



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGISTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL
CIVIL

**Inclusión del matrimonio igualitario como figura jurídica dentro del
derecho civil y procesal civil ecuatoriano**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Autor: Ramírez Vizcaíno, Wilson Arnulfo

Director: Ribadeneira Sarmiento, Javier Enrique

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Dr. Ribadeneira Sarmiento, Javier Enrique

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

Que el presente trabajo de fin de maestría: Inclusión del matrimonio igualitario como figura jurídica dentro del derecho civil y procesal civil ecuatoriano, realizado por Ramírez Vizcaíno Wilson Arnulfo, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, marzo 2015

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Ramírez Vizcaíno Wilson Arnulfo, declaro ser autor (a) del presente trabajo de fin de maestría: Inclusión del matrimonio igualitario como figura jurídica dentro del derecho civil y procesal civil ecuatoriano, de la Titulación Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil, