberme permitido continuar mi formación en la maestría con mención en litigio estratégico.

A las autoridades de la maestría, profesores y profesoras, personal administrativo, a los compañeros y compañeras de aula con quienes compartimos y debatimos diversos temas de orden social y académico.

A las compañeras y compañeros del colectivo LGBTI que me facilitaron información y fueron entrevistados, así como a los Jueces y Juezas que colaboraron con su punto de vista en este estudio.

A los miembros del Tribunal de Grado, Cristhian Paula y Claudia Storini, que brindaron su tiempo para revisar con rigurosidad académica esta investigación.

Con especial gratitud, debo agradecer a Judith Salgado Alvarez, Tutora de la Tesis, quien más allá de sus compromisos profesionales, laborales y personales, siempre estuvo presente para guiar con su conocimiento y experiencia, pero sobre todo con su sensibilidad en materia de derechos humanos que permitió desarrollar un proceso de aprendizaje y diálogo insuperable.

Gracias

Tabla de Contenido

Introducción	15
1 Matrimonio: De la familia nuclear a la familia diversa	19
1.1 Matrimonio heterosexual y familia nuclear	19
1.1.1 El matrimonio en la antigua Grecia	19
1.1.2 El matrimonio y la familia en el derecho romano clásico	21
1.1.3 El matrimonio y la familia desde la doctrina canónica	23
1.2 Matrimonio y familia en el constitucionalismo ecuatoriano	30
1.2.1 Primer período: Régimen de la república colonial - de 1830 a 1897	31
1.2.2 Segundo período: régimen de la república liberal - de 1897 a 1929	31
1.2.3 Tercer período: modernización de la república liberal - de 1929 a 1967	31
1.2.4 Cuarto período: régimen de la república liberal de derechos - de 1967 a 1998	32
1.2.5 Quinto período: del régimen de la república liberal de derechos a la república social de derechos - de 1998 a 2008	33
1.2.6.- Principales avances del colectivo LGBTI en el ejercicio de sus derechos desde el año 2014	34
1.3 Matrimonio igualitario, derecho internacional y jurisprudencia comparada	38
1.3.1 El Sistema Universal de Derechos Humanos y el Foro Internacional del colectivo LGBTI	39
1.3.2 El Sistema Interamericano	47
1.3.3 La jurisprudencia española y colombiana	61
2 Juicio Correa Troya vs Registro Civil. Entre el conservadurismo mediático, político y judicial	67
2.1 Opinión pública de los principales medios de comunicación escritos del Ecuador	67
2.1.1 Diario El Telégrafo	67
2.1.2 Diario El Comercio	69
2.1.3 Diario El Universo	70
2.2 De la Estrategia Nacional Intersectorial de Planificación Familiar (ENIPLA) al Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia	71
2.3 La postura del Estado ecuatoriano en el Examen Periódico Universal (EPU) y ante la Organización de Estados Americanos (OEA)	74
2.4 Inicio de la acción legal: entre la abstención e inhibición judicial	75
2.4.1 La Sentencia de primera instancia, entre la antinomia constitucional y el desconocimiento del Estado Laico	77
2.5 Impugnación al fallo de primera instancia	86

2.6	Los principios de aplicación de derechos y la sentencia del matrimonio igualitario.....	94
2.6.1	El principio de igualdad y no discriminación	95
2.6.2	El principio de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías.....	101
2.6.3	Principio de interpretación más favorable para los derechos humanos	102
2.6.4.	Principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos.....	103
2.6.5	Principio de reconocimiento de derechos provenientes de la dignidad humana	105
2.7	Presentación de la acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional y desarrollo de <i>amicus curiae</i>	106
2.7.1	Elementos comunes en los <i>amicus curiae</i> presentados a la Corte.....	106
2.7.2	Análisis sistemático e integral de las normas constitucionales.....	107
2.7.3	Interpretación evolutiva de los derechos humanos	108
2.7.4	Diferencias entre el matrimonio igualitario y la unión de hecho.....	110
2.7.5	Aportes específicos del <i>amicus curiae</i> de Ávila y Acosta	111
2.7.6	Aportes específicos del <i>amicus curiae</i> presentado por Freire y Esparza	112
2.7.7	Aportes específicos del <i>amicus curiae</i> presentado por Simon, Estrada y Sichel.....	113
3.	Litigio estratégico y activismo judicial.....	115
3.1	El litigio estratégico: Un medio para la consecución de precedentes jurisprudenciales en contra de la discriminación.....	115
3.1.1.	Definiciones y objetivo del litigio estratégico.....	117
3.1.2	Rol garantista de los jueces y juezas en el marco del litigio estratégico.....	120
3.1.3.	Demandas del colectivo LGBTI sobre el matrimonio civil igualitario y litigio estratégico	122
3.2	Activismo judicial: el matrimonio civil igualitario entre la justicia constitucional y el sistema interamericano de protección de derechos humanos.	126
4.	Conclusiones	129
5.	Recomendaciones	133
6.	Bibliografía.....	135
7.	Anexos	143
	Anexo 1 (Referido en el punto 1.2.4 Cuarto período: régimen de la república liberal de derechos - de 1967 a 1998, pag. 20).....	143
	Anexo 2. (Referido en el punto 1.2.4 Cuarto período: régimen de la república liberal de derechos - de 1967 a 1998, pag. 20).....	143
	Anexo 3. (Referido en el punto 1.2.5 Quinto período: del régimen de la república liberal de derechos a la república social de derechos - de 1998 a 2008, pag. 20)	144

Anexo 4. Matriz de análisis Diario El Telégrafo (Referido en el punto 2.1.1 Diario El Telégrafo, pag. 49)	144
Anexo 5. Matriz de análisis Diario El Comercio. (Referido en el punto 2.1.2 Diario El Comercio, pag. 51)	148
Anexo 6. Matriz de análisis Diario El Universo. (Referido en el punto 2.1.3 Diario El Universo, pag. 52)	154
Anexo 7. Entrevistas semiestructuradas para activistas LGBTI. (Referido en el punto 3.1.2. Demandas del colectivo LGBTI sobre el matrimonio civil igualitario y litigio estratégico, pág. 94).....	159
Entrevistas semiestructuradas y focalizadas	159
Las entrevistas focalizadas fortalecen el Capítulo III de la tesis y responden a la pregunta central de la tesis y su objetivo específico 3:.....	160
¿Cómo la actuación de las juezas y jueces de Quito, por la cual negaron el derecho al matrimonio igualitario solicitado por la pareja Correa – Troya vs Registro Civil, se inscribe en una línea de conservadurismo judicial, contraria a una perspectiva de garantismo evolutivo en el marco de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia vigente?.....	160

Introducción

Los derechos humanos constituyen las “*garantías jurídicas universales que protegen a los individuos y los grupos contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades y los derechos fundamentales y con la dignidad humana...*”¹ Los derechos tienen como contrapartida las obligaciones de los Estados, contraídas en su normativa constitucional y en las disposiciones y estándares desarrollados por los instrumentos y mecanismos del sistema internacional.

Las obligaciones de los Estados son tres: respetar los derechos humanos; es decir, abstenerse de vulnerar éstos a través de acciones de sus agentes oficiales, representantes o funcionarios que desarrollen e implementen marcos jurídicos o políticas públicas contrarias al contenido de los derechos; proteger los derechos humanos; en consecuencia actuar cuando terceros atenten contra las personas; y, garantizar los derechos, en otras palabras, crear las condiciones para su satisfacción y el establecimiento de medidas para que sus titulares aseguren su ejercicio.

En ese sentido, la presente tesis aborda el tema del matrimonio igualitario en Ecuador, problemática que evidencia el incumplimiento de las obligaciones estatales de respeto y garantía de los derechos humanos, al contener francas contradicciones en su sistema jurídico constitucional, el cual, al mismo tiempo de prohibir tácitamente el matrimonio entre personas del mismo sexo², consagra el principio, derecho, deber y elemento constitutivo del Estado de no discriminación e igualdad formal y material³. Así mismo, se pone en evidencia el predominio del conservadurismo mediático, político y judicial, fuertemente influenciado por valoraciones de orden moral, religioso y subjetivo al momento de resolver la causa presentada por Gabriela Correa y Pamela Troya, a quienes les fue negado el derecho de contraer matrimonio en el Registro Civil y cuyo pedido no fue tutelado ni por los jueces de primera instancia, ni por la Corte Provincial con sede en la ciudad de Quito.

1 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Naciones Unidas. Nueva York-Ginebra, 2006. Pág. 1.

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

³ *Ibid.*, arts. 3.1, 11.2, 66.4, 83.14.

En esa perspectiva, el problema considerado es la negativa de reconocer al matrimonio igualitario en el Ecuador bajo el supuesto de que existen normas constitucionales y legales expresas que lo regulan; pese a consagrarse principios y derechos que cuestionarían dichas reglas; en ese sentido, la pregunta central que sirve de guía a esta investigación es:

¿Cómo la actuación de las juezas y jueces de Quito en el año 2013, por la cual negaron el derecho al matrimonio igualitario solicitado por la pareja Correa y Troya, se inscribe en una línea de conservadurismo judicial contraria a una perspectiva de garantismo evolutivo, en el marco de un Estado constitucional de derechos y justicia vigente?

La hipótesis que se sostiene frente al problema jurídico planteado afirma que, tanto el marco legal, cuanto la perspectiva sociocultural, política y religiosa en la que se desenvuelven los juzgadores, se enmarca en el conservadurismo normativo y judicial, así como heteronormativo y no aborda el matrimonio igualitario desde el ámbito jurídico–constitucional, garantista de los derechos humanos, manteniendo un problema no resuelto, que estará latente y que incluso podría ocasionar que organismos y tribunales internacionales observen al Ecuador por vulneración de derechos humanos.

El abordaje teórico–metodológico de esta investigación se sustenta en el enfoque de derechos humanos, no discriminación, género y diversidades, y tiene como base conceptos nucleares como matrimonio, familias diversas, litigio estratégico y activismo judicial.

En ese marco, el análisis a partir del tratamiento que da Foucault a la sexualidad a lo largo de la historia es relevante en la medida que ubica un conjunto de reglas y normas que se apoyan en instituciones religiosas, judiciales, pedagógicas, médicas que moldean la conducta, deberes, placeres, sentimientos y sensaciones de las personas y de las culturas, marcando lo que Foucault denomina la hipótesis represiva, clave para entender los límites sociales, culturales y jurídicos frente al tema del matrimonio igualitario. A esta perspectiva se suma la crítica que realiza Beatriz Preciado que actualiza el análisis sobre los nuevos mecanismos de la biopolítica y el biopoder sobre la sexualidad y el cuerpo.

Por otra parte, Curiel, despliega todo un análisis desde la “Nación heterosexual”, que evidencia cómo el paradigma patriarcal, androcéntrico y heterocéntrico de la ciencia

se impone en nuestras sociedades, determinando lo que es “natural” y “normal” y por lo tanto excluyendo lo diverso, lo diferente; entre otras cuestiones el matrimonio igualitario.

En tanto Ferrajoli, permite valorar la importancia de la validez sustancial de las normas; y, en consecuencia, cuestiona a los regímenes democráticos que se autocalifican como tales, por cumplir formalmente con la validez de los procedimientos; es decir, la aprobación de normas de cualquier rango por el órgano con competencia, sin tomar en cuenta el contenido de las mismas, como ocurre con la definición de matrimonio establecido en la Constitución ecuatoriana del 2008.

Finalmente, la perspectiva de Marta Villarreal que mira al litigio estratégico como aquel mecanismo que supera los intereses personales de las partes y se encamina a promover cambios estructurales en la legislación, política e incluso la cultura, nos da pistas para abordar al matrimonio igualitario desde esa mirada, estrategia y metodología, que es complementada con la noción del activismo judicial desde el enfoque de Patricio Alejandro Marianello, por el cual los jueces pueden ser el motor para la transformación de estructuras sociales y culturales sustentadas en concepciones conservadoras y auto restrictivas.

La presente investigación se sustenta en fuentes secundarias, tales como: investigaciones académicas que abordan el tema de diversidad sexual e identidad de género; el análisis de la legislación nacional relativa a la evolución jurídica del matrimonio en el Ecuador, la legislación internacional y estándares desarrollados por órganos del sistema universal y regional de derechos humanos; el estudio del expediente judicial del caso Correa y Troya vs Registro Civil; un análisis del contenido de los medios de comunicación impresos sobre el matrimonio igualitario en el período 2013–2015, el análisis del Plan Familia de 2013 y la postura internacional del Ecuador ante la ONU y la OEA sobre el tema. También se utilizan fuentes primarias, a través de entrevistas semiestructuradas a activistas Lesbianas, Gais, Bisexuales, Travestis e Intersexuales (LGBTI) en Quito y a las protagonistas del caso Correa y Troya, así como jueces y juezas en la capital.

Esta investigación privilegia métodos cualitativos de recolección de información; por ello, se aplica entrevistas semiestructuradas, así como análisis de los contenidos de medios de comunicación impresos.

La presente investigación busca ser un aporte para el análisis jurídico y socio político desde la perspectiva de los derechos humanos, que contribuya a su ejercicio a favor de las personas y del colectivo LGBTI. La investigación contiene, en el capítulo uno, un recorrido histórico y constitucional sobre el matrimonio, así como el tratamiento del matrimonio igualitario en el sistema internacional; en el capítulo dos, un análisis del juicio *Correa Troya vs Registro Civil*; y, en el capítulo tres, un tratamiento sobre el litigio estratégico y activismo judicial.

Capítulo uno

1 Matrimonio: De la familia nuclear a la familia diversa

1.1 Matrimonio heterosexual y familia nuclear

1.1.1 El matrimonio en la antigua Grecia

Foucault, se refiere a la antigua Grecia como una sociedad que exalta y acepta relaciones entre personas del mismo sexo; sin embargo, consagra a la templanza como una virtud de quienes se abstienen del placer, no tanto por lo pecaminoso o moralmente cuestionable, sino por la fortaleza humana que muestra dicha actitud, valorada también en Roma.⁴

Platón en su texto *Las Leyes* establece que “la relación conforme a natura que une al hombre y a la mujer debe tener como fin la generación, mientras que la relación contra natura de varón con varón y hembra con hembra, constituyen una extensión del placer”,⁵ aunque no cuestiona su naturaleza como anormal.

En la sociedad griega, la aphrodisia se conceptúa como la relación de dos actores: uno activo, el que penetra, y otro pasivo, el penetrado. Incluso se podría decir: quien vive el placer y quien es objeto de placer. La aphrodisia es una figura que se desarrolla en una sociedad masculina hecha para los hombres adultos y libres; por lo tanto, los objetos sexuales fueron: la mujer, los muchachos y los esclavos. Este elemento es relevante para entender cómo, desde la génesis de la civilización occidental, se construyó el patriarcado y el desarrollo de relaciones inequitativas desde la perspectiva de género, generacional y de clase; siendo el matrimonio una institución que lo reproducía.

Si se analiza con detenimiento, el mensaje de la sociedad y de los filósofos griegos está dirigido para los hombres adultos y libres y para las mujeres sujetas a la relación subordinada frente al hombre; Aristóteles afirma que:

“... entre el hombre y la mujer, la relación es política: es la relación de un gobernante y de un gobernado. [...] la templanza y el calor son pues en el hombre virtud plena y completa de mando; en cuanto a la templanza o al valor de la mujer, se trata de virtudes

⁴ Michel Foucault, “2. El uso de los placeres”, en *Historia de la Sexualidad* (Argentina: Siglo XXI, 2003), 131.

⁵ Platón, *Las Leyes*, citado en Michel Foucault, “El uso de los placeres”, en *Historia de la Sexualidad* (Argentina: Siglo XXI, 2003), 94-5.

de subordinación, es decir que tienen en el hombre a la vez su modelo cabal y acabado y el principio de su puesta en práctica.⁶

Al respecto, Demóstenes afirma que: "las cortesanas existen para el placer; las concubinas, para los cuidados cotidianos; las esposas, para tener una descendencia legítima y una fiel guardiana del hogar".⁷

La primera impresión que deja la narrativa griega sobre el matrimonio es su ubicación como institución dedicada a la reproducción biológica y patrimonial, sin que se ligue de manera directa a fines afectivos o al desarrollo de un proyecto de vida en común; esto, por estar anclado a un patrón cultural donde el hombre se encontraba en situación de ventaja social, económica, política y conyugal.

La definición de lo permitido, prohibido o impuesto a los esposos por la institución del matrimonio, en materia de práctica sexual, era tan simple y disimétrica como para que no parezca necesario un complemento de reglamentación moral. En efecto, por un lado, las mujeres, en tanto esposas, están ligadas por su estatuto jurídico y social; toda su actividad sexual debe situarse dentro de la relación conyugal y el marido debe ser su compañero exclusivo; se encuentra bajo su poder; y debe darle los hijos que serán sus herederos y futuros ciudadanos.

En el caso de adulterio las sanciones son de orden privado, pero también de orden público (una mujer confesa de adulterio ya no tiene derecho a aparecer en las ceremonias de culto público). Como dice Demóstenes: la ley quiere que las mujeres experimenten un temor agudo para que sigan siendo honestas, para que no cometan ninguna falta, para que sean las fieles guardianas del hogar; [...] si faltan a semejante deber, quedaran excluidas [...] de la casa del marido y del culto de la ciudad.⁸

En el capítulo *Uno mismo y los Otros*, Foucault permite ver la evolución de la institución del matrimonio, así como el valor de las ciudades y el desarrollo de la institución del municipio en la sociedad griega. En ese sentido, en Grecia el matrimonio constituye una institución de interés privado y de absoluta cosificación de la mujer, puesto que "consistía en una práctica destinada a asegurar la permanencia del *oikos*, cuyos dos

⁶ Aristóteles, citado en Michel Foucault, "El uso de los placeres", en *Historia de la Sexualidad* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2003), 94-5.

⁷ Demóstenes, *Contra Neera*, 122, citado en Michel Foucault, "El uso de los placeres", en *Historia de la Sexualidad* (Argentina: Siglo XXI, 2003), 155.

⁸ *Ibid.*, 158.

actos fundamentales [...] eran la transferencia al marido de la tutela ejercida hasta entonces por el padre y la entrega efectiva de la esposa a su cónyuge”.⁹

Posteriormente, el matrimonio griego incluyó como parte de sus finalidades la administración de los bienes y la situación de las herencias, pues “acarrea efectos de derecho o por lo menos de estatuto como la trasmisión de un nombre, la conformación de herederos, la organización de un sistema de alianzas o la reunión de fortunas”.¹⁰

Con el paso del tiempo, el matrimonio adquiere relevancia tanto para la relación entre los cónyuges, cuanto por la trascendencia pública que empieza a tener, principalmente debido a que “se vuelve más libre: libre en la elección de la esposa, y también en la decisión de casarse y en las razones personales para hacerlo [...] P]ara las clases menos favorecidas [...] implicaban compartir la vida, ayuda mutua y apoyo moral”.¹¹

En cualquier caso, la evolución no significó que las relaciones de inequidad a su interior se transformen, la mujer seguía sometida a los designios del marido:

En documentos que datan de fines del siglo IV o del siglo III a. C., los compromisos de la mujer implicaban la obediencia al marido, la prohibición de salir de noche o de día, sin su permiso y de toda relación sexual con otro hombre, la obligación de no arruinar la casa y de no deshonrar a su marido. Este, a cambio, debía mantener a su mujer, no instalar una concubina en la casa, no maltratar a su esposa y no tener hijos de relaciones que pudiese mantener en el exterior.¹²

1.1.2 El matrimonio y la familia en el derecho romano clásico

El matrimonio romano clásico se configuraba como una institución jurídica central dentro de la familia romana formada por la unión de hecho entre dos personas, de sexo distinto, con la intención de comportarse recíprocamente como marido y mujer. Se trataba, en efecto, de una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en el consentimiento continuo de los cónyuges cuyos elementos constitutivos eran la *affectio maritalis* y el *honor matrimonii*.¹³

Como podemos observar, el matrimonio en Roma nace como una institución heterosexual, pues solo es posible en la medida que se unan dos personas de sexo distinto;

⁹ Michel Foucault, “3. La inquietud de sí”, *Historia de la Sexualidad* (Argentina: Siglo XXI, 2003), 82.

¹⁰ *Ibíd.*, 84.

¹¹ *Ibíd.*, 85.

¹² *Ibíd.*, 87.

¹³ Eliza Muñoz Catalan, “Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica” (tesis doctoral, Universidad de Huelva, 2012), 34, http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/6457/Las_union_extramtrimoniales.pdf?sequence=2.

y por otra parte, su raigambre patriarcal se expresa en cuanto no es obligatoria la presencia física del marido dentro del hogar, pero sí de la mujer; “ya que podía iniciarse en ausencia del marido o aunque los cónyuges no habitasen en la misma casa, siempre y cuando ambos se guardasen respeto mutuo”;¹⁴ está claro que la ausencia física solo es permitida al marido.

En esta parte, es preciso mencionar lo afirmado por Rich quien señala que “la heterosexualidad, así como la maternidad, la explotación económica y la familia nuclear tienen que ser analizadas como instituciones políticas sustentadas en ideologías que disminuyen el poder de las mujeres”;¹⁵ lo cual es plenamente aplicable en la sociedad y cultura romana y en otras.

En el mundo romano, las dos definiciones más conocidas de matrimonio establecen que “las nupcias - son -: ‘La unión de hombre y mujer en un consorcio para toda la vida’, y en el de las Instituciones de Justiniano se afirma textualmente que nupcia o matrimonio es: ‘La unión de hombre y mujer con la finalidad de vivir en comunidad’”.¹⁶

Estos textos reafirman la noción, reconocimiento y ejercicio heterosexual del matrimonio, a lo que se suma el requisito de la procreación y la formación de una familia con la presencia de hijos o hijas.

Dichas frases ponen de manifiesto que las nupcias comportaban una idea de vínculo entre hombre y mujer con la finalidad de procrear y formar una familia, estando unidos quienes las contraían, es decir, los cónyuges”.¹⁷

Sobre este tema O. Robleda, respecto a

la frase *coniunctio maris et femine*, precisa que de ella se desprende quiénes eran los sujetos del matrimonio legítimo en la Roma clásica, así como la finalidad o causa del vínculo conyugal. El profesor señala que la unión debía producirse entre marido y mujer con la finalidad de procrear, educar a la prole y, en definitiva, formar una familia con

¹⁴ *Ibíd.*,36.

¹⁵ Adrienne Rich, [1980] 1998, citada en Ochy Curiel, *La Nación Heterosexual. Análisis del Discurso Jurídico y el Régimen heterosexual desde la antropología de la dominación* (Bogotá: Impresol Ediciones, 2013), 48.

¹⁶ Muñoz, “Las uniones extramatrimoniales ante la falta de *conubium*”, 50-1. **D. 23,2,1 (Mod. 1 reg.)** *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio. IJ. 1,9,1 Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens*”.

¹⁷ *Ibíd.* 53. “**D. 23,2,1 (Mod. 1 reg.)** *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae (...). IJ.1,9,1 Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio (...).*”

plenos efectos para el Ordenamiento jurídico romano.¹⁸

Es preciso entender que el contexto cultural, político y jurídico de la sociedad romana estaba marcado por concepciones patriarcales y heterosexistas que constituían el marco sobre el cual se construían las relaciones sociales, se establecía el carácter de las instituciones y se diseñaban las normas sociales y legales.

1.1.3 El matrimonio y la familia desde la doctrina canónica

En la Edad Media, con la influencia de la Iglesia Católica se incorpora el matrimonio como un sacramento, es decir como un signo de la presencia de Dios, categorizando a esta institución desde el Derecho Canónico de la siguiente manera:

“1055. 1. La Alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre los bautizados.¹⁹

Coincidente con esta afirmación, en la actualidad Peña García menciona que

la Iglesia emite un juicio claramente negativo respecto a aquellas iniciativas tendientes a dar cobertura legal a las parejas homosexuales y a equipararlas al matrimonio... los argumentos... para justificar esta postura serían fundamentalmente los siguientes:

- a) Aunque los homosexuales, en cuanto personas, tienen los mismos derechos que todos los demás seres humanos, su orientación sexual deberá ser tenida en cuenta por el legislador en cuestiones directamente relacionadas con ella, como es el caso del matrimonio y de la familia. Esto no constituye ningún tipo de discriminación ni de vulneración de derechos subjetivos, sino que viene exigido por la misma realidad antropológica matrimonial.
- b) Los actos homosexuales son de por sí incapaces de generar nueva vida; además, no se da en ellos una verdadera complementariedad, ni a nivel biológico – sexual, ni a nivel psicológico. Por consiguiente, aun cuando ese comportamiento homosexual pueda ser tolerado por las leyes cuando no suponga un ataque directo al bien común o a los derechos fundamentales de otros, no deberá en ningún caso ser legitimado ni promovido por la legislación civil, pues ello afecta el bien común. De lo contrario el legislador se haría responsable de los graves efectos negativos que puede tener para la sociedad la legitimación de un mal moral como es el comportamiento homosexual institucionalizado.

Las uniones homosexuales y el matrimonio no pueden equipararse porque el amor que

¹⁸ *Ibíd.*, 54

¹⁹ Edgar Andrés Buitrón, *La implementación de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo en Ecuador como ejercicio de igualdad del colectivo LGBT*, tomado del Código de Derecho Canónico (tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, 2009), 8.

puede darse entre dos personas del mismo sexo no puede ser nunca un verdadero amor conyugal, caracterizado, en su esencia, por las notas de totalidad ... y fecundidad Esta equiparación legal supone una distorsión del matrimonio y un ataque al bien de la sociedad que exige que las leyes protejan la familia de origen matrimonial. La equiparación entre las uniones homosexuales y el matrimonio resulta especialmente peligrosa en relación al derecho de adopción, puesto que, en este caso, el injustamente tratado sería el niño, al que se obligaría premeditadamente a vivir, no solo sin la figura del padre o de la madre. Esto supone un riesgo claro para el adecuado desarrollo psicológico de la personalidad del menor, que no tiene ninguna justificación.²⁰

La doctrina canónica desarrollada en el texto transcrito sustenta que el matrimonio es una institución natural y exclusiva entre un hombre y una mujer. En consecuencia, se lo concibe como un escenario heterosexual por excelencia, reforzado por el criterio mediante el cual se sustenta que las parejas del mismo sexo no estarían en condiciones de reproducirse naturalmente, ubicando dicha situación en el mal moral que, desde la perspectiva canónica, está vinculado a la perversión, al pecado, al sufrimiento, a la enfermedad y a la debilidad, sin tomar en cuenta que hay muchas parejas heterosexuales que por decisión propia, por situaciones de salud o de edad, tampoco pueden concebir, sin que esta situación sea una causa para no permitir el matrimonio.

Finalmente, esta doctrina manifiesta su preocupación alrededor de los derechos de los niños, niñas o adolescentes. A su criterio, el matrimonio entre personas del mismo sexo daría lugar a legalizar y legitimar la adopción, lo que desembocaría en un conflicto mayor; ya que, según la teoría canónica, la desaparición de la figura paterna o materna afectaría el adecuado desarrollo psicológico de la personalidad del niño o la niña.

Al respecto, múltiples estudios sobre el tema han demostrado que, pese a los argumentos por los cuales se concibe a un hogar homosexual como no apropiado,

la Asociación Americana de Psiquiatría y de Psicología a través de sus investigaciones refiere que “a lo largo de los últimos treinta años se demuestra ... que los niños criados por padres gays o madres lesbianas presentan el mismo funcionamiento emocional, cognitivo y sexual que los niños criados por padres heterosexuales, también indican que el desarrollo óptimo de los niños no se basa en la orientación sexual de los padres, sino en una vinculación estable con adultos comprometidos y amorosos.”²¹

²⁰ Carmen Peña García, *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la Jurisprudencia y la Doctrina Canónica* (Madrid: Universidad Pontificia Comillas, Edisofer, S.L., 2004), 58-9.

²¹ María de Jesús González Pérez, “La representación social de las familias diversas. Ley de Sociedades de Convivencia”, *El Cotidiano* 22, n.º146 (México Distrito Federal: Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, 2007), 21-31.

Foucault inicia *La Voluntad de Saber*²² con una fuerte crítica a la que denomina la burguesía victoriana de inicios del siglo XVII, acusada de hipocrática en su texto, en el cual menciona que la sexualidad fue encerrada por la familia conyugal “legítima” con el único fin de la reproducción, además de plantear el silencio alrededor del sexo.²³

En esa perspectiva, el control social y privado de la sexualidad y, más aún del sexo, se impone como un dispositivo que fluye por todo tipo de relación, al punto de que está vedado hablar de sexualidad, de sexo y de derechos. A los niños y niñas se los consideraba asexuados, por lo que cualquier expresión contraria debía ser controlada. Esta represión busca entonces silenciar cualquier posibilidad de decir, mostrar, ver o saber.

Cualquier expresión de sexualidad que no se pronuncie dentro de la familia conyugal queda erradicada; lo que no apunte a la procreación no tiene sitio, ni está amparado por la ley.

Incluso en nuestros días, se mantiene el mismo mensaje utilizando otros discursos anclados en la medicina, en la teoría científica y reproduciendo el mensaje moralista y religioso, todo para cuidar nuestro cuerpo de las amenazantes enfermedades o del pecado que el sexo y la sexualidad traen consigo. Esta perspectiva viene acompañada con el desarrollo de la sociedad capitalista, frente a lo cual Foucault afirma que

si el sexo es reprimido con tanto rigor, se debe a que es incompatible con una dedicación general e intensiva al trabajo; en la época que se explotaba sistemáticamente la fuerza de trabajo, ¿se podía tolerar que fuera a dispersarse en los placeres, salvo aquellos, reducidos a un mínimo, que le permitiesen reproducirse?²⁴

Así entonces, ya no solo es la religión, la moral, las leyes y la ciencia quienes regulan y reprimen la sexualidad, ahora se suma la economía, y sobre todas ellas está la política. Sin embargo, Foucault deja entrever que el poder en general reprime el sexo y la

²² Michel Foucault, “La voluntad de saber”, en *Historia de la Sexualidad* (México: Grupo Editorial Siglo XXI, 2013), 7.

²³ Sobre este asunto Foucault menciona que: “entonces la sexualidad es cuidadosamente encerrada. Se muda de lugar. La familia conyugal la confisca. Y la absorbe por entero en la seriedad de la función reproductora. En torno al sexo se establece el silencio. La pareja, legítima y procreadora, impone su ley.” *Ibid.*, 7.

²⁴ Foucault, “La voluntad de saber”, 9-10.

sexualidad, pero “con particular atención las energías inútiles, la intensidad de los placeres y las conductas irregulares”.²⁵

Dicho control se amplió en el siglo XIX con el apareamiento de lo que Foucault denomina la *scientia sexualis*. Occidente, además de promover y utilizar la confesión religiosa o judicial para saber sobre el sexo, instauró la ciencia, con la que “el sexo parece inscribirse en dos registros de saber muy distintos: una biología de la reproducción [...], y una medicina del sexo”;²⁶ se trataba ahora de inscribir al sexo en las reglas de la verdad o falsedad científica.

Desde esa perspectiva, se establece una codificación clínica con signos, síntomas descifrables, hipnosis y otros medios, todos en la búsqueda de la confesión de la verdad del funcionamiento oscuro del sexo, destinando esfuerzos para medicalizar o establecer terapias frente a los desvaríos contrarios a la normalidad reinante. El sexo, entonces, fue visto como un campo de alta fragilidad patológica.

Sin embargo, los vínculos que Foucault establece alrededor de la sexualidad y las razones para su control son mucho más profundos; y, sin duda, van más allá del análisis histórico de la era de la represión cuyos inicios se ubican en el siglo XVII.²⁷ La reflexión alrededor del poder marca una temporalidad mayor que viene desde la antigüedad y cuya búsqueda es la reproducción de sus relaciones y el desarrollo de mecanismos para que estas hegemonías se mantengan.

Entre poder y sexo, únicamente se establece una relación negativa: rechazo, exclusión, desestimación, barrera y aún ocultación o máscara [...] la instancia de la regla. El poder, esencialmente, sería lo que dicta al sexo su ley. [...] El ciclo de lo prohibido: no te acercarás, no tocarás, no consumirás, no experimentarás placer, no hablarás, no aparecerás; en definitiva, no existirás, salvo en la sombra y el secreto. [...] La lógica de la censura [...] es afirmar que eso no está permitido, impedir que eso sea dicho, negar que eso exista. [...] La unidad de dispositivo [...] el poder sobre el sexo se ejercería de la misma manera en todos los niveles. De arriba abajo en sus decisiones globales.²⁸

Se podrá comprender entonces que frente al sexo y la sexualidad los controles son de orden civilizatorio, anclados a dinámicas estructurales, económicas, políticas,

²⁵ *Ibíd.*, 13.

²⁶ *Ibíd.*, 53.

²⁷ El propio Foucault manifiesta que “la cronología de las técnicas mismas se remonta muy atrás. Hay que buscar su punto de formación en las prácticas penitenciales del cristianismo medieval o, mejor, en la doble serie constituida por la confesión obligatoria, exhaustiva y periódica impuesta a todos los fieles en el Concilio de Letrán...” *Ibíd.*, 109.

²⁸ *Ibíd.*, 78-80.

ideológicas, culturales, jurídicas y religiosas. En ese marco, el poder se comprende como

la multiplicidad de las relaciones de fuerza inmanentes y propias del campo en el que se ejercen, y que son constitutivas de su organización: el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incesantes las transforma, las refuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran las unas con las otras, de modo que formen cadena o sistema, o, al contrario, los desniveles, las contradicciones que aíslan a unas de otras.²⁹

En esa dinámica, durante el siglo XVII y hasta el siglo XX, se puede observar cómo las relaciones de fuerza y poder construyen un discurso de lo “perverso”; por ejemplo, para dirigir los mecanismos de control hacia las poblaciones cuyas relaciones sexuales y sexualidad no eran las mismas que las desarrolladas por la burguesía heterosexual. Entonces, entre otras disciplinas, la jurisprudencia “y también la literatura de toda una serie de discursos sobre las especies y subespecies de homosexualidad, inversión, pederastia y ‘hermafroditismo psíquico’, con seguridad permitió un empuje muy pronunciado en los controles sociales en esta región de la ‘perversidad’”.³⁰

Aún más, el poder, la sexualidad, el sexo constituyen ámbitos de la vida cotidiana, sea pública o privada y marca por lo tanto las relaciones entre padres, madres, hijos e hijas, alumnos, alumnas, profesores, profesoras, sacerdotes y laicos, empresarios y empleados, gobierno y ciudadanos. Por supuesto, que los siglos de la represión (XVII al XIX) desarrollaron discursos que etiquetaron la vida de las personas, especialmente de quienes el poder quería controlar su cuerpo y conciencia.

Así se planteó la “historización del cuerpo de la mujer”, al cual se le caracterizaba como invadido de sexualidad, por sus dotes de fecundidad y maternidad; la “pedagogización del sexo del niño”, por el temor al onanismo³¹; la “socialización de las conductas procreadoras” para el control de la natalidad; y, “la psiquiatrización del placer perverso” dirigido a normalizar o corregir esas anomalías. Si miramos con detenimiento los discursos contruidos y los actores involucrados, podemos entender las razones por las cuales el apareamiento de los derechos sexuales y reproductivos, además de ser tardíos, son cuestionados, pues confrontan al mensaje del poder imperante hasta nuestros días, con parciales modificaciones de “libertades aceptadas”.

²⁹ *Ibíd.*, 87.

³⁰ *Ibíd.*, 96.

³¹ Onanismo es sinónimo de masturbación: la acción de estimular los órganos sexuales para provocar placer, ya sea a uno mismo o a un tercero. El onanismo puede desarrollarse a través de caricias y frotaciones con las manos o mediante la utilización de un juguete sexual. - <https://definicion.de/onanismo/>

Hay que reconocer que el afán del control de la sexualidad y del sexo no es automático con los sectores sociales marginales en la época de la represión. A decir de Foucault, la burguesía se miraba a sí misma, se cuidaba para adentro, buscaba que la herencia y la propiedad llegue a una prole sana y no afectada por las enfermedades del sexo o de la prole. “Las condiciones de vida del proletariado, sobre todo en la primera mitad del siglo XIX muestran que se estaba lejos de tomar en cuenta su cuerpo y su sexo poco importaba que aquella gente viviera o muriera”.³²

Sin embargo, el interés de controlar el sexo y la sexualidad de toda la población tuvo razones económicas en el naciente capitalismo, es lo que denomina Foucault como “biopoder”, mismo que

requirió métodos de poder capaces de aumentar las fuerzas, las aptitudes y la vida en general [...] actuaron en el terreno de los procesos económicos, de su desarrollo, de las fuerzas involucradas en ellos y que los sostienen [...] incidiendo en las fuerzas respectivas de unos y otros, garantizando relaciones de dominación y efectos de hegemonía; el ajuste entre la acumulación de los hombres y la del capital, la articulación entre el crecimiento de los grupos humanos y la expansión de las fuerzas productivas y la repartición diferencial de la ganancia.³³

Desde la perspectiva de Beatriz Preciado, Foucault especifica algunos ejes sexo políticos de relaciones del poder con la sexualidad y el cuerpo, lo que denominaría Foucault como el régimen disciplinario:

...por una parte la invención de la sexualidad heterosexual y homosexual...porque el régimen disciplinario de la sexualidad propone una continuidad estricta entre sexo y reproducción y por tanto va excluir toda práctica que no conlleve como posibilidad un acto de reproducción... de ahí la persecución en términos jurídicos y médicos, la patologización de la masturbación, de la sexualidad anal, de la homosexualidad... es decir la genitalización de esta figura somato política, el cuerpo político concebido como una economía sexual reproductiva y por lo tanto centrada en la sexualidad genital...³⁴

Preciado reflexiona que la organización del cuerpo responde a una forma de conocimiento y a una economía, por lo tanto, toda expresión de desgaste del cuerpo y de la sexualidad que no esté anclado a la reproducción biológica, social y económica debe ser controlada, pues es un gasto innecesario, allí se instala la definición del biopoder y de

³² Karl Marx, “El Capital, Libro I”, citado en Michel Foucault, “La voluntad de saber”, en *Historia de la Sexualidad* (México DF: Grupo Editorial Siglo XXI, 2013), 119.

³³ Foucault, “La voluntad de saber”, 131.

³⁴ Beatriz Preciado, “Políticas Transfeministas y queer: Tecnologías de disidencia de género” (conferencia, Universidad del Claustro de Sor Juana, Ciudad de México, 2010) <https://www.youtube.com/watch?v=P7ZufifUMzQ>

la biopolítica, como mecanismos de control sobre el cuerpo y sobre el sistema social.

Sin embargo, Preciado hace una crítica a Foucault al mencionar que luego de sus estudios de genealogía política de las hormonas y de la segunda guerra mundial se produce una mutación en las formas y relación entre el cuerpo, poder, sexualidad y conocimiento que no se puede explicar únicamente desde la teoría del régimen disciplinario de Foucault.

... las formas de control del cuerpo han sido modificadas y por tanto...se va a producir una superposición... de diversos modelos de producción y de control de la subjetividad... lo que va a suceder en 1947 es la invención de la píldora anticonceptiva... la sustancia farmacológica más consumida de toda la historia de la humanidad... va a aparecer una técnica que separa por primera vez sexo y reproducción... aparece como técnica eugenésica... como una técnica de limitación del crecimiento de las razas no blancas... en que segundo contexto se va a llevar la experimentación... en el hospital psiquiátrico de Rochester... para controlar la lívido de las mujeres del hospital psiquiátrico y particularmente para controlar tanto la homosexualidad femenina como la homosexualidad masculina... en qué tercer contexto se está experimentado con la píldora... en la prisión del Estado Oregón... luego se va a extender a la totalidad de la sociedad norteamericana... una técnica... de producción de género y producción de la feminidad...³⁵

Estos mecanismos de la biopolítica ya no son los del régimen disciplinario de Foucault, sino fármaco-controladores, son productos que entran a nuestro cuerpo, a decir de Preciado “los cuerpos se están tragando los dispositivos del poder...”, a lo que se incluye la noción de género, que determina desde una lectura binaria lo masculino y femenino;

... la medicina del siglo XX... y después de la segunda guerra mundial se ve confrontada a la radical multiplicidad de los sexos... no hay dos sexos, hay una morfología múltiple e irreductible que la medicina tendrá que transformar en un binomio masculino y femenino a través de todo un conjunto de técnicas hormonales y quirúrgicas... solo hay dos sexos por ficción política... esa ficción aparece en 1947...³⁶

De esta manera al tiempo de expresarse el biopoder y la biopolítica a través del régimen disciplinario propuesto por Foucault, nos encontramos en un régimen fármaco controlador que se construye desde la ciencia bajo una lógica binaria de lo masculino y femenino, excluyente también de la diversidad.

De aquí en adelante, ya no solo serán razones filosóficas, morales, religiosas,

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

culturales o políticas, sino también económicas las que expliquen en nuestros tiempos porqué hay que regular y controlar los actualmente llamados derechos sexuales y reproductivos; y, aún más, controlarlos dentro de las instituciones como el matrimonio civil.

1.2 Matrimonio y familia en el constitucionalismo ecuatoriano

Desde 1830 hasta el 2008, se han promulgado en el Ecuador 24 constituciones, tomando en consideración los registros del sistema lexis; en estas, como es conocido en el derecho constitucional, se consagran y determinan de manera fundamental “los derechos de una nación, la forma de su gobierno y la organización de los poderes públicos de que este se compone”.³⁷ Otros autores, como Hauriou, la definen como una “técnica de conciliación de la autoridad y la libertad en el marco del Estado”,³⁸ claro está que esta perspectiva del derecho constitucional en permanente evolución no se la concebía en esos términos a inicios de la República.

Para abordar el tema de las nociones del matrimonio y la familia en el constitucionalismo ecuatoriano partiré de dos supuestos: primero el planteado por Foucault quien, en *La Voluntad de Saber*, critica a la burguesía victoriana, a la cual acusa de ser la responsable de encerrar la sexualidad dentro de la familia conyugal y con el único fin de la reproducción.³⁹

Esta aproximación nos explica con claridad la noción del matrimonio y la familia desde la Constitución de 1830 hasta 1998. En esta última Constitución se incorpora el principio de no discriminación por orientación sexual y posteriormente, en el 2008, se incluye el reconocimiento de la familia diversa lo que marca un estado de tensión y de transición hacia nuevos conceptos de matrimonio y familia.

El segundo supuesto se sustenta en la reflexión de Curiel quien, en su obra *Nación heterosexual*,⁴⁰ sostiene que la heterosexualidad, la maternidad y la familia nuclear son instituciones creadas para someter a las mujeres. A partir de allí, podemos explicar cómo

³⁷ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Buenos Aires: Editorial Eliasta S.R.L., 1983), 67.

³⁸ André Hauriou, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, (Barcelona: Ariel, 1980), 44.

³⁹ Foucault, “La voluntad de saber”, 7.

⁴⁰ Ochy Curiel, *La Nación Heterosexual. Análisis del Discurso Jurídico y el Régimen heterosexual desde la antropología de la dominación* (Bogotá: Impresol Ediciones, 2013).

la construcción de las normas constitucionales establecidas entre 1830 y el período de tensión y transición entre 1998 y 2008, desarrollan la arquitectura constitucional desde el heterosexismo patriarcal dominante.

En esa perspectiva, se puede afirmar que se desarrollaron cinco momentos en el constitucionalismo ecuatoriano, los cuales han sido calificados en función del momento histórico en el que se desarrollaron:

1.2.1 Primer período: Régimen de la república colonial - de 1830 a 1897

Denominado de esta manera en razón de que muchas de sus instituciones están arraigadas aun al régimen colonial recientemente vencido. Así, el Estado Canónico y la Iglesia Católica marcan el sello sobre el cual se construye el sistema constitucional desde una perspectiva patriarcal, clasista, racista, sexista y heterosexual, donde se podría afirmar que la noción del matrimonio heterosexual está implícita.⁴¹

Las Constituciones de este período llevan implícita una concepción sexista y heterosexual, ya que no se reconocía a la mujer como ciudadana y, para obtener la ciudadanía, había que estar casado, es decir, haber contraído matrimonio entre un hombre y una mujer conforme las reglas dispuestas por la iglesia y la religión dominantes, las normas legales sujetas al derecho canónico estatal vigentes y el Código Civil.

1.2.2 Segundo período: régimen de la república liberal - de 1897 a 1929

Llamado así en virtud de que está anclado a los procesos de reforma que se produjeron en este período, principalmente la notoria disputa entre el naciente Estado Laico y el decadente Estado Canónico; además, se expresa la disputa por una ciudadanía liberal y parcialmente no excluyente, pues se mantiene fuera de la ciudadanía a quienes no supieran leer y escribir, la mujer no es reconocida como ciudadana formalmente, la presencia de la Iglesia y la religión católica es fuerte aún y la noción social y cultural del matrimonio heterosexual domina.

1.2.3 Tercer período: modernización de la república liberal - de 1929 a 1967

Se cuenta con un Estado laico vencedor jurídicamente y una ciudadanía liberal regida en la materia por el Código Civil; por lo que se mantiene la noción del matrimonio

⁴¹ Esta visión si mantuvo en gran parte de las constituciones que han regido el país, desde la Constitución Política Grancolombina de 1830, hasta la Constitución Política del Ecuador de 1884.

heterosexual dominante, y se inicia el régimen de protección reforzada a la familia heterosexual. Se puede observar de manera clara el inicio de este régimen desde la Constitución de 1929.

Se debe reconocer que la Constitución de 1929 inicia un período de reivindicaciones en cuanto a los derechos políticos de las mujeres, sin embargo, el régimen de protección a la familia, al matrimonio clásico, el haber familiar y la maternidad sostendrán, desde ese momento y hasta nuestros días, la construcción de normas constitucionales desde el heterosexismo dominante.

La Constitución de 1945 y 1946 reproducen textualmente el sistema y régimen reforzado de protección a la familia y el matrimonio heterosexual como un fin del Estado y una responsabilidad social.

1.2.4 Cuarto período: régimen de la república liberal de derechos - de 1967 a 1998

En este lapso de tiempo, se mantiene fortalecido jurídicamente el Estado laico dominante, la ciudadanía liberal, un régimen de derechos explícitos y un lenguaje de derechos humanos y de libertades personales en la Constitución, quizá como reflejo del apareamiento e inicial desarrollo del sistema universal y regional de derechos humanos.⁴² Sin embargo, se mantiene la noción del matrimonio heterosexual reforzado con el régimen de protección de la familia y la legislación civil.⁴³

Es indispensable mencionar el carácter del matrimonio desde 1967, pasando por las Constituciones de 1979, 1984, 1993, 1996, 1997 e incluso la de 1998, no es excluyente, pues determina que “el matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad especial de los cónyuges”.⁴⁴ Esta definición nos podría hacer pensar que no importa el sexo, la orientación sexual o el género en la pareja de contrayentes, pero el contexto jurídico y cultural que rodea esta definición es heterosexual al leer las normas relativas a la familia y al matrimonio en el derecho civil.

⁴² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.

Sobre este asunto se puede consultar las constituciones de 1979, 1984, 1993, 1996 y 1997. Contienen textos desarrollados en el ámbito de derechos y libertades. Revisar también en este cuerpo legal el Capítulo IV De los derechos, deberes y garantías, en el Anexo 1

⁴³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967. Revisar en este cuerpo legal el Capítulo III De la familia, en el Anexo 2.

⁴⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* de 1967, Inciso del artículo 29.

1.2.5 Quinto período: del régimen de la república liberal de derechos a la república social de derechos - de 1998 a 2008

En este período se consolida jurídicamente el Estado laico, la ciudadanía diversa se amplía, el régimen de derechos y libertades explícitas tiene un lenguaje de derechos humanos. Por otra parte, la inclusión del principio y derecho a la igualdad y no discriminación por razones de orientación sexual⁴⁵ y de identidad de género, así como el reconocimiento de la familia diversa disputan el sentido de la noción de familia frente al control heterosexual exclusivo. De igual manera, el reconocimiento de la unión de hecho de las personas del mismo sexo marca un cambio cualitativo en las relaciones sociales y de pareja. Sin embargo, la noción y restricción reforzada del matrimonio heterosexual en la Constitución del 2008, definición que por primera vez se establece en una Constitución en el Ecuador, tiene como antecedente los debates parlamentarios en la Asamblea Constituyente, que estuvieron marcados por una perspectiva restrictiva, pese a que el informe para el segundo debate de la Mesa Constituyente No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales planteaba:

el reconocimiento de la familia en todos sus tipos, el matrimonio fundado en el libre consentimiento de los contrayentes, en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges; la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial; y la adopción para parejas de distinto sexo únicamente.⁴⁶

En el pleno de la Asamblea se sustentó que el reconocimiento de las familias de diverso tipo tenía como fundamento la situación migratoria vivida por el país a finales de la década de los 90; se reconoció que la unión de hecho entre personas del mismo sexo era una larga lucha del colectivo LGBTI, sobre todo para garantizar sus derechos patrimoniales; sin embargo, al abordar el tema del matrimonio y la adopción la posición fue totalmente cerrada; al punto que ni siquiera se mantuvo la definición de matrimonio tal como estaba planteada en la Constitución de 1998, la cual deviene de la definición de la Constitución de 1967.

Al respecto, asambleístas como Rossana Queirolo afirmaban:

La familia es la célula básica de la sociedad, siempre ha sido constituida por la unión entre un hombre y una mujer cuyo principal objetivo es la procreación para la

⁴⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, última modificación 17 de diciembre de 2004. Revisar en este cuerpo legal el artículo 23, en el Anexo 3.

⁴⁶ María Soledad Vela, "Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008" (segundo debate, Mesa Constituyente No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales), Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente, 14-5.

permanencia de la sociedad, si el objetivo no es procrear, no son familia, es una unión entre dos personas del mismo sexo, no puede ser familia, se les debe respetar y se les debe dar sus derechos, pero no se les puede llamar familia. Por tanto, la familia es una institución esencialmente heterosexual, este es un dato antropológico del que el Derecho suele limitarse a tomar nota. Una unión formal entre dos personas del mismo sexo no debe dar origen a una familia, no cumple con las mismas funciones sociales por las que el derecho regula y protege a la familia.⁴⁷

En consecuencia, mayoritariamente se votó un texto reformulado sobre matrimonio y familia, en ese sentido la presidenta de la Mesa Constituyente No. 1 María Soledad Vela afirmaba:

Nos mantenemos en reconocer a la familia en todos sus tipos con un reconocimiento a la realidad que nosotros vivimos. Hemos aclarado que la redacción del matrimonio, se mantiene la unión de hecho de las parejas libres de vínculo matrimonial, para proteger no sólo a las parejas que pueden tener una familia, que pueden adoptar como son las de hombres y mujeres, sino también a las parejas del mismo sexo que unen, pero no se les reconoce a las parejas del mismo sexo la adopción, ni tampoco se está reconociendo lo que sería el matrimonio. Estamos reconociendo la unión de hecho para garantizar los fines patrimoniales.⁴⁸

Pese a toda esta situación, la demanda del matrimonio igualitario en el país, en la región y en el mundo, evidencia la más profunda y definitiva tensión del Estado y la cultura heterosexual frente a un plan de Estado y cultura diversa y democrática.

1.2.6.- Principales avances del colectivo LGBTI en el ejercicio de sus derechos desde el año 2014.

En el Ecuador desde el año 1997 han ocurrido un conjunto de acontecimientos que evidencian importantes avances en el ejercicio de los derechos humanos del colectivo LGBTI generados tanto por la jurisprudencia, las políticas públicas y la legislación; sin duda, la despenalización de la homosexualidad como delito, establecido en el artículo 516 del antiguo Código Penal, a través de la declaratoria de inconstitucionalidad de dicha norma en 1997, marca el inicio de procesos que progresivamente permiten establecer precedentes importantes. Posteriormente, la inclusión de la cláusula de no discriminación en razón de la orientación sexual en la Constitución de 1998⁴⁹ se ve fortalecida por las

⁴⁷ Rosana Queirolo, "Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008" (Segundo Debate, Mesa Constituyente No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales), Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente, 95.

⁴⁸ María Soledad Vela, "Acta 89. Sumario. 17 de julio de 2008" (Mesa Constituyente No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales), Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente, 28.

⁴⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Decreto Legislativo No. 000, Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998, art.23, num.3.

normas constitucionales provenientes de la Constituyente del año 2008⁵⁰ y por políticas específicas del Plan Nacional de Desarrollo que incluye la obligación del Estado de protección especial a personas en situación de vulnerabilidad (Principio 2, objetivo 6).

La Constitución del Ecuador en su artículo 67 reconoce a las familias en sus diversos tipos y su protección, sin distinción de sus vínculos jurídicos y, de hecho. Así entonces en el artículo 68, se establece que la unión de hecho garantiza los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio. En ese sentido, en el artículo 222 del Código Civil y siguientes, se regula sobre la unión de hecho. Igualmente, el artículo 56 y siguientes de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles; sin embargo, sigue en discusión si efectivamente la unión de hecho garantiza o no los mismos derechos y tiene naturaleza similar al matrimonio.

El Código del Trabajo, en la codificación 17 del Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005 y la última modificación del 27 de enero de 2011, establece en el artículo 79 el derecho a la igual remuneración por trabajo igual y sin discriminación entre otras causales por la orientación sexual; por otra parte, en el Registro Oficial No. 483 del 20 de abril de 2015 se establece reformas a la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, por lo que en el artículo 195.3 se reconoce como despido ineficaz, cuando se produce por discriminación, estableciendo una indemnización de doce remuneraciones adicionales cuando el despido se ha efectuado por causa de la orientación sexual del trabajador, siendo un importante reconocimiento para demandar derechos de orden laboral.

En el año 2014, con la aprobación del nuevo Código Orgánico Integral Penal se tipifica en los artículos 176 y 177 los actos de discriminación y los actos de odio como delitos, lo que incluye la discriminación y el odio por orientación sexual e identidad de género.

En la Agenda Nacional de Mujeres y la Igualdad de Género 2013-2017, se establecen acciones específicas con el fin de garantizar el desarrollo de los colectivos y grupos de la diversidad sexual y de género.

⁵⁰ Artículo 3.1. relativo a los elementos constitutivos del Estado, artículo 11.2 como principios de aplicación sustentados en la no discriminación por orientación sexual e identidad de género, artículo 66.4 como parte del derecho a la igualdad formal y material, artículo 83.4 como parte de las responsabilidades ciudadanas.

En el año 2014, la Defensoría del Pueblo con el soporte de organizaciones civiles del colectivo LGBTI, elaboró una Guía Metodológica para el Curso Virtual sobre los Derechos de la Población LGBTI, el cual está dirigido a servidores/as públicos/as en el marco de la Política Interinstitucional LGBTI dirigida por el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social.

El inicio del curso virtual se dio la primera semana de julio de 2016 y tuvo validez hasta junio de 2017. Hasta el cierre del curso, se registró, en la plataforma, un total de 54 instituciones públicas, 134.348 usuarios (100.000) del ámbito público aprobaron el curso; logrando sensibilizar sobre un mejor servicio y atención a la población LGBTI y a la ciudadanía en general.⁵¹

En el año 2015 se constituyó la Comisión de Seguimiento de casos de Muertes Violentas de Personas LGBTI⁵², como una respuesta a los reportes de violencia y crímenes que denunciaban algunas organizaciones civiles.

En esta Comisión, en el 2017, del total de 48 casos a los que se les dio seguimiento, 8 obtuvieron sentencia condenatoria, 25 se encuentran en investigación previa, 3 han sido archivados y 3 tienen llamamiento a juicio.⁵³

En la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles publicada en el Registro Oficial No. 684 del 4 de febrero de 2016 se establece en el artículo 78 el procedimiento del cambio de nombre para las personas trans, estableciendo que toda persona desde los 18 años de edad, por sus propios derechos, por una sola vez, podrá cambiar sus nombres propios, alterar el orden de los mismos, suprimir uno cuando conste con más de dos o, aumentar uno cuando conste con un solo nombre, sin más que su voluntad ante la autoridad competente, sin embargo, el artículo 94 manifiesta que al cumplir la mayoría de edad y por una sola vez, la persona por autodeterminación podrá sustituir el campo sexo por el de género que puede ser: masculino o femenino. También este artículo establece que se requiere la presencia de dos testigos que acrediten una autodeterminación contraria al sexo del solicitante y por al menos dos años; esta última parte es cuestionada por el colectivo LGBTI porque afecta el principio de autodeterminación y autonomía.

⁵¹ Bernarda Freire y Jorge Fernández, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, en el Ecuador 2017*, (Quito, 2018), 57.

⁵² La Comisión está conformada por la Fiscalía, Ministerio del Interior, la Dirección Nacional de Delitos Contra la Vida, Muertes Violentas, Desapariciones, Extorsión y Secuestros de la Policía Nacional, la Defensoría Pública y la Defensoría del Pueblo.

⁵³ *Ibid.*, 35.

En el año 2016, el Ministerio de Educación aprobó la de Política Publica Integral para Personas LGBTI y Plan de Implementación 2016-2017, estableciendo como estrategias: mejorar el acceso a la educación en igualdad de condiciones y el trato sin discriminación por orientación sexual e identidad de género; y, promover una educación de calidad libre de violencia y sin discriminación por orientación sexual e identidad de género en todos los niveles del sistema educativo.

En materia de salud, se cuenta con el Acuerdo Ministerial número 0125-2016, sobre el *Manual de Atención en salud a personas gay, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersex*, que establece los mecanismos para evitar la discriminación y violencia hacia este colectivo.

En el año 2017 se aprobó la Ley Orgánica de Movilidad Humana y fue publicada en el Registro Oficial N. 938 del 6 de febrero de 2017, en cuyo cuerpo legal se determina en el artículo 2 como principios fundamentales: la igualdad ante la ley y no discriminación y el principio de no devolución garantizando que ninguna persona por su orientación sexual sea excluida o se ponga en riesgo su vida, libertad e integridad.

En el Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, se establece como política 2.1.: “Erradicar la discriminación y la exclusión social en todas sus manifestaciones, especialmente el machismo, la homofobia, el racismo, la xenofobia y otras formas conexas, mediante acciones afirmativas y de reparación integral para la construcción de una sociedad inclusiva”⁵⁴, lo que permite demandar al colectivo LGBTI el desarrollo de acciones y estrategias en distintos ámbitos y en los diversos niveles de gobierno.

El 24 de agosto de 2017, la Corte Constitucional emitió la sentencia del caso No. 0288-12- EP, relativo al pedido del señor Bruno Paolo Calderón quien desde al año 2001, solicitó al Registro Civil de Manabí la rectificación de su sexo en la cédula, lo cual fue reiteradamente negado por los Tribunales de Justicia ante los cuales acudió, por lo que finalmente presentó una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, instancia que aceptó el pedido de Bruno Paolo y determinó que existió una vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, debido proceso respecto de la adecuada motivación, libre desarrollo de la personalidad e identidad personal previstos en los

⁵⁴ Ecuador Senplades, *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021*, Resolución N.º CNP-003-2017, 22 de septiembre de 2017. pol. 2.1

artículos 75, 76 numeral 7 literal 1 y 66 numerales 4 y 28 de la Constitución de la República del Ecuador. La Corte adicionalmente dispuso a la Asamblea Nacional:

...la adopción de las disposiciones legales necesarias para regular el procedimiento de cambio de sexo de personas transexuales, para lo cual se debe observar los criterios vertidos por esta Corte en el análisis de los derechos constitucionales al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal.⁵⁵

El 29 de mayo de 2018, la Corte Constitucional emitió su dictamen en el caso No. 1692-12-EP, en la sentencia constitucional No.184-18-SEP-CC, por la cual se atendió el pedido de Nicola Susan Rothom y Helen Louise Bicknell madres de Satya Amani Bicknell Rothom, quienes realizaron la solicitud al Registro Civil en el año 2012 para la inscripción de su hija con sus apellidos como madres de la niña; requerimiento que fue negado y que luego no fue aceptado por los Tribunales de Justicia en instancias anteriores, por lo que las madres de Satya presentaron una acción extraordinaria de protección.

La Corte Constitucional resolvió:

Declarar la vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva; al debido proceso en la garantía de motivación; a la identidad personal en relación a la obtención de la nacionalidad; a la igualdad y no discriminación; a la familia en sus diversos tipos: así como también al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes...

...disponer que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, a través de su representante legal, proceda de manera inmediata a la inscripción como ecuatoriana de la niña Satya Amani Bicknell Rothom. manteniendo sus nombres, apellidos y reconociendo su filiación como hija de Helen Louise Bicknell y de Nicola Susan Rothom... sus madres...

... se dispone que la Asamblea Nacional en el plazo no mayor al de un año contado desde la notificación de esta sentencia, adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos de reproducción asistida en forma armónica con los preceptos constitucionales, observando para aquello los criterios vertidos por esta Corte Constitucional en el análisis del derecho al reconocimiento de las familias en sus diversos tipos.⁵⁶

1.3 Matrimonio igualitario, derecho internacional y jurisprudencia comparada

En este acápite se hará una aproximación al desarrollo normativo y jurisprudencial impulsado en los sistemas de derechos humanos a nivel universal y americano, en relación

⁵⁵ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", del *Caso No. 0288-12-EP*, 24 de agosto de 2017.

⁵⁶ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia Constitucional No.184-18-SEP-CC", del *Caso No. 11692-12-EP*, 29 de mayo de 2018.

a los derechos de las personas del colectivo LGBTI; así como al rol que han jugado otros órganos de estos sistemas en relación a sus derechos. Se revisará brevemente la jurisprudencia desarrollada sobre el matrimonio igualitario en España y Colombia por ser relevantes en el contexto europeo y latinoamericano e influyentes en la región.

1.3.1 El Sistema Universal de Derechos Humanos y el Foro Internacional del colectivo LGBTI

Es importante mencionar que en el marco de la comunidad internacional el colectivo LGBTI tiene una presencia clave en los Foros de Naciones Unidas y en los sistemas regionales a través de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA), que constituye la Federación Mundial creada desde 1978 y que a la presente fecha agrupa a más de 1.200 organizaciones de 132 países.

Los procesos de cabildeo e incidencia política de ILGA por la igualdad de derechos y la liberación de todas las formas de discriminación en los Foros Internacionales ha sido relevante. Por razones de orden temporal solo haré referencia a aquellos hechos destacados desde el año 2014 hasta el 2017 en el marco de la comunidad internacional.

El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas luego de tres años desde la primera Resolución sobre Orientación Sexual e Identidad de Género (SOGI) presentada por Suráfrica en junio de 2011, emitió una segunda Resolución aprobada en septiembre de 2014, con el patrocinio de Brasil, Chile, Colombia y Uruguay. La Resolución fue aprobada con el apoyo de países de todas las regiones y por mayoría absoluta, con 47 Estados con capacidad de voto, proceso en el cual participó activamente ILGA.

En 2014, ha habido diversos momentos clave en el EPU.⁵⁷ En países como Nicaragua, República Dominicana, Italia y Bolivia hubo un marcado incremento del número de recomendaciones SOGI. En enero y octubre, Vietnam y Fiji recibieron respectivamente sus primeras recomendaciones SOGI.⁵⁸

Para el año 2015, ILGA participó activamente en las sesiones del Comité de Derechos Humanos, destacándose la sesión 29 en la cual el Alto Comisionado de

⁵⁷ Examen Periódico Universal

⁵⁸ ILGA, Informe Anual 2014, Ginebra, pág. 11, https://ilga.org/downloads/ILGA_Informe_anual_2014.pdf

Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) lanzó el nuevo informe sobre la discriminación y la violencia contra las personas por su orientación sexual e identidad de género. “Es alentador que entre 2014 y 2015, hubo un aumento del 34% al 46% de los exámenes de los países que dieron lugar a las observaciones finales que contienen temas SOGIESC”.⁵⁹

En mayo de 2015 se presentó la décima edición de la publicación anual de ILGA, *Informe de Homofobia de Estado y su mapa asociado*, documento que analiza de manera exhaustiva a los países que penalizan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo y otras formas de homosexualidad y que permite monitorear los avances y límites para el ejercicio de los derechos humanos de las personas LGBTI en el mundo y en el marco de los Foros internacionales y el sistema de protección de derechos humanos.

Para el año 2016, el acontecimiento más importante en el marco de Naciones Unidas y en los esfuerzos de la comunidad internacional y de ILGA por promover y proteger los derechos humanos de las personas LGBTI, fue la creación de un nuevo Procedimiento Especial: el Experto Independiente de la ONU sobre Orientación Sexual e Identidad de Género en la persona del profesor Tailandés Vitit Muntarbhorn.⁶⁰

2016 también vio dos publicaciones innovadoras realizadas por el equipo. En primer lugar, una nueva serie de recopilaciones anuales de la jurisprudencia de los Órganos de Tratados de las Naciones Unidas sobre derechos humanos en materia de SOGIESC, con un análisis de las tendencias y lagunas para el uso de los activistas. En segundo lugar, un análisis largamente esperado del proceso del Examen Periódico Universal y LGBTI, con una serie de recomendaciones a los Estados y la sociedad civil sobre cómo maximizar el impacto de este poderoso mecanismo.⁶¹

En enero de 2017, por iniciativa del Experto Independiente de la ONU sobre Orientación Sexual e Identidad de Género y con la activa participación de ILGA se convocó a la primera consulta pública sobre la protección contra la violencia y discriminación basadas en la orientación sexual y en la identidad de género.

En septiembre de 2017, ILGA coorganiza consultas con la sociedad civil sobre el Índice de Inclusión LGBTI liderado por el PNUD: ¡Estamos sumando muchísimos datos, para que nadie se quede por fuera! Este índice tiene la finalidad de desarrollar y

⁵⁹ ILGA, Informe Anual 2015, Ginebra, pág. 18, https://ilga.org/downloads/ILGA_Informe_Anuual_2015_ESP_print.pdf

⁶⁰ El mandato fue creado en junio de 2016 y el experto independiente fue nombrado en septiembre de 2016.

⁶¹ ILGA, Informe Anual 2016, Ginebra, pág. 19, https://www.ilga.org/downloads/ILGA_Informe_Anuual_2016.pdf

perfeccionar los indicadores en cinco dimensiones de la vida de las personas LGBTI: salud, educación, participación política y ciudadana, bienestar económico, y seguridad personal y violencia y cuyos resultados se los verá en el año 2018.

En 2017, se publicó y actualizó el informe: *Homofobia de Estado, estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*, documento de gran trascendencia promovido por ILGA en diversos foros internacionales y regionales.⁶²

Hay muchas más acciones que evidencian la presencia en foros internacionales de las organizaciones del colectivo LGBTI, sin embargo, las mencionadas no son solo una muestra significativa del avance organizativo propio de este colectivo, sino del propio sistema internacional de derechos humanos.

a) Normativa

Es necesario mencionar que la obligación de los Estados en relación a los derechos humanos de las personas LGBTI está desarrollada en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por los países del mundo; en particular, el respeto al derecho a la vida, seguridad e intimidad, el derecho a estar libre de tortura, arresto y detención arbitraria, a estar libre de discriminación y a la libertad de expresión, de asociación y de reunión pacífica, entre otros.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 2 y 7 establecen para todas las personas el derecho a la igualdad y no discriminación, lo que se replica en las disposiciones sobre no discriminación en los demás tratados internacionales de derechos humanos, declaraciones internacionales, directrices y hasta resoluciones del sistema internacional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos⁶³, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁴ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

⁶² Aengus Carroll y Lucas Ramón Mendos, *Homofobia de Estado 2017: Estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*, (Ginebra: ILGA, 2017). https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_Homofobia_de_Estado_2017_WEB.pdf

⁶³ ONU Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, art. 7, A/RES/217 A (III).

⁶⁴ ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, art. 2.1, A/RES/2200 A (XXI).

y Culturales⁶⁵ incluyen la cláusula de no discriminación y aunque no mencionan explícitamente la orientación sexual ni la identidad de género, es aceptado en el derecho internacional que la expresión “cualquier otra condición” da paso para que se incluya cualquier otra situación que afecte derechos fundamentales por la condición de las personas y tenga como objetivo o resultado la discriminación.

Por otra parte, se debe mencionar que, si bien es cierto, el texto consagrado en el artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho a casarse, lo hace en un contexto socio-cultural heterosexual:

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. Solo 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.⁶⁶

De la misma manera el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra en su numeral 2 que: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.⁶⁷

Estas definiciones responden a un contexto socio cultural en el marco de la comunidad de las naciones, en el cual la construcción heteronormativa era la imperante. No es ajeno al presente análisis el afirmar que los derechos de las personas del colectivo LGBTI no estaban presentes en el debate y, en consecuencia, se concebía al matrimonio como una institución heterosexual, en la cual se expresaban derechos y obligaciones entre los cónyuges de diferente sexo, e incluso se promovía medidas de protección especial a la familia y a los hijos e hijas en el entendido de que dicho vínculo tenía como parte de sus “naturales” opciones la procreación.

Todas estas circunstancias y análisis se han modificado con el tiempo; en particular por la evolución de los derechos humanos, por las transformaciones sociales y

⁶⁵ ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC*, 16 de diciembre de 1966, art. 2.2, A/RES/2200 A (XXI).

⁶⁶ ONU, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. 16.1.

⁶⁷ ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 23, núm. 2.

culturales, por la reconceptualización de instituciones como la familia y el matrimonio, que buscan confrontar, desde la dignidad humana, a los sistemas civilizatorios patriarcales, sexistas, racistas, heterosexistas, xenófobos, clasistas o fundamentalistas.

b) Doctrina

Los *Principios de Yogyakarta* sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género, elaborado por expertos internacionales por pedido de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos en el año 2006, constituye la doctrina más importante desarrollada en materia de los derechos de las personas con otra orientación sexual e identidad de género. En este instrumento se reconoce que:

muchos Estados y sociedades imponen a las personas normas relativas a la orientación sexual y la identidad de género a través de las costumbres, las leyes y la violencia, y procuran controlar como las personas viven sus relaciones personales y como se definen a sí mismas.⁶⁸

Es preciso mencionar que los Principios de Yogyakarta ubican a la orientación sexual como

la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas [...] [y a la identidad de género como] la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente [...] la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, incluyendo vestimenta, el modo de hablar y los modales”.⁶⁹

Es importante contar con estas definiciones, en virtud de que las mismas expresan la condición esencial de las personas, alrededor de la cual gira su ser integral y, en consecuencia, su dignidad como ser humano, por lo tanto, el ejercicio de sus derechos y libertades independientemente de su orientación sexual o identidad de género. A lo antes mencionado se debe añadir que la “legislación internacional de derechos humanos impone una absoluta prohibición de la discriminación concerniente al pleno disfrute de todos los derechos humanos”.⁷⁰

⁶⁸ Panel internacional de especialistas en legislación internacional de derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género, *Principios de Yogyakarta*, 9 de noviembre de 2006, (Yogyakarta: 2007), 6. <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

⁶⁹ *Ibid.*, 8.

⁷⁰ *Ibid.*, 9.

Por otra parte, Los Principios de Yogyakarta afirman que

Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad.⁷¹

En consecuencia, los Estados deben respetar y proteger la personalidad jurídica y esencial de las personas para que ejerzan libremente su capacidad jurídica; su autodeterminación, su dignidad, sus libertades, cuando éstas no atentan contra los derechos de otros, como es en el presente análisis la decisión de contraer matrimonio o no. La extensión de este derecho y la libertad personal se cruzan con el ejercicio del derecho a gozar de su privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales,⁷² así como el derecho a formar una familia.⁷³

La evolución inexorable del derecho internacional está avocada a promover la construcción de sociedades respetuosas de la condición humana sin discriminación, a reformular la legislación internacional y nacional para la garantía de los derechos de las personas independientemente de su orientación sexual o identidad de género; a repensar la institucionalidad y la cultura a partir de parámetros incluyentes que enfrenten el machismo, sexismo, heterosexismo, racismo, antropocentrismo, adultocentrismo.

c) El soft law

El soft law está conformado por el conjunto de instrumentos que, en principio, carecen de fuerza vinculante desde un punto de vista convencional; pero que, sin embargo, son fuente de relevancia jurídica, ética y política para los Estados, así como para los órganos del sistema internacional.

En ese sentido, es preciso mencionar que la Asamblea General Naciones Unidas muestra su preocupación en relación a la situación de los derechos humanos de la comunidad LGBTI desde junio de 2011, cuando el Consejo de Derechos Humanos adoptó la resolución 17/19, relativa a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. Esta resolución fue aprobada por una mayoría de representantes no muy

⁷¹ *Ibid.*, 12.

⁷² *Ibid.*, 14-15.

⁷³ *Ibid.*, 29-30.

significativa, pero recibió el apoyo de miembros del Consejo de todas las regiones. Con esta aprobación, se abrió el paso para que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos realice el primer *Informe sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Sin embargo, los órganos de los tratados de Naciones Unidas, años antes, ya plantearon el tema; así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 20 de julio de 2009), el Comité de los Derechos del Niño (Observación General 3 de marzo 2003), el Comité contra la Tortura (Observación General 2 de enero de 2008) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Recomendación General 27 de diciembre de 2010), hicieron referencia en sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación, como se menciona en el párrafo 89 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo versus Chile*.

La protección de las personas sobre la base de su orientación sexual e identidad de género no exige la creación de nuevos derechos ni que se concedan derechos especiales a las personas LGBTI. En realidad, solo es necesario que se cumpla la garantía aplicable universalmente de no discriminación en el goce de todos los derechos.⁷⁴

Recientemente el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos actualizó el *Informe sobre la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual*, presentado el 4 de mayo de 2015 al Consejo de Derechos Humanos en su 29 período de sesiones. Dicho informe recoge

las conclusiones recientes de órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, organizaciones regionales y organizaciones no gubernamentales (ONG), y en la información presentada por los gobiernos, en particular las 28 respuestas a una nota verbal que se envió a los Estados miembros el 29 de diciembre de 2014.⁷⁵

Aquí se detalla que entre 2011 y 2015, catorce Estados han aprobado o endurecido sus leyes contra la discriminación y los delitos de odio motivados por la orientación sexual o la identidad de género de las personas, otros tres han abolido sanciones penales

⁷⁴ ONU Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Nacidos Libres e Iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos* (Nueva York, Ginebra: 2012), 9.

⁷⁵ ONU Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, A/HCR/29/23, 3.

por homosexualidad, treinta y cuatro han introducido el matrimonio⁷⁶ o las uniones civiles entre personas del mismo sexo y diez han realizado reformas dirigidas a reconocer la identidad de género de las personas; lo que muestra que el mundo está avanzando en el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI y que la equiparación para su ejercicio llega incluso a instituciones tradicionalmente vistas como “naturalmente heterosexuales”, refiriéndose directamente al matrimonio.

El informe del Alto Comisionado destaca que

la protección de los derechos a la igualdad ante la ley, la igualdad de protección de la ley y la no discriminación es una obligación fundamental de los Estados en virtud del derecho internacional, por lo que los Estados deben prohibir y prevenir la discriminación en los ámbitos público y privado, así como disminuir las condiciones y actitudes que provocan o perpetúan esa discriminación.⁷⁷

En esta perspectiva es preciso mencionar que las condiciones que generan y provocan prácticas discriminatorias contra las personas LGBTI se amparan en la normativa de aplicación general, como son las leyes; en este caso, en la regulación constitucional y legal del matrimonio exclusivamente como garantía de las personas de diferente orientación sexual.

La posición adoptada por el Consejo de Derechos Humanos y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expresada a través del informe mencionado con anterioridad, si bien sustenta la necesidad de promover condiciones que garanticen la no discriminación en términos generales, afirman que: “Si bien el derecho internacional no obliga a los Estados a reconocer el matrimonio homosexual, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha exhortado a los Estados a posibilitar el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo”.⁷⁸

Esta posición es plenamente comprensible desde la perspectiva de las relaciones internacionales en el marco de Naciones Unidas, así como por el progresivo avance en el reconocimiento de los derechos humanos en la comunidad internacional, y va tocando fondo cuando la exigibilidad del derecho a la igualdad y no discriminación y en particular la aplicación objetiva de estándares de razonabilidad, proporcionalidad y legitimidad para

⁷⁶ Entre otros países, destacan Holanda, Bélgica, España, Argentina, Uruguay, Brasil, Dinamarca, Francia, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Reino Unido, EEUU, México (Distrito Federal).

⁷⁷ ONU Alto Comisionado, *Nacidos Libres e Iguales*, 7.

⁷⁸ *Ibid.*, 19.

el ejercicio de los derechos humanos, evidencian de manera estricta que son inaceptables las legislaciones, políticas y prácticas que niegan derechos a las personas del colectivo LGBTI.

d) Jurisprudencia

En su jurisprudencia, observaciones generales y observaciones finales, los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados han sostenido uniformemente que la orientación sexual y la identidad de género son fundamentos prohibidos de discriminación con arreglo al derecho internacional. Además, hace tiempo que los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos han reconocido la discriminación que existe en razón de la orientación sexual y la identidad de género.⁷⁹

En ese sentido, ya en 1992 el Comité de Derechos Humanos al pronunciarse en el caso *Toonen vs Australia* afirmaba:

8.7 El Estado parte ha pedido asesoramiento al Comité sobre la cuestión de si la inclinación sexual puede considerarse "otra condición social" a los fines del artículo 26. La misma cuestión podría plantearse en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Sin embargo, el Comité se limita a observar que, a su juicio, se debe estimar que la referencia al "sexo", que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la "inclinación sexual".⁸⁰

Sin embargo, para el año 2002, el Comité de Derechos Humanos, se pronuncia en el caso de *Juliet Joslin, Jennifer Rowan, Margaret Pearl y Lindsay Zelf contra Nueva Zelanda* respecto al matrimonio, manifestando que:

El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, opina que los hechos expuestos no revelan violación de ninguna disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁸¹

1.3.2. El Sistema Interamericano

a) Normativa

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 24 consagra el derecho a la igualdad ante la ley, por el cual se establece el principio de no discriminación

⁷⁹ *Ibíd.*, 40.

⁸⁰ ONU Comité de Derechos Humanos, *Comunicación No 488/1992 Nicholas Toonen c. Australia*, 25 de diciembre de 1991, num. 8.7, CCPR/C/50/D/488/1992. <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/488-1992.html>

⁸¹ Dictamen, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/75/D/902/199930 de julio de 2002, *Juliet Joslin y otras versus Nueva Zelanda*.

como norma vinculante para los Estados parte de la Organización de Estados Americanos. En esa perspectiva, todos los tratados desarrollados por el sistema interamericano de derechos humanos incluyen una cláusula que les obliga a garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en la región.

Es preciso mencionar que en el marco del sistema regional se cuenta con dos Convenciones que establecen de manera expresa la prohibición de la discriminación por razones de orientación sexual, así la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁸² y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia⁸³. Estas dos convenciones han sido firmadas por el Ecuador, pero su ratificación está a la espera de la aprobación de estos tratados por parte de la Asamblea Nacional.

b) El soft law

La preocupación en la Organización de Estados Americanos (OEA) en relación a la situación de las personas LGBTI nace formalmente desde el año 2008, cuando la Asamblea General en su cuarta sesión plenaria aprueba una Declaración en la que manifiesta su preocupación principalmente respecto “de los actos de violencia y de las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”,⁸⁴ solicitando a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que incluya en su agenda el tema Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género.

De allí en adelante, la Asamblea General ha emitido anualmente declaraciones en las cuales motiva a los países de la región a que tomen medidas en contra de los actos de violencia y de discriminación hacia la población LGBTI en el continente. Las Declaraciones incluyeron los siguientes ámbitos:

AG/RES. 2435, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada el 3 de junio de 2008, resuelve: “1. Manifestar preocupación por los actos de

⁸² OEA, Asamblea General, aprobada el 15 de junio de 2015 y en vigor desde el 11 de enero de 2017. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp

⁸³ OEA, Asamblea General, aprobada el 5 de junio de 2013 y en vigor desde el 11 de noviembre de 2017. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo_firmas.asp

⁸⁴ OEA, Asamblea General, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, 3 de junio de 2008, AG/RES.2435 (XXXVIII-0/08).

violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”.⁸⁵

AG/RES. 2504, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada el 4 de junio de 2009, resuelve:

1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género.
2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.⁸⁶

AG/RES. 2600, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada el 8 de junio de 2010, resuelve:

1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.
2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad.
3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.⁸⁷

Cfr. AG/RES. 2653, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada el 7 de junio de 2011, resuelve:

1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación.⁸⁸

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ OEA, Asamblea General, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, 4 de junio de 2009, AG/RES.2504 (XXXIX-0/09).

⁸⁷ OEA, Asamblea General, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, 8 de junio de 2010, AG/RES.2600 (XL-0/10).

⁸⁸ OEA, Asamblea General, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, 7 de junio de 2011, AG/RES.2653 (XLI-0/11).

AG/RES. 2721, Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada el 4 de junio de 2012, resuelve:

5. Solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que preste particular atención a su plan de trabajo titulado "Derechos de las personas LGTBI", y que prepare el informe hemisférico en la materia, de conformidad con la práctica establecida por la propia CIDH e instar a los Estados Miembros a que apoyen los trabajos de la Comisión en esta materia.

6. Solicitar a la CIDH un estudio sobre las leyes y disposiciones vigentes en los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que limiten los derechos humanos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o identidad de género y que, con base en ese estudio, elabore una guía con miras a estimular la despenalización de la homosexualidad.⁸⁹

OEA G/RES. 2807, Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género, aprobada el 6 de junio de 2013, resuelve:

6. Instar a los Estados Miembros a que aseguren una protección adecuada a las personas intersex y a que implementen políticas y procedimientos, según corresponda, que aseguren la conformidad de las prácticas médicas con los estándares reconocidos en materia de derechos humanos.

7. Solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que preste particular atención a su plan de trabajo titulado "Derechos de las personas LGTBI", y que continúe el trabajo de preparación del informe hemisférico en la materia, de conformidad con la práctica establecida por la propia CIDH e instar a los Estados Miembros a que apoyen los trabajos de la Comisión en esta materia.

8. Solicitar a la CIDH que continúe la preparación de un estudio sobre las leyes y disposiciones vigentes en los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que limiten los derechos humanos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o identidad o expresión de género y que, con base en ese estudio, elabore una guía con miras a estimular la despenalización de la homosexualidad y de prácticas relacionadas a la identidad o expresión de género.⁹⁰

AG/RES. 2863, Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género, aprobada el 5 de junio de 2014, resuelve:

9. Exhortar a los Estados Miembros que aún no lo hayan hecho a que consideren, según sea el caso, la firma, ratificación o adhesión de los instrumentos interamericanos en materia de protección de derechos humanos, incluida la Convención Interamericana

⁸⁹ OEA, Asamblea General, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, 4 de junio de 2012, AG/RES.2721 (XLII-0/12).

⁹⁰ OEA, Asamblea General, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, 6 de junio de 2013, AG/RES.2807 (XLIII-0/13).

contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.⁹¹

En el año 2015, no hubo ninguna Declaración y en el año 2016 se emitió una Declaración General en la que se abordaron algunos temas, esta fue la AG/RES. 2887, aprobada el 14 de junio de 2016 y resolvió:

...considerar las recomendaciones contenidas en el “Informe sobre violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América”, aprobado por la CIDH en noviembre de 2015, con vistas a la adopción e implementación de medidas efectivas para el combate a la violencia y discriminación contra las personas LGBTI.⁹²

Por otra parte, se debe destacar que, en el año 2012, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, presenta el estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-0/11): *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes*.

En noviembre de 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, crea la Relatoría para los Derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans, Intersex (LGBTI).

Para marzo del 2014, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité Jurídico Interamericano presentan la actualización del Informe *Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género* en el cual destaca la aprobación de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, mediante Resolución AG/RES 2804 (XLIII-0/13), donde se incorpora la orientación sexual como una causa de discriminación inaceptable. Cabe señalar que Ecuador aún no ha ratificado este instrumento internacional.

En noviembre de 2015, la Comisión Interamericana presenta el estudio sobre “Violencia contra las personas LGBTI”, el cual recoge su preocupación por los actos de

⁹¹ OEA, Asamblea General, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, 5 de junio de 2014, AG/RES.2863 (XLIV-0/14).

⁹² OEA, Asamblea General, *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, 14 de junio de 2016, AG/RES.2887 (XLVI-0/16).

violencia cometidos contra esta población, así como la falta de respuesta del Estado en el marco del estándar de debida diligencia.⁹³

Finalmente, el 11 de junio de 2016 el Estado de Chile llega a un Acuerdo de Solución Amistosa con Cesar Antonio Peralta, Hans Harold Arias, Víctor Manuel Arce, José Miguel Lillo, Stephane Abran y Jorge Manuel Monardes, quienes en el año 2012 presentaron una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos arguyendo la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por parte de Chile, en razón de no garantizar el derecho a contraer matrimonio; ante lo cual se establece un diálogo que concluye con el Acuerdo entre las partes, comprometiéndose Chile entre otros temas a: “2. Ingresar a tramitación legislativa dentro del primer semestre del año 2017 un proyecto de ley de matrimonio igualitario”.⁹⁴

Como se puede apreciar, la OEA y, dentro del Sistema Regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han dado pasos importantes dirigidos a promover el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos de las personas LGBTI, quedando a la Corte Interamericana la tarea de generar jurisprudencia firme en el tema; para tal efecto, debemos mencionar que la Corte ha resuelto tres casos relevantes: el caso *Atala Riffo y niñas versus Chile*⁹⁵, el caso *Duque vs Colombia*⁹⁶ y el caso *Flor Freire vs Ecuador*⁹⁷, por la relevancia para la presente investigación se hará referencia al caso de *Atala Riffo y niñas vs Chile*.

c) Jurisprudencia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado importante jurisprudencia en materia de no discriminación por orientación sexual, la primera sentencia en este ámbito ha sido en el caso *Atala Riffo y niñas versus Chile*, la que será analizada de manera particular por su relevancia; sin embargo, es necesario mencionar

⁹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersexuales*, OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 2015, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

⁹⁴ Acuerdo de Solución Amistosa, Caso P-946-12, Cesar Antonio Peralta, Hans Harold Arias, Víctor Manuel Arce, José Miguel Lillo, Stephane Abran y Jorge Manuel Monardes vs Chile, 11 de junio de 2016. <http://www.movilh.cl/documentacion/2016/Acuerdo-MOVIH-Estado.pdf>

⁹⁵ CIDH, “Sentencia”, en *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 24 de febrero de 2012. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

⁹⁶ CIDH, “Sentencia”, en caso *Duque vs Colombia* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 16 de febrero de 2016. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

⁹⁷ CIDH, “Sentencia”, en caso *Flore Freire vs Ecuador* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 31 de agosto de 2016. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf

que otros casos importantes han sido: Duque versus Colombia⁹⁸, relacionado con la responsabilidad internacional de Colombia por la exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una “pensión de sobrevivencia” luego de la muerte de su pareja; y el caso Flor Freire versus Ecuador⁹⁹, que resultó de su separación de la Fuerza Terrestre ecuatoriana por supuestamente haber cometido actos sexuales homosexuales dentro de las instalaciones militares.

El caso Atala Riffo y Niñas versus Chile, cuya sentencia fue emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 2012, se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala Riffo debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. en el año 2003. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios. La Comisión solicitó a la Corte que declare la violación de los artículos 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17.1 y 17.4 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 24 (Igualdad ante la Ley), 8 (Garantías Judiciales) y 25.1 y 25.2 (Protección Judicial) de la Convención.

La Corte Interamericana en su sentencia establece los parámetros sobre los cuales se analizará el principio de igualdad y no discriminación al afirmar que:

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.¹⁰⁰

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Duque versus Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016, 113 período ordinario de sesiones. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Flore Freire versus Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf

¹⁰⁰ CIDH, “Sentencia”, en *Caso Atala Riffo versus Chile*.

Este estándar determinado en el Sistema Regional, coincide con las definiciones desarrolladas por la OEA y los informes que sobre el tema ha desarrollado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y constituyen la piedra angular para demandar de los Estados el respeto de los derechos y libertades de las personas LGBTI y en particular el derecho y libertad de contraer matrimonio.

En ese sentido, la Corte Interamericana menciona en la sentencia *Atala Riffo versus Chile* que:

82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o, de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana.¹⁰¹

En consecuencia, todo Estado que consagra en su normativa diferencias que den lugar a la discriminación de las personas LGBTI, atenta contra el derecho convencional, son ilegítimas a la luz de los derechos humanos y deben ser sujetas de reforma y adecuación a los tratados internacionales; esto es aplicable al artículo 67 de la Constitución y las normas del Código Civil ecuatorianos que limitan el matrimonio solo para heterosexuales.

En esa perspectiva es contundente el párrafo 91 de la sentencia *Atala Riffo y niñas versus Chile* que expresamente menciona:

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (suprapárrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. *Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.*

En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo

¹⁰¹ *Ibíd.*, párr. 82.

*alguna, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual*¹⁰² (énfasis añadido).

Por otra parte, la Corte Interamericana sustenta que las acciones estatales que violentan el principio de igualdad y no discriminación por la orientación sexual de las personas, afecta de manera conexa el derecho a la intimidad y la vida privada; al respecto señala la Corte:

135. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional.¹⁰³

Bajo estos estándares, la vida privada de las personas incluye la autonomía y libertad para mantener relaciones con otras personas. Así entonces, si alguien desea contraer matrimonio o no, convivir o no con otra persona, constituye parte de su esfera personal que el Estado y la sociedad debe respetar y garantizar, pues no atenta, ni afecta los derechos de terceros.

Reforzando lo mencionado anteriormente, la Corte Interamericana afirma en el caso *Atala Riffo versus Chile* lo siguiente:

136. En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad.¹⁰⁴

Finalmente, la Corte reflexiona sobre el derecho a contar y vivir con y en una al respecto menciona:

142. La Corte constata 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

¹⁰² *Ibíd.*, párr. 91.

¹⁰³ *Ibíd.*, párr. 135.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, párr. 136.

las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. [...]

145. En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”).¹⁰⁵

De esta manera, la Corte abre paso a una jurisprudencia innovadora que se sustenta en la lectura de la realidad desde el presente, bajo una concepción evolutiva de las normas y, en particular, desarrollando una interpretación que desde los derechos humanos promueve y garantiza la dignidad de las personas y los colectivos.

d) Opinión consultiva OC-24/17

La Convención Americana de Derechos Humanos prevé en su artículo 64 la facultad de la Corte de dar opiniones a los Estados de la OEA que lo requieran, acerca de la compatibilidad de las leyes con la Convención y otros instrumentos, así como la interpretación de la Convención respecto a la protección de derechos en los países de la región.

En esa perspectiva, la República de Costa Rica solicitó a la Corte Interamericana emita su opinión respecto del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una; la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley N° 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género y el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo. En razón del tema de la presente tesis, me referiré específicamente a la opinión emitida por la Corte respecto del último tema mencionado.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos deja un precedente muy importante al emitir en noviembre de 2017, la Opinión Consultiva OC-24/17¹⁰⁶,

¹⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 142 y 145.

¹⁰⁶ CIDH, *Opinión Consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

titulada *Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, en respuesta a la solicitud realizada por Costa Rica en 2016.

De las preguntas que Costa Rica realizó a la Corte, analizaremos la relacionada a las figuras jurídicas que regulan los vínculos entre personas del mismo sexo; pero, por conocimiento general, transcribo el conjunto de preguntas de Costa Rica:

1. ¿contempla la protección de la Convención que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género?; 2. ¿se podría considerar contrario a la Convención que la persona interesada en modificar su nombre solo pueda acudir a un proceso jurisdiccional?; 3. ¿podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil debe ser interpretado en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional previsto en la ley, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible?; 4. ¿contempla la protección de la Convención que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se deriven de un vínculo entre personas del mismo sexo?; 5. *¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales de dicha relación?*¹⁰⁷ (énfasis añadido).

La opinión consultiva 024/OC, aborda dos temas: la identidad de género¹⁰⁸ y el matrimonio civil igualitario.

El segundo tema abordado por la Opinión Consultiva 24 giró en torno a la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo. Al respecto, la Corte menciona que este tipo de vínculo afectivo implica la protección sobre las injerencias arbitrarias en la vida privada, así como el derecho a la familia, previstos en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En la opinión consultiva se afirma que ninguna de las normas de la Convención define lo que debe entenderse por “familia”; y, en consecuencia, se plantea:

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 4-5.

¹⁰⁸ La identidad de género ha sido definida en la 024/OC como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al nacer, e incluye la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar, los modales, entre otros (parr. 94.). En ese sentido, el derecho a la identidad según la Corte es el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en la sociedad; en consecuencia, la construcción de la identidad de género auto percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada, no pueden ser objeto de restricciones por el hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, sustentados en miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales irrazonables (parr. 95.). La Corte afirma que el cambio de nombre, la adecuación de la imagen y la rectificación a la mención del sexo o género, en registros y documentos de identidad, para que sean acordes a la identidad de género auto percibida, garantizan el derecho al nombre, reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad, vida privada y el libre desarrollo de la personalidad; y por ello, los Estados deben adoptar disposiciones en el derecho interno que reconozcan, regulen y establezcan procedimientos para tales fines (parr. 116.)

176. Con la finalidad de establecer el sentido corriente de la palabra “familia”, la Corte estima necesario reconocer la importancia neurálgica de esta como institución social, la cual surge de las necesidades y aspiraciones más básicas del ser humano. Busca realizar anhelos de seguridad, conexión y refugio que expresan la mejor naturaleza del género humano. Para la Corte, es indudable que esta es una institución que ha cohesionado comunidades, sociedades y pueblos enteros.¹⁰⁹

La Corte, al tiempo que reconoce la importancia de la familia, observa que existen diversas formas en las que se materializan vínculos familiares que no se limitan a la familia tradicional; sino que responden a circunstancias del mundo actual como la migración, la convivencia o las relaciones homoparentales. Por lo expuesto, la Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida común, caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. Esta perspectiva está amparada en la interpretación evolutiva que en materia de derechos humanos tanto la Corte como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han desarrollado:

187. A juicio del Tribunal, tales circunstancias hacen que la afirmación sostenida en reiteradas ocasiones por esta Corte y su par Europea adquiera especial fuerza y vigencia: los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. De este modo, la interpretación evolutiva confluye con la observancia del objeto y fin de la Convención Americana. Como fue establecido con anterioridad (supra párr. 58), la interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹¹⁰

En ese sentido, la Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar generado entre parejas del mismo sexo, que desarrollan relaciones afectivas permanentes, con un proyecto de vida en común, con cooperación y apoyo mutuo; por lo que los Estados deben respetar y proteger el ejercicio de los derechos y libertades de las personas a convivir independientemente de su orientación sexual o identidad de género; así como garantizar jurídica e institucionalmente el ejercicio de dichas libertades. Es decir, los Estados deben ofrecer a las parejas del mismo sexo la posibilidad de vivir como una familia, sea que se constituya por unión de hecho o por decidir contraer matrimonio conforme sea su decisión, amparadas en el derecho a una igual protección de la ley.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, párr. 117.

¹¹⁰ *Ibíd.*, párr. 187.

En este sentido, abordamos la última pregunta planteada por la República de Costa Rica, relacionada con los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger a las familias diversas. Al respecto, en la Opinión Consultiva se destaca que:

201. Esta Corte constató en el caso *Duque Vs. Colombia* que diversos Estados de la región han tomado acciones legislativas, administrativas y judiciales para asegurar los derechos de parejas del mismo sexo, a través del reconocimiento tanto de la unión civil o unión de hecho, como el matrimonio igualitario.¹¹¹

Es preciso mencionar que, a la luz de los estándares regionales e internacionales de derechos humanos, los Estados tienen tanto la obligación de respeto, como la obligación de garantía. En el primer caso, deben abstenerse de realizar acciones que conculquen derechos y libertades; y, en el segundo, les corresponde organizar todo el aparato gubernamental y la estructura estatal destinada al ejercicio de los derechos y libertades. Por ello, la Corte reitera que la falta de consenso en algunos países respecto de los derechos de las minorías sexuales por razones de orden religioso, no es un argumento válido para negarles o restringirles derechos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural contra estos colectivos; en consecuencia, los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras legales existentes en sus sistemas jurídicos, para asegurar la protección de los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.

218. En efecto, si 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.¹¹²

Ecuador está abocado a enfrentar el tema del matrimonio civil igualitario desde un escenario internacional que muestra importantes avances jurisprudenciales y normativos; así como por el desarrollo de estándares de derechos humanos sobre la materia, expresados en informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como en la jurisprudencia y la opinión consultiva 024 de la Corte Interamericana; pero

¹¹¹ *Ibíd.*, párr. 201.

¹¹² *Ibíd.*, párr. 218.

también debe enfrentar un contexto socio cultural donde las valoraciones religiosas y conservadoras, así como los estereotipos y prejuicios sociales están presentes en las familias, comunidades e instituciones.

226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.¹¹³

La democracia sustancial se pone a prueba y el matrimonio civil igualitario es el mejor escenario para dicho ejercicio, allí se evidenciará si estamos en condiciones de avanzar y evolucionar como una sociedad y un Estado más inclusivo y respetuoso de los derechos humanos. La Corte concluye la Opinión Consultiva dejando firme su posición sobre la necesidad de que los países de la región avancen en la materia:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.¹¹⁴

Finalmente, es preciso mencionar que los Estados de la región tienen la responsabilidad de aplicar en el marco del control de convencionalidad las opiniones emitidas por la Corte Interamericana, opiniones que pasan a formar parte del bloque de constitucionalidad, en esa perspectiva la propia Corte Interamericana en la Opinión Consultiva No. OC/21/14 menciona:

31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos

¹¹³ *Ibíd.*, párr. 226.

¹¹⁴ *Ibíd.*, 86-7.

órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que [se] estima necesaria que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.

1.3.3 La jurisprudencia española y colombiana

El análisis de la jurisprudencia de España y Colombia busca incorporar brevemente las reflexiones jurídicas que sobre el matrimonio igualitario ocurren en los dos continentes y en períodos diferentes, lo que muestra la dimensión universal de los derechos humanos y su permanente evolución histórica, especialmente en temas como el tratado en esta tesis.

España:

En España se habría dado la primera boda entre personas del mismo sexo a inicios del siglo XX. Esta referencia detalla lo siguiente:

Se trata de “Marcela y Elisa”, las cuales se casaron en el año de 1901 en la Coruña. Elisa se convirtió en Mario y el Padre Cortiella santificó la unión de la pareja. Fueron descubiertas y acabaron huyendo de España [...]. El matrimonio fue recogido en periódicos y partes de Europa [...]. En 1901 Elisa masculinizó su aspecto, inventó un pasado y se convirtió en Mario [...]. El sistema judicial trató de buscarlas para castigarlas por su matrimonio, así que ellas huyeron por causa de la homofobia del pueblo y las burlas y terminaron en Argentina.¹¹⁵

Este dato, histórica y sociológicamente, constituye un elemento contextual de la realidad española que hoy goza de un renovado ambiente social, cultural y político favorable al matrimonio igualitario, pero que no dejó de contar con argumentaciones jurídicas, políticas, ideológicas y culturales contrarias.

La Constitución española, aprobada en 1978, establece en el artículo 32.1 lo que constituye el matrimonio como institución y como derecho de las personas en el ejercicio de sus libertades. La norma reza lo siguiente: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.¹¹⁶

¹¹⁵ *Ibíd.*, 175-6.

¹¹⁶ España, *Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1987, art. 32.1.

El 1 de julio de 2005, la Cámara de Diputados de España dicta la Ley 13 / 2005 por la cual se dispone adicionar al artículo 44 del Código Civil la siguiente redacción:

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo [...]. Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes.¹¹⁷

Frente a esta legislación los actores sociales y políticos españoles contrarios al matrimonio igualitario, liderados por el Partido Popular, presentan una acción de inconstitucionalidad del conjunto de la ley 13/2005, argumentando tres razones: a) El carácter básico de la institución del matrimonio; b) La imposibilidad de que el legislador modifique la Constitución cambiando el nombre acuñado de las cosas empleado por el Constituyente; y, c) La posibilidad de conseguir la finalidad perseguida a través de fórmulas que no supongan una ruptura de la Constitución.¹¹⁸

El primer argumento se sostiene de acuerdo a la teoría originalista, por lo que se recuerda que “existen pocas instituciones de la historia de la humanidad con la tradición, solidez, e importancia social del matrimonio, institución que responde a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie, así como a su perpetuación”.¹¹⁹

Dicen ellos:

el Constituyente de 1978 no creó *ex novo* la institución matrimonial, sino que partió y se remitió a la concepción del matrimonio imperante en el mundo occidental y la tradición jurídica española [...]. Ni la legislación histórica, ni las sucesivas regulaciones del matrimonio en leyes especiales o en el Código Civil se han apartado en ningún momento del carácter heterosexual del matrimonio.¹²⁰

Por otra parte, los recurrentes apelan a lo dispuesto en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que el derecho al matrimonio lo es del hombre y la mujer a contraerlo entre sí.

¹¹⁷ España Cámara de Diputados, *Ley 13/2005*, BOE núm. 157, 1 de julio de 2005.

¹¹⁸ España Tribunal Constitucional Español, “Sentencia” en *Recurso de inconstitucionalidad No: 6864/2005*, BOE núm. 286, 28 de noviembre de 2012, 4.

¹¹⁹ *Ibid.*, 169.

¹²⁰ *Ibid.*, 171.

El segundo argumento expuesto gira alrededor de lo que consideran un fraude a la norma y a la carta fundamental, la Constitución; puesto que, desde su punto de vista, el modificar el sentido de las palabras utilizadas por el constituyente y el contenido de las instituciones reconocidas por el mismo, vulnera la integridad y fuerza normativa del texto constitucional.¹²¹

El tercer argumento gira en torno a la búsqueda de nuevos mecanismos e instituciones que garanticen la igualdad de derechos de las personas con otra orientación sexual, sin que suponga la ruptura de la Constitución. En consecuencia, muestran su posición favorable a la igualdad de derechos. Sin embargo, se mantienen firmes en exigir que no se desnaturalice la institución constitucional y heterosexual del matrimonio.¹²²

El Tribunal Constitucional español para resolver la acción de inconstitucionalidad de la ley 13 / 2005, parte del análisis del principio de no discriminación, sosteniendo que la Constitución española en su artículo 14 no consagra un derecho a la desigualdad de trato, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual. Por consiguiente, el matrimonio como derecho debe ser garantizado a todas las personas, para que éstas en ejercicio de sus libertades, libre desarrollo de la personalidad, vida íntima y familiar opten por éste sin exclusión alguna.¹²³

Por otro lado, el Tribunal Constitucional reconoce el doble carácter del matrimonio; por una parte, su condición de institución constitucional y social; y, por otra, como un derecho constitucional. Para su análisis se puede revisar la Sentencia STC 32/1981 que indica que

la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.¹²⁴

En consecuencia, la institución del matrimonio se mantiene vigente y reconocida social y jurídicamente, ampliando su ámbito de protección a otros sujetos históricamente excluidos. Por esta segunda afirmación, el carácter de derecho constitucional que

¹²¹ *Ibid.*, 171.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*, 190.

adquiere el matrimonio se ve reforzado por la protección subjetiva y evolutiva a favor de las personas de la misma orientación sexual.

El Tribunal afirma que:

Tras las reformas introducidas en el Código Civil por la ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento.¹²⁵

De esta manera el matrimonio igualitario se consagró en la legislación y sociedad española¹²⁶ y ha permitido que las parejas homosexuales desarrollen sus proyectos de vida conforme sus perspectivas, luego de un fallo jurisprudencial del más alto tribunal constitucional español.

Colombia

En Colombia el tratamiento de los temas vinculados a la unión de hecho entre personas del mismo sexo y el matrimonio igualitario, confronta a dos actores relevantes, por una parte las organizaciones y asociaciones que defienden los derechos de las personas y el colectivo LGBTI y por otra parte, los grupos de poder anclado en entidades religiosas y conservadoras desde el punto de vista político; es esta última situación la que no ha permitido que el tema avance en sede legislativa, por lo que los grupos en pro del matrimonio igualitario han definido como estrategia interponer acciones legales y usar finalmente la Corte Constitucional como el campo de batalla fundamental para sus reivindicaciones.

En América Latina, la Corte Constitucional colombiana se ha caracterizado por emitir sentencias cuyo origen, proceso y resultado responden a la escuela del activismo

¹²⁵ *Ibíd.*, 193.

¹²⁶ Hay que mencionar que, aunque la información estadística no es relevante para garantizar derechos fundamentales, en el caso español conforme el Centro de Investigaciones Sociológicas, en el barómetro de junio de 2004, el 66,2% de los españoles creía que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio.

judicial y en particular sobre el tema del matrimonio civil igualitario ha dado muestras de aquello. En virtud de lo antes mencionado,

ha reconocido que su control judicial tiene también un carácter político, lo cual le permite dirigirse constantemente a los demás poderes públicos de forma directa para que corrijan sus decisiones o tomen medidas para asegurar su eficiencia. De esta forma, insta a aplicar adecuadamente la Constitución a aquellos que no lo hacen, situación que ha originado magnos enfrentamientos con las demás Altas Cortes y con órganos del poder ejecutivo o legislativo lo que ha sido denominado como “choque de trenes”.¹²⁷

En ese sentido y, en particular en relación al derecho de las personas con orientación sexual o identidad de género que no calza en la matriz heteronormativa a contraer matrimonio, la Corte colombiana desde el año 2011 a través de la sentencia C-577 de 2011, ha solicitado al parlamento regule las uniones de parejas del mismo sexo; además, dispuso que, a partir del 20 de junio de 2013, los Notarios debían solemnizar y formalizar estos vínculos contractuales, si para esa fecha el Congreso de la República no había regulado la materia.

Antes de abordar el matrimonio igualitario la Corte Constitucional colombiana trató un conjunto de asuntos relativos a los derechos de las personas con otra orientación sexual e identidad de género que permitió preparar el camino de la reflexión jurídico-constitucional sobre el matrimonio, de la siguiente manera:

El primer pronunciamiento positivo respecto al derecho de constituir familia que la Corte realizó con respecto a la consagración de los derechos de población lgbt fue en 2007, cuando se reconoció la unión marital de hecho (C-075/07) y el beneficio de afiliar al compañero(a) permanente al Sistema de Seguridad Social (C-811/07); en 2008 se reconoció la sustitución pensional al compañero(a) permanente (C-336/08) y la obligación alimentaria (C-798/08); en 2009 los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, migratorios, penales y otros a parejas del mismo sexo (C-029/09) y la Corte se inhibió en la demanda sobre adopción; en 2010 se igualaron los requisitos para acceder al derecho a la pensión de sobreviviente (T-051/10). En 2011 la Corte amplió el concepto de familia, puso en evidencia el vacío legal en materia de derechos lgbt y exhortó al Congreso para que se pronuncie sobre las uniones entre parejas del mismo (C-577/11); también exhortó al Ministerio del interior y de Justicia para que junto con otros órganos institucionales, articule una política pública de carácter nacional, constante y unificada con los entes territoriales para el sector lgbt, que posibilite su socialización y coadyuve a la convivencia pacífica (T-314/11); en 2012 se resolvió el tema del derecho a la porción conyugal dentro de la sucesión de compañeros/as permanentes (C-238/12), se aceptó la solicitud de cambio de sexo de un hombre transgénero, procedimiento que no quería ser cubierto por la EPS, y validó la Corte Constitucional. Sentencia C 577 de 2011: "exhortar al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la

¹²⁷ Rocío Díaz Vásquez, “El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia”, *Justicia Juris* 11, (Barranquilla: 2015), 53.

finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.¹²⁸

El artículo 42 de la Constitución colombiana de 1991 establece:

Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.¹²⁹

Al respecto, la Corte Constitucional a través de la Sentencia SU214/16 menciona que:

... una 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.¹³⁰

De esta manera la argumentación de la Corte colombiana nos da luces en Ecuador no solo de la estrategia y reflexión jurídica, sino de las acciones socio-políticas que deberían emprender las organizaciones defensoras de los derechos de las personas LGBTI, puesto que el escenario legislativo, político y cultural se encuentra altamente influenciado por concepciones religiosas y conservadoras; además, el ejercicio de la democracia constitucional se encuentra paralizado por las decisiones que en la coyuntura presente ha tomado el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, ya que el país no cuenta con una Corte Constitucional en funcionamiento. Esta situación, sumada a que el tiempo razonable para resolver el pedido de Pamela Troya y Gabriela Correa se encuentra a punto de agotarse, abre la alternativa de la presentación de la demanda ante el sistema internacional de derechos humanos.

¹²⁸ Rocío del Pilar Peña y María Mónica Parada, “Tensión entre la democracia inclusiva y la mayoría: el matrimonio igualitario en el Congreso colombiano”, *Revista de Derecho N42* (Barranquilla: División de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, 2014), nota al pie No. 1.

¹²⁹ Colombia, *Constitución Política de Colombia*, Gaceta Constitucional N°114, 4 de julio de 1991, art. 42.

¹³⁰ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia SU214/16”, 28 de abril de 2016.

Capítulo dos

2 Juicio Correa Troya vs Registro Civil. Entre el conservadurismo mediático, político y judicial¹³¹

2.1. Opinión pública de los principales medios de comunicación escritos del Ecuador

Para abordar este subtema se realizó la revisión de las notas de prensa que en versión digital constan en tres medios de comunicación impresos: El Telégrafo como medio público, El Universo y El Comercio como medios privados con presencia importante en la costa y en la sierra respectivamente. Las notas de prensa incluyen los años 2013, 2014, 2015 y 2016 hasta el mes de abril. Para ubicar las noticias la búsqueda incluyó temas como matrimonio civil igualitario, homosexualidad, diversidad sexual, colectivo LGBTI.

El análisis de contenido de las notas de prensa toma en cuenta cuáles son los principales actores, los temas desarrollados y su relación con el matrimonio civil igualitario bajo los siguientes parámetros: posición favorable, contraria, polémica, neutra o no vinculada con el tema. Para el efecto, se desarrolló una matriz que contiene: número de la nota, titular de la noticia, actores, temas tratados y parámetros de análisis, lo que permitió sistematizar la información por cada periódico.

2.1.1 Diario El Telégrafo¹³²

El Diario El Telégrafo reporta desde el 28 de marzo de 2013 hasta el 9 de abril de 2016 un total de 51 notas relacionadas con el tema de estudio. De estas, 45 se ubicaron en el 2013, 2 en el 2014, 3 en el 2015 y 1 en el 2016. Las notas de prensa se las puede ubicar entre las que cubren noticias internacionales y nacionales. De las 51 notas recabadas, 38 son internacionales, es decir el 74,5%, mientras que 25,5% (13) fueron generadas en el país.

¹³¹ En febrero de 2017, dentro de la causa No. 1035-14-EP, en la que se ventila la acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, por la demanda presentada por Pamela Troya y Gabriela Correa, quienes solicitan se reconozca su derecho a contraer matrimonio; presenté en mi calidad de Defensor del Pueblo encargado un escrito de *amicus curiae*, cuyos aportes tuvieron como base gran parte del presente Capítulo dos de esta investigación. Debo recalcar que uno de los compromisos de los estudiantes de la maestría en Derechos Humanos con mención en litigio estratégico en la Universidad Andina, fue implementar acciones en las que se concreten los temas de tesis, como es el presente caso e investigación.

¹³² Ver anexo 4 donde la matriz de análisis.

Se puede colegir que el 88,23% de notas de interés sobre el tema se presentaron en el año 2013; 3,92%, en 2014; 5,88%, en 2015, y 1,9%, hasta abril de 2016. Esta situación responde fundamentalmente a que, en 2013, se presentó la demanda ante el Registro Civil y la acción de protección ante los tribunales de justicia, incluida la fase de impugnación, lo que constituyó un tema de debate político y público en el que estuvo involucrado incluso el presidente de la República. Sin embargo, en 2014, la cobertura sobre este tema es sumamente baja. En el Diario El Telégrafo, tan solo el 3,92% del universo de notas topan el tema, pese a que el caso llegó a la Corte Constitucional no se le dio mayor relevancia. En 2015, subió un pequeño porcentaje en la cobertura, alcanzando el 5,88% del universo, especialmente en razón del fallo de la Corte Suprema de Justicia en los EE.UU. que legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo. Se puede concluir, que la disminución de notas de prensa posteriores al 2013, tiene estrecha relación con la posición adoptada por el presidente de la República en contra del matrimonio igualitario.

Para valorar las notas internacionales y nacionales de manera global, se ha analizado los contenidos desde tres estándares ubicados en la revisión, aquellas notas que son abiertamente favorables al matrimonio igualitario, aquellas que evidencian polémica sobre el tema, y aquellas que muestran una posición contraria al matrimonio. En esa perspectiva, de las 51 notas, 27 son favorables al matrimonio igualitario (52,9%), 15 denotan polémica sobre el tema (29,4%) y 9 son abiertamente contrarias (17,6%); no se registran notas ni neutrales, ni relacionadas a otros temas en este medio.

De las 38 notas internacionales, 24 son favorables (63,1%), 6 denotan polémica (15,7%) y 8 evidencian una posición contraria (21%). Esto evidencia que la opinión pública internacional es ampliamente favorable al matrimonio igualitario. Por otra parte, de las 13 notas nacionales, 3 son favorables (23%), 9 son notas polémicas (69,2%) y 1 es contraria al matrimonio igualitario (7,6%). Esto hace notorio el debate en el país sobre el tema.

Del análisis comparado general entre las notas internacionales y nacionales que recoge Diario El Telégrafo en el período de 3 años 1 mes, se denota que la opinión pública internacional es altamente favorable al matrimonio igualitario, mientras que en el Ecuador es muy baja; de hecho, la opinión pública nacional muestra una alta polémica sobre el tema en el Ecuador. Finalmente, la opinión contraria a nivel internacional, siendo

baja está muy por encima de la opinión contraria en el Ecuador, que especialmente se refleja en la firme posición del presidente de la República de esa época y la Iglesia Católica, acompañada de la decisión del Registro Civil, los jueces y tribunales que procesaron el caso.

2.1.2 Diario El Comercio¹³³

En el Diario El Comercio, no se ubica información del año 2013, solo se encuentran 59 noticias relacionadas a temas de matrimonio igualitario y diversidad sexual, desde el 27 de junio de 2014 al 9 de abril de 2016; 13 en 2014, 39 en 2015 y 5 en 2016

Se evidencia que El Comercio muestra más interés en el tema a lo largo de 2015, donde se reporta el 66% de notas; seguido por 2014 con 22%, y 8.4% en abril de 2016. De las 59 notas, 27 son nacionales (45.7%) y 32 internacionales (54.3%). En consecuencia, la cobertura es relativamente equilibrada entre notas nacionales e internacionales.

En esa perspectiva, 16 notas son a favor del matrimonio igualitario (27.1%), 3 son polémicas (5%), 12 están en contra (20.3%), 11 son neutras (18.6%) y 17 abordan otros asuntos (28.8%). Podemos concluir que la opinión pública generada por El Comercio, si bien evidencia una ligera posición favorable con relación al matrimonio igualitario, tiene un importante porcentaje de planteamientos en contra y de polémica sobre el tema, que suman entre estas dos tendencias un 25.3% de opinión; además, se topa un alto porcentaje de asuntos relativos a otros ámbitos como la identidad de género y la unión de hecho, así como noticias que son neutras, es decir no toman partido ni a favor ni en contra del matrimonio igualitario, llegando entre éstas dos el 47.4%. Este último porcentaje podría leerse como un abordaje tangencial del tema del matrimonio igualitario en El Comercio, ya sea porque no lo consideran un tema central o porque no tienen una postura abiertamente favorable al mismo.

Al revisar el contenido de las notas en el año 2015, se destaca que la mayoría hacen relación al debate nacional sobre la identidad de género y su inclusión en la cédula, a lo que se suma el tema de la unión de hecho entre personas del mismo sexo. A nivel internacional, el reconocimiento del matrimonio igualitario en los EE.UU. y en México

¹³³ Ver anexo 5 donde se encuentra la matriz de análisis.

por parte de las Cortes de Justicia, genera reacciones importantes en el movimiento GLBTI, pero también una muy fuerte reacción del Vaticano y directamente del Papa Francisco. Las notas del 2014 a nivel nacional ponen especial atención a las acciones del movimiento GLBTI que impulsa el matrimonio civil igualitario y a nivel internacional la campaña Libres e Iguales de las Naciones Unidas. En el año 2016, las notas combinan el análisis de diversas noticias sobre parejas del mismo sexo en algunas partes del mundo y la reacción que sobre esos hechos tiene el Vaticano.

En conclusión, El Comercio pone mayor énfasis en el tema de la identidad de género en la cédula a nivel nacional, mientras que en el escenario internacional la vocería contraria del Vaticano, y en particular del Papa, se hace presente en sus artículos de prensa; lo que genera gran influencia en sociedades con un arraigo fuertemente cristiano.

2.1.3 Diario El Universo¹³⁴

En el Diario El Universo se revisaron 55 notas de prensa, a partir del 4 de marzo de 2013 y de manera continua hasta el 7 de abril de 2016. Es decir, aproximadamente se revisó material producido durante 3 años 1 mes.

De las 55 notas de prensa, 9 son nacionales (16,3%) y 46 internacionales (83.6%), lo que da cuenta que El Universo privilegia información proveniente del exterior sobre el tema de matrimonio igualitario y diversidad sexual.

Del global de las notas de prensa registradas, 23 están a favor del matrimonio igualitario (41,8%), 16 están en contra (29%), 9 no aplican por abordar otros temas del colectivo GLBTI (16,3%), 5 son notas que muestran polémica (9%) y 3 son neutrales (5.4%), es decir no toman partido, ni cuestionan el matrimonio igualitario. Esta información devela un debate en el tema expresado en la opinión generada en el Diario El Universo, aunque una importante ventaja en la perspectiva favorable al matrimonio igualitario, sobre todo porque proviene de fuente internacional.

De las 9 notas de prensa nacionales, se identifica que 3 están a favor (33.3%), 3 en contra (33.3%), 2 no aplican por abordar otros temas (22.2%) y 1 es neutra (11%). En consecuencia, se denota un claro debate sobre el tema expresado en la opinión pública a

¹³⁴ Ver anexo 6 donde se encuentra la matriz de análisis.

nivel nacional, lo cual muestra una notoria diferencia respecto a las noticias internacionales.

De las 46 notas internacionales, 20 son a favor (43,4%), 13 en contra (28.2%), 7 no aplican (15,2%), 5 son polémicas (10.8%) y 2 neutrales (4.3%). En consecuencia, las notas internacionales del Diario El Universo son bastante favorables al matrimonio igualitario, sin desconocer que entre las posturas en contra o las que generan debate llegan a un importante porcentaje.

Los años de cobertura se distribuyen de la siguiente manera: 8 de 2013 (14.5%), 17 de 2014 (30.9%), 25 de 2015 (45.4%), 5 de 2016, hasta abril de ese año (9%). Los años de mayor cobertura sobre este tema fueron el 2014 y 2015.

Al revisar el contenido de las notas tanto en 2014, como en 2015, destacamos lo siguiente: en 2014, el debate y aprobación del matrimonio igualitario tiene especial relevancia en los EE.UU. y Europa, especialmente en Italia. En dicha época, en Ecuador se generan diálogos con el presidente de la República para abordar temas legales y de la unión de hecho. En 2015, en los EE.UU. la Corte Suprema se pronuncia sobre el matrimonio igualitario para todos los Estados federados, la Corte Suprema de Justicia de México, así como la Corte Constitucional colombiana, se pronuncian favorablemente; mientras tanto en Irlanda el referéndum aprueba el matrimonio igualitario y Uruguay impulsa el matrimonio en sus políticas internas. Al mismo tiempo, la oposición al matrimonio se hace notar con un fuerte liderazgo del Papa Francisco y del Vaticano a nivel internacional y por parte del presidente de la República Rafael Correa en Ecuador; cuyos fuertes liderazgos generan un contexto de presión contraria ante el avance del tema.

2.2. De la Estrategia Nacional Intersectorial de Planificación Familiar (ENIPLA) al Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia.

En 2012, el Gobierno Nacional promovió con el apoyo de organizaciones de mujeres, asociaciones que trabajan el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, organizaciones no gubernamentales de salud pública, salud sexual y reproductiva, activistas de derechos humanos y representantes de entidades que abordan los derechos de los colectivos sexo genéricos, la aprobación e implementación de la Estrategia Nacional Intersectorial de Planificación Familiar (ENIPLA), cuya finalidad estaba dirigida a promover el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de manera que

enfrente y erradique las diversas formas de violencia como el embarazo forzoso, la sexualidad sin educación del cuerpo y la aceptación de la violencia como una forma de relación individual y social.

La ENIPLA debía coordinarse desde el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, responsable de vigilar la implementación de políticas de planificación familiar y salud sexual, en las cuales intervendrán también los ministerios de Educación, de Salud y de Inclusión Económica y Social, sobre todo para la población ajena a los establecimientos educativos y marginada de cualquier institucionalidad. El Ministerio de Educación debía trabajar con docentes y estudiantes en información, acceso a métodos, manuales de educación sexual y herramientas. El Ministerio de Salud se encargaría de desarrollar materiales de educación del cuerpo, iniciación en la sexualidad en relación con el embarazo y métodos de prevención del embarazo. La estrategia empezó a aplicarse a partir de marzo de 2012. El primer año consistió en introducir materiales, capacitar a docentes, consolidar equipos de capacitación y elaborar los materiales para los cuadernos metodológicos.¹³⁵

Sin embargo, desde el propio gobierno se dispuso el control de este programa directamente desde la Presidencia de la República mediante Decreto Ejecutivo 491 de noviembre de 2014, bajo dos argumentaciones centrales: por una parte, con el objetivo de prevenir el embarazo adolescente fortaleciendo el rol protagónico de la familia y, por otro, con una estrategia que aborde el tema desde un enfoque afectivo de la sexualidad.

Para los nuevos responsables del proyecto, denominado *Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia*, liderado por Mónica Hernández, “[...] la familia como eje de la sociedad, se constituye como el núcleo básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros, principalmente los niños, niñas y adolescentes”.¹³⁶ “Los más destacados estudios de la comunidad científica muestran que la presencia de padre y madre, la estabilidad de la relación entre ellos, beneficia enormemente a los hijos/as y otros miembros que compartan el hogar familiar”.¹³⁷

¹³⁵ Cristina Burneo, Anaís Córdova, María José Gutiérrez y Angélica Ordóñez, *Embarazo adolescente en el marco de la Estrategia Nacional Intersectorial de Planificación Familiar (ENIPLA) 2014 y el Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia 2015*, (Quito: 2015), 28-9.

<https://docplayer.es/14717457-Cristina-burneo-salazar-anais-cordova-paez-maria-jose-gutierrez-angelica-ordonez.html>

¹³⁶ Ecuador Presidencia de la República del Ecuador y Coordinación General de Planificación y Gestión Estratégica, *Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia*, 2015, 8.

https://www.presidencia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2015/09/k_proyecto_plan_familia_2015.df

¹³⁷ *Ibid.*

Como se puede apreciar, la significación sustancial que se da a la familia y dentro de esta a la relación construida entre un hombre y una mujer, denota una propuesta hegemonizada por la heterosexualidad y bajo el parámetro de complementariedad hombre-mujer, dejando por fuera otras sexualidades y subjetividades posibles, como son la homosexualidad, la transexualidad o el transgénero, lo que marca una óptica excluyente en la construcción de la política.

Esta óptica se ve reforzada por la afirmación que se propone en el Plan Familia al mencionar que:

...el verdadero camino para que se reconozca la igual dignidad y derechos entre hombre y mujer pasa por la aceptación de su diversidad natural. Hombre o mujer «se es» y no sólo «se construye socialmente» –ambos factores son fundamentales en la persona.¹³⁸

Por otra parte, el Plan Familia cuestiona al ENIPLA por lo que denomina una perspectiva exclusivamente biologicista, dejando por fuera la afectividad y los valores humanos, al respecto afirma:

A esto se debe añadir el hecho de que el contenido se reduce, muchas veces, a información de lo biológico, [corporal o exclusivamente de la genitalidad] /.../, excluyendo a las otras cuatro dimensiones de la persona (psicológica, social, intelectual y trascendente).¹³⁹

El posicionamiento del Plan Familia apunta de esta manera a confrontar la estrategia por la cual el ENIPLA buscaba evidenciar que las relaciones inequitativas de género constituyen un factor central que ocasiona el embarazo adolescente y que marca la vida de muchas mujeres; y, por otra parte, cuestiona las acciones que facilitan la información que permite prevenir no solo el embarazo adolescente, sino también las enfermedades de transmisión sexual (ETS) y que giran alrededor de los mecanismos anticonceptivos, confundiéndola como información que provoca el aumento del riesgo del embarazo y las ETS, sustentado en un enfoque moralista.

El Plan Familia y su enfoque evidencia una política restrictiva y conservadora para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y forma parte del contexto político y cultural que incide de manera sustancial para abordar el tema de los derechos

¹³⁸ *Ibíd.*, 43.

¹³⁹ *Ibíd.*, 16.

de los colectivos de la diversidad sexo-genérica y consecuentemente del matrimonio igualitario.

2.3. La postura del Estado ecuatoriano en el Examen Periódico Universal (EPU) y ante la Organización de Estados Americanos (OEA).

La Asamblea General de Naciones Unidas, en marzo de 2006 decidió establecer el Consejo de Derechos Humanos en reemplazo de la Comisión de Derechos Humanos, como un órgano subsidiario y responsable entre otros temas de realizar el examen periódico universal (EPU), el mismo que constituiría un análisis a los países del mundo basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos; el examen es un mecanismo cooperativo, basado en un diálogo interactivo, con la participación del país de que se trate.

El EPU es un proceso intergubernamental, pero está obligado a asegurar la participación de todos los actores interesados con la inclusión de los organismos no gubernamentales y las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH); en esa perspectiva, los reportes y documentación de análisis para el examen provienen del informe preparado por el Estado examinado, la compilación elaborada por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, así como de los reportes de las INDH y las organizaciones civiles.

Ecuador en mayo del 2012 rindió su penúltimo examen periódico, siendo presidida la delegación por el actual presidente de la República señor Lenin Moreno Garcés. El EPU del 2012 dejó un conjunto de conclusiones, recomendaciones y compromisos voluntarios del Estado ecuatoriano. Entre las recomendaciones aceptadas por el Ecuador consta la presentada por el Estado Vaticano, cuyo texto reza lo siguiente:

A - 135.34. Salvaguardar la institución familiar y el matrimonio como la unión conyugal entre un hombre y una mujer, basada en el libre consentimiento según lo solicitado por la naturaleza humana y la idiosincrasia del pueblo ecuatoriano.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Ecuador Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, “Recomendaciones y promesas asumidas por el Estado ecuatoriano” *Examen Periódico Universal del Ecuador 2012* (Quito: 2012) https://www.upr-info.org/sites/default/files/document/ecuador/session_13_-_may_2012/recommendationstoecuador2012.pdf

De esta manera, el Estado ecuatoriano evidencia una posición oficial ante Naciones Unidas que establece su perspectiva conservadora respecto a la familia y al matrimonio, lo cual más allá de ser contrario a las disposiciones constitucionales y a los estándares internacionales de derechos humanos promovidos por diversos órganos del sistema internacional; explica el contexto político y cultural contrario al matrimonio igualitario.

Esta posición del Estado ecuatoriano se reafirma ante la Organización de Estados Americanos (OEA), a través de la declaración realizada por Ecuador en el marco de la Resolución de la Asamblea General número AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), del 5 de junio de 2014, que expresamente manifiesta:

3. Ecuador declara que promueve y defiende todos los derechos humanos y respecto de las disposiciones de la presente resolución, no discrimina por ninguna razón por motivos de raza, credo, sexo, etc. Sin embargo, Ecuador considera que el no reconocer el matrimonio legal entre personas del mismo sexo no constituye una práctica discriminatoria.¹⁴¹

En consecuencia, Ecuador ante las dos instancias internacionales de mayor relevancia política para sus relaciones en el exterior y por lo tanto ante los dos sistemas de derechos humanos de mayor importancia jurídica devela su posición oficial, lo que cierra el círculo del conservadurismo político y mediático, expresado en el caso de Pamela Troya y Gabriela Correa.

2.4 Inicio de la acción legal: entre la abstención e inhibición judicial

Pamela Troya y Gabriela Correa son activistas por los derechos del colectivo LGBTI en la ciudad de Quito y conviven como pareja desde el año 2011. Tomaron la decisión de casarse en 2013, por lo que en agosto de ese año acudieron a las oficinas del Registro Civil de Quito para registrar su matrimonio; sin embargo, la señora Mercedes Soledad Rivera Tapia, Directora Provincial de Pichincha (E) del Registro Civil, Identificación y Cedulación da contestación a su requerimiento mencionando en términos generales que las solicitantes deberían cumplir con lo requerido en el artículo 67 de la Constitución y con lo establecido en el artículo 81 del Código Civil.

¹⁴¹ OEA, AG/RES.2863 (XLIV-0/14).

Las normas referidas contienen el siguiente texto:

Constitución:

Art. 67 [...]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.¹⁴²

Código Civil:

Art. 81.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.¹⁴³

La contestación de la representante del Registro Civil se constituyó en el acto por el cual se negaba a la pareja de mujeres la facultad de contraer matrimonio, en razón de que se les exigía se acercaran a estas dependencias públicas acompañadas de hombres; lo cual no estaba planteado en su proyecto de vida.

Ante esta negativa, en el mismo mes de agosto de 2013, Gabriela Correa y Pamela Troya interpusieron la acción de protección, la misma que recayó en la judicatura de la Dra. Gloria Pillajo Balladares, Jueza de la Unidad Judicial Tercera Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, quien en su primera providencia afirma que:

de la lectura de la argumentación del libelo inicial, no se desprende la existencia de violación de derechos constitucionales, ya que cotejando la argumentación con el contenido del documento que contiene la acción de la autoridad pública [...] no existe negativa alguna de la citada autoridad del Registro Civil [...] lo que dispone es el cumplimiento de requisitos constitucionales y legales que componen el trámite propio del procedimiento a seguirse previamente a la autorización de la celebración del matrimonio.¹⁴⁴

Ante esta decisión, la pareja Correa-Troya interpone el recurso de apelación argumentando que: “al ser dos mujeres quienes solicitan se autorice su matrimonio, requerirles el cumplimiento del modelo heterosexual señalado en las normas enunciadas por el Registro Civil conlleva una clara negativa a su petición”.¹⁴⁵ En septiembre de 2013,

¹⁴² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.67.

¹⁴³ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art. 81.

¹⁴⁴ Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha, “Primera Providencia”, en *Acción de Protección No. 20843-2013*, 14 de agosto de 2014.

¹⁴⁵ Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la familia, mujer, niñez y adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha, “Apelación”, a la *Sentencia de Acción de Protección No. 20843-2013*, 21 de agosto de 2013, 1.

la Segunda Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, deja sin efecto la resolución de la jueza Pillajo Balladares y dispone que esta juzgadora sustancie la causa.

La Jueza Pillajo Balladares avoca conocimiento del caso nuevamente, sin embargo, en octubre emite una providencia en la cual se abstiene de continuar conociendo el caso, “toda vez que de la revisión del proceso se advierte que he dado opinión”¹⁴⁶ por lo que dispone se oficie al Consejo de la Judicatura de Pichincha para que asigne a otra Jueza o Juez que conozca la causa. En el mismo mes de octubre, la Corte Provincial asigna como Jueza temporal encargada del caso a Karla Sánchez a fin de que tramite la acción. Dicha jueza en diciembre mediante providencia manifiesta que: “pongo en su conocimiento que es la Jueza Titular de esta acción quien debe resolver”,¹⁴⁷ por lo que se inhibe de conocer el caso.

En enero de 2014, Liz Barrera Espín, en su calidad de jueza ponente de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, emite una resolución frente a la inhibición de la Jueza Sánchez Lozada mencionando que: “por esta omisión no puede sacrificarse los intereses de la justicia siendo obligación del Tribunal asumir la responsabilidad de resolver la cuestión planteada, a fin de que la prosecución de la causa no sufra más retardos innecesarios”¹⁴⁸, disponiendo que sea la misma jueza Sánchez quien sustancie el caso.

2.4.1 La Sentencia de primera instancia, entre la antinomia constitucional y el desconocimiento del Estado Laico.

Uno de los argumentos centrales de la tesis tiene relación con la antinomia constitucional existente entre la disposición del artículo 67 segundo inciso relativo al matrimonio y el artículo 66.4 relacionado con el derecho a la igualdad formal y material y la no discriminación; al respecto el profesor Martínez Zorrilla manifiesta que:

Los sistemas “constitucionalizados” cuentan con textos constitucionales que incorporan una gran cantidad de disposiciones con un marcado carácter sustantivo, en forma de

¹⁴⁶ Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la familia, mujer, niñez y adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha, “Of. 1283-2013-UJETFMNYAQ-20843-2013-C.C., Quito, 23 de octubre de 2013

¹⁴⁷ Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la familia, mujer, niñez y adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha, “Providencia”, en *Juicio No.17203-2013-20843*, 24 de diciembre de 2013.

¹⁴⁸ Ecuador Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, “Resolución sobre la inhibición de la Jueza Sánchez Lozada”, en *Juicio No.17133-2014-0962*, 21 de enero de 2014, 2.

derechos fundamentales, bienes constitucionalmente protegidos, valores, etcétera, que por lo general suelen también estar redactadas en términos muy generales y con un alto grado de abstracción, lo que redundará también en una mayor dosis de indeterminación. Este hecho, unido a ciertas características tanto institucionales como estrictamente jurídicas (aplicabilidad directa de la constitución, supremacía de ésta en el sistema de fuentes, existencia de mecanismos procesales específicos para garantizar tal supremacía y/o para proteger los derechos fundamentales, etcétera), ha provocado que prácticamente cualquier controversia jurídica mínimamente relevante tenga relevancia constitucional, en la medida en que las distintas pretensiones enfrentadas pueden hallar (al menos, prima facie) apoyo constitucional.¹⁴⁹

La situación planteada evidencia un conflicto normativo, pues los agentes encargados de aplicar la norma bien pueden aducir una interpretación literal de la regla del artículo 67 inciso segundo, como es lo que efectivamente ocurrió; o bien pueden realizar una interpretación garantista a partir del artículo 66.4 y otras normas constitucionales y estándares internacionales.

Al respecto, el 24 de febrero de 2014, la Jueza Temporal Sánchez Lozada convoca a audiencia pública para el 28 de febrero y el 14 de marzo de 2014 dicta sentencia, motivando de la siguiente manera:

Con respecto a los argumentos y alegaciones presentados por los accionantes, debo señalar que, efectivamente la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 67 numeral 2, dispone que: ‘El matrimonio es la unión entre hombre y mujer...’, lo cual es una clara restricción del derecho general de libertad, por parte de una norma de derecho fundamental o constitucional. 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 sería inconstitucionales. Desde la teoría de los principios estos se aplican en la mayor medida posible, es decir son mandatos de optimización generales, mientras que las reglas tienen un mandato preciso, con implicación fáctica y jurídica. Por ello es que los principios tienen un límite, en la medida que necesitan de la construcción de una regla para ser aplicados, (sea que la construye el constituyente, el legislador o el juez).- En el caso que nos ocupa, los derechos a la libertad e igualdad en el matrimonio han de aplicarse en función de la regla que se encuentra prevista en el art. 67 numeral 2 de la CRE que regula y define el ámbito concreto del derecho al matrimonio, por lo tanto no hay nada que el juez deba crear para el ejercicio de este derecho.¹⁵⁰

¹⁴⁹ David Martínez Zorrilla, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Vol. II, Cap. 36 Conflictos Normativos (México: UNAM, 2015), 1324.
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3796-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-dos>

¹⁵⁰ Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha, “Sentencia”, en *Acción de Protección No. 20843-2013*, 14 de marzo de 2014, 3.

Esta primera parte de la motivación de la jueza Sánchez Lozada merece algunos comentarios. En primer lugar, afirma que la decisión del constituyente originario de restringir el matrimonio para personas heterosexuales no daría paso a alegar violación al derecho a la igualdad y a la dignidad humana; sin embargo, el mismo constituyente originario desarrolló con rango constitucional un conjunto de derechos como el derecho a la igualdad formal y material y no discriminación, así como principios de aplicación de los derechos, entre estos el principio de no discriminación y otros que se mencionarán posteriormente; más aún, de manera expresa la Constitución ecuatoriana considera como causa inaceptable de discriminación la orientación sexual y la identidad de género. Consecuentemente, con el mismo argumento de la Juzgadora, se evocaría a confrontar normas y reglas con rango constitucional y con un espíritu diferente y cuya aplicación daría resultados distintos. Esta circunstancia muestra una aparente antinomia constitucional; es decir, normas con contenidos contradictorios entre sí.

Es preciso mencionar que la confrontación normativa mencionada encuentra por una parte una regla constitucional y por otro lado un derecho constitucional; frente a esto Jorge Benavides Ordoñez enunciando a Robert Alexy afirma:

...como lo señala Alexy: “La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”. Más adelante, el mismo autor sostiene como elemento clave de la distinción entre ambas, el hecho de observar a los principios como “mandatos de optimización”, es decir que deben ser realizados en el mayor modo posible, dependiendo en dicho cometido, tan solo de las condiciones fácticas como jurídicas existentes, en tanto que por su lado, las reglas o bien son cumplidas o no lo son, es decir debe hacerse nada más que lo que dispone la regla válida, así estas actúan en el escenario de lo posible tanto fáctica como jurídicamente, existiendo en tal virtud entre ambos tipos de norma una diferencia cualitativa y no de grado.¹⁵¹

En esa perspectiva, la interpretación sobre los principios y las reglas enunciada por la juzgadora se contrapone al análisis del tratadista Alexy, puesto que priman los principios sobre las reglas de existir confrontación normativa, conforme los valoraremos posteriormente.

Por otra parte, la concepción del Estado legal de derecho que se evidencia en la postura de la juzgadora, sostiene su posición inicial alrededor de la lógica del positivismo jurídico; así entonces, si está dispuesto en la ley, no hay fórmula que lo transforme; “para

¹⁵¹ Jorge Benavides Ordoñez y otros, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales*, (Quito: Corte Constitucional, 2013), 87.

https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/manual_de_justicia_constitucional.pdf

el conjunto de individuos la ley representa el establecimiento de un deber u obligatoriedad, sin poder discutir o debatir sobre legitimidad de origen, intención o finalidad”.¹⁵²

Posteriormente, la Jueza reflexiona sobre los principios de aplicación y afirma que estos se aplicarán en la mayor medida posible, es decir son mandatos de optimización generales, mientras las reglas tienen una aplicación fáctica y jurídica, concluyendo que la regla aplicable es la dispuesta en el artículo 67, numeral 2 de la Constitución. Al respecto, Robert Alexy sostiene

que los principios son mandatos de optimización. Al decir que son mandatos refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas y, como tales, deben ser aplicadas. Al manifestar que son de optimización quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad.¹⁵³

En consecuencia, la interpretación de la juzgadora no es la más adecuada doctrinaria y jurídicamente para motivar su decisión, puesto que los principios son normas jurídicas aplicables y “sirven de parámetros de interpretación [...]. Gracias a los principios podemos identificar normas contradictorias (antinomias) y también las lagunas del sistema jurídico (anomias)”.¹⁵⁴

En su motivación, la Jueza busca justificar que las limitaciones impuestas al matrimonio para que sea celebrado exclusivamente por personas de diferente sexo provienen del texto constitucional y señala que:

Si la Constitución de la República del Ecuador es la máxima norma fundamental que constitucionaliza nuestros derechos, es la misma autorizada para limitarlos, por las consideraciones que el constituyente originario consideró y por ello no se puede alegar violación a los derechos referidos.¹⁵⁵

¹⁵² Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, *Igualdad y diversidad sexual. La hegemonía de la heterosexualidad en el derecho ecuatoriano, Igualdad y no discriminación, el reto de la diversidad*, (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 2010), 552.

¹⁵³ Robert Alexy, “El Derecho General de Libertad”, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1993, citado por Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos*, (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 63.

¹⁵⁴ *Ibid.*, 64.

¹⁵⁵ “Sentencia”, *Acción de Protección No. 20843-2013*, 3.

Frente a esta afirmación es necesario plantear un análisis sobre la validez formal y sustancial de las normas del sistema jurídico y, en ese sentido, se hará mención a Luigi Ferrajoli, quien plantea:

[E]l derecho resulta positivizado no solo en su ser, es decir en su existencia, sino también en su deber ser, es decir, en sus condiciones de validez; ya no solo el quién y el cómo de las decisiones, sino también el qué: qué no debe decidirse – es decir, la lesión de los derechos de libertad – y, por el contrario, qué debe decidirse – es decir, la satisfacción de los derechos sociales.¹⁵⁶

Es preciso recalcar que, si bien la norma establecida en el inciso 2 del artículo 67 de la Constitución cumplió con el procedimiento formal de aprobación por parte del órgano con competencia para crear la norma, como fue la Asamblea Constituyente, su contenido es contrario a otra norma de igual jerarquía establecida en el artículo 66. 4 que dispone el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, y que cumple con los mismos requisitos de validez formal. Bien pudo la Juzgadora aplicar esta regla, amparándose además en los principios de aplicación de derechos previstos en la propia Constitución, sobre los que se hará mención posteriormente.

Por otra parte, Ferrajoli, llama la atención respecto a la validez sustancial de las normas, es decir, su contenido no puede, ni debe lesionar otros derechos y libertades. En consecuencia, no es suficiente que la norma esté consagrada en la Constitución para que tenga validez sustancial, es preciso que su contenido no afecte el ejercicio de derechos y, por lo tanto, si una causa debe ser dirimida por una autoridad pública, y en el caso que nos convoca al análisis por la Administración de Justicia, la decisión que se adopte debe ponderar adecuadamente las consecuencias que genere en cuanto a la vigencia de los derechos humanos.

En otra parte de la sentencia, la Jueza argumenta afirmando que

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, pensando en las minorías sexo – genéricas, [...] reconoce la unión de hecho.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, (Madrid: Editorial Trotta, 2008), 30.

¹⁵⁷ “Sentencia”, *Acción de Protección No. 20843-2013*, 4.

Esta afirmación, nos lleva a un análisis más detenido del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se encuentra consagrado en la Constitución en el artículo 66 numeral 5.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra ubicado en el Capítulo de los Derechos de Libertad en la Constitución y, en consecuencia, de manera general ampara el ejercicio de las libertades humanas, de la autonomía de las personas y el desarrollo de los proyectos de vida individual o colectiva; siempre y cuando, estas prerrogativas no afecten los derechos humanos de otras personas en concreto. De esta manera se lo podría conceptualizar como:

El atributo jurídico general de ser persona humana, incluye y requiere de todos los derechos y características indispensables al status jurídico de la persona, así como el goce efectivo de todo el sistema de derechos y libertades fundamentales. Proteger el desarrollo particular individual del propio ser en su realización personal, las características únicas de cada ser humano, su particularización, diferenciación y heterogeneidad, en especial la autodeterminación personal.¹⁵⁸

Si esta es la base conceptual del derecho al libre desarrollo de la personalidad como una figura legal, nos preguntamos, ¿la unión de hecho puede convertirse en el mecanismo que garantiza un derecho que se fundamenta en las decisiones autónomas de las personas, sustentadas en su libertad y en su propio proyecto de vida? La pregunta es, si cualquier persona, y en particular las personas del colectivo LGBTI, de manera autónoma y ejerciendo su libertad deciden que parte de su proyecto de vida es contraer matrimonio, ¿cómo se va a impedir el ejercicio de una decisión individual a través de un mecanismo impuesto jurídicamente?

Finalmente, la Jueza Sánchez Lozada afirma que:

en efecto solo las parejas heterosexuales pueden contraer matrimonio, desarrollado por el artículo 81 del Código Civil, y efectivamente esta disposición responde a valores morales, cristianos y religiosos, sino cómo 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.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Kevin Johan Villalobos Badilla, “El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Sede Occidente, San Ramón Costa Rica, 2012), 62.

¹⁵⁹ “Sentencia”, *Acción de Protección No. 20843-2013*, 5.

Esta motivación de la Juzgadora al menos nos convoca a reflexionar en dos ámbitos; por una parte, la caracterización constitucional del Estado ecuatoriano como laico, no confesional; y, por otro, desarrollar cuáles son los principios y valores que la Constitución establece para que las servidoras y servidores públicos, así como las autoridades, deban aplicar en el ejercicio de la función pública.

Efectivamente, el preámbulo de la Constitución invoca “el nombre de Dios” y reconoce las diversas formas de religiosidad y espiritualidad que se expresa en el Ecuador y sus habitantes, como un reconocimiento al ejercicio de la libertad religiosa y de cultos que asiste a cada ciudadano; por lo tanto, no es precisamente un principio para la aplicación o interpretación de los derechos de las personas y los colectivos en el país. Pero así mismo, el preámbulo plantea también la construcción de “una nueva forma de convivencia ciudadana, *en diversidad* y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay* [...] una sociedad que *respet*a, *en todas sus dimensiones* la *dignidad de las personas* y las colectividades”¹⁶⁰ (énfasis añadido).

La juzgadora reconoce que el matrimonio heterosexual responde a valores morales, cristianos y religiosos y afirma que es parte de una cultura conservadora y dominante que se debe ir superando; pero que deben ser observados por quienes administran justicia. Está claro que, como servidora pública, y más aún como administradora de justicia, debe comprender que el Ecuador se califica como un Estado laico y en consecuencia su organización jurídico-política debe estar separada de cualquier religión o fe religiosa, y mantener neutralidad y respeto por cualquier religión o culto, por supuesto, garantizar la libertad religiosa.

El artículo 1 de la Constitución de la República concibe al Estado ecuatoriano, a partir de sus elementos constitutivos al expresar: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico..."

El debate central es entonces el carácter del Estado ecuatoriano, como laico, por lo tanto, no confesional, regido por normas constitucionales, valores, principios y reglas

¹⁶⁰ Ecuador, *Constitución 2008*, Preámbulo.

a las cuales nos debemos someter ciudadanos y autoridades; en esa perspectiva Laura Navarrete afirma:

Todos los Estados deben garantizar el reconocimiento de los plenos derechos civiles, lo cual implica que la profesión de una religión o bien, de ninguna, no debería afectar el hecho de que la persona pueda pertenecer en igualdad de condiciones a dicho Estado. La religión, en sí misma, y, el profesar una determinada creencia no tienen que considerarse como valores imprescindibles en la integración y la constitución de las diversas formas de organización política.¹⁶¹

Consecuentemente, las valoraciones de orden religioso de cualquier credo deben quedar en el ámbito privado, en el fuero de cada persona o grupo de personas; no es adecuado que quienes cumplen funciones públicas sustenten sus decisiones y actúen conforme a sus particulares creencias, actuaciones de esa naturaleza están en contra de los principios que informan la condición del Estado laico.

El Estado laico es, entonces, ese moderno instrumento jurídico-político al servicio de las libertades en una sociedad que se reconoce como plural y diversa. Un Estado que, por lo mismo, ya no responde ni está al servicio de una doctrina religiosa o filosófica en particular, sino al interés público, es decir, al interés de todos, manifestado en la voluntad popular y el respeto a los derechos humanos.¹⁶²

Las decisiones públicas deben ampararse en lo que disponga la Constitución y la Ley y no en concepciones morales y religiosas personales. En esa perspectiva, los artículos 3.4, 172 y 226 de la Constitución determinan:

Art. 3.4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.

Art. 172. Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Art. 226. Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.¹⁶³

¹⁶¹ Laura Navarrete Hernández, *Estado Laico y sus consecuencias jurídicas, Caso Específico de Costa Rica*, (Universidad de Costa Rica, 2013), 105.

<http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Estado-Laico-y-sus-Consecuencias-Jur%C3%ADficas-Caso-Espec%C3%ADfico-de-Costa-Rica.pdf>

¹⁶² *Ibid.*, 113.

¹⁶³ Ecuador, *Constitución 2008*, art. 3, art. 172, art. 226.

Para finiquitar el análisis relativo al Estado laico y su relevancia frente al caso de Pamela Troya y Gabriela Correa haré referencia a la sentencia emitida por el Tribunal de lo Contencioso Electoral en el caso de Pastor Zavala, quien aduciendo sus creencias y la libertad de expresión emitió comentarios homofóbicos durante la campaña electoral del 2013.

Garantizar el laicismo dentro de un sistema de derechos constituye una de las obligaciones básicas del estado, según lo contenido en el artículo 3, número 4 de la Constitución de la República. De ahí que la moralidad que corresponde defender y tutelar al Estado no es otra que aquella que es indispensable para garantizar un adecuado quehacer público y respetar el ordenamiento jurídico.

Es por ello que el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su número 3 aclara que "la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás"; disposición que a su vez se repite, casi textualmente en el artículo 18, número 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo tenor literal manifiesta: "La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y libertades fundamentales de los demás."¹⁶⁴

Las limitaciones para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión a criterio del Tribunal de lo Contencioso Electoral se encuentran en el respeto de los derechos de las demás personas, en esa perspectiva afirma:

De ahí que, el derecho a la libertad de expresión del candidato Nelson Zavala y de cualquier otra persona es legítimamente ejercida, en tanto y cuanto no constituya un llamado a la discriminación de cualquier otra persona; de ahí que, la propia Convención Americana, en su artículo 13, número 2 establece que "el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores... ", que se desprenden del ejercicio abusivo de este derecho; responsabilidad que encuentra eco en la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, cuyo artículo 331, número 7 señala como una de las obligaciones de las organizaciones políticas, el "abstenerse, en su propaganda política o electoral, de cualquier expresión que discrimine o afecte a la dignidad de las personas o utilicen símbolos, expresiones o alusiones de carácter religioso en su propaganda...", principio armónico con la prescripción constitucional contenida en el artículo 11, número 2, cuya parte pertinente indica: "La ley sancionará toda forma de discriminación".¹⁶⁵

En consecuencia, en esta causa, primó la perspectiva del Estado Laico, el respeto por los credos religiosos como un derecho de las personas y grupos de personas que lo

¹⁶⁴ Ecuador Tribunal de lo Contencioso Electoral, *Causa No. 148-2013*, 18 de marzo de 2013.

¹⁶⁵ *Ibid.*

pueden profesar en sus espacios particulares; y, la garantía de los derechos humanos, en particular el derecho a la igualdad y no discriminación.

2.5 Impugnación al fallo de primera instancia

Una vez notificada la sentencia de primera instancia, las peticionarias Gabriela Correa y Pamela Troya, con fecha 17 de marzo de 2014, realizaron un pedido de aclaración a la sentencia en los siguientes términos:

[...] se aclare de qué manera la Constitución de la República del Ecuador reconoce los principios de la religión católica como normas de cumplimiento jurídico [...], se aclare en qué forma la invocación de Dios en el Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador reconoce como religión del Estado Ecuatoriano a la religión cristiana [...], se aclare en qué parte de la Constitución se reconoce a la Biblia como fuente de Derecho y a las instituciones religiosas como instituciones jurídicamente obligatorias.¹⁶⁶

Si bien es cierto el pedido de aclaración no es absolutamente preciso respecto a las afirmaciones de la Jueza Sánchez Lozada en su sentencia, el espíritu de la aclaración busca desentrañar la contradicción de la juzgadora al afirmar como fuente constitucional para la toma de su decisión a los valores morales, cristianos y religiosos, cuando por disposición constitucional es un deber primordial del Estado “garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico”.¹⁶⁷

Ante el requerimiento de aclaración, el 3 de abril de 2014, la Jueza Sánchez Lozada determina que

la sentencia dictada en la presente causa, no se encuentra incurso dentro de la disposición legal antes señalada [...] por el contrario resuelve todos los puntos que han sido materia de la presente acción constitucional. [...] En tal virtud, no existiendo nada que aclarar se niega su petición.¹⁶⁸

En abril de 2014, las peticionarias presentan el recurso de apelación a la sentencia dictada por la Jueza Karla Sánchez Lozada y el caso es asumido por la Sala Laboral de la

¹⁶⁶ Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha, “Escrito de pedido de aclaración a la sentencia”, en *Acción de Protección No. 20843-2013*, 14 de marzo de 2014.

¹⁶⁷ Ecuador, *Constitución 2008*, art. 3.4.

¹⁶⁸ Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha, “Respuesta a pedido de aclaración”, en *Acción de Protección No. 20843-2013*, 3 de abril de 2014.

Corte Provincial de Justicia de Pichincha, emitiendo sentencia el 26 de mayo de 2014. Su motivación fundamental es la siguiente:

[...] corresponde analizar si el acto contenido en el oficio No. 2013-0453-DP-P de 7 de agosto de 2013 suscrito por la Directora Provincial de Pichincha (E) de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación en el que niega el trámite de matrimonio de las accionantes, es un acto que viola derechos contenidos en la Constitución, al efecto tenemos que: a) El Art. 226 de la Constitución Prescribe: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán únicamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”; y el Art. 84 *ibidem* determina que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tienen la obligación de adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. – En ese sentido el legislador tiene potestad para regular y desarrollar la legislación legal y constitucional.- El legislador por efecto de la potestad normativa establecida en la Constitución, tiene la capacidad de definir las condiciones y la forma de acceso a las instituciones jurídicas establecidas en la Constitución, y así lo ha hecho al legislar sobre el matrimonio y la unión de hecho en el Código Civil [...] en el presente caso no cabe duda que el Art. 81 del Código Civil guarda armonía con la norma constitucional por lo tanto es parte de ordenamiento jurídico de forma legítima [...] la normativa contenida en el Código Civil refleja el contenido y la praxis constitucional.¹⁶⁹

Esta parte de la motivación de la sentencia merece algunas valoraciones. En primer lugar, la acción de protección planteada por las accionantes demanda las vulneraciones de derechos humanos provenientes de un acto de autoridad pública, en este caso de la directora encargada del Registro Civil, al negar la inscripción de su matrimonio. El acto administrativo constituye “la decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, toma la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas”¹⁷⁰, en ninguna parte de la demanda se pide declarar contrario a la Constitución el artículo 81 del Código Civil como se pretende insinuar por parte de la Jueza Barrera Espín, mostrando la impertinencia de esta parte de la motivación; lo que evidencia una indebida fundamentación de la juzgadora.

Sobre esta materia, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia SU214/16 de agosto de 2016, por la cual da paso al matrimonio igualitario deja claramente expresado el rol de la legislatura y de los jueces en garantía de los derechos de los ciudadanos. Al respecto, la Corte menciona en su sentencia:

¹⁶⁹ Ecuador Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, “Sentencia”, *Acción de protección en el Juicio No. 2014-1602*, 26 de mayo de 2014, 2-3.

¹⁷⁰ Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 13.

En un Estado Social de Derecho existe un conjunto de derechos fundamentales, cuyos contenidos esenciales configuran un “coto vedado” para las mayorías, es decir, un agregado de conquistas no negociables, entre ellas, aquella que tiene todo ser humano, en condiciones de igualdad, para unirse libremente con otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida común. Los poderes públicos encuentran en ellos la fuente de su legitimidad y, a su vez, el límite material a sus actuaciones. Un sistema democrático significa un gobierno sujeto a condiciones de igualdad de status para todos los ciudadanos. *Si las instituciones mayoritarias las proveen, el veredicto acogido debería ser aceptado por todos, pero cuando no lo hacen entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que amparen mejor esas condiciones.* La libertad de configuración del legislador está enmarcada dentro de los principios y derechos constitucionales. Es una realidad innegable que las mayorías políticas, tradicionalmente se han mostrado reacias al reconocimiento de derechos de quienes deciden vivir en pareja con otra persona del mismo sexo¹⁷¹ (énfasis añadido).

Desde esa perspectiva, la Jueza Barrera Espín perfectamente pudo asumir la demanda del matrimonio igualitario requerido por Correa-Troya como un procedimiento tutelar de derechos fundamentales como se mencionó en la presente investigación.

Sin embargo, con relación a la argumentación jurídica de la Jueza Barrera Espín, es preciso mencionar que el principio de validez de las normas se expresa de dos maneras: por una parte, la validez formal, es decir, la legalidad y legitimidad del órgano con competencia para crear normativa, en este caso la Asamblea Constituyente; y, por otra, la validez sustancial, es decir, la legitimidad del contenido de las normas, las mismas que no pueden ser contrarias o afectar derechos fundamentales, como sí ocurre con lo dispuesto por el artículo 67 inciso 2 de la Constitución de la República, como se ha mencionado anteriormente.

Otra parte de la motivación de la sentencia de segunda instancia señala que:

La Constitución establece claramente que los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, no requieren de legislación adicional, para su implementación y aplicación dentro del país, por lo cual deberán ser aplicados y respetados por todos los órganos e instituciones del Estado. En este sentido, en su demanda las recurrentes hacen referencia a la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención Americana de Derechos Humanos y Declaración Universal de Derechos Humanos, mismos que, no hacen referencia expresa o tácita referente al matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que respecto de la institución de la familia y de la dignidad de las personas, otorgan a los países que han ratificado dichos instrumentos, la facultad de adaptar los derechos reconocidos en los mismos, conforme las normas y procedimientos constitucionales internos de cada país, lo que en la especie, ha sido recogido en nuestro

¹⁷¹ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, al Juicio SU214/16, 28 de abril de 2016. <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/665526733>

sistema jurídico en los Arts. 67 y 68 de la Constitución y 81 del Código Civil [...].¹⁷²

Para analizar esta parte de la motivación, revisaremos el texto de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes mencionados por la jueza Barrera Espín.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC detalla en su artículo 10 lo siguiente:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.¹⁷³

Del texto de esta norma del PIDESC y bajo la misma reflexión de la jueza Barrera Espín, “no hacen referencia expresa o tácita referente al matrimonio entre personas del mismo sexo [...]”,¹⁷⁴ ni tampoco de sexos diferentes; ¿por qué entonces se asume que el matrimonio es exclusivamente heterosexual?

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina en el artículo 23 lo siguiente:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 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.¹⁷⁵

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 17 establece que:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.¹⁷⁶

¹⁷² Ecuador Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, “Sentencia de segunda instancia”, en *Juicio No. 2014-1602*, 26 de mayo de 2014, Foja 5.

¹⁷³ ONU PIDESC, art. 10.

¹⁷⁴ Ecuador, “Sentencia de segunda instancia”, en *Juicio No. 2014-1602*, Foja 5.

¹⁷⁵ ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 23.

¹⁷⁶ OEA Asamblea General, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 17.

Un primer abordaje complejo sobre el sentido del matrimonio en estos dos instrumentos internacionales nos encamina a reflexionar sobre el sentido gramatical del texto y en consecuencia el sentido de la conjunción “y” en el mismo. La conjunción es la “parte invariable de la oración que denota la relación que existe entre dos oraciones, o entre miembros o vocablos de una de ellas, juntándolos o enlazándolos, siempre gramaticalmente, aunque a veces signifique contrariedad o separación de sentido entre unos y otros”.¹⁷⁷

Esta definición da lugar tanto a concebir la relación entre el hombre y la mujer en el marco del matrimonio, como también la separación de su condición como hombre y mujer de manera autónoma para el matrimonio. A eso se refiere el concepto de conjunción cuando afirma que puede constituir también la separación de sentido entre los miembros que son parte de la oración.

No podemos negar que el contexto socio cultural en el cual la comunidad internacional elaboró y aprobó estos instrumentos internacionales era eminentemente heteronormativo, por lo que los derechos de las personas gais o lesbianas y otras personas del colectivo LGBTI, no estaban presentes en el debate de ese momento y, en consecuencia, se concebía con “naturalidad” al matrimonio como una institución heterosexual.

Es preciso afirmar que el contexto, las circunstancias y el análisis social, cultural, jurídico y hasta gramatical, se han modificado con el tiempo; en particular, por la evolución de los derechos humanos y la transformación de la cultura y la sociedad, lo que legítimamente justifica no solo la transformación de las instituciones, la legislación y las actuaciones de autoridad, sino la vigencia de los derechos humanos y en particular el derecho al matrimonio igualitario.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abunda en reconocer la perspectiva evolutiva de los derechos, señalando que:

La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por

¹⁷⁷ *Nuevo Diccionario Enciclopédico Universal, AULA, 1995, Definición Conjunción.*

la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁷⁸

Para profundizar en el tema, Salgado menciona lo siguiente:

La Corte Interamericana señala que diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia. De hecho, para la Corte Interamericana la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada sino también por el impacto en el núcleo familiar.

En el caso concreto, se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la CADH, pues existía una convivencia, un contacto frecuente y una cercanía personal y afectiva entre Karen Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre.¹⁷⁹

Por lo expuesto, la reflexión jurídica de la jueza Barrera Espín en la sentencia, no pasa de tener una perspectiva formal y literal de las normas y de las instituciones, manteniendo un enfoque conservador y contrario a una proyección evolutiva, garantista y renovada del derecho y los derechos que sustenta.

En otra parte de la motivación la juzgadora plantea:

La misma Constitución otorga un trato igualitario y a la vez diferenciado, cuando reconoce los diferentes tipos de familia en los Arts. 67 y 68¹⁸⁰ [...]. distinción que al ser orientada legítimamente no ocasiona situaciones contrarias a la justicia, sino que reconoce la existencia de dichas minorías, por lo que no afecta el derecho a la igualdad y no discriminación. Las disposiciones indicadas permiten que las parejas homosexuales tengan similares derechos que las parejas heterosexuales bajo la unión de hecho, pero establecen la prohibición constitucional expresa de contraer matrimonio y adoptar [...]. La igualdad se expresa como una paridad formal ante el derecho, sin que pueda considerarse como un abandono del principio de igualdad la existencia de ciertas disposiciones orientadas a corregir desigualdades de hecho, desatendiendo, de este modo, los estrictos mecanismos de la igualdad aparente.- Si bien los seres humanos deben ser tratados de forma igualitaria en cuanto a los derechos fundamentales, no deben serlo en todo aquello que se vean afectados por las diferencias que naturalmente existen entre ellos [...]. No es posible proclamar igualdad fáctica o real y efectiva, en la que todos los seres humanos tengan un mismo ejercicio de los derechos, pues lo que esto provocaría son

¹⁷⁸ CIDH, “Sentencia” *Caso Atala Riffo versus Chile*, párr. 83.

¹⁷⁹ Judith Salgado, “Entre la Reproducción y el cuestionamiento de la concepción heteronormativa de familia, el caso Karen Atala”, *Aportes Andinos* 34, (Quito: PADH-UASB, 2014), 20.

¹⁸⁰ **Art. 67.** 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. **Art. 68.** La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.

situaciones de discriminación, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciados de relevancia jurídica [...].¹⁸¹

La motivación final de la jueza ponente intenta justificar el trato diferenciado que se da a las personas con otra orientación sexual o identidad de género con relación al matrimonio y a la adopción; aunque sobre este último tema, más allá de mencionarlo, no lo profundiza. Respecto al principio y derecho a la igualdad y no discriminación abundamos en argumentos cuando analizamos el fallo de primera instancia que son plenamente aplicables en esta parte, particularmente lo relacionado a la implementación del test de igualdad sugerido en su momento; sin embargo, no sería prudente dejar de analizar la afirmación de la juzgadora cuando menciona que: “Si bien los seres humanos deben ser tratados de forma igualitaria en cuanto a los derechos fundamentales, no deben serlo en todo aquello que se vean afectados por las diferencias que naturalmente existen entre ellos”.¹⁸²

Esta afirmación de la juzgadora nos retrotrae al enfoque que sobre el tema sustentaba la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos a finales del siglo XIX. Un ejemplo de esta perspectiva es el caso *Plessy c. Ferguson* de 1896, en el que se puede observar que:

En junio de 1892, Homer A. Plessy compró un pasaje de tren para viajar de New Orleans a Covington, Louisiana, se sentó en el vagón que correspondía solo a blancos. Las autoridades le pidieron que se trasladara al vagón de afroamericanos, por considerar que no era blanco, y Plessy se negó. Plessy fue detenido y trasladado a la cárcel de New Orleans. En el juicio se determinó que Plessy tenía un octavo de sangre negra y que la detención fue legal. Plessy argumentó ante la Corte Suprema, que se violó la enmienda catorce y que se le trató como una persona inferior al separarlo del vagón de blancos. El fiscal general sostuvo que separar a blancos y negros no significaba tratar como inferior a los segundos, sino que simplemente se estaba cumpliendo con la ley y el principio que determina que siendo iguales hay que tratarlos diferente. La Corte determinó que el trato distinto no destruye el principio de igualdad [...] reafirmando así en términos obligatorios, la doctrina *equal but separate* [...].¹⁸³

Este caso de hace más de cien años, así como la argumentación de la Jueza Barrera Espín en pleno siglo XXI, evidencian que aún hoy en día la doctrina de iguales, pero separados intenta justificar social y jurídicamente que existe superioridad o inferioridad de las personas por sus diferencias étnicas, de edad, de sexo, de origen nacional,

¹⁸¹ Ecuador, “Sentencia de segunda instancia”, en *Juicio No. 2014-1602*, Foja 5 y contrafoja 5.

¹⁸² *Ibíd.*, Contrafoja 5.

¹⁸³ Ávila, *Los derechos y sus garantías*, 161-2.

orientación sexual, identidad de género y otras condiciones de las personas, amparándose en el cumplimiento de la ley y la Constitución. Cumplimiento que es parcial, pues no está sujeto, al menos en el caso del matrimonio igualitario en Ecuador, a un análisis integral y sistemático de los principios de aplicación de los derechos y de los derechos mismos establecidos en la Constitución, así como de la interpretación de la normas, jurisprudencia y doctrina internacional de derechos humanos.

En el caso que nos ocupa, bajo la doctrina iguales pero separados, expresada en la sentencia de la Jueza Barrera Espín, se da un estatus social, cultural y jurídico inferior a las personas del colectivo LGBTI; pues, por su condición, no pueden al igual que los heterosexuales contraer matrimonio ni adoptar; distinción, exclusión y restricción que limita el goce y ejercicio de derechos y libertades fundamentales como ya lo hemos analizado. Pero, además, es notoria la ilegítima e indebida preferencia para que las personas heterosexuales sean las únicas que puedan libre y autónomamente definir como parte de su proyecto de vida contraer matrimonio. Quizá lo más complejo de todo este entramado jurídico, institucional y sociocultural es la consagración constitucional y legal de la discriminación al prohibir el matrimonio igualitario; es decir, la consciente decisión del legislador de sostener intencional y objetivamente la discriminación, expresada luego en los actos de las servidoras, servidores públicos y autoridades.

Finalmente, la juzgadora insinúa a las accionantes soliciten la

reforma a la constitución; y si el Art. 81 del Código Civil al parecer de las accionantes atenta contra derechos constitucionales, la vía a seguir es la inconstitucionalidad de dicha norma jurídica; pero en ningún caso se puede hacer uso de la acción de protección, para reformar normas constitucionales o declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica [...],¹⁸⁴

desestimando el recurso de apelación interpuesto.

En ninguna parte de la demanda se solicita que la administración de justicia se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de norma jurídica alguna; evidenciándose que la Jueza Barrera Espín, rehusó pronunciarse sobre el acto producido por la negativa de registrar el matrimonio de Pamela Troya y Gabriela Correa.

¹⁸⁴ Ecuador, “Sentencia de segunda instancia”, en *Juicio No. 2014-1602*, Contrafoja 5.

2.6 Los principios de aplicación de derechos y la sentencia del matrimonio igualitario.

Para abordar los principios de aplicación de derechos, asumimos necesaria una lectura sistemática y finalista de los mismos; en el marco de lo que se denomina el bloque de constitucionalidad, es decir:

...distinguir que la Constitución no se encuentra únicamente conformada por reglas es una consecuencia directa de concebir a la norma fundamental como un cuerpo complejo o interdisciplinario en el que coexisten distintos valores y principios que guían la aplicación de sus contenidos y, por tanto, de todo el sistema jurídico que necesariamente debe guardarle sujeción, desde la lógica de reconocer el principio de supremacía y su función de unidad y validez. Dicha función debe ser entendida nuevamente en un sentido formal y material.¹⁸⁵

Desde esa perspectiva, dentro del bloque de constitucionalidad en el caso ecuatoriano tienen un rol relevante los instrumentos internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia y la doctrina que se ha hecho relación en acápites anteriores, la misma que se ve complementada con el abordaje que realizaré a continuación sobre los principios de aplicación de los derechos en el marco de la sentencia del caso Correa y Troya vs Registro Civil.

En ese sentido, abordar los principios de aplicación de los derechos constituye el núcleo central de la reflexión respecto al tema del matrimonio igualitario. La Jueza Sánchez Lozada afirma en su sentencia que los valores morales, religiosos y cristianos tienen rango de principios de aplicación que deben ser observados por la administración de justicia y apela a la igual jerarquía de estos principios respecto a otros, sobre los cuales no se hace mención alguna.

Anteriormente, se mencionó la conceptualización dada por Robert Alexy sobre los principios de aplicación de los derechos como mandatos de optimización. Al respecto

Alexy afirma que los principios proporcionan un haz de posibilidades para la persona que interpreta o aplica el derecho [...]. El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica [que] carece de concreción.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Danilo Caicedo, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador, Derechos Humanos más allá de la Constitución”, *Revista de Derechos No. 12*, (Quito: UASB, 2009), 10.

¹⁸⁶ Ávila, *Los derechos y sus garantías*, 64.

Ahora bien, una vez revisado conceptualmente lo que son los principios de aplicación de derechos, la Constitución en su Título II incluye el Capítulo Primero denominado Principios de Aplicación de los derechos, mismo que contiene dos artículos. El artículo 10, que hace referencia a los sujetos de derechos, es decir, a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y la naturaleza, y el artículo 11 donde se establecen los principios en nueve numerales.

Los principios de aplicación de derechos conforme a la Constitución son: el ejercicio, promoción y exigencia de los derechos de manera individual y colectiva; el de no discriminación; el de aplicación directa e inmediata; la no restricción del contenido de los derechos y garantías por una norma; la aplicación de la norma e interpretación más favorable para los derechos; la igual jerarquía de todos los derechos; el reconocimiento de otros derechos derivados de la dignidad humana; el desarrollo progresivo y la no regresividad de los derechos, y la responsabilidad objetiva del Estado. En ninguno de los principios constitucionales se hace mención a los valores morales o religiosos como principios de aplicación de los derechos humanos, como afirma la jueza Sánchez Lozada y, por lo tanto, su argumentación jurídica carece de raigambre constitucional.

2.6.1 El principio de igualdad y no discriminación

El principio fundamental para abordar el tema del matrimonio igualitario es el principio de igualdad y no discriminación. La Constitución de la República, en el artículo 11.2, de manera extensa desarrolla este principio al afirmar que

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, edad, *sexo*, *identidad de género*, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio económica, condición migratoria, *orientación sexual*, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos¹⁸⁷ (énfasis añadido).

El principio de no discriminación constituye uno de los baluartes del derecho nacional e internacional de los derechos humanos; es un principio referencial para el conjunto de los derechos humanos y

“ha entrado en el dominio del *jus cogens*, lo cual implica que es parte de las normas de máxima jerarquía dentro del Derecho Internacional y por ser normas tan importantes,

¹⁸⁷ Ecuador, *Constitución 2008*, art. 11.2.

existen obligaciones vinculantes para todas las personas y los Estados sin excepción alguna (O'Donnell, 2012, p.75).¹⁸⁸

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, conceptualiza lo que es el carácter *jus cogens* de las normas:

Para los efectos de esta Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de naciones como una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por otra norma ulterior de derecho internacional general posterior que tenga el mismo carácter.¹⁸⁹

En esas condiciones, el principio de igualdad y no discriminación adquiere una fuerza enorme para la interpretación y aplicación jurídica. Por otra parte, el principio de igualdad y no discriminación en los diversos instrumentos de derechos humanos, sean tratados o declaraciones internacionales, o constituciones y legislación nacional, desarrolla las causas por las cuales es inadmisibles se genere diferencias indebidas que afecten los derechos de las personas o colectivos, e incluye generalmente una cláusula abierta por la cual se faculta a que se consideren otras situaciones o condiciones por las cuales no se admitiría la discriminación.

Es necesario destacar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1989, dentro de su Observación General N.18 párrafo 7, define a la discriminación en los siguientes términos:

debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.¹⁹⁰

Nótese que de esta definición se extrae un aspecto relevante que en el presente caso debe ser debidamente observado: toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga por resultado el menoscabo de derechos fundamentales, sea en su

¹⁸⁸ Ecuador Defensoría del Pueblo Dirección de Análisis Normativo e Incidencia en Políticas Públicas, *Criterios y estándares del derecho a la igualdad y no discriminación para la incidencia normativa y la incorporación del enfoque de derechos humanos en las políticas públicas* (Quito: Graphus, 2015), 38.

¹⁸⁹ ONU Asamblea General, *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, 23 de mayo de 1969, art. 53, A/CONF.39/27

¹⁹⁰ ONU Comité de Derechos Humanos, *CCPR Observación General N.18, No Discriminación*, 10 de noviembre de 1989, párr. 7.

goce o en su ejercicio, sin una razón debidamente fundada, constituye discriminación y adolece de inconstitucionalidad, y está prohibida.

La enumeración taxativa de causas por las cuales está prohibido discriminar a las personas y colectivos, les da una fuerza jurídica potente y en consecuencia el nivel de control es altamente estricto. En ese sentido, Bernal Pulido aporta con una serie de elementos fundamentales para el desarrollo del ejercicio de la ponderación constitucional en materia de igualdad y no discriminación.

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).¹⁹¹

Como se podrá apreciar, en el caso del matrimonio, el tratamiento que da la Constitución establece un trato diferenciado a personas que se encuentran en una situación similar; es decir, son personas adultas que de manera consensuada deciden contraer matrimonio; pero en parte son diferentes, pues son homosexuales, lesbianas o parte del colectivo LGBTI, y las otras personas son heterosexuales. Entonces, hay un trato jurídico, social, institucional y culturalmente diferente a pesar de tener similitudes sustanciales como ser personas adultas y consensuar un proyecto de vida en común.

En ese sentido, Bernal Pulido considera que se vulnera el principio y el derecho a la igualdad,

cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso, que puedan justificar el trato diferente.¹⁹²

¹⁹¹ Carlos Bernal Pulido, *El Juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Igualdad y no discriminación, el reto de la diversidad* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 2010), 452.

¹⁹² *Ibid.*, 458.

Con esta reflexión, se puede abordar la implementación del test de igualdad como un mecanismo legítimo para que los legisladores, así como los administradores de justicia y servidores públicos, tomen las decisiones y acciones evitando al máximo la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación en el ejercicio de sus funciones.

Una primera entrada es la implementación del principio de proporcionalidad; por el cual:

un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.¹⁹³

La reflexión de la Jueza Sánchez Lozada sugiere que un fin constitucionalmente válido para sustentar su sentencia, sería la protección de los valores morales, cristianos y religiosos en abstracto. La moral como disciplina estudia el comportamiento humano en cuanto al bien y al mal; se dice que la moral “no cae bajo la jurisdicción de los sentidos, por ser de apreciación del entendimiento o la conciencia”,¹⁹⁴ y que es “pertenciente al fuero interno o a impulsos sociales; por contraposición a lo jurídico”.¹⁹⁵ Por otra parte, la moralidad es la “cualidad de las acciones humanas que las hace buenas”.¹⁹⁶

Bajo esos elementos, ¿quién define desde la moral y moralidad lo bueno o lo malo de un comportamiento?; ¿existe una sola moral y moralidad que proteger?; ¿cómo en un Estado laico, los valores cristianos y religiosos se constituyen en fines constitucionalmente válidos? La convivencia en la diversidad, propuesta por el Preámbulo de la Constitución, ¿no es un valor constitucionalmente válido?, ¿el respeto de la dignidad de las personas y colectividades en todas sus dimensiones, como también lo plantea el Preámbulo no es un fin constitucionalmente válido? En fin, el argumento por el cual se pretende justificar la negativa al matrimonio igualitario respecto al primer elemento de proporcionalidad, es decir la existencia de un fin constitucionalmente válido, no es sostenible desde ningún punto de vista.

¹⁹³ *Ibíd.*, 460-1.

¹⁹⁴ “Normas gramaticales de ortografía y conjunción de verbos”, en *Nuevo Diccionario Enciclopédico Universal*, AULA, (Madrid: Cultural S.A, 1995). Definición de *Moral*.

¹⁹⁵ Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 207.

¹⁹⁶ *Nuevo Diccionario Enciclopédico Universal*, AULA, 1995. Definición de *Moralidad*.

Por otra parte, es preciso valorar si la negativa al matrimonio igualitario constituye la medida menos dañosa para la vigencia de otros principios y derechos constitucionales. Lo primero sería ubicar los principios eventualmente afectados. Así se tiene el principio de igualdad y no discriminación; el libre desarrollo de la personalidad; el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida y orientación sexual; el derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho a construir una familia diversa. A la inversa, ¿qué derechos se afectarían si se aceptara el matrimonio igualitario? Del catálogo de los derechos y principios de aplicación de éstos, ninguno sería afectado; por lo tanto, esta medida es complemente arbitraria y dañosa para los derechos humanos.

Finalmente, es preciso valorar si la negativa al matrimonio igualitario no sacrifica un valor superior al cual se pretende defender. Ya hemos dicho que la sentencia de la Jueza Sánchez Lozada pretende defender los valores morales, cristianos y religiosos; entonces, la pregunta gira en torno a si ¿es justificable, para precautelar estos valores, sacrificar la igualdad y la no discriminación para un grupo de personas?, ¿es justificable impedir que de manera libre, autónoma, consensuada, las personas adultas del mismo sexo decidan contraer matrimonio?, ¿es justificable que la ética laica en un Estado laico no se garantice para precautelar los valores morales, cristianos y religiosos? Se podría plantear muchas más preguntas y todas apuntarán a afirmar que en un Estado de derechos, justicia, democrático y laico; el valor supremo es la dignidad y los derechos humanos.

Otra manera de realizar el juicio de igualdad es desarrollada por la jurisprudencia de la Corte de Justicia de los Estados Unidos; esta tiene que ver con “la existencia de distintos niveles de intensidad en los ‘escrutinios’ o ‘tests’ de igualdad (estrictos, intermedios o débiles)”.¹⁹⁷ En el presente trabajo se hará referencia, en razón de la materia que se analiza, a los escrutinios débil y estricto.

Escrutinio débil:

Según el escrutinio débil, para que un acto jurídico sea declarado constitucional, basta que el trato diferente que se enjuicia sea una medida “potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico”. El escrutinio débil, entonces, consta de dos exigencias: a) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y b) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En este sentido, un trato diferenciado es inconstitucional si su objetivo está prohibido por la

¹⁹⁷ Bernal, *El Juicio de Igualdad*, 463.

Constitución o si dicho trato es manifiestamente inadecuado para alcanzarlo.¹⁹⁸

Escrutinio estricto:

El surgimiento de este segundo escrutinio respondió a la constatación de que el “rational basis-Test” no era un instrumento adecuado para enjuiciar los tratos diferenciados que afectaban a grupos o intereses que habían sido discriminados tradicionalmente y que, por tal causa, merecían recibir una protección especial por parte del Estado. Por esta razón, este segundo escrutinio debe aplicarse cuando un trato diferenciado se fundamente en criterios “sospechosos” como la raza o [...] la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía.

En la versión del escrutinio estricto adoptada por la jurisprudencia de la Corte colombiana, los criterios sospechosos de diferenciación —o criterios “potencialmente discriminatorios”— son aquellos que (1) aparecen incluidos en los mandatos de igualdad tipificados por la Constitución [...]. Más recientemente, la Corte ha señalado que además de estos tres tipos de criterios, también son potencialmente discriminatorias aquellas diferenciaciones que (1) “se funden en rasgos permanentes de las personas de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (2) aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias [...]. En los casos de escrutinio estricto, para que el trato diferenciado de un destinatario o de un grupo esté justificado, “debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso”. Esto quiere decir que el escrutinio estricto también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferenciados, al cumplimiento de dos exigencias: (1) que la medida persiga, ya no sólo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado (un *compelling interest*), y (2) que la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo.¹⁹⁹

Ahora bien, si se aplica los escrutinios planteados en el juicio de igualdad conforme lo estipulado en el texto de Bernal Pulido, se obtendría los siguientes resultados:

Escrutinio débil: ¿cuál es el fin legítimo de excluir a las personas de otra orientación sexual o identidad de género a contraer matrimonio?; ¿será un fin legítimo el respeto de los valores morales, cristianos y religiosos?; ¿será dicho fin, legítimo en el marco de un Estado Laico, de derechos y justicia? Ni siquiera el escrutinio débil permitiría negar el matrimonio igualitario.

Mientras tanto, el escrutinio estricto plantea que si hay un mandato constitucional que expresamente prohíba la discriminación por orientación sexual o identidad de género, como es en el caso ecuatoriano, esta estipulación normativa sería suficiente para cuestionar la negativa de permitir el matrimonio igualitario; sin embargo, se puede abundar mencionando que la orientación sexual y la identidad de género constituyen

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ *Ibíd.*, 463-5

expresiones propias y permanentes de las personas que no dependen de su voluntad, lo que reforzaría aún más la no discriminación de las personas y su derecho de contraer matrimonio. Por otra parte, las personas con diversa orientación sexual o identidad de género pertenecen a los grupos históricamente excluidos, lo que se constituye como un argumento utilizado por la Corte Constitucional colombiana para fallar a favor de sus derechos. En consecuencia, el juicio estricto de igualdad dispondría que la negativa al matrimonio igualitario es un acto inconstitucional y vulnera los derechos humanos de las personas que desean contraerlo.

2.6.2 El principio de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías.

La Constitución en su artículo 11.3 establece:

3. 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.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o en la Ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.²⁰⁰

Este principio recalca que los derechos y las garantías de estos no son simples enunciados, son normas jurídicas de plena aplicación que, como lo sostiene Robert Alexy, implican una aplicación directa e inmediata por parte de cualquier funcionario público. En la práctica, los tropiezos que generalmente ocurren para implementar este principio están relacionados con la inexistencia de normativa legal o reglamentaria secundaria que disponga la manera específica de cómo aplicar los derechos; relacionado básicamente a establecer atribuciones de los funcionarios y las instituciones para el efecto.

Sin duda, en la actuación de la administración de justicia recae una mayor responsabilidad para la protección de los derechos humanos, pues su tarea es justamente velar por la justicia y los derechos de las personas y colectivos. Esto tiene mayor relevancia cuando la naturaleza de los derechos humanos los hace plenamente justiciables. En el presente caso, la demanda presentada por Gabriela Correa y Pamela

²⁰⁰ Ecuador, *Constitución 2008*, art. 11.3.

Troya busca se reconozca su derecho al matrimonio igualitario como un acto de justiciabilidad que recae en la administración de justicia constitucional.

Un elemento que integra el principio de aplicación directa de los derechos humanos en el caso ecuatoriano es el relacionado con el reconocimiento de los derechos desarrollados en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, que generalmente

son de dos clases: los tratados y el soft law. Los tratados, convenios, pactos, protocolos, que tienen igual naturaleza jurídica, son instrumentos que requieren un trámite de aprobación, normalmente parlamentario, al interior de los Estados, y que debe su ratificación depositarse ante un organismo internacional, una vez ratificados, los tratados tienen fuerza vinculante [...] el soft law, en cambio implica simplemente una firma del Estado; estos instrumentos no tienen un proceso de ratificación, enumeran derechos pero no tienen un mecanismo de protección internacional [...]. Entre los documentos de soft law podemos enunciar las declaraciones, las resoluciones, las normas mínimas, las directrices.²⁰¹

En esa perspectiva, se inscriben *Los Principios de Yogyakarta* sobre la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, elaborado por expertos internacionales por pedido de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos en el año 2006 y que fue abordado en el capítulo primero. Los Principios de Yogyakarta forman parte del Soft Law o derecho blando, pues carecen de fuerza obligatoria en el estricto sentido jurídico, porque los Estados no están obligados a observar su aplicación, la cual depende del convencimiento de su valor intrínseco. Lo que se espera es que las naciones que consideran los instrumentos Soft Law realicen esfuerzos para implementar sus contenidos y que estos se basen en el principio de la buena fe, salvo que sus normas se incorporen en el derecho interno y adquieran obligatoriedad, misma que deviene de la soberanía estatal.

2.6.3 Principio de interpretación más favorable para los derechos humanos

El artículo 11.5 de la Constitución consagra este principio rector en materia de derechos humanos. El texto planteado en la Constitución dice señala que “Art. 11.5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos,

²⁰¹ Ávila, *Los derechos y sus garantías*, 85-6.

administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”.²⁰²

Este principio permite que los servidores y servidoras públicas y toda autoridad que debe tomar una decisión y de por medio tiene normas eventualmente diferentes e incluso contradictorias, aplique aquella que más favorezca la vigencia de los derechos humanos. El tema del matrimonio igualitario se afronta a esta situación de manera directa, pues confronta dos reglas constitucionales; por una parte, la disposición del artículo 66.4 que dispone garantizar el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación; y, por otra, el artículo 67 inciso segundo que dispone que el matrimonio es una institución y derecho exclusivo para personas de diferente sexo. Si a esto sumamos lo dispuesto en el artículo 11.2 que considera inaceptable la discriminación por la orientación sexual o la identidad de género de las personas, tendremos la ecuación jurídica resuelta a favor del matrimonio igualitario.

Este principio doctrinariamente es el denominado principio *pro homine* que,

tal como lo señala Medellín Urquiaga, la primera definición del PPH se debe al juez de la CteIDH Rodolfo E. Piza Escalante (14), quien señaló que el principio pro persona es “(Un) criterio fundamental (que) (...) impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen.”²⁰³

Con esta definición, la fórmula para afrontar jurídicamente el tema del matrimonio igualitario hubiese facilitado la toma de decisiones de las juzgadoras y pudo haber generado un precedente jurisprudencial emergente y garantista.

2.6.4. Principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos.

Estos principios, desarrollados en el artículo 11.8, disponen textualmente lo siguiente:

Art. 11.8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas- El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya,

²⁰² Ecuador, *Constitución 2008*, art. 11.5.

²⁰³ Zlata Drnec de Clément, *La complejidad del principio pro homine*, (CIDH, 2007), 4. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>

menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.²⁰⁴

El principio de progresividad incluye la noción de gradualidad y progreso, es decir, la consecución periódica de avances en los derechos humanos y el establecimiento de nuevos estándares sobre los cuales se debe seguir avanzando. Así mismo, la definición del artículo 11.2 dispone como inconstitucional cualquier acción u omisión que evidencie regresión de los derechos humanos, sea porque se disminuya, menoscabe o anule el ejercicio de los derechos humanos.

Esta progresividad de los derechos tiene un amplio campo en el cual puede realizarse. Pueden ser a través de normas del sistema jurídico, leyes, ordenanzas, reglamentos u otros cuerpos normativos y, en consecuencia, todos los órganos con capacidad de generación de normas podrían realizar progresos en el contenido de los derechos, como el legislativo, los gobiernos autónomos descentralizados, entre otros.

La progresividad de los derechos humanos puede expresarse también, a través de políticas públicas. Estas, a criterio de Olavarría Gambi, tienen como elementos centrales los siguientes:

a) el actor privilegiado en ellas es el Estado; b) involucran una decisión fundamental sobre hacer o no hacer algo; c) tienen una finalidad pública: los destinatarios son los ciudadanos; d) se activan a través de decisiones de autoridades investidas con poder público; e) involucran un conjunto de decisiones interrelacionadas; f) afectan – positiva o negativamente – intereses; g) requieren instrumentos, definiciones institucionales, organizaciones y recursos para ser implementadas.²⁰⁵

En consecuencia, el escenario de la construcción de políticas públicas también puede evidenciar el avance en el contenido de los derechos humanos, dejando nuevos estándares para su tratamiento.

Finalmente, los derechos humanos pueden desarrollarse progresivamente a través de la jurisprudencia, siendo este el escenario de análisis en el presente caso. La jurisprudencia es la ciencia del derecho que, para Guillermo Cabanellas, “es la

²⁰⁴ Ecuador, *Constitución 2008*, art. 11.8.

²⁰⁵ Mauricio Olavarría Gambi, *Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas*, (Santiago: Universidad de Chile Instituto de Asuntos Públicos, Departamento de Gobierno y Gestión Pública, 2007), 17-8.

interpretación de la ley hecha por los jueces. El conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico”.²⁰⁶

Siendo así, la decisión que se adopte por parte de los jueces y tribunales de justicia constitucional en el Ecuador, puede marcar avances y progresividad con relación al derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, al reconocer el matrimonio igualitario; de no hacerlo, se constituiría en una limitación y eventual retroceso respecto al contenido esencial del derecho mencionado. Sin embargo, se debe señalar que por principio

la regresividad está prohibida y solo podrá ser admisible si existe estricto escrutinio de sus causas y consecuencias. O sea, si se justifica adecuadamente, se podría admitir una regresión en forma excepcional y por un tiempo determinado, en el goce de derechos.²⁰⁷

2.6.5 Principio de reconocimiento de derechos provenientes de la dignidad humana

El artículo 11.7 desarrolla este principio de la siguiente manera:

Art. 11.7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.²⁰⁸

Este principio deriva su contenido al elemento central de los derechos y la dignidad humana. Al respecto, Ávila Santamaría, de manera extraordinaria, realiza una aproximación a la dignidad a partir de la concepción de Kant, afirmando que

Kant distingue entre dos tipos de leyes: las leyes de la naturaleza, de las que los seres humanos no tienen control alguno, y las leyes que regulan las relaciones entre los seres humanos. Estas leyes son estrictamente deberes y se dividen en tres. El deber de beneficencia, el de respeto y el del amor. El deber de beneficencia consiste en promover la felicidad de los otros que están en necesidad sin obtener ganancia inmediata, bajo el supuesto de que en algún momento podremos encontrarnos en estado de necesidad. *El deber de respeto consiste en limitarnos por la dignidad de otras personas, esto es que no debemos hacer a otros medios para cumplir nuestros fines.* El deber de amor consiste en convertirnos en un medio para la realización de los fines de otros. La clave para entender la dignidad está en la fórmula de medio y fin²⁰⁹ (énfasis añadido).

²⁰⁶ Cabellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 174.

²⁰⁷ Ávila, *Los derechos y sus garantías*, 90.

²⁰⁸ Ecuador, *Constitución 2008*, 11.7.

²⁰⁹ Ávila, *Los derechos y sus garantías*, 90.

En materia del matrimonio igualitario, el deber fundamental que está en juego es el de respeto, pues el ejercicio de las libertades humanas que no afectan los derechos de otros no puede ser sujeto de limitación, restricción o punición jurídica. En esta materia, está en juego el ejercicio de la libertad de personas que, por su condición, su orientación sexual o identidad de género, son sujetas de controles sociales, culturales, institucionales y jurídicos que atentan contra su dignidad y la convivencia armónica sustentada en la diversidad y los derechos humanos.

2.7 Presentación de la acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional y desarrollo de *amicus curiae*.

El 23 de junio de 2014, las peticionarias presentan la acción extraordinaria de protección contra la sentencia dictada en mayo de ese año por parte de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. En agosto de 2014, la Corte Constitucional avoca conocimiento de esta acción en el caso 1035-14-EP a través de los jueces que conforman la sala de admisión: Ruth Seni Pinargote, Alfredo Ruíz Guzmán y Antonio Gagliardo Loor.²¹⁰

En diciembre de 2014, la Corte Constitucional admite el trámite la acción extraordinaria de protección. En ese momento, el juez ponente era Patricio Pazmiño Freire. Posteriormente, con fecha 5 de marzo, 19 de marzo y 14 de mayo de 2015, se presentan sendos *amicus curie* por parte de Ramiro Ávila Santamaría y Alberto Acosta por sus propios derechos; María Bernarda Freire, Alex Javier Esparza Naranjo de la Fundación Ecuatoriana Equidad; y, Farith Simon Campaña, Karen Sichel Arciniiega y Ramiro Estrada Proaño de la Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito, los mismos que, de manera sustancial, analizaremos a continuación.

2.7.1 Elementos comunes en los *amicus curiae* presentados a la Corte

Los escritos de *amicus curiae*, conforme la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constituyen un punto de vista de los terceros interesados en una causa:

Art. 12.- Comparecencia de terceros. - cualquier persona o grupo de personas que tengan interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza

²¹⁰ Ecuador Corte Constitucional, Sala de Admisión, “Providencia”, del *Caso no. 1035-14-EP*, 7 de agosto de 2014.

o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado.

Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviese interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional.²¹¹

Como se podrá apreciar, la figura del *amicus curiae* faculta a las personas que tengan interés en un caso presentar su punto de vista y argumentación jurídica, dirigido a colaborar con una resolución más adecuada.

A este respecto [...] los magistrados del Tribunal Constitucional peruano Beaumont Callirgos y Eto Cruz afirmaron lo siguiente: “(...) Se trata entonces de una entidad coadyuvante que, a través de su pericia, contribuye a que la causa sea resuelta en un determinado sentido. Tiene, en esa medida, un interés objetivo en la resolución, producto de su conocimiento técnico [...]”.²¹²

En esa perspectiva, los *amicus curiae* presentados por Ávila, Acosta, Freire, Esparza, Simon, Sichel y Estrada, contienen elementos comunes entre unos y otros indistintamente: el primero, relativo al análisis sistemático e integral de las normas constitucionales aplicables en la causa; el segundo, relativo a la interpretación evolutiva de los derechos humanos; y el tercero, relacionado con las diferencias existentes entre matrimonio igualitario y la unión de hecho.

2.7.2 Análisis sistemático e integral de las normas constitucionales

Sobre el análisis sistemático e integral de las normas constitucionales, Ávila y Acosta afirman que

la negativa del Registro Civil de casar a una pareja del mismo sexo, argumentando que la Constitución establece el matrimonio de un hombre y una mujer (Art. 67), tiene efectos discriminatorios en las personas del mismo sexo que quieren contraer matrimonio. En consecuencia, *haciendo una interpretación contextual y finalista, y aplicando el principio pro homine*, la Corte Constitucional tiene el deber de proteger los derechos de todas las personas, incluyendo por supuesto las personas del mismo sexo que quieren contraer matrimonio y evitar los efectos discriminatorios de las normas constitucionales²¹³ (énfasis añadido).

²¹¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, art. 12.

²¹² Perú Defensoría del Pueblo de Perú, *El amicus curiae: ¿Qué es y para qué sirve?*, *Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*, Serie Documentos Defensoriales – Documento No. 8, Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2009-15028, (Lima: 2009), 49.

²¹³ Ramiro Ávila Santamaría y Alberto Acosta, “Amicus curiae”, *Caso 1035-14-EP*, Registro No. 1324, 2 de marzo de 2015, 1.

Así mismo, sugieren la necesaria interpretación sistemática, “que consiste en que las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”.²¹⁴ Si este ejercicio hubiese sido realizado por las juzgadoras en las diversas instancias de esta causa, los resultados serían otros.

Más adelante, analizan la aplicación del principio *pro homine* y, a renglón seguido, sugieren la necesaria interpretación de la normativa constitucional desde la integralidad de este cuerpo legal. De esta manera, mencionan que según el artículo 427 de la Constitución, “las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”;²¹⁵ interpretación que la Sala Laboral de la Corte Provincial de Pichincha no realizó al momento de dictar la sentencia.

Por su parte, Freire y Esparza sostienen que se debe

analizar la Constitución en un sentido amplio y sistemático. Si bien es cierto que uno de los artículos prohíbe expresamente el matrimonio para personas del mismo sexo, nuestra Carta Magna contiene 444 artículos, de los cuales casi la quinta parte son garantías de los derechos que tienen las personas y además es muy clara con respecto a las personas no podemos ser discriminadas por razón de orientación sexual e identidad de género.²¹⁶

Recalcan que la interpretación integral de la constitución, así como la aplicación directa de los derechos permite que

bajo este paraguas no se requiere de interpretaciones escurridizas para entender que el ejercicio del derecho al matrimonio va de la mano del ejercicio de otros derechos reconocidos en la Constitución [...], como el derecho a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia que se expresa en la decisión de adherirse a una figura jurídica, la libertad de tomar decisiones libres e informadas de nuestra vida sexual y el derecho de formar una familia y que esta sea protegida por el Estado.²¹⁷

2.7.3 Interpretación evolutiva de los derechos humanos

Ávila y Acosta reflexionan sobre la aplicación de la regla 4 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales que define el principio de interpretación evolutivo en materia de derechos humanos al establecer

²¹⁴ *Ibíd.* 3.

²¹⁵ *Ibíd.* 3.

²¹⁶ María Bernarda Freire y Alex Javier Esparza, “Amicus curiae”, *Caso No. 1035-14-EP*, Registro No. 3294, 14 de mayo de 2015, 5-6.

²¹⁷ *Ibíd.*, 6

una de las normas más importantes y contemporáneas de la interpretación constitucional y de los derechos fundamentales que es la “interpretación evolutiva y dinámica”, según la cual “las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales”.²¹⁸

Esta interpretación evolutiva y garantista ha permitido cambios en la legislación, políticas y jurisprudencia en otros países en relación con el matrimonio igualitario, así tenemos en Suramérica a Argentina, Uruguay y Colombia, y un buen número de países europeos, además de México, Estados Unidos y otros.

Por su parte, Simon, Estrada y Sichel recuerdan a la Corte las obligaciones provenientes de la firma y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte del Estado ecuatoriano, en particular su compromiso de respetar los derechos y libertades sin discriminación alguna, como lo dispone el artículo 1.1 del mencionado tratado de derechos humanos. Pero, al mismo tiempo demandan una perspectiva histórica y evolutiva que responda al contexto de los derechos humanos en el mundo actual. En ese sentido, plantean lo siguiente:

Estas normas evidencian dos obligaciones del Estado: la primera, abstenerse a tomar medidas que de cualquier manera creen situaciones de discriminación y, la segunda, la obligación positiva de los Estados de eliminar cualquier situación que podría ser discriminatoria. En definitiva, el principio de igualdad, implica que el Estado debe garantizar mismas oportunidades y mismos derechos [...].²¹⁹

Finalmente concluyen mencionando que:

La distinción que hace el artículo 67 es ilegítima, viola el principio de igualdad y la no discriminación, pues restringe la libertad de elección de las parejas del mismo sexo para decidir si contraer o no matrimonio. Para que una distinción sea legítima debe ser racional, y es claro que los estereotipos y los prejuicios sociales son irracionales para el derecho [...].²²⁰

Estas reflexiones jurídicas dan elementos sustanciales para que la Corte Constitucional se pronuncie de manera fundamentada a favor del matrimonio igualitario por ser concretos y sostenidos en estándares internacionales y jurisprudenciales.

²¹⁸ *Ibíd.* 5.

²¹⁹ Farith Simon Campaña, Ramiro Estrada y Karen Sichel, “Amicus curiae”, *Caso No. 1035-14-EP*, Registro No. 3294, 14 de mayo de 2015, 5.

²²⁰ *Ibíd.*, 22.

2.7.4 Diferencias entre el matrimonio igualitario y la unión de hecho

Frente a las demandas de matrimonio igualitario por parte de las personas y colectivos LGBTI, se ha levantado el argumento jurídico, social y político de la existencia de las uniones civiles, de hecho, o de orden contractual, que a decir de quienes sostienen estas figuras como alternativa al matrimonio igualitario, garantizarían los mismos derechos y por lo cual no sería necesario dar paso al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Al respecto, Freire y Esparza realizan una interesante reflexión sobre las diferencias entre el matrimonio y la unión de hecho y los límites para el ejercicio de los derechos en una u otra institución jurídica, y mencionan que:

Uno de los problemas más frecuentes de las parejas LGBTI con respecto a la legalización o reconocimiento de su unión de hecho es el tiempo; las parejas heterosexuales requieren solamente voluntad para adquirir un vínculo matrimonial, ¿qué importa si se casan el mismo día de conocerse? Nada. Las parejas de la diversidad sexual, que solo pueden acceder a la institución de la unión de hecho deben esperar al menos 2 años para formalizar su unión [...]. ¿Qué pasa si una de las partes es extranjera?, tienen que demostrar que estuvieron en el mismo país al menos 2 años [...]. Tomando en cuenta que, la mayor parte de las veces, el registro de la unión de hecho queda en el ámbito privado, la sociedad de bienes que se forma mediante esta unión de hecho no tiene la misma protección que tiene la sociedad de bienes bajo matrimonio [...]. ¿De qué igualdad real hablamos cuando una persona tiene que someterse a un juicio tan largo para que se le reconozcan derechos de su pareja muerta? ¿De qué igualdad hablamos si las parejas tenemos que esperar el reconocimiento público para una relación privada? [...] Todo lo anterior solo nos lleva a la conclusión de que las parejas de la diversidad sexual necesitamos el reconocimiento al derecho al matrimonio para poder acceder a una igualdad real.²²¹

En esa discusión, abonan de manera interesante Simon, Estrada y Sichel planteando lo siguiente:

Existen dos diferencias sustanciales entre el matrimonio y la unión de hecho. La primera diferencia es la filiación, la cual es inherente a la unión de hecho y afecta tanto a parejas homosexuales como a las heterosexuales, sin embargo, la segunda restricción es la prohibición de la adopción, esta se hace únicamente para las parejas del mismo sexo. De lo anterior, se puede concluir que estas dos figuras no son equivalentes, pues no generan los mismos derechos y obligaciones.²²²

²²¹ Freire y Esparza, “Amicus curiae”, *Caso No. 1035-14-EP*, 10-11.

²²² Simon, Estrada y Sichel, “Amicus curiae”, *Caso No. 1035-14-EP*, 11.

En esa perspectiva, la decisión que adopte la Corte Constitucional debe marcar distancia al momento de resolver por la vía de la analogía de la institución del matrimonio con la unión de hecho, tanto por su naturaleza, condiciones y efectos diferenciados.

2.7.5 Aportes específicos del *amicus curiae* de Ávila y Acosta

Ramiro Ávila y Alberto Acosta sustentan el derecho de contraer matrimonio por parte de las personas del mismo sexo, bajo la lupa de la no discriminación presente en el artículo 11.2 de la Constitución destacando la “1. Comparabilidad, es decir que personas que comparadas con otras reciban trato distinto; 2. Trato diferenciado por la presencia de una categoría prohibida, que se enumeran en el artículo; y 3. Menoscabo o anular el ejercicio de los derechos fundamentales”.²²³

Por otra parte, Ávila y Acosta afirman que “en el presente caso existe una evidente tensión entre varias normas constitucionales. Por un lado, el Art. 11.2. [...]. Por otro lado, el Art. 67”.²²⁴ Esta afirmación es relevante, puesto que las accionantes ni en su demanda, ni en la impugnación y, tampoco, en la acción extraordinaria de protección, hacen mención de la antinomia constitucional que constituye el elemento central para la definición judicial correspondiente. En todo caso, a criterio del autor de esta disertación la tensión se expresa entre el Art. 66.4 y el Art. 67 de la Constitución por ser normas que establecen reglas y derechos; lo cual es corroborado por Ávila y Acosta quienes plantean que “la regla, como cualquier otra norma, debería guardar conformidad con el principio. No es el caso. La regla está en franca y abierta contradicción con el principio, por lo que la antinomia persiste”.²²⁵ En este sentido, la regla del matrimonio exclusivamente heterosexual contraría el derecho y principio de igualdad y no discriminación.

Ávila y Acosta, mencionan también la necesaria interpretación teleológica establecida en el artículo 3, regla 6 de la LOGJCC que en esencia plantea que “las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo [...] y uno de los fines fundamentales que persigue el Estado ecuatoriano es la igualdad formal y material”.²²⁶

²²³ Ávila y Acosta, “Amicus curiae”, *Caso 1035-14-EP*, 2.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.* 4.

²²⁶ *Ibid.* 6.

Concluyen su *amicus curiae* afirmando que:

Haciendo cualquier tipo de interpretación constitucional (que no sea la literal y descontextualizada), y aplicando el principio *pro homine*, la Corte Constitucional tiene el deber de proteger los derechos de las personas del mismo sexo que quieran contraer matrimonio y evitar los efectos discriminatorios de las normas constitucionales. Además, con la misma interpretación, se desprende claramente que el matrimonio homosexual no afecta ni limita de modo alguno (que no sea en el ámbito moral que no es un argumento permisible en un Estado laico) el matrimonio de personas heterosexuales.²²⁷

De esta manera, Ávila y Acosta contribuyen a resolver la tensión existente entre la aplicación de normas de igual jerarquía, aplicando un criterio diferenciador básico, unos son principios de interpretación y otras reglas que deben viabilizar los principios para el ejercicio de los derechos y, por lo tanto, bajo ningún criterio la reglas deben entorpecer la vigencia de los mismos principios.

2.7.6 Aportes específicos del *amicus curiae* presentado por Freire y Esparza

Se debe destacar que Freire y Esparza retoman el análisis del principio de la aplicación más favorable de la norma, así como del principio de progresividad y no regresividad de los derechos y mencionan el enfoque asumido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresado en el denominado sistema tripartito que consta de tres elementos, a saber:

1. Debe partirse de que los supuestos de hecho sean comparables por existir entre ellos suficientes elementos comunes, aun cuando pueda surgir algún elemento diferenciador entre ellos.
2. La razón de ser de la diferencia debe ser positiva, esto implica que el trato diferenciado debe ser beneficioso para el destinatario de esta forma de discriminación (discriminación positiva o acciones afirmativas).
3. La causa alegada para justificar la discriminación debe ser razonable, lo que implica que el factor diferencial elegido debe superar el test de razonabilidad, como límite de la discrecionalidad del legislador o juez.²²⁸

Bajo esta óptica, el ejercicio sugerido ubica al matrimonio como fin de los sujetos en cuestión; en primer lugar, se trata de personas adultas; en segundo lugar, las personas consienten vivir en pareja y desarrollar un proyecto en común; en tercer lugar, asumen la carga de derechos y responsabilidades jurídicas en igualdad de condiciones; en cuarto

²²⁷ *Ibíd.* 7.

²²⁸ Esparza 9.

lugar, la decisión que adopten no afectaría a terceros; su única diferencia sería su orientación sexual. La pregunta es: ¿la condición sexo-genérica diferente es de tal peso que cabe la discriminación?

2.7.7 Aportes específicos del *amicus curiae* presentado por Simon, Estrada y Sichel

Simón, Estrada y Sochel, realizan una valiosa reflexión jurídica con relación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y en particular a la vigencia del principio de interés superior, en la que señalan que:

Entendemos que para que el principio [...] se vea vulnerado debe existir una afectación a uno de los derechos de los menores. Entonces, la única manera de prohibir la adopción a parejas homosexuales – con base a la transgresión de este principio – sería comprobar el daño que se le está haciendo al niño [...] el interés superior del niño en casos de cuidado y custodia se debe hacer en relación a la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, adicionalmente en relación a los daños y riesgos reales y probados y no especulativos o imaginarios.²²⁹

Esta reflexión se complementa con información sobre el tema proveniente del peritaje presentado en el caso Atala Riffo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2012.

Posteriormente, los autores mencionados realizan un recorrido alrededor de los derechos afectados con la negativa de registrar el matrimonio igualitario, como el derecho a la vida familiar, evidenciado entre otras por una afirmación concluyente:

El régimen legal ecuatoriano garantiza que una pareja bajo unión de hecho adopte a un niño y pueda tener una familia. Por su parte a una pareja del mismo sexo unida bajo la misma figura se le prohíbe adoptar y se le restringe de tener una familia. Esto es claramente contradictorio con el reconocimiento constitucional de los diversos tipos de familia y con la visión de la familia como núcleo de la sociedad.²³⁰

Es significativo el aporte de Simón, Estrada y Sichel en temas más sensibles vinculados al matrimonio igualitario como son los relacionados con los niños, niñas y adolescentes y la adopción; asuntos sobre los cuales la Corte Interamericana ha adoptado una posición progresista a partir de la sentencia Atala Riffo y Niñas versus Chile y cuyo desenlace no tardará en producirse en la región en el futuro inmediato.

²²⁹ Simon, 13.

²³⁰ *Ibid.*, 18.

De esta manera, se ha desarrollado hasta el momento el caso presentado por Pamela Troya y Gabriela Correa ante la Administración de Justicia. Ahora, está en manos de la Corte Constitucional tomar una decisión para resolver esta demanda, cuya naturaleza y contenido ha significado diversos pronunciamientos de órganos del sistema internacional, Tribunales de Justicia, parlamentos y sociedades en la región y el mundo.

Capítulo tres

3. Litigio estratégico y activismo judicial

En el presente capítulo se trata el tema de litigio estratégico desde la perspectiva conceptual, y desde la mirada de las actoras de la demanda del matrimonio civil igualitario y otros activistas del colectivo LGBTI, así como el activismo judicial, que permitirá abordar las causas de derechos humanos desde la perspectiva de su exigibilidad y justiciabilidad. De igual manera, se analizará la administración de justicia como garante de los derechos subjetivos de las personas y promotora de la transformación estructural del derecho y la cultura. En esa perspectiva, la presente tesis considera que la demanda de matrimonio civil igualitario por parte de la pareja Correa-Troya, por sus características y por el contexto jurídico, político y cultural del país, constituye un litigio estratégico; mismo que solo podrá ser resuelto favorablemente si la Corte Constitucional tiene la voluntad institucional de aplicar la metodología e interpretación evolutiva que el activismo judicial plantea.

3.1 El litigio estratégico: Un medio para la consecución de precedentes jurisprudenciales en contra de la discriminación

Históricamente se atribuye a Jerome Frank, jurista norteamericano de mediados del siglo pasado, el apareamiento del concepto y planteamiento del litigio estratégico, en razón de que desarrolló las denominadas clínicas de litigio, por medio de las cuales se formaba a los estudiantes y futuros abogados para que enfrenten las causas desde una perspectiva social. Sobre este asunto Marta Villarreal recuerda que

mediante la enseñanza clínica se procura proveer un efectivo acceso a la justicia a víctimas que no tienen acceso a una defensa legal y que los y las estudiantes adquieran destreza profesional y entiendan el derecho como una herramienta de cambio social y generador de políticas públicas. Estas clínicas de litigio con compromiso social utilizan una estrategia que es conocida como litigio estratégico o paradigmático, pero también como litigio de interés público o de las causas justas.²³¹

²³¹ Marta Villarreal, “El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés público”, en *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la Sociedad Civil*, coor. Fabián Sánchez Matus (México DF: OACNUDH, 2007), 3.

La escuela que apareció en aquellos tiempos se denominaba realismo jurídico, misma que comprendía “que el derecho debía transformarse en un producto humano, diseñado para conseguir las finalidades buscadas por la sociedad”.²³²

En América Latina, el aparecimiento de las clínicas jurídicas, y en consecuencia el litigio estratégico, responde más a iniciativas de orden académico que incluye a profesores y estudiantes, movimiento que se desarrolla en los años 60 y se profundiza en la década de los 90 del siglo XX según detalla Ana Milena Coral-Díaz y otras.

Una característica interesante del movimiento clínico latinoamericano en su segunda época, se encuentra en su agenda y prioridades para el litigio estratégico, donde temas de derechos humanos e interés público han sido el eje del trabajo. Entre los temas más destacados se señalan: el ambiente sano, la lucha contra la pobreza, los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de los migrantes, los derechos de las personas con discapacidad, los derechos colectivos, y la defensa de grupos de especial protección constitucional.²³³

En los años 90, se inicia un importante movimiento de clínicas jurídicas, destacándose la Universidad Diego Portales - Chile, Universidad de Buenos Aires y Universidad de Palermo - Argentina y la Universidad Católica - Perú; posteriormente se suman universidades ecuatorianas, tales como la Universidad Católica y, más recientemente, la Universidad San Francisco de Quito. No se puede dejar de mencionar el papel de las ONGs en esa perspectiva, así el Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS - Argentina, Instituto Latinoamericana de Servicios Legales - ILSA - Colombia, Derecho, Justicia y Sociedad - De justicia - Colombia; Comisión Andina de Juristas - Perú, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer - DEMUS - Perú, mientras que en nuestro país se destacan la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos - CEDHU, la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos - INREDH, el Centro de Derechos Económicos y Sociales - CDES, la Comisión Permanente de Derechos Humanos de Guayas, entre otras, y, a nivel regional el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional - CEJIL, el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres - CLADEM; que litigan fundamentalmente en el sistema interamericano.

²³² Juan Carlos Gutiérrez Contreras et al., *Litigio Estratégico en Derechos Humanos, Modelo para Armar* (México DF: OACNUDH, 2011), 9.

²³³ Ana Milena Coral Díaz et al., “El Concepto de Litigio Estratégico en América Latina 1990–2010”, *Vniversitas*, No. 121, julio – diciembre, (Bogotá: 2010), 56.

3.1.1. Definiciones y objetivo del litigio estratégico.

Con los antecedentes mencionados, el litigio estratégico en derechos humanos es el conjunto de acciones judiciales y sociales de diversa naturaleza encaminadas a garantizar la justiciabilidad de los derechos humanos ante las instancias nacionales o internacionales,

conocido también como litigio paradigmático, litigio de interés público o de las causas justas, el común denominador de los conceptos está referido a sus efectos: el efecto de un litigio de impacto rebasa los intereses personales de las partes. Los intereses individuales del o de los clientes representados se ven superados por el interés de la sociedad.²³⁴

En consecuencia, el litigio estratégico tiene metas de orden estructural. Su objetivo mayor apunta a reformar la legislación, las políticas públicas o las prácticas institucionales o socioculturales que afectan el ejercicio de los derechos humanos de las personas o los grupos humanos en la sociedad. Allí se inscribe la acción impulsada por Gabriela Correa y Pamela Troya al demandar se reconozca su derecho a contraer matrimonio independientemente de su orientación sexual. Por supuesto, el litigio estratégico no debe descuidar la necesidad de justicia que cada caso requiere para las partes intervinientes.

Para ilustrar las definiciones diversas que se han desarrollado alrededor de litigio estratégico en derechos humanos, haré referencia a los conceptos esgrimidos por Ana Milena Coral Días y otras:

Conceptos centrados en la defensa judicial de los derechos humanos y el interés público. En esta primera categoría la mayoría de las definiciones asumen dos ejes: a) el objeto: acceso a la justicia, interés público y defensa de derechos humanos, y b) el uso de herramientas judiciales. En esta primera concepción de litigio estratégico se enmarca la definición aportada por Raquel Yrigoyen: “El litigio estratégico en derechos humanos es parte del ejercicio del derecho de acceso a la justicia, y tiene como objetivo final el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, ordenado por instancias de justicia nacionales o internacionales”.

Conceptos centrados en los resultados de alto impacto en el litigio estratégico. En esta segunda categoría, la propuesta de los doctrinantes se refiere a: a) el objeto: la generación de cambios estructurales, y b) el uso de herramientas políticas, jurídicas, sociales, etc. “La tendencia actual en el movimiento de derechos humanos internacional es la generación no sólo de un litigio, sino de ‘litigio estratégico’, principalmente en el ámbito nacional, como búsqueda y promoción de cambio social mediante la adopción, impulso, creación o modificación de políticas públicas en la materia”.

²³⁴ Villarreal, “El Litigio Estratégico”, 18.

Conceptos centrados según los derechos humanos que se protegen. Esta calificación implicará a futuro mayores desarrollos, pero en esencia se trata de involucrar el respeto a los grupos de especial protección constitucional y el respeto a la diferencia dentro de las estrategias de litigio. De esta forma, se encontrarán particularidades a defender cuando se aborde, por ejemplo, el litigio estratégico en defensa de las personas con discapacidad, los adultos mayores, los pueblos indígenas, las mujeres, etc.²³⁵

Las definiciones planteadas responden a tres ámbitos: acceso a la justicia, cambios estructurales, y visibilización de los sujetos de derechos históricamente discriminados; esas dimensiones en el caso Correa-Troya se evidencian de manera notoria; en primer lugar, porque el inicio de las acciones administrativas y posteriormente judiciales, buscan la tutela judicial efectiva; en segundo lugar, porque la sociedad ecuatoriana, la cultura jurídico-institucional y el marco normativo son estructuralmente cuestionados por la acción legal, misma que, además, plantea una reconstrucción y reconceptualización de lo que entendemos como matrimonio y como familia; y, en tercer lugar, visibiliza con mayor fuerza a las personas LGBTI como sujetos y actores sociales y políticos relevantes.

En consecuencia, “el litigio estratégico se ubica en un contexto en el que se reconoce el poder transformador del Derecho y la potencialidad que desde el Poder Judicial existe para que, mediante una sentencia o resolución, se cambie la realidad”.²³⁶

Es preciso mencionar que el litigio estratégico demanda importantes esfuerzos organizativos, económicos, de tiempo, entre otros, que implican una planificación consciente y de mediano y largo plazo, en la cual el desarrollo de solidaridad y alianzas es fundamental. Además,

la estrategia de apoyo tiene como objetivos maximizar el impacto social del litigio a través de la incorporación de otros actores sociales y manejar y minimizar posibles daños tanto al afectado como a la causa durante el proceso judicial. Asimismo, los proyectos de litigio estratégico deben incluir líneas presupuestales específicas para actividades de apoyo al mismo y recursos humanos capacitados para el desarrollo de coaliciones, publicidad y recaudación de fondos.²³⁷

Las acciones de apoyo y las estrategias que impulsa el litigio estratégico, incluyen los *amicus curiae*, la presencia en medios de comunicación, lo procesos socio-educativos,

²³⁵ Coral, “El Concepto de Litigio Estratégico en América Latina”, 53-4.

²³⁶ Amerigo Incalcaterra, “Prólogo”, en *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la Sociedad Civil*, coor. Fabián Sánchez Matus (México DF: OACNUDH, 2007), 18.

²³⁷ Ina Zoon, “Acciones de apoyo al litigio”, en *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la Sociedad Civil*, coor. Fabián Sánchez Matus (México DF: OACNUDH, 2007), 33.

campañas en redes sociales, cabildeo político, solidaridad internacional y cuanta acción puntual o simbólica se realice para sensibilizar al entorno del propio juzgador y al juzgador mismo. En el caso analizado en esta investigación, se han presentado algunos *amicus curiae*; de igual manera, se evidencia una importante presencia del tema en medios de comunicación, los actores políticos en general, excepto el ex presidente Correa, no muestran resistencia; sin embargo, el proceso muestra limitaciones organizativas y hay sectores de la sociedad organizada anclados a concepciones religiosas y con gran capacidad de movilización e incidencia, que se oponen al matrimonio civil igualitario; además, la Iglesia Católica y otras iglesias de origen *judeocristiano*, han mostrado su directo cuestionamiento a la posibilidad de que se legalice el matrimonio civil igualitario en el país, constituyendo actores muy potentes en el contexto político y socio cultural.

En el caso Correa-Troya se reconoce que las estrategias complementarias y parte del litigio estratégico han sido limitadas; en primer lugar, por la división del colectivo LGBTI que podrían concertar sobre el matrimonio igualitario, pero también porque hay que reconocer que existen diferentes demandas que tiene el colectivo por la heterogeneidad de situaciones e intereses propios de la diversidad sexual. En esa perspectiva, es pertinente hacer mención a la reflexión que realiza Juan Marco Vaggione, quien afirma “que la tensión se debe a la marcada heterogeneidad del movimiento que abarca tanto a los actores como a las estrategias políticas, que unos y otros privilegian”;²³⁸ siendo aún más notorio cuando se trata del colectivo *queer*, mismo que cuestiona la denominada sexualidad normal y la visión dominante de familia que incluye al matrimonio como una expresión de la heteronormatividad dominante. Troya al respecto menciona que:

hay una miopía [...] hay que hacer un mea culpa como activismos sobre qué es lo que consideramos importante o por qué no apoyamos una causa, pensando que si la apoyamos estamos catapultando al personaje de la causa y ahí empiezan las riñas de los protagonismos [...]; si pudiésemos limar esas diferencias y pudiésemos ir hacia un solo horizonte creo que hubiese sido más fácil tener más estrategias [...] más elementos que cada organización, que cada colectivo inclusive le apuntale al matrimonio igualitario desde otra posición.²³⁹

²³⁸ Juan Marco Vaggione, “Familias más allá de la heteronormatividad”, en *La Mirada de los Jueces, Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana 2*, Matta Cristina y Saenz Macarena, dir. (Bogotá: Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanidades, 2008), 17. https://issuu.com/redalas/docs/000000222__2

²³⁹ Pamela Troya, activista LGBTI y demandante del matrimonio civil igualitario en Ecuador, entrevistada por el autor, 12 de enero de 2018, Quito.

Por otra parte, el fuerte raigambre cultural y religioso a las concepciones judeo-cristinas de la sociedad ecuatoriana en general y en consecuencia de los operadores de justicia y sociales en particular, se convierte en la causa fundamental para que las relaciones sociales y la toma de decisiones esté influenciado de manera determinante. En ese sentido podemos reconocer que

los ecuatorianos somos herederos de una cultura judeo-cristiana [...] que tiene tres postulados fundamentales en temas de la sexualidad [...] la sexualidad es buena solo entre hombre y mujer, es buena solo dentro del matrimonio y es buena solamente por temas de procreación [...]. Estos tres postulados siguen permeando después de dos mil años de conquista, primero del éxodo judío a toda Europa y luego de Europa con la conquista de América se mantienen todavía [...]. Nosotros estamos tratando de romper esas ideologías que tienen siglos de existencia [...] y eso no se rompe con una ley.²⁴⁰

3.1.2 Rol garantista de los jueces y juezas en el marco del litigio estratégico.

Para comprender cómo valoran los jueces su rol en la protección de derechos fundamentales, realizamos entrevistas a 2 Jueces de la ciudad de Quito, quienes coincidieron en solicitar confidencialidad para evitar eventuales sanciones disciplinarias o poner en riesgo su estabilidad y seguridad; situación que refleja el contexto en el cual desempeñan sus funciones, lo cual de por sí plantea un escenario difícil para el desarrollo del activismo judicial.

El rol, es un rol activo... que hace que, en la práctica, se tenga que exigir el derecho de la persona que [lo] está solicitando, los derechos tienen que ser [...] vividos por cada persona [...] uno de los objetivos del Estado [señala...] justamente que la persona es la parte importante [...] por tanto, el papel de los jueces es la tutela efectiva de esos derechos.²⁴¹

El artículo 1 de la nueva Constitución de la República cambia el paradigma constitucional, esto es que el Ecuador constituye un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, bajo este parámetro [...] desde mi punto de vista he cumplido a cabalidad o estrictamente el principio de legalidad establecido en el artículo 76 numeral tercero que establece que solo se debe juzgar a una persona conforme a las leyes preexistentes y con la observancia del trámite propio de cada procedimiento [...] Una de las funciones primordiales de un juez es el de garantizar los derechos tanto de la persona procesada como a la víctima.²⁴²

Este acercamiento de los jueces entrevistados a su rol como garantes de derechos, evidencia dos perspectivas, una relativa a mirar exclusivamente los derechos de quienes son las víctimas o demandantes; y, la otra, que busca garantizar que las partes en igualdad

²⁴⁰ Efraín Soria, activista LGBTI, entrevistado por el autor, 11 de enero de 2018, Quito.

²⁴¹ Jueza de la ciudad de Quito, KC, Tumbaco, entrevistada por el autor, 15 de enero de 2018.

²⁴² Juez de la ciudad de Quito, flagrancias, MT, entrevistado por el autor, 17 de enero de 2018.

de condiciones expongan ante el juzgador sus planteamientos y a partir de éstos dirimir y juzgar. Por otro lado, se nota su preocupación por cumplir los preceptos legales y los procedimientos previstos como una suerte de andarivel que restringe su accionar desde el principio de legalidad, lo que sumado a los temores del control disciplinario podría influir decididamente en la perspectiva garantista del ejercicio de la judicatura.

Por otra parte, cuando se indaga sobre las fuentes o herramientas que permiten a los jueces analizar y dirimir causas que pueden tener cierta complejidad, sea porque existen antinomias jurídicas o vacíos legales, mencionan que más allá de las leyes y la Constitución existen fuentes convencionales, normas internacionales, fallos y recomendaciones de órganos del sistema internacional de derechos humanos, lo cual abre las posibilidades de análisis desde un enfoque activista y garantista.

[...] nosotros tenemos un marco constitucional que es garantista y tenemos instrumentos internacionales, tenemos convenciones internacionales, tenemos recomendaciones internacionales [...] hay que tomar, hay que tomar de estos instrumentos [...] a la mano están [...] un vacío, un caso en tensión lo resuelve las convenciones y las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Europea[...].²⁴³

[...] desde mi punto de vista, aplicando los principios y no las reglas [...] el juez tiene una amplitud o amplias facultades para resolver un tipo de esos casos, el artículo 425 de la Constitución de la República, establece de forma taxativa que cuando existen instrumentos internacionales de derechos humanos que son mejores o superiores a la Constitución, evidentemente se deben aplicar [...] llamados los principios de convencionalidad[...], en cuanto a las acciones de protección, los jueces no están limitados por la normativa [...] a veces muchos temen el aplicar esos derechos, esos principios [...] muchos jueces tienen miedo que les caiga una acción de protección [...] porque es contra el Estado [...].²⁴⁴

Otro de los elementos que limita el ejercicio de la judicatura como garante de los derechos fundamentales es el cultural, es decir, el conjunto de concepciones de orden religioso y moral principalmente, que son parte de la historia de vida de juzgadores y juzgadoras y que al momento de resolver inciden significativamente; al respecto los jueces y juezas consultados mencionan lo siguiente:

[...] hay una influencia [...] mal entendida de lo que es la religión y [...] lo que es el Estado laico [...El] momento que la religión entra a legislar [...] estamos perdiendo el Norte del Estado laico [...]; el otro punto de vista es que [...] los derechos de las personas van acorde al cambio que las sociedades van teniendo, es decir, que una sociedad no es [...] estática [...] cuando los jueces no miran que la sociedad va cambiando [...] y

²⁴³ Jueza, KC, entrevista, 15 de enero de 2018.

²⁴⁴ Juez, MT, entrevista, 17 de enero de 2018.

dejamos que entren concepciones personales y valores religiosos [...] que son fundamentalistas y extremistas en muchos casos, ahí nos topamos con otros temas también, el tema del aborto, es un tema que pasa por el mismo análisis religioso y de valores religiosos, pero no de valores éticos laicos.²⁴⁵

[...] pesa mucho el decidir o resolver un caso [...] el aspecto moral, el aspecto de la sexualidad y de la forma como uno fue formado religiosamente, y eso le pesa a uno, porque el hecho de haberse criado en una cultura en la cual solo existía hombre y mujer a uno le pesa; más allá de esto, incluso pensar en el aspecto propagandístico o de la televisión, le pesa mucho [...] para eso se debería preparar a un juez y estudiar mucho.²⁴⁶

3.1.3. Demandas del colectivo LGBTI sobre el matrimonio civil igualitario y litigio estratégico²⁴⁷

Desde la perspectiva de las actoras de la demanda legal del matrimonio civil igualitario Pamela Troya y Gabriela Correa, así como de otros activistas del colectivo LGBTI, como Sandra Álvarez y Efraín Soria, el Estado Constitucional de Derechos consagrado desde 2008, evidencia un avance formal, pero al mismo tiempo contradictorio respecto a los derechos LGBTI y su ejercicio, expresado en el tema del matrimonio, adopción y familia homoparental; y más aún, con profundas limitaciones para el ejercicio de igualdad real, que no se ha visto expresada en la vida social, ni en la construcción de relaciones sociales y culturales respetuosas de la diversidad sexo-genérica en el Ecuador. El testimonio y perspectiva de Troya al respecto, señala que

si vemos por temas importantes para las personas LGBTI, yo te diría que muy poco, porque el matrimonio sigue siendo restrictivo para parejas heterosexuales, porque hay mujeres lesbianas que tienen hijos a través de mecanismos de maternidad asistida y no pueden registrar a sus hijos con el apellido de la pareja, no solo de la madre biológica que lo pare [...] en el tema trans [...] se hizo una reforma a la ley del Registro Civil que ahora se llama Ley de Datos Civiles, pero no es suficiente, porque la idea de esta reforma para el reconocimiento de su identidad era la posibilidad de que se genere el término género, como una cuestión universal en la cédula, es decir que en vez de sexo las personas puedan poner ahí con lo que culturalmente y socialmente se identifiquen, sin embargo, esto no se vio así y solo las personas trans pueden cambiar el género en la cédula, siempre y cuando vayan con dos testigos y esos testigos avalen que esa persona lleva al menos dos años siendo trans y esto es contradictorio a la autodeterminación [...] el Estado no ha respondido.²⁴⁸

Por otro lado, Álvarez comenta que

la contradicción de la Constitución supuestamente de vanguardia y de avanzada que tenemos, de hecho, que sí es un instrumento innovador [...], pero hay muchas

²⁴⁵ Jueza, KC, entrevista, 15 de enero de 2018.

²⁴⁶ Juez, MT, entrevista, 17 de enero de 2018.

²⁴⁷ Ver anexo 7, guía de entrevistas semi estructuradas para activistas del colectivo LGBTI.

²⁴⁸ Troya, entrevista.

contradicciones, [...] no se entiende cómo si uno de los principios fundamentales de la Constitución es la igualdad y no discriminación, y por qué hay esa contradicción en los artículos 66 y 67 en donde se limita o se quita, se prohíbe ciertos derechos a las personas LGBTI.²⁴⁹

Soria comenta en entrevista que

es muy importante reconocer que atrás de las instituciones hay personas y son personas quienes toman las decisiones [...]; esas personas están permeadas por una serie de factores [...]; esos factores tienen que ver con la cultura y la sociedad [...]. Nos encantaría saber que estamos en un Estado de Derecho, donde la ley sea la bitácora para tomar decisiones, pero muchas veces la ley simplemente se la ignora, no se la reconoce y se antepone los valores personales al momento de emitir un juicio [...]. Por el tema del matrimonio civil igualitario cuando se llevó a una instancia judicial, la jueza que falló en contra del tema invocó el tema de Dios [...] diciendo que no era natural [...]; ahí vemos cómo no invocó la Constitución, sino que invoca sus particulares valores [...] pero en el ejercicio del servicio público, esos deben estar fuera del alcance, no deberían influir, pero influyen, nos pasa más a menudo de lo que pensamos, cuando una persona de la diversidad sexual se acerca a solicitar un servicio, cualquiera que sea, tan simple como cambiar un cheque o solicitar una cita médica, esos valores vuelven a hacerse presentes [...] algo en lo que hay trabajar muchísimo [es...] que los servidores públicos en un momento entiendan [...] que su bitácora es la Constitución.²⁵⁰

Las activistas del colectivo LGBTI en relación a su perspectiva del litigio estratégico, ya sea como una medida que permite garantizar el ejercicio de derechos de las personas que demandan ante la administración de justicia, o como un mecanismo que se constituya en factor de transformación social y cultural, tienen criterios diversos; sin embargo, coinciden en manifestar que el contexto socio-cultural, religioso y familiar de la sociedad ecuatoriana, se convierte en un conjunto de factores de gran resistencia al cambio en temas vinculados a la sexualidad, al matrimonio y a la familia; mucho más cuando actores sociales de peso, como la Iglesia Católica y otras Iglesias de origen judeocristiano, cuestionan abiertamente las reivindicaciones del colectivo.

Troya menciona que

existe una sociedad claramente homofóbica todavía cruzada sobre todo por el tema religioso, la injerencia de la Iglesia o las Iglesias que tienen una línea judeocristiana, y las personas que están vinculadas a esta línea de pensamiento que se definen o auto definen como pro vidas [...]; hemos visto una arremetida muy fuerte de estos grupos que están vinculados sobre todo a la Iglesia Católica, hemos visto que tienen muchas redes de poder que están incrustadas a todo nivel y que están haciendo un lobby [...] para que las diferentes instancias del Estado [...] no digan nada o tomen decisiones contrarias a

²⁴⁹ Sandra Álvarez, activista LGBTI, entrevistada por el autor, 15 de enero de 2018, Quito.

²⁵⁰ Soria, entrevista.

nuestros derechos.²⁵¹

Soria comenta sobre la cultura ecuatoriana recordando que las actitudes discriminatorias son

algo que está presente en todos los ciudadanos y ciudadanas, es parte de la cultura, es lo que nosotros llamamos la homofobia estructural [...] un factor mucho más grave [...]. La familia es el primer sistema donde la gente LGBTI es socializada, se encuentra, descubre y es el primer lugar donde encuentra [...] maltrato, violencia, control, una serie de manifestaciones porque no se aceptan otros estilos de vida [...] y no es que la familia decidió ser homofóbica, sino que la familia está conformada por individuos que fueron criados con esos mitos, con esos prejuicios, con esas ideologías que van en contra de los principios de las comunidades LGBTI.²⁵²

Por otra parte, otros activistas argumentan que el nexo del poder político con la Iglesia Católica o la propia perspectiva ideológica del gobernante, generan un ambiente poco propicio para que el contexto sea favorable al debate público que el matrimonio civil igualitario suscita desde el año 2013 y, en consecuencia, no permite contar con un entorno adecuado para un litigio estratégico. Por esta razón, a pesar de

la generación de un discurso que era hegemónico, el matrimonio igualitario no era posible en el Ecuador [...] se fortalecía la idea de un Estado en donde la Iglesia todavía tiene mucha injerencia, de hecho, te cuento que en una única reunión estuve en Presidencia con Correa que estaban los representantes LGBTI, estuvo un representante del Papa.²⁵³

El debate del matrimonio en 2013, dejó de ser un debate jurídico y judicial y en su momento se trasladó al escenario mediático y político, puesto que los medios de comunicación miraron el tema como llamativo en el contexto político del país y, en más de una ocasión, el presidente Correa, sea a través de los enlaces sabatinos o en entrevistas de prensa e incluso por las redes sociales, expresó su desacuerdo con el matrimonio igualitario; es así como el 23 de mayo de 2013, Diario El Telégrafo recoge la noticia: “Correa propone consulta popular sobre matrimonio igualitario en Ecuador [...]. La propuesta ocasionó un debate en la red social Twitter entre activistas GLBTI y el propio Mandatario”.²⁵⁴

²⁵¹ Troya, entrevista.

²⁵² Soria, entrevista.

²⁵³ Álvarez, entrevista.

²⁵⁴ “Correa propone consulta popular sobre matrimonio igualitario en Ecuador”, 23 de mayo de 2013.

Pese a estas limitaciones, los activistas LGBTI miran al litigio estratégico como un mecanismo importante para impulsar las luchas que consideran de orden estructural. En este sentido, señalan que

el litigio estratégico es una de las muchas opciones [...] que pueden favorecer para mejorar las condiciones de vida de las personas, un litigio estratégico [...] no es la cantidad de casos, sino casos emblemáticos que puedan permitir mejorar o cambiar una ley, o derogar una ley o fomentar la creación de una ley [...] tienen que llegar a la última instancia de tal manera que puedan crear jurisprudencia, si no crean jurisprudencia es un buen caso para alguien que se benefició [...] pero no hay un impacto en la sociedad, entonces necesitamos que esos casos lleguen a un nivel tal que permita cambiar esa estructura.²⁵⁵

Sin embargo, reconocen que el uso del litigio estratégico ha sido limitado a casos puntuales en el país; pero, además, se evidencia una desconfianza especialmente por los efectos también limitados que tendrían las acciones judiciales y sociales en la transformación de la sociedad y la cultura. Mientras los sectores emergentes o sus representantes no se encuentran en los espacios de decisión política. Por lo que mencionan que:

lamentablemente tenemos muy pocos casos, posiblemente el mayor caso de litigio ha sido el de la despenalización como un hecho emblemático muy importante [...]. Las poblaciones todavía no tenemos ni el suficiente recurso económico, ni el suficiente respaldo ciudadano para hacer una presión tan grande para que se cambie [...]. El tema de Satya lleva cinco años en la Corte [... y] no hemos logrado que otros sectores se sensibilicen y apoyen, [existen] muchas organizaciones que trabajan por niños, niñas y adolescentes y que están calladitas en el caso de Satya²⁵⁶... no tiene nombre, no tiene apellido y ¿dónde está la movilización?²⁵⁷

[...] mientras quienes sean afectados por las leyes que no se cumplen no lleguen a los espacios de decisión, es bastante difícil [...]; es necesaria la formación de las y los activistas [...] de la población de base para tener una mayor presencia en los espacios de decisión.²⁵⁸

²⁵⁵ Soria, entrevista.

²⁵⁶ Satya, es una niña a quien el Registro Civil le negó el acceso a su identidad, debido a que esta institución no quería reconocerla con los apellidos de sus dos madres, sino únicamente de la madre biológica. La Defensoría del Pueblo presentó una acción de protección el 8 de marzo de 2012, la misma que fue negada en primera y segunda instancia, por lo que se presentó una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional; instancia que resolvió el caso el 24 de mayo de 2018 a favor de los derechos de Satya.

²⁵⁷ Soria, entrevista.

²⁵⁸ Álvarez, entrevista.

3.2 Activismo judicial: el matrimonio civil igualitario entre la justicia constitucional y el sistema interamericano de protección de derechos humanos

Se conoce que el activismo judicial tiene su origen a mediados del siglo XX cuando, en los Estados Unidos, la Suprema Corte de Justicia emitió fallos particulares que sorprendieron por su alcance y cuestionamiento al sistema y el modo de resolver las causas por parte de los jueces, sistema que estaba anclado en la escuela tradicional de la auto restricción judicial, por la cual, en caso de duda, se presumía la constitucionalidad de las leyes. Por ello, alrededor de 1954, la Corte Suprema da un giro al proclamarse ‘activista’, muy especialmente bajo la presidencia del juez Earl Warren, con el célebre caso *Brown vs. Board of Education* del 17/5/1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas norteamericanas”.²⁵⁹

El concepto del activismo judicial estadounidense surge como una reacción a este modelo previo –y altamente formalizado– de la autorrestricción judicial. Esta aclaración resulta necesaria puesto que la idea no se originó en un vacío como una simple exacerbación de la labor que desarrollan los magistrados. El activismo judicial –que solamente adquiere autoconciencia a partir de fines de la década de los cincuenta del siglo pasado– se forma en contraposición a ese modelo previo y es a partir de esta ubicación cultural que presenta proyecciones con ciertos rasgos específicos.²⁶⁰

En consecuencia, el activismo judicial nace como un procedimiento dirigido a revisar leyes segregacionistas, a implementar medidas judiciales con mayor rapidez, a involucrarse en temas que tradicionalmente no se consideraban judiciales, a dejar claro que la última palabra para interpretar la Constitución lo tiene la Suprema Corte y no otros poderes del Estado y dejar en el imaginario social y político que los jueces podían ser el motor para la transformación de estructuras sociales y culturales sustentadas en concepciones conservadoras en temas de orden étnico, de género u otros.

Por supuesto, esta perspectiva de entender el rol de los jueces ha recibido fuertes críticas de quienes consideran que los estos deben dedicarse a aplicar la ley conforme su estricto mandato, con los alcances y límites que esta contiene y dejar la tarea de legislar al parlamento y la transformación de estructuras sociales, culturales y políticas a los gobernantes. Sin embargo, es fácil concordar con la afirmación de Patricio Alejandro Marianello cuando menciona que “el activismo se preocupa, ante todo, por la justa

²⁵⁹ Patricio Alejandro Marianello, “El activismo judicial una herramienta de protección constitucional” (conferencia, Colegio de Abogados, Entre Ríos, 2008), 125-6.

²⁶⁰ Fernando Racimo, “El activismo judicial, sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”, *Revista Jurídica N2* (Universidad de San Andrés, 2015), 117. http://www.udesa.edu.ar/sites/default/files/el_activismo_judicial_sus_origenes_y_su_recepcion_en_la_doctrina_nacional_-_racimo.pdf

solución del caso y por el respeto de los principios y derechos constitucionales, y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema”.²⁶¹

En el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional ha emitido la sentencia No. 133-17- SEP-CC del caso 0288-12 – EP, en mayo de 2017, relativa a la acción extraordinaria de protección presentada por la Defensoría del Pueblo a favor de Bruno Paolo Calderón Pazmiño y en demanda del derecho a la tutela judicial efectiva y al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la identidad de género; en la cual, la Corte reflexiona sobre la necesidad de que otros órganos del Estado y en este caso, el Parlamento, tomen las medidas correctivas para garantizar normativamente los derechos afectados, asumiendo un rol activo y estructural en la protección de los derechos.

En esa perspectiva, la sentencia de la Corte Constitucional argumenta:

Por ello, se comprueba la inexistencia de una norma que garantice en forma adecuada los derechos constitucionales de personas transexuales a su identidad de género. Por tal razón, en consideración a la naturaleza de la presente garantía jurisdiccional, esta Corte considera que la Función Legislativa en ejercicio de sus facultades constitucionales contempladas en los artículos 120 numeral 640, 132 numeral 141 y 133 numerales 1 y 242 de la Constitución, es el Organismo competente para crear y modificar disposiciones legales relacionadas con el ejercicio de derechos como el registro de datos de identidad.

En este escenario, y dado que el procedimiento de registro y modificación de datos ha sido diseñado por la Asamblea Nacional, esta Corte Constitucional, en virtud de las atribuciones otorgadas por el numeral 1 del artículo 436 de la Constitución de la República considera necesario que dicho órgano sea quien en cumplimiento de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, identidad y dignidad humana regule en forma adecuada la facultad de cambio del dato "sexo" en la cédula identidad de aquellas personas que se identifiquen como transexuales.

Para tal efecto la Asamblea Nacional, expedirá la normativa legal correspondiente en observancia a las consideraciones expuestas por este máximo organismo constitucional en el último problema jurídico, en un plazo no mayor a un año contado a partir de la expedición de la presente sentencia.²⁶²

La sentencia de la Corte, también resolvió de manera adecuada la situación específica de Bruno Paolo Calderón Pazmiño, al ordenar al Registro Civil margine en la inscripción de nacimiento el cambio de sexo de femenino a masculino, mediante la siguiente resolución:

²⁶¹ Marianello, “El activismo judicial”, 129.

²⁶² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 133-17- SEP-CC”, del *Caso 0288- 12 – EP*, 10 de mayo de 2017.

Disponer que una vez realizado un análisis integral respecto de la vulneración a derechos constitucionales alegados en la acción de protección propuesta, en el caso sub examine, la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación margine en la inscripción de nacimiento del señor Bruno Paolo Calderón Pazmiño, el cambio de sexo de femenino a masculino. El representante de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación deberá informar documentadamente a esta Corte Constitucional en el término de 20 días desde la notificación de la sentencia, respecto a las acciones tendientes al cumplimiento de la presente medida.²⁶³

Por lo expuesto, se puede afirmar que la Corte Constitucional ecuatoriana abrió las posibilidades ciertas para avanzar en el desarrollo de jurisprudencia, normativa y políticas públicas, en relación al ejercicio de los derechos de las personas y el colectivo LGBTI y en particular al derecho a la igualdad y no discriminación. Todo esto en sintonía con los avances que sobre la materia ha desarrollado el sistema interamericano de derechos humanos, en particular, la Corte Interamericana, que ha emitido algunos fallos que constituyen precedentes básicos, tales como el caso *Atala Riffo y niñas versus Chile*,²⁶⁴ caso *Duque versus Colombia*,²⁶⁵ caso *Flor Freire versus Ecuador*.²⁶⁶

En esa perspectiva, es preciso acotar que la Corte Constitucional tiene en sus manos la oportunidad de dar paso al sentido expuesto por Luigi Ferrajoli respecto al rol de los jueces en el marco de las democracias sustanciales:

una segunda dimensión de la “democracia” – no antitética, sino complementaria de la “democracia política” – que permite entender el funcionamiento democrático del papel del juez en un estado constitucional de derecho: se trata de la dimensión que sirve para connotar la democracia como “democracia constitucional” o “de derecho” y que se refiere no al quien está habilitado para decidir (la mayoría justamente), sino el que cosa no es lícito decidir (o no decidir), a ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad.²⁶⁷

²⁶³ *Ibíd.*

²⁶⁴ CIDH, “Sentencia”, en *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

²⁶⁵ CIDH, “Sentencia”, en *Caso Duque vs. Colombia* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 26 de febrero de 2016. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

²⁶⁶ CIDH, “Sentencia”, en *Caso Flor Freire vs. Ecuador* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 31 de agosto de 2016. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf

²⁶⁷ Ferrajoli, “El Juez en una sociedad democrática”, 4.

4. Conclusiones

La definición del matrimonio como institución social, proviene de una construcción cultural e histórica anclada fuertemente a la hetero normatividad y en consecuencia con fines de reproducción biológica y patrimonial; donde además, los vínculos de la pareja están marcados por inequitativas relaciones de género, reforzadas por concepciones religiosas y tradiciones culturales; que trascienden el tiempo, la cultura y hasta la civilización humana; en esa perspectiva, las relaciones entre parejas del mismo sexo han sido cuestionadas por no cumplir con el fin de la reproducción “natural” y categorizadas como un mal moral, un pecado, una perversión, una enfermedad y contrarias incluso a la reproducción social y económica de la sociedad.

La historia constitucional ecuatoriana consagra el matrimonio en el marco de la familia conyugal heterosexual, explícitamente regulada por el Código Civil, por ello entre 1830 y 1967 dicha concepción marca las relaciones de las parejas que pretendían contraer matrimonio; sin embargo, pese a mantener esa concepción en la Constitución de 1967 amparada aún más por el Código Civil, se establece que “el matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad especial de los cónyuges”²⁶⁸; lo que pudo haberse interpretado como una definición “amplia” en la cual cabría incluso el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero, es lógico entender que en dicha realidad histórica, no existía ni la demanda social, ni la reflexión de derechos que sobre el tema se tiene en la actualidad.

Las Constituciones de 1998 y 2008 constituyen el escenario jurídico y político de disputa sobre el tema de las familias diversas, la no discriminación por la orientación sexual e identidad de género y el matrimonio igualitario; en estas se plasman avances tales como el reconocimiento de los diversos tipos de familia, así como la ampliación definitiva de la no discriminación; sin embargo, en el 2008 de manera explícita y por primera vez una Constitución se define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, dándole un carácter eminentemente heterosexual, determinando una regla con rango constitucional y confrontando abiertamente contra una serie de principios y estándares de derechos humanos que debería dirimir la Corte Constitucional, pero al estar vigente la democracia constitucional en el país, por la cesación de funciones del más

²⁶⁸ Ecuador *Constitución*, 1967.

alto tribunal constitucional por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, la vía del sistema internacional queda expedita.

En la comunidad internacional y en los sistemas de derechos humanos, la interpretación de las normas de los tratados ha respondido a una concepción evolutiva de los derechos de las personas y los grupos humanos, anclada en transformaciones sociales y culturales; hay que destacar en ese sentido, que la cláusula de no discriminación ha abierto un conjunto de situaciones, como cualquiera de aquellas condiciones por las cuales no es justificable, ni razonable, ni adecuada la discriminación, entre otras razones por la orientación sexual o la identidad de género. En esa perspectiva, órganos del sistema de Naciones Unidas, así como del sistema europeo e interamericano de derechos humanos se han pronunciado a través de observaciones generales, informes, declaraciones, opiniones consultivas y sentencias como he detallado en la presente investigación.

La jurisprudencia emitida en países como España y Colombia dirigida a ampliar la noción del matrimonio en relación a los contrayentes y en consecuencia a garantizar que personas del mismo sexo puedan decidir sobre su vínculo como pareja a través de esta institución, evidencia que países de diversas latitudes y culturas al dar paso a que las personas en ejercicio de sus libertades y con responsabilidad decidan tener un proyecto de vida en común, lo hagan, sin que por ello se haya visto afectada, la vida social, familiar o personal de otras personas o grupos humanos en la sociedad.

Los medios de comunicación impresos que emitieron noticias relativas al matrimonio igualitario, a la situación de las personas y comunidad LGBTI y a la posición que sobre estos asuntos tenían diversos actores de la vida política y social, tanto a nivel nacional como internacional, en el período 2013-2015, las nociones del Plan Familia del 2013, la política exterior del Ecuador respecto al matrimonio igualitario, tanto en el marco del Examen Período Universal, como ante la Asamblea General de la OEA, y la política expresada en el Plan Familia, evidencian, por una parte la evolución del tratamiento que se da a estos temas que en el pasado reciente era inexistente; la perspectiva autorre restrictiva del Ecuador en el tema, la tensión y el debate que generan fundamentalmente entre los actores políticos de gobierno, parlamentos y sociedad; la férrea posición de la Iglesia Católica a través del Vaticano contrario al matrimonio igualitario; y, los avances jurisprudenciales, expresados en sentencias dispuestas por Cortes de Justicia como por ejemplo en los EE.UU., México y Colombia, que dan paso al matrimonio igualitario.

El tratamiento del caso Correa Troya se sustentó en el marco de una interpretación formal, legalista y restrictiva respecto del derecho a contraer matrimonio por parte de la pareja demandante. Por otra parte, la argumentación judicial se sostuvo en una interpretación literal de la norma constitucional y en valoraciones de orden moral y religioso que confirma cuánto pesa en un administrador de justicia sus concepciones personales ancladas en la cultura dominante y aún más a una perspectiva conservadora del derecho y los derechos humanos.

La interpretación evolutiva y dinámica de los derechos humanos, según la cual las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes, o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales y de estándares internacionales de derechos humanos, constituye el argumento central a debatirse en la Corte Constitucional; y, ha constituido el argumento que ha permitido cambios en la legislación, políticas y jurisprudencia en otros países en relación con el matrimonio igualitario, tales como Argentina, Uruguay y Colombia, y un buen número de países europeos, además de México, Estados Unidos y otros.

El litigio estratégico como el conjunto de acciones judiciales y sociales de diversa naturaleza encaminadas a garantizar la justiciabilidad de los derechos humanos ante las instancias nacionales o internacionales, tiene metas de orden estructural. Su objetivo mayor apunta a reformar la legislación, las políticas públicas o las prácticas institucionales o socioculturales que afectan el ejercicio de los derechos humanos de las personas o los grupos en la sociedad. Allí se inscribe la acción impulsada por Gabriela Correa y Pamela Troya al demandar se reconozca su derecho a contraer matrimonio independientemente de su orientación sexual. Por supuesto, el litigio estratégico no debe descuidar la necesidad de justicia que cada caso requiere para las partes intervinientes.

El activismo judicial es el complemento clave del litigio estratégico, nace como un procedimiento dirigido a revisar leyes segregacionistas, a implementar medidas judiciales con mayor rapidez, a involucrarse en temas que tradicionalmente no se consideraban judiciales, y dejar en el imaginario social y político que los jueces podrían ser el motor para la transformación de estructuras sociales y culturales sustentadas en concepciones conservadoras en temas de orden étnico, de género u otros.

En esa perspectiva, Ecuador está abocado a enfrentar el tema del matrimonio civil igualitario desde un escenario internacional que muestra importantes avances jurisprudenciales y normativos, y un marcado desarrollo de estándares de derechos humanos sobre la materia, expresados en informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como en la jurisprudencia y la opinión consultiva 024 de la Corte Interamericana; pero también debe enfrentar un contexto socio cultural donde las valoraciones religiosas y conservadoras, y los estereotipos y prejuicios sociales, están presentes en las familias, comunidades e instituciones.

5. Recomendaciones

Las principales recomendaciones que salen de este proceso de investigación son las siguientes:

- Las organizaciones del colectivo LGBTI, como parte de su agenda programática, deberían incorporar la estrategia de exigibilidad de derechos y, dentro de esta, el desarrollo de litigio estratégico encaminado a realizar acciones jurídicas que apunten a promover el desarrollo de jurisprudencia en los Tribunales de Justicia, en la Corte Constitucional y en el sistema internacional de derechos humanos para transformar prácticas culturales y discursos sociales y mediáticos, políticas públicas y normativa que afecte el ejercicio de los derechos humanos de sus miembros.
- Las organizaciones del colectivo LGBTI, así como de organizaciones de otros colectivos de derechos humanos y organizaciones sociales deberían incorporar como parte de su plan programático las diversas agendas y reivindicaciones específicas de los diversos grupos, para construir un plan nacional y participativo en materia de derechos humanos, en el que se incluya el reconocimiento del matrimonio igualitario de personas del mismo sexo y otros derechos que son frecuentemente vulnerados a las personas con otra orientación sexual e identidad de género.
- Las Universidades de Postgrado del Ecuador que contemplen programas académicos en derechos humanos, deberían promover de manera conjunta con el Consejo de la Judicatura, Corte Constitucional, Naciones Unidas y Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el desarrollo académico de cursos abiertos, diplomados y especializaciones específicas sobre litigio estratégico y activismo judicial, como una contribución a la formación de servidores y servidoras, así como de operadores del sistema de justicia y la consolidación del Estado laico y de derechos.
- La Asamblea, con la asistencia técnica del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debería promover espacios de formación a legisladores y sus equipos de trabajo en relación a la obligación de los Estados de acoplar el desarrollo normativo con las normas y estándares internacionales establecidos en tratados, convenciones, otros instrumentos y la

jurisprudencia y doctrina generada por Tribunales internacionales, para que la legislación cumpla con el principio de convencionalidad. Además, con respecto al matrimonio igualitario, es necesario se proceda con la reforma constitucional y legal pertinentes sustentadas en la opinión consultiva OC/24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme se establece en el artículo 441 numeral 2 de la Constitución de la República.

- La Corte Constitucional debería estar obligada a resolver de manera inmediata la acción extraordinaria de protección respecto de la demanda del matrimonio igualitario, en virtud de algunos elementos, por una parte por haberse cumplido con el plazo razonable, es decir, el caso ya no es complejo por el desarrollo de legislación y jurisprudencia comparada que brinda argumentos sólidos, a lo que se suma la Opinión Consultiva OC/24/17 de la Corte Interamericana, las demandantes han agilizado el proceso y la Corte Constitucional ha resuelto causas vinculadas al principio de no discriminación relacionadas, como son el caso de Bruno Paolo y el caso Satya; por otra parte, la posición oficial del Estado ecuatoriano ante el EPU y la OEA, su política sobre derechos sexuales y reproductivos y las sentencias negativas en otros casos posteriores a la demanda de Correa y Troya, sumado a la fractura del régimen constitucional ecuatoriano por la cesación de funciones de la Corte Constitucional por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, abre el escenario de una demanda internacional, por la cual, la presentación del caso por parte de la Defensoría del Pueblo o directamente por parte de las víctimas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituye la vía más adecuada, con la perspectiva de promover en un primer momento un Acuerdo Amistoso con el Estado ecuatoriano, tal como ocurrió con la República de Chile en el año 2016; caso contrario, la estrategia debería apuntar a llegar con la causa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6. Bibliografía

Cuerpos legales nacionales

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

———. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 262, 14 de enero de 1897.

———. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial Suplemento 272, 24 de diciembre de 1906.

———. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929.

———. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.

———. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, última modificación 17 de diciembre de 2004.

———. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

———. *Ley Orgánica de Educación Superior*. Registro Oficial 298, Suplemento, 12 de octubre de 2010.

———. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial, Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

———. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial, Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

———. *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021*. Resolución N.º CNP-003-2017, 22 de septiembre de 2017.

———. *Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia*. 2015.
https://www.presidencia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2015/09/k_proyecto_plan_familia_2015.df

———. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. “Recomendaciones y promesas asumidas por el Estado ecuatoriano”. *Examen Periódico Universal del Ecuador 2012*. Quito: 2012.

https://www.upr-info.org/sites/default/files/document/ecuador/session_13_-_may_2012/recommendationstoecuador2012.pdf

Sentencias nacionales

Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”. Del *Caso No. 0288-12- EP*. 24 de agosto de 2017.

Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha Sala Laboral. “Resolución sobre la inhibición de la Jueza Sánchez Lozada”. En *Juicio No.17133-2014-0962*. 21 de enero de 2014.

———. “Sentencia”. En *Acción de protección en el Juicio No. 2014-1602*. 26 de mayo de 2014.

———. “Sentencia de segunda instancia”, en *Juicio No. 2014-1602*, 26 de mayo de 2014.

Ecuador Corte Constitucional Sala de Admisión. “Providencia”. En el *Caso no. 1035-14-EP*. 7 de agosto de 2014.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 133-17- SEP-CC”. Del *Caso 0288-12-EP*. 10 de mayo de 2017.

———. “Sentencia”. Del *Caso 0288-12-EP*. 24 de agosto de 2017.

———. “Sentencia Constitucional No.184-18-SEP-CC”, del *Caso No. 11692-12-EP*, 29 de mayo de 2018.

Ecuador Defensoría del Pueblo Dirección de Análisis Normativo e Incidencia en Políticas Públicas. *Criterios y estándares del derecho a la igualdad y no discriminación para la incidencia normativa y la incorporación del enfoque de derechos humanos en las políticas públicas*. Quito: Graphus, 2015.

Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha. “Primera Providencia”. En *Acción de Protección No. 20843-2013*. 14 de agosto de 2014.

———. “Apelación”. A la *Sentencia de Acción de Protección No. 20843-2013*. 21 de agosto de 2013.

———. “Of. 1283-2013-UJETFMNYAQ-20843-2013-C.C. 23 de octubre de 2013.

———. “Providencia”. En *Juicio No.17203-2013-20843*. 24 de diciembre de 2013.

———. “Sentencia”. En *Acción de Protección No. 20843-2013*. 14 de marzo de 2014.

———. “Escrito de pedido de aclaración a la sentencia”. En *Acción de Protección No. 20843-2013*. 14 de marzo de 2014.

———. “Respuesta a pedido de aclaración”. En *Acción de Protección No. 20843-2013*. 3 de abril de 2014.

Ecuador Tribunal de lo Contencioso Electoral. *Causa No. 148-2013*. 18 de marzo de 2013.

Documentos de terceros

Ávila Santamaría, Ramiro, y Alberto Acosta. “Amicus curiae”, *Caso 1035-14-EP*. Registro No. 1324. 2 de marzo de 2015.

Freire, María Bernarda, y Alex Javier Esparza. “Amicus curiae”. *Caso No. 1035-14-EP*. Registro No. 3294. 14 de mayo de 2015.

Simon Campaña, Farith, Ramiro Estrada y Karen Sichel. "Amicus curiae". *Caso No. 1035-14-EP*. Registro No. 3294, 14 de mayo de 2015.

Vela María Soledad. "Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008". Segundo debate, Mesa Constituyente No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente.

———. "Acta 89. Sumario. 17 de julio de 2008". Mesa Constituyente No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente.

Queirolo Rosana. "Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008". Segundo debate, Mesa Constituyente No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente.

Documentos Internacionales

Colombia. Corte Constitucional. "Sentencia". Al *Juicio SU214/16*, 28 de abril de 2016. <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/665526733>

———. *Constitución Política de Colombia*, Gaceta Constitucional N°114, 4 de julio de 1991.

CIDH. "Sentencia". En *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 24 de febrero de 2012. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

———. "Sentencia". En *Caso Duque vs. Colombia* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). 26 de febrero de 2016. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

———. "Sentencia". En *Caso Flor Freire vs. Ecuador* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). 31 de agosto de 2016. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf

———. *Opinión Consultiva OC-24/17*. 24 de noviembre de 2017. <http://www.corteidh.or.cr/>

España. *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado. 29 de diciembre de 1987.

España Cámara de Diputados. *Ley 13/2005*. BOE núm. 157, 1 de julio de 2005.

España Tribunal Constitucional Español. "Sentencia". En *Recurso de inconstitucionalidad No:6864/2005*. BOE núm. 286, 28 de noviembre de 2012.

ILGA. *Informe Anual 2014*. Ginebra: ILGA, 2014.

———. *Informe Anual 2015*. Ginebra: ILGA, 2015.

———. *Informe Anual 2016*. Ginebra: ILGA, 2016.

———. *Informe Anual 2017*. Ginebra: ILGA, 2017.

OEA Asamblea General. *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*. 3 de junio de 2008. AG/RES.2435 (XXXVIII-0/08).

- . *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*. 4 de junio de 2009. AG/RES.2504 (XXXIX-0/09).
- . *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*. 8 de junio de 2010. AG/RES.2600 (XL-0/10).
- . *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*. 7 de junio de 2011. AG/RES.2653 (XLI-0/11).
- . *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*. 4 de junio de 2012. AG/RES.2721 (XLII-0/12).
- . *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*. 6 de junio de 2012. AG/RES.2807 (XLIII-0/13).
- . *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*. 5 de junio de 2014. AG/RES.2863 (XLIV-0/14).
- . *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*. 14 de junio de 2016. AG/RES.2887 (XLVI-0/16).
- . *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969.
- OEA Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes*. 23 de abril 2012. Ser.G, CP/CAJP/INF.166/12.
- ONU Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. A/RES/217 A (III).
- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. A/RES/2200 A (XXI).
- . *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC*. 16 de diciembre de 1966. A/RES/2200 A (XXI).
- . *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. 23 de mayo de 1969. A/CONF.39/27.
- ONU Comité de Derechos Humanos. *Comunicación No 488/1992 Nicholas Toonen c. Australia*. 25 de diciembre de 1991. CCPR/C/50/D/488/1992. <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/488-1992.html>
- . *CCPR Observación General N.18, No Discriminación*. 10 de noviembre de 1989.
- ONU Consejo de Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*. 4 de mayo de 2015. A/HCR/29/23.
- ONU Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Nacidos Libres e Iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*. Nueva York, Ginebra: 2012.

Panel internacional de especialistas en legislación internacional de derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género. *Principios de Yogyakarta*. 9 de noviembre de 2006. Yogyakarta: 2007. <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/openssl.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

Perú Defensoría del Pueblo. *El amicus curiae: ¿Qué es y para qué sirve?, Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*. Serie Documentos Defensoriales – Documento No. 8. Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2009-15028. Lima: 2009.

UE. *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Diario Oficial N°. C. 364. 7 de diciembre de 2000.

Obras

Aquileana. *Derecho: Ley de Matrimonio Gay en Argentina*. 15 de julio de 2010. <http://aquileana.wordpress.com/2010/07/15/derecho>

Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

Benavides Ordóñez Jorge y otros. *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales*. Quito: Corte Constitucional, 2013.
https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/manual_de_justicia_constitucional.pdf

Bernal Pulido, Carlos. *El Juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Igualdad y no discriminación, el reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 2010.

Bimbi, Bruno. *Matrimonio Igualitario, Intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*. Buenos Aires: Grupo Editorial Planeta S.A., 2010.

Buitrón, Edgar Andrés. “La implementación de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo en Ecuador como ejercicio de igualdad del colectivo LGBT”. Tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, 2009.

Burneo Cristina, Córdova Anaís, Gutiérrez María José y Ordóñez Angélica, *Embarazo adolescente en el marco de la Estrategia Nacional Intersectorial de Planificación Familiar (ENIPLA) 2014 y el Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia 201*. Quito: 2015. <https://docplayer.es/14717457-Cristina-burneo-salazar-anais-cordova-paez-maria-jose-gutierrez-angelica-ordonez.html>

Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S. R. L., 1993.

Caicedo Tapia, Danilo, y Angélica Porras Velasco. *Igualdad y diversidad sexual. La hegemonía de la heterosexualidad en el derecho ecuatoriano, Igualdad y no discriminación, el reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 2010.

- Coral Díaz, Ana Milena, Beatriz Londoño Toro, y Lina Marcela Muñoz Ávila. “El Concepto de Litigio Estratégico en América Latina 1990–2010”. *Vniversitas*, No. 121. Bogotá: 2010.
- Curiel, Ochy. *La Nación Heterosexual: Análisis del Discurso Jurídico y el Régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.
- Díaz Vásquez, Rocío. “El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia”. *Justicia Juris* 11. Barranquilla: 2015.
- Drnas de Clément, Zlata. *La complejidad del principio pro homine*. CIDH, 2007. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- Foucault, Michel. “1. La voluntad de saber”. En *Historia de la Sexualidad*. México: Grupo Editorial Siglo XXI, 2013.
- . “2. El uso de los placeres”. En *Historia de la Sexualidad*. Argentina: Siglo XXI, 2003.
- . “3. La inquietud de sí”. En *Historia de la Sexualidad*. Argentina: Siglo XXI, 2003.
- Freire Bernarda y Fernández Jorge. *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, en el Ecuador 2017*. Quito, 2018.
- Garriga, Romina. Universidad Empresarial, Siglo XXI. <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/11157/tesis.pdf>
- Gil Domínguez, Andrés, María Famá y Marisa Herrera. *Matrimonio Igualitario y derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Cevallos Librería Jurídica, EDIAR, 2010.
- González Pérez, María de Jesús. “La representación social de las familias diversas. Ley de Sociedades de Convivencia”. *El Cotidiano* 22, n.º146. México Distrito Federal: Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, 2007.
- Gutiérrez Contreras, Juan Carlos, coord. *Litigio Estratégico en Derechos Humanos, Modelo para Armar*. México DF: OACNUDH, 2011.
- Hauriou, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona: 1980.
- Incalcaterra, Amerigo. “Prólogo”. En *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la Sociedad Civil*. México DF: OACNUDH, 2007.
- Marianello, Patricio Alejandro. “El activismo judicial una herramienta de protección constitucional”. Conferencia presentada en el Colegio de Abogados. Entre Ríos, 2008.

- Martínez Zorrilla David. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Vol. II. México: UNAM, 2015. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3796-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-dos>
- Muñoz Catalan, Eliza. “Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium: fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica”. Tesis doctoral, Universidad de Huelva, 2012. http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/6457/Las_union_extram_ioniales.pdf?sequence=2.
- Navarrete Hernández Laura. *Estado Laico y sus consecuencias jurídicas, Caso Específico de Costa Rica*. Universidad de Costa Rica, 2013. <http://ij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Estado-Laico-y-sus-Consecuencias-Jur%C3%ADdicas-Caso-Espec%C3%ADfico-de-Costa-Rica.pdf>
- “Normas gramaticales de ortografía y conjunción de verbos”, en *Nuevo Diccionario Enciclopédico Universal, AULA*, (Madrid: Cultural S.A, 1995). Definición de *Moral*.
- Olavarría Gambi, Mauricio. *Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas*. Santiago: Universidad de Chile Instituto de Asuntos Públicos, Departamento de Gobierno y Gestión Pública, 2007.
- Peña García, Carmen. *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la Jurisprudencia y la Doctrina Canónica*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, Edisofer, S.L., 2004.
- Peña Rocío del Pilar y Parada María Mónica. Tensión entre la democracia inclusiva y la mayoría: el matrimonio igualitario en el Congreso colombiano”. *Revista de Derecho N42*. Barranquilla: División de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, 2014.
- Preciado Beatriz. “Políticas Transfeministas y queer: Tecnologías de disidencia de género. Conferencia presentada en la Universidad del Claustro de Sor Juana. Ciudad de México, 2010. <https://www.youtube.com/watch?v=P7ZufifUMzQ>
- Racimo, Fernando. “El activismo judicial, sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”. *Revista Jurídica N2*. Universidad de San Andrés, 2015. http://www.udes.edu.ar/sites/default/files/el_activismo_judicial_sus_origenes_y_su_recepcion_en_la_doctrina_nacional_-_racimo.pdf
- Salgado, Judith. “Entre la Reproducción y el cuestionamiento de la concepción heteronormativa de familia, el caso Karen Atala”. *Aportes Andinos* 34. Quito: PADH-UASB, 2014.
- Sánchez, María Martín. *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant, 2008.
- Vaggione, Juan Marco. “Familias más allá de la heteronormatividad”. En *La Mirada de los Jueces, Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana* 2. Matta Cristina y Saenz Macarena, dir. Bogotá: Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanidades, 2008. https://issuu.com/redalas/docs/000000222__2__

- Villalobos Badilla, Kevin Johan. “El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Sede Occidente, San Ramón Costa Rica, 2012.
- Villarreal, Marta. “El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés público”. En *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la Sociedad Civil*. Fabián Sánchez Matus, coord. México DF: OACNUDH, 2007.
- Zoon, Ina. “Acciones de apoyo al litigio”, en *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la Sociedad Civil*. Fabián Sánchez Matus, coord. México DF: OACNUDH, 2007.

7. Anexos

Anexo 1 (Referido en el punto 1.2.4 Cuarto período: régimen de la república liberal de derechos - de 1967 a 1998, pag. 20)

Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.

Art. 21.- Requisitos. - Son Ciudadanos ecuatorianos los mayores de dieciocho años que saben leer y escribir y están, por tanto, en aptitud de ejercer los derechos políticos que establece la presente Constitución.

TITULO IV

DE LOS DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS

CAPITULO I Disposiciones Generales

Art. 23.- Derechos humanos. - El Estado reconoce, garantiza y promueve los derechos del hombre, como individuo y como miembro de la familia y demás sociedades que favorezcan el desarrollo de su personalidad. La ley protegerá la libertad y más derechos de la persona contra los abusos del Poder Público y de los particulares.

Art. 25.- Igualdad. - No se hará discriminación alguna basada en motivos tales como raza, sexo, filiación, idioma, religión, opinión política, posición económica o social. No se concederá prerrogativa alguna ni se impondrá obligaciones que hagan a unas personas de mejor o peor condición que otras. No hay dignidades ni empleos hereditarios, privilegios ni fueros personales. La honradez, la capacidad y otros méritos serán los únicos fundamentos de valoración personal

Ver: Constituciones de 1979, 1984, 1993, 1996 y 1997. Contienen textos desarrollados en el ámbito de derechos y libertades.

Anexo 2. (Referido en el punto 1.2.4 Cuarto período: régimen de la república liberal de derechos - de 1967 a 1998, pág. 20)

Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.

CAPITULO III De la Familia

Art. 29.- Protección del matrimonio y la familia.- El Estado reconoce la familia como célula fundamental de la sociedad, y la protege igual que al matrimonio y a la maternidad.

El matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad especial de los cónyuges.

El Estado apoyará a los progenitores en el ejercicio de la autoridad paterna, y vigilará el cumplimiento de las obligaciones recíprocas entre padres e hijos.

Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio tienen los mismos derechos en cuanto a apellidos, crianza, educación y herencia.

La ley reglamentará lo referente a la investigación y facilitará la investigación de la paternidad.

Al inscribirse el nacimiento, no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación.

Art. 30.- Protección de la generación. El Estado protegerá al hijo desde su concepción, y protegerá también, a la madre sin considerar antecedentes; amparará al menor que se hallare en condiciones desventajosas, a fin de que pueda desarrollarse normalmente y con seguridades para su integridad moral.

Concederá especial atención a las familias numerosas, y establecerá disminución y exención de las obligaciones tributarias en atención al número de hijos.

Art. 31.- Promoción económica de la familia. - El Estado procurará asegurar a la familia condiciones morales, culturales y económicas que favorezcan la consecución de sus fines y le permitan disfrutar de una vivienda digna.

Establécese el patrimonio familiar inalienable e inembargable, cuya cuantía y condiciones serán reguladas por la ley.

Art. 32.- Protección de los menores. - El Estado velará por la salud física, mental y moral de los menores y por su derecho a la educación y a la vida del hogar.

Los menores estarán sometidos a una legislación especial, protectora y no punitiva

Anexo 3. (Referido en el punto 1.2.5 Quinto período: del régimen de la república liberal de derechos a la república social de derechos - de 1998 a 2008, pag. 20)

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, última modificación del 17 de diciembre de 2004. Revisar en este cuerpo legal el artículo 23, en el Anexo 3.

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole. 4

5. El derecho a desarrollar libremente su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.

Anexo 4. Matriz de análisis Diario El Telégrafo (Referido en el punto 2.1.1 Diario El Telégrafo, pag. 49)

**Principales artículos de prensa.
El Telégrafo**

Nro.	Fecha	actor	Titulares	Temas	Parámetros
1	Jueves, 28 marzo 2013	Colectivo gai EEUU Corte Suprema de Justicia	Grupos pro gay se manifiestan afuera de la Corte de EE.UU. por el matrimonio igualitario	Matrimonio igualitario – Matrimonio homosexual	• Favor / I
2	Martes, 02 abril 2013	Senado Uruguayo Iglesia Católica	Senado uruguayo inicia el debate de la ley del matrimonio homosexual	Matrimonio homosexual – matrimonio igualitario	• Polémico - I
3	Martes, 02 abril 2013	Senado Uruguayo	Uruguay aprueba matrimonio igualitario	Matrimonio igualitario	• Favor - I
4	Jueves, 04 abril 2013	Senado Uruguayo Iglesia Católica Colectivo LGBTI Corte de Justicia	Debates sobre uniones no cesan en Uruguay	Matrimonio homosexual	• Favor I
5	Miércoles, 17 abril 2013	Ministro del Interior Francés	Ministro francés apoya ley de matrimonio igualitario	Matrimonio igualitario – matrimonio homosexual	• Favor I
6	Jueves, 18 abril 2013	Parlamento Nueva Zelanda	Nueva Zelanda viabiliza los matrimonios gays	Matrimonio gays	• Favor I
7	Viernes, 19 abril 2013	Senado colombiano Iglesia católica, senadores y organizaciones conservadoras	Senado colombiano pospone debate de uniones gays	Uniones gays – matrimonio entre personas del mismo sexo	• Polémico I
8	Domingo, 21 abril 2013	Colectivo LGBTI	La unión legal homosexual en Ecuador	Matrimonio igualitario – unión legal homosexual	• Favor N

9	Domingo, 21 abril 2013	Colectivo lgbti Afgrupaciones religiosas	Matrimonio igualitario crece a paso firme	Matrimonio igualitario, personas del mismo sexo	• Polémico N
10	Lunes, 22 abril 2013	Marcha de franceses	Posibilidad de uniones gays en Francia causa varias manifestaciones	Matrimonio homosexual	• Contrario I
11	Miércoles, 24 abril 2013	Diputados franceses	Francia es el 14º país en aprobar matrimonio gay	Matrimonio homosexual	• Favor I
12	Miércoles, 24 abril 2013	Senado colombiano, Colectivos lgbti Organizaciones religiosas	Senado colombiano aplaza votación sobre matrimonio gay	Matrimonio gay	• Contrario I
13	Miércoles, 24 abril 2013	Senado colombiano Iglesia Católica Partidos conservadores	Senado colombiano rechaza el proyecto de matrimonio gay	Matrimonio gay	• Contrario I
14	Jueves, 25 abril 2013	Presidente de Francia Oposición conservadora	Francia, una nación dividida por la reciente aprobación del matrimonio homosexual	Matrimonio homosexual	• Polémico I
15	Jueves, 25 abril 2013	Senado colombiano Partidos conservadores	Colombia dijo “no” a uniones igualitarias	Matrimonio homosexual o igualitario	• Contrario I
16	Viernes, 26 abril 2013	Asamblea Nacional de Francia Instituto de sondeos Opositores al matrimonio Iglesia Católica	Uniones gays representan una “evolución de la democracia”	Matrimonio gay	• Favorable I
17	Viernes, 10 mayo 2013	Presidente de EE.UU. Obama	Obama cumplió un año apoyando a los GLBTI legalmente	Matrimonio homosexual	• Favorable I
18	Martes, 14 mayo 2013	Tribunal de Justicia en Hon Kong	Hong Kong autoriza el matrimonio a transexual	Matrimonio transexual	• Favorable I
19	Martes, 14 mayo 2013	Consejo Nacional de Justicia de Brasil Iglesias Partidos conservadores	Brasil legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo	Matrimonio homosexual	• Polémico I
20	Miércoles, 15 mayo 2013	Consejo Nacional de Justicia Iglesias y opositores	En Brasil se aprueban bodas civiles entre personas GLBTI	Bodas civiles entre lgbti	• Contrario I
21	Jueves, 16 mayo 2013	Bruno Bimbi Papa Francisco	En Brasil se aprueban bodas civiles entre personas GLBTI	Matrimonio igualitario	• Favorable I
22	Jueves, 16 mayo 20	Presidente de Francia	Hollande promete promulgar la ley del	Matrimonio homosexual	• Favorable I

		Asamblea Nacional Consejo Constitucional	matrimonio homosexual		
23	Martes, 21 mayo 2013	Camara de los comunes británica Partido conservador	Cámara de los Comunes británica da luz verde al matrimonio homosexual	Matrimonio homosexual	• Favorable I
24	Jueves, 23 mayo 2013	Presidente de la República Correa Líderes colectivo LGBTI	Correa propone consulta popular sobre matrimonio igualitario en Ecuador	Matrimonio igualitario, matrimonio gay	• Polémico N
25	Martes, 28 mayo 2013	Encuestas divididas de la población Francia	Matrimonio igualitario en Francia mantiene las confrontaciones	Matrimonio igualitario, matrimonio homosexual	• Polémico I
26	Viernes, 12 julio 2013	Corte Suprema de California Grupo Protect Marriage	Piden a la Corte Suprema de California que impida las bodas de homosexuales	Bodas de homosexuales	• Contrario I
27	Sábado, 13 julio 2013	Parlamento británico Cámara de los Comunes Partido Conservador y religiosos	Gran Bretaña: A un paso del matrimonio igualitario	Matrimonio igualitario	• Polémico I
28	Jueves, 18 julio 2013	Parlamento Británico Reina Isabel II Camara de los Comunes Iglesias	Reino Unido aprobó la Ley de matrimonio igualitario	Matrimonio igualitario	• Favorable I
29	Miércoles, 24 julio 2013	Primera pareja homosexual en Colombia Jueza Corte Constitucional	La primera pareja homosexual se casa en Colombia	Pareja homosexual	• Favorable I
30	Jueves, 01 agosto 2013	Alcaldía Tribunales de Justicia Minesota y Rhol Island	Minnesota y Rhode Island se suman a estados que permiten matrimonio gay en EE.UU	Matrimonio gay	• Favorable I
31	Viernes, 02 agosto 2013	Secretario de Estado Jhon Kerry Corte Suprema	EEUU otorgará visas a matrimonios homosexuales igual que a heterosexuales	Matrimonio homosexual	• Favorable I
32	Lunes, 05 agosto 2013	Lesbinas y parejas homosexuales	Lesbianas buscan hoy contraer matrimonio civil	Matrimonio igualitario	• Favorable I
33	Lunes, 05 agosto 2013	Pareja homosexual Registro Civil Senado Uruguayo Iglesia Católica	Primera pareja homosexual se registra para casarse en Uruguay	Matrimonio gay	• Favorable I

		Grupos religiosos			
34	Lunes, 05 agosto 2013	Registro Civil Ecuador Pareja de lesbianas	Registro Civil responderá el viernes a petición de lesbianas para casarse	Matrimonio civil igualitario	• Polémico N
35	Martes, 06 agosto 2013	Registro Civil Colectivo LGBTI Artistas	Pamela y Gabriela quedan a la espera de una respuesta	Matrimonio civil igualitario	• Favorable N
36	Miércoles, 07 agosto 2013	Registro Civil	Registro Civil responde a solicitud de matrimonio de Pamela y Gabriela	Se habla de matrimonio civil	• Polémico N
37	Jueves, 08 agosto 2013	Registro Civil	El Registro Civil niega boda gay	Se habla de matrimonio civil	• Contrario N
38	Martes, 13 agosto 2013	Función Judicial Registro Civil	Pareja de lesbianas presenta hoy una acción de protección	Unión igualitaria	• Polémico N
39	Miércoles, 14 agosto 2013	Función Judicial Registro Civil	Pareja de lesbianas presentó acción de protección en Quito	Matrimonio civil	• Polémico N
40	Lunes, 19 agosto 2013	Nueva Zelanda	775 Docenas de parejas del mismo sexo se casan en Nueva Zelanda	Matrimonio gay	• Favorable I
41	Jueves, 22 agosto 2013	Función Judicial	Pareja gay presenta apelación	Unión igualitaria	• Polémico N
42		Registro Civil Parlamento Uruguay	822 Celebran la primera boda gay pública en Uruguay	Boda gay	• Favorable I
43	Domingo, 25 agosto 2013	Flacso	Jesús no rechazaría el matrimonio igualitario”	Matrimonio igualitario	• Favorable N
44	Miércoles, 02 octubre 2013	Juez Fundación Marido y Mujer Colombia	Juez anula el primer matrimonio entre personas del mismo sexo en Colombia	Matrimonio entre personas del mismo sexo	• Contrario I
45	Martes, 26 noviembre 2013	Registro Civil	Pareja homosexual presentó solicitud para contraer matrimonio	Matrimonio	• Polémico N
46	Martes, 24 junio 2014	Corte Constitucional	El matrimonio igualitario ganó terreno en 2013	Matrimonio Igualitario	• Polémico N
47	Viernes, 15 agosto 2014	Internacional	AL MENOS 15 NACIONES ADMITEN LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL	Matrimonio igualitario	• Favorable I
48	23 mayo 2015	Irlanda Sufragio	¿En qué países es legal el matrimonio igualitario?	Matrimonio entre personas del mismo sexo	• Favorable I
49	Sábado, 27 junio 2015	Casa Blanca Corte Suprema de Justicia EEUU	La Casa Blanca se torna multicolor, tras decisión de la Corte Suprema	Matrimonio entre personas del mismo sexo	• Favorable I

50	Viernes, 26 junio 2015	Corte Suprema de Justicia Artistas EEUU	Artistas celebran decisión del Supremo sobre matrimonio gay	Matrimonio gay	• Favorable I
51	Sábado, 09 abril 2016	Procuraduría Corte Constitucional Iglesia Católica Colombia	LA PROCURADURÍA BUSCA REVERTIR FALLO DE LA CORTE	Matrimonio entre personas del mismo sexo Matrimonio igualitario	• Contrario I

El Diario El Telégrafo reporta desde el 28 de marzo de 2013 hasta el 9 de abril de 2016 un total de 51 notas. De estas, 45 se ubicaron en el 2013, 2 en el 2014, 3 en el 2015 y 1 en el 2016. Las notas de prensa se las puede ubicar entre las que cubren noticias internacionales y nacionales. De las 51 notas recabadas, 38 son internacionales, o sea el 74,5%, mientras que 25,5% (13) son generadas en el país.

Se puede colegir que el 88,23% de notas de interés sobre el tema se presentaron en el año 2013; 3,92% en el 2014; 5,88% en el 2015, y, 1,9% hasta abril del 2016. Esto responde fundamentalmente porque en el año 2013 se presentó la demanda ante el Registro Civil, la acción de protección ante los tribunales de justicia, incluida la fase de impugnación y constituyó un tema de debate político y público en el que estuvo involucrado incluso el Presidente de la República. Sin embargo, en el año 2014, la cobertura es muy baja en el Diario El Telégrafo, 3,92% del universo de notas del periódico en el período, pese a que el caso llegó a la Corte Constitucional no se le dio relevancia. En el año 2015, subió un pequeño porcentaje en la cobertura, al 5,88% del universo, especialmente en razón del fallo de la Corte Suprema de Justicia en los EE.UU que legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo. Se puede concluir, que la disminución de notas de prensa posteriores al 2013, tiene estrecha relación con la posición adoptada por el Presidente de la República en contra del matrimonio igualitario.

Para valorar las notas internacionales y nacionales de manera global he ubicado el análisis de los contenidos desde tres estándares ubicados en la revisión, aquellas notas que son abiertamente favorables al matrimonio igualitario, aquellas que evidencian polémica sobre el tema; y, aquellas que muestran una posición contraria al matrimonio. En esa perspectiva, de las 51 notas, 27 son favorables al matrimonio igualitario, (52,9%); 15 denotan polémica sobre el tema (29,4%); y, 9 son abiertamente contrarias (17,6%).

De las 38 notas internacionales, 24 son favorables (63,1%); 6 denotan polémica (15,7%); y, 8 evidencian una posición contraria (21%). Esto evidencia que la opinión pública internacional es ampliamente favorable al matrimonio igualitario. Por otra parte, de las 13 notas nacionales, 3 son favorables (23%); 9 son notas polémicas (69,2%); y, 1 es contraria al matrimonio igualitario (7,6%). Esto hace notorio el debate en el país sobre el tema.

Del análisis comparado general entre las notas internacionales y nacionales que recoge Diario El Telégrafo en el período de 3 años 1 mes, se denota que la opinión pública internacional es altamente favorable al matrimonio igualitario; mientras que en el Ecuador es muy baja; más bien la opinión pública nacional muestra una alta polémica sobre el tema en el Ecuador; finalmente la opinión contraria a nivel internacional, siendo baja está muy por encima de la opinión contraria en el Ecuador, que especialmente se refleja en la firme posición del Presidente de la República de esa época y la Iglesia Católica, acompañada de la decisión del Registro Civil, los jueces y tribunales que procesaron el caso.

Anexo 5. Matriz de análisis Diario El Comercio. (Referido en el punto 2.1.2 Diario El Comercio, pag. 51)

Principales artículos de prensa El Comercio

Nro.	Fecha	actor	Titular de prensa	Temas	Parámetros
1	Cuenca 27 de junio de 2014	Pareja Lesbianas	Janneth, la única sudamericana que	Pensión social	• NA / N

			recibe la pensión de su pareja del mismo género		
2	Guayaquil 28 de junio de 2014	Movimiento LGBTI	La Marcha del Orgullo Gay llenó de colores la Av. Amazonas	Matrimonio igualitario	• Favor / N
3	3 de julio de 2014	Movimiento LGBTI	Guayaquil se viste de color por el desfile del Orgullo Glti	Matrimonio civil igualitario	• Favor / N
4	18 de julio de 2014	Alta Comisionada de NNUU para los DDHH	‘Libres e iguales’, campaña mundial contra la discriminación a los GLBTI	No discriminación y no violencia	• Neutro / I
5	21 de agosto de 2014	Movimiento LGBTI	Fundación Equidad lanza revista GLBTI	Matrimonio Civil igualitario	• Favor /N
6	23 de agosto de 2014	Organizaciones DDHH Policía Nacional Honduras	Policías y bandas criminales agreden a la comunidad GLBTI en Honduras	No violencia y no discriminación	• Polémica /I
7	23 de agosto de 2014	Presidente de la República Correa	Rafael Correa anunció que la unión de hecho se reconocerá como estado civil	Matrimonio gay	• Contra / N
8	25 de agosto de 2014	Ex futbolista alemán	Exfutbolista alemán quiere montar la primera Selección gay	NA	• NA / I
9	Quito 25 de agosto de 2014	Personas LGBT / Empresa Pública telefonía	La unión de hecho en la cédula agiliza los trámites laborales y de salud Maribel Serrano y Diana Maldonado han intentado que su unión de hecho sea reconocida por las autoridades.	Matrimonio civil igualitario	• Favor /N
10	27 de agosto de 2014	Movimiento LGBTI /Presidente Correa	Activistas señalan que la Revolución Ciudadana está en deuda con LGBTI	Matrimonio	• Polémica /N
11	martes 2 de septiembre del 2014	Persona homosexual militar	Por primera vez en Chile, un militar revela que es gay	Unión de parejas del mismo sexo	• Neutro / I
12	16 de septiembre de 2014	Movimiento LGBTI / Registro Civil	La campaña Unión Civil Igualitaria de la comunidad LGBTI se lanzó en Cuenca	Unión civil Igualitaria	• Neutro / N
13	Quito 1 de noviembre de 2014	Movimiento Lgbti / Registro Civil	La unión de hecho motivó un debate sobre vacíos legales en el Código Civil	Unión libre igualitaria	• Neutral / N

14	10 de febrero de 2015	Activista LGBTI	Diane Rodríguez, activista de derechos LGBTI denuncia amenazas de muerte	NA	• NA / N
15	13 de febrero de 2015	Actores brasileños	¿El beso de una pareja gay escandaliza?	NA	• NA / I
16	13 de febrero de 2015	Movimiento LGBTI China	Grupos LGTB regalan viajes a parejas homosexuales chinas para casarse en EE. UU.	casamiento	• Favor / I
17	19 de febrero de 2015	Movimiento LGBTI / Registro Civil	Un San Valentín Diverso frente al Registro Civil de la Gran Colombia	Matrimonio Civil Igualitario	• Favor / N
18	25 de marzo de 2015	Metro de Madrid	Escándalo en el metro de Madrid por una circular instando a controlar a homosexuales	NA	• NA / I
19	31 de marzo de 2015	Movimiento LGBTI / Clero / Plebiscito	Eslovaquia ofrece esperanza en una región plagada de homofobia	Matrimonio personasl del mismo sexo	• Neutro / I
20	21 de abril de 2015	Movimiento LGBTI / Iglesias en Indiana	Los homosexuales se oponen a una ley sobre libertad religiosa en Indiana, EE. UU.	NA	• Contra / I
21	22 de abril de 2015	Asamblea Nacional	Asamblea formaliza la unión de hecho	Unión de hecho	• Neutro / N
22	22 de abril de 2015	Movimiento LGBTI / Asamblea Nacional	Comunidad Gltbi celebra el reconocimiento de la unión de hecho como estado civil	Unión de hecho	• Neutro / N
23	22 de abril de 2015	Papa / Iglesia Católica	El Papa critica "la desvalorización" del vínculo de pareja entre hombre y mujer	Matrimonio heterosexual	• Contra / I
24	4 de mayo de 2015	Personas LGBTI / Registro Civil	La unión de hecho garantiza el derecho a heredar bienes, montepío, utilidades	Unión de hecho	• Neutro / N
25	8 de mayo de 2015	Papa, Iglesia Católica / Iglesias Protestantes	El papa Francisco invita a los protestantes a dialogar sobre temas de sexualidad	Matrimonio homosexual	• Contra / I
26	20 de mayo de 2015	Circo	Circo de transformistas Timoteo, una carpa de libertad y tolerancia en Chile	NA	• NA / I

27	22 de mayo de 2015	Referendum Irlanda / Iglesia Católica	Irlanda decide en referéndum sobre el matrimonio homosexual	Matrimonio homosexual / Matrimonio entre personas del mismo sexo	• Favor / I
28	28 de mayo de 2015	Referendum Irlanda / otros países	El matrimonio homosexual en el mundo	Matrimonio homosexual	• Favor / I
29	16 de junio de 2015	Papa / Iglesia Católica República Dominicana / Vaticano	Papa Francisco: "El matrimonio y la familia atraviesan una seria crisis cultural"	Matrimonio homosexual	• Contra / I
30	23 de junio de 2015	Suprema Corte de Justicia de México	Con jurisprudencia, Supremo mexicano ya avaló matrimonio gay	Matrimonio gay / matrimonio homosexual	• Favor / I
31	23 de June de 2015	Vaticano	El matrimonio heterosexual es esencial para la 'formación integral' de los niños, según el Vaticano	Matrimonio heterosexual	• Contra / I
32	26 de junio de 2015	Vaticano	Obispos considerarán "acompañar" a divorciados y a familias con homosexuales	Apoyo a los homosexuales	• Contra / I
33	26 de junio de 2015	Corte Suprema de Justicia de EE. UU.	Corte Suprema de EE.UU. reconoce legalidad del matrimonio homosexual a nivel nacional	Matrimonio homosexual	• Favor / I
34	29 de junio de 2015	Barak Obama / Corte Suprema de Justicia	Para Obama, legalización de matrimonio homosexual es una 'victoria para Estados Unidos'	Matrimomnio homosexual	• Favor / I
35	2 de julio de 2015	Persona LGBTI / Corte Suprema de Justicia / Barak Obama	La historia de amor gay que cambió a Estados Unidos	Matrimonio homosexual	• Favor / I
36	26 de septiembre de 2015	Personas lesbianas China	Dos lesbianas se dan el 'sí, quiero' en Pekín para reivindicar matrimonio homosexual	Matrimonio homosexual	• Favor / I
37	4 de octubre de 2015	Papa	El papa dice que no hay futuro sin leyes a favor de las familias	Fortalecimiento de la familia	• Contra / I
38	Guayaquil 6 de octubre de 2015	Papa Vaticano /	El papa Francisco defiende a la familia tradicional al abrir el sínodo	Fortalecer familia hombre mujer y valores	• Contra / I

39	15 de octubre de 2015	Persona LGBTI	La activista transfemenina Diane Rodríguez será mamá	Unión de hecho entre parejas del mismo sexo	• Neutro /N
40	15 de octubre de 2015	Asamblea Nacional	Proyecto de Ley propone documento de identificación único	NA	• NA / N
41	19 de octubre de 2015	Movimiento LGBTI	La posibilidad de que se coloque el género y no el sexo en la cédula ilusiona al movimiento trans	NA	• NA / N
42	20 de octubre de 2015	Registro Civil Chile	Chile asegura inicio de Unión Civil para homosexuales pese a la huelga	Acuerdo de Unión Civil / Unión de hecho	• Neutral /I
43	5 de noviembre de 2015	Movimiento LGBTI	El movimiento trans no quiere dos tipos de cédulas en Ecuador	NA	• NA / N
44	21 de octubre de 2015	Registro Civil, personas LGBTI Colombia	Error en Registro Civil permite celebración de boda gay en Costa Rica	Matrimonio entre personas homosexuales	• Contra /I
45	22 de octubre 2015	Movimiento LGBTI	Plataforma trans pide a legisladores analizar pedido de poner el género en todas las cédulas	NA	• NA / N
46	2 de noviembre de 2015	Personas LGBTI / Registro Civil Chile	Chile celebra primeras uniones civiles de homosexuales	Uniones Civiles Homosexuales / Acuerdo de Unión Civil	• Neutro /I
47	3 de noviembre de 2015	Asamblea Nacional	Debate en Alianza País por la propuesta de género en la cédula	NA	• NA / N
48	10 de diciembre de 2015	Pareja LGBTI	Pareja trans abre el debate sobre la concepción	NA	• NA / N
49	10 de diciembre de 2015	Asamblea Nacional	El 'género y no el sexo', en el debate de la Ley de Registro Civil	NA	• NA / N
50	10/diciembre/2015	Movimiento LGBTI / Parlamentarios / Evengélicos	Activistas proponen ley de matrimonio homosexual en Costa Rica	Matrimonio homosexual	• Favor /I
51	11 de diciembre de 2015	Asamblea Nacional	Activistas proponen ley de matrimonio homosexual en Costa Rica	NA	• NA / N
52	12 de diciembre del 2015	Asamblea Nacional	La nueva Ley de Identidad trae siete cambios	NA	• NA / N
53	15 de diciembre de 2015	Asamblea Nacional	Activistas analizan plantear una demanda de	NA	• NA / N

			inconstitucionalidad a la Ley de Registro Civil		
54	22/diciembre /2015	Grecia	Grecia decide sumarse a los países que reconocen las uniones homosexuales	Uniones civiles de personas del mismo sexo	• Contra / I
55	14 de enero de 2016	Presidente de la República	Correa limita el cambio de género en la cédula a casos como hermafroditismo	NA /	• NA / N
56	4 de marzo de 2016	Cámara Provincial del Azuay / Movimiento LGBTI	La Cámara Provincial de Azuay aprobó una ordenanza para el matrimonio simbólico de la población LGBTI	Matrimonio población LGBTI	• Favor / N
57	8 de abril de 2016	Papa	Papa Francisco: Solo la unión entre hombre y mujer cumple una función social plena	Matrimonio heterosexual	• Contra / I
58	8 de abril de 2016	Personas lesbianas / Judíos en Argentina	Se celebra en Buenos Aires primera boda homosexual en sinagoga de Latinoamérica	Boda homosexual / Matrimonio	• Favor / I
59	9 de abril de 2016	Movimiento LGBTI	La unión de hecho es el mayor avance de los Glti en Ecuador	Unión entre personas del mismo sexo	• Polémica / I

En el Diario El Comercio, desde el 27 de junio de 2014 al 9 de abril de 2016 se publicaron 59 noticias relacionadas a temas de matrimonio igualitario y diversidad sexual, 13 en el 2014, 39 en el 2015 y 5 en el 2016

Se evidencia que El Comercio muestra más interés en el tema en el año 2015, donde se reporta el 66. % de notas; seguido por el 2014 con 22%; y, 8.4% en el 2016 hasta abril de ese año. De las 59 notas, 27 son nacionales (45.7%) y 32 internacionales, (54.3) %. En consecuencia, la cobertura es relativamente equilibrada entre notas nacionales e internacionales.

Para valorar las notas internacionales y nacionales de manera global he ubicado el análisis de los contenidos desde cinco estándares, aquellas notas que son abiertamente favorables al matrimonio igualitario, aquellas que evidencian polémica; aquellas que muestran una posición contraria, aquellas que son neutras y aquellas que abordan otros temas y por lo tanto no son aplicables para el análisis. En esa perspectiva 16 notas son a favor (27.1%), 3 son polémicas (5%), 12 están en contra (20.3%); 11 son neutras respecto al tema (18.6%) y 17 abordan otros temas (28.8%). Podemos concluir que la opinión pública generada por El Comercio, si bien evidencia una ligera posición favorable en relación al matrimonio igualitario; tiene un importante porcentaje de planteamientos en contra y de polémica sobre el tema, que suma entre estos dos rubros un 25.3% de opinión; además un alto porcentaje de asuntos relativos a otros ámbitos como la identidad de género y la unión de hecho; así como noticias que toman posición sobre el tema, que llega al 47.4% juntas. Este último porcentaje podría leerse como un abordaje tangencial del tema del matrimonio igualitario en El Comercio, sea por qué no lo consideran un tema central o sea porque no tienen una postura abiertamente favorable al mismo.

Al revisar el contenido de las notas en el año 2015, se destaca que la mayoría hacen relación al debate nacional sobre la identidad de género y su inclusión en la cédula, a lo que se suma el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo; a nivel internacional el reconocimiento del matrimonio igualitario en los EE.UU. y en México por parte de las Cortes de Justicia genera reacciones importantes en el movimiento GLBTI, pero también una muy fuerte reacción del Vaticano y directamente del Papa Francisco. Las notas del 2014, a nivel nacional tienen especial atención las acciones del movimiento GLBTI que impulsa el matrimonio civil igualitario y a nivel internacional la campaña Libres e Iguales de las Naciones Unidas. En el año 2016, las notas están combinadas entre diversos hechos de parejas del mismo sexo en algunas partes del mundo y la reacción del Vaticano sobre este tema. En conclusión, El Comercio pone mayor énfasis en el tema de la identidad de género en la cédula a nivel nacional, mientras que en el escenario internacional la vocería contraria del Vaticano y en particular del Papa se hace presente en sus artículos de prensa; lo que genera gran influencia en sociedades con un arraigo fuertemente cristiano.

Anexo 6. Matriz de análisis Diario El Universo. (Referido en el punto 2.1.3 Diario El Universo, pag. 52)

**Principales artículos de prensa
El Universo**

Nro .	Fecha	actor	Ideas centrales de intervenciones	Temas	Comentarios (Observaciones/Constataciones)
1	19 de junio 2005	Personas y Obispos España	Protestas en España contra matrimonios gay	Protección de la familia / matrimonio gay	• Contra / I
2	4 de marzo 2013	Papa / Presidente de la República Correa	El matrimonio homosexual como derecho constitucional	Matrimonio homosexual	• Favor / N
3	14 de mayo 2013	Activista LGBTI Argentino	El matrimonio igualitario en Ecuador se aprobará, asegura activista argentino LGBTI	Matrimonio entre personas del mismo sexo Matrimonio igualitario	• Favor / N
4	14 de mayo de 2013	Consejo Nacional de Justicia	En Brasil se aprueba el matrimonio homosexual	Matrimonio entre personas del mismo sexo Matrimonio hbomosexual	• Favor / I
5	17 de mayo 2013	Movimiento LGBTI	Actividades por el día contra las homofobias	NA	• NA / N
6	22 de mayo 2013	Movimiento LGBTI	De a poco se visibiliza la homosexualidad en Ecuador, opinan colectivos	Matrimonio igualitario	• Favor / N
7	26 de mayo 2013	Presidente de la República Rafael Correa	Rafael Correa desapruueba matrimonio igualitario	Matrimonio igualitario	• Contra / N
8	1 de diciembre de 2013	Registro Civil	Registro Civil negó matrimonio a gays	Matrimonio gays	• Contra / N
9	20 de diciembre 2013	Juez Federal	Tribunal da luz verde a bodas homosexuales en estado mormón de	Casamiento personas del mismo sexo	• Favor / I

			Utah, EE.UU.		
10	19 de mayo 2014	Gobierno de los EEUU Fiscal de los EEUU	Gobierno de EE.UU. reconocerá matrimonios gays en Utah	Matrimonio gay	• Favor / I
11	19 de mayo 2014	Juez de Oregon	Juez de Oregon autoriza las bodas entre personas del mismo sexo	Matrimonio gay	• Favor / I
12	19 de mayo 2014	Iglesia Protestante Consejo Nacional de Evangélicos	Debate por bendición protestante en Francia a parejas homosexuales	Matrimonio	• Favor / I
13	24 de junio 2014	Pareja de lesbianas Corte Constitucional	Pareja lesbiana lleva pedido a la Corte Constitucional	Matrimonio Civil Igualitario	• Neutro N
14	23 de agosto 2014	Secretario Jurídico de la Presidencia	GLBTI piden su inclusión en leyes	Inclusión de género en vez de sexo	• NA / N
15	23 agosto 2014	Presidente de la República Registro Civil	Rafael Correa anuncia que los homosexuales podrán registrar unión de hecho en la cédula	Unión de hecho / matrimonio personas del mismo sexo / matrimonio civil igualitario	• Contra / N
16	25 de agosto 2014	Persona homosexual Fuerzas Armadas Chilenas	Un marino chileno revelará su homosexualidad, tras ser autorizado por superiores	Visibilización	• NA / I
17	4 de septiembre 2014	Corte de Apelaciones de Chicago, Illinois	Corte aprueba el matrimonio igualitario en Indiana y Wisconsin	Matrimonio de homosexuales	• Favor / I
18	1 de octubre de 2014	Personajes gays, lesbianas y transexuales EEUU	Aumenta la representación gay en la TV, según nuevo estudio	NA	• NA / I
19	6 de octubre de 2014	Personas del mismo sexo Corte Suprema de Justicia	Bodas gays son legales en otros 5 estados de EE.UU.	Matrimonio gay	• Favor / I
20	8 de octubre 2014	Juez Tribunal Supremo de los EEUU	Justicia de EE.UU. suspende temporalmente el matrimonio gay en Idaho y Nevada	Matrimonio de homosexuales	• Contra / I
21	13 de octubre 2014	Obispos Católicos / Vaticano	Sínodo: "Los homosexuales tienen dones y cualidades"	Matrimonio	• Contra / I

			para ofrecer"		
22	16 de octubre de 2014	Ayuntamiento de Roma	Roma se suma a la inscripción de parejas homosexuales en el Registro Civil	Matrimonio entre homosexuales	• Favor /I
23	18 de octubre 2014	Alcalde Roma	Alcalde de Roma registra matrimonios homosexuales pese a prohibición	Matrimonios gays	• Favor /I
24	19 de octubre 2014	Ministro del Interior	Ministro del Interior anulará registros de matrimonios gays de Roma	Matrimonios entre homosexuales	• Contra /I
25	17 de noviembre de 2014	Universidad de California	Estudio señala nexo entre los genes y la homosexualidad	NA	• NA /I
26	20 de noviembre de 2014	Universidad de Indiana	Estadounidenses apoyan el matrimonio gay, pero no las muestras públicas de afecto	Matrimonio entre personas del mismo sexo	• Favor/I
27	20 abril 2015	Opus Dei de Chile	Opus Dei demanda en Chile a agrupación homosexual por dominio opusgay.cl	NA	• NA /I
28	16 de mayo de 2015	Gobierno de Irlanda Referendum Iglesia Católica	Gobierno irlandés pide aprobar matrimonio gay a semana de consulta	Matrimonio gay	• Polémica /I
29	20 de mayo 2015	Gobierno Uruguayo	Uruguay busca eliminar trabas para el matrimonio gay de extranjeros	Matrimonio Igualitario	• Favor /I
30	21 mayo 2015	Ayuntamiento de Roma	Roma inscribe en un acto conjunto a parejas gays y heterosexuales	Matrimonios homosexuales	• Favor /I
31	23 mayo 2015	Irlanda / Referendum	Irlanda dijo "sí" al matrimonio homosexual	Matrimonio personas del mismo sexo	• Favor /I
32	27 de mayo 2015	Movimiento LGBTI Opus Dei Chile	Movimiento gay chileno le gana disputa al Opus Dei por dominio opusgay.cl	NA	• NA /I
33	27 de mayo 2015	Vaticano	El matrimonio gay irlandés es 'derrota para la humanidad', dice funcionario del Vaticano	Matrimonio gay	• Contra /I

34	19 de junio 2015	Suprema Corte de Justicia de la Nación	México avalará el matrimonio gay a partir del lunes	Matrimonio gay	• Favor /I
35	26 de junio 2015	Suprema Corte de Justicia de EEUU	Suprema Corte extiende matrimonios homosexuales a todo Estados Unidos	Matrimonio personas del mismo sexo	• Favor /I
36	30 de julio 2015	Corte Constitucional	Colombia celebra audiencia pública sobre matrimonio gay	Matrimonio personas del mismo sexo	• Polémica /I
37	1 de septiembre 2015	Condado de Kentucky	Condado de Kentucky niega licencias para matrimonios gay	Matrimonio personas del mismo sexo	• Contra /I
38	3 de septiembre 2015	Funcionaria pública / juez federal	Prisión para funcionaria que se negó a registrar matrimonios homosexuales en Kentucky	Matrimonio de homosexuales	• Polémica /I
39	4 de septiembre 2015	Pareja gay	Pareja gay de Kentucky recibe licencia de matrimonio	Matrimonio personas homosexuales	• Favor /I
40	8 de septiembre 2015	Funcionaria pública	Liberan a funcionaria estadounidense que se negó a emitir licencias de bodas gays	Bodas parejas homosexuales	• Polémica /I
41	26 de septiembre 2015	Papa Francisco	Papa Francisco defiende a la familia como "fábrica de esperanza"	Matrimonio legal	• Contra /I
42	30 de septiembre 2015	Papa Francisco Funcionaria pública	Papa Francisco recibió en secreto a funcionaria que rechazaba casar gays en EE.UU.	Boda parejas homosexuales	• Contra /I
43	2 de octubre 2015	Papa Francisco Funcionaria pública	Vaticano aclara encuentro entre Francisco y funcionaria de Kentucky	Boda parejas homosexuales	• Contra /I
44	3 de octubre de 2015	Papa Francisco Amigo gay y su pareja	Papa Francisco se reunió con un amigo gay y su pareja en EE.UU.	Amistad	• NA /I
45	4 de octubre de 2015	Papa Francisco Vaticano	Papa Francisco pide una Iglesia abierta, pero no en favor del matrimonio gay	Mtrimonio personas del mismo sexo	• Contra /I

46	19 de octubre de 2015	Registro Civil – Acuerdo de Unión Civil	Gobierno chileno asegura inicio de unión civil homosexual, pese a huelga del Registro Civil	Unión civil	• Neutral /I
47	21 de octubre 2015	Gobierno Chile 'Acuerdo de Unión Civil	Chile celebra primeras uniones civiles de parejas homosexuales	Unión civil	• Neutral /I
48	22 de octubre 2015	Parejas del mismo sexo	Ya se dieron las primeras uniones homosexuales en Chile	Unión civil – paso al matrimonio gay	• Favor /I
49	16 de noviembre 2015	Referendum Irlanda	Entra en vigor la ley sobre matrimonio gay en Irlanda	Matrimonio gay	• Favor /I
50	11 de diciembre de 2015	Grecia Iglesia Ortodoxa	Grecia legalizará las uniones homosexuales	Unión libre	• Polémica (I
51	20 de diciembre 2015	Referendum Parlamento Papa Francisco	Eslovenia dice 'No' en referéndum sobre el matrimonio homosexual	Matrimonio homosexual	• Contra /I
52	22 enero 2016	Senado Iglesia	Batalla en Italia por la ley para reglamentar las uniones civiles entre parejas gay	Uniones civiles	• Contra /I
53	23 enero 2016	Manifestantes	Italianos piden al gobierno reconocer matrimonios gays	Uniones Civiles	• NA /I
54	24 de enero 2016	Papa Francisco	Papa Francisco reafirma oposición a uniones gays en una semana clave en Italia	Matrimonio homosexual	• Contra /I
55	5 marzo 2016	Riky Martín	Ricky Martin: "Quiero matrimonio igualitario para Chile"	Matrimonio Igualitario	• Favor /I
56	7 de abril 2016	Corte Constitucional	Corte Constitucional de Colombia aprueba el matrimonio homosexual	Matrimonio entre personas del mismo sexo	• Favor /I

En el Diario El Universo se revisaron 56 notas de prensa, se encontró una nota con fecha 19 de junio de 2005, de allí se ubicó notas de prensa desde el 4 de marzo de 2013 y de manera continua hasta el 7 de abril de 2016. Es decir aproximadamente se revisó material producido durante 3 años 1 mes.

De las 56 notas de prensa, 9 son nacionales (16%) y 47 internacionales (83.9%), lo que da cuenta que El Universo privilegia información proveniente del exterior sobre el tema de matrimonio igualitario y diversidad sexual.

Del global de las notas de prensa registradas, 23 están a favor del matrimonio igualitario (41%); 16 están en contra (28.5%); 9 no aplican por abordar otros temas del colectivo lgbti (16%); 5 son notas que muestran

polémica (8.9%); y, 3 notas son neutrales (5.3%). Esta información devela un debate en el tema expresado en la opinión generada en el Diario El Universo, aunque una importante ventaja en la perspectiva favorable al matrimonio igualitario, sobre todo porque proviene de fuente internacional.

De las 9 notas de prensa nacionales, se ubica que 3 están a favor (33.3%); 3 en contra (33.3%); 2 no aplican por abordar otros temas (22.2%); 1 es neutra (11%). En consecuencia, se denota un claro debate sobre el tema expresado en la opinión pública a nivel nacional, lo cual muestra una notoria diferencia respecto a las noticias internacionales.

De las 47 notas internacionales; 20 son a favor (42.5%); 13 en contra (27.6%); 7 no aplican (14.8%); 5 son polémicas (10.6%); 2 neutrales (4.2%). En consecuencia, las notas internacionales del Diario El Universo son ampliamente favorables al matrimonio igualitario, sin desconocer que entre las posturas en contra o las que generan debate llegan a un importante número.

Los años de cobertura se distribuyen así: 1 nota del 2005 (1.7%), 8 del 2013 (14.2%), 17 del 2014 (30.3%), 25 del 2015 (44.6%), 5 del 2016, hasta abril de ese año (8.9%). Los años de mayor cobertura fueron el 2014 y 2015.

Al revisar el contenido de las notas tanto en el 2014, como 2015, destacamos lo siguiente: En el 2014, el debate y aprobación del matrimonio igualitario tiene especial relevancia en los EE.UU. e incluso en Europa, especialmente en Italia; en dicha época en Ecuador se generan diálogos con el Presidente de la República para abordar temas legales y de la unión de hecho. En el 2015, en los EE.UU. la Corte Suprema se pronuncia sobre el matrimonio igualitario para todos los Estados federados, la Corte Suprema de Justicia de México, así como la Corte Constitucional colombiana se pronuncia favorablemente; mientras tanto en Irlanda el referéndum aprueba el matrimonio igualitario y Uruguay impulsa el matrimonio en sus políticas internas. Al mismo tiempo, la oposición al matrimonio se hace notar, con un fuerte liderazgo del Papa Francisco y el Vaticano a nivel internacional y por parte del Presidente de la República Rafael Correa en Ecuador; cuyos liderazgos fuertes generan un contexto de presión contraria ante el avance del tema.

Anexo 7. Entrevistas semiestructuradas para activistas LGBTI. (Referido en el punto 3.1.2. Demandas del colectivo LGBTI sobre el matrimonio civil igualitario y litigio estratégico, pág. 94)

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

MAESTRIA DE DERECHOS HUMANOS – MENCIÓN LITIGIO ESTRATEGICO

TESIS

El derecho humano al matrimonio igualitario en Ecuador. Caso Correa – Troya vs Registro Civil. Un litigio en medio de una antinomia constitucional y el conservadurismo judicial.

Entrevistas semiestructuradas y focalizadas

Para el desarrollo de la tesis se realizó entrevistas semi estructuradas y focalizadas a 3 activistas LGBTI en Quito y a las protagonistas del caso Correa – Troya bajo el criterio de consentimiento informado. Las entrevistas buscan obtener profundidad, especificidad y amplitud en las respuestas alrededor del tema específico planteado.

En cuanto a los activistas LGBTI, entrevisté a Pamela Troya, Sandra Álvarez y Efraín Soria. En el primer caso por ser protagonista principal del litigio ante los Tribunales de Justicia; en el segundo caso para recoger la perspectiva del movimiento LGBTI respecto a temas como litigio estratégico; y, en el tercer caso para incorporar la perspectiva de un sector del movimiento LGBTI que no miró al matrimonio igualitario como una demanda central en sus reivindicaciones.

Las entrevistas focalizadas fortalecen el Capítulo III de la tesis y responden a la pregunta central de la tesis y su objetivo específico 3:

¿Cómo la actuación de las juezas y jueces de Quito, por la cual negaron el derecho al matrimonio igualitario solicitado por la pareja Correa – Troya vs Registro Civil, se inscribe en una línea de conservadurismo judicial, contraria a una perspectiva de garantismo evolutivo en el marco de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia vigente?

c.3) Desarrollar argumentos conceptuales y jurídicos que sustentan la necesidad del litigio estratégico para promover precedentes jurisprudenciales sustentados en el garantismo evolutivo y el activismo judicial, dirigidos a combatir la discriminación estructural, garantizar el matrimonio igualitario y la vigencia de los derechos humanos en causas análogas.

Capítulo III

Litigio estratégico y activismo judicial

- 3.1. El litigio estratégico: Un medio para la consecución de precedentes jurisprudenciales en contra de la discriminación.
- 3.2. Rol garantista de los jueces y juezas en la democracia sustancial
- 3.3. Activismo judicial: matrimonio igualitario y diversidad sexual entre la justicia constitucional y el sistema internacional de protección de derechos humanos

Propósito y metodología.

1. Conocer con miembros del colectivo LGBTI, el grado de satisfacción que genera la administración de justicia al colectivo y en particular su nivel de conciencia y desarrollo sobre litigio estratégico, enfocado en el matrimonio igualitario.

El ambiente para las entrevistas fue distendido para generar un escenario de intercambio adecuado, fluido y amable.

Las preguntas fueron planteadas de manera abierta, clara, neutral y con un orden lógico. Del diálogo se desprenden otras preguntas que buscaron obtener más detalle, profundidad o clarificar los temas.

Las entrevistas están grabadas y se contó con el consentimiento informado para el uso de las mismas; se tomó nota de los elementos básicos y relevantes, como fecha, lugar, preguntas y observaciones que permitieron la transcripción correspondiente.

Entrevistas a activistas LGBTI:

1. ¿Cómo ha respondido el Estado Constitucional de Derechos ecuatoriano a las demandas del colectivo LGBTI al que representas?
2. ¿El colectivo que representas como define el litigio estratégico?
3. ¿El colectivo LGBTI ha realizado acciones judiciales desde la perspectiva de litigio estratégico que planteas?
4. La demanda del matrimonio igualitario en Ecuador presentado por Pamela Troya y Sandra Correa, constituye un litigio estratégico, por qué?

5. ¿Cuáles son las limitaciones y cuáles los alcances del litigio estratégico con las que se ha confrontado tu colectivo a interponer acciones judiciales en la realidad judicial ecuatoriana?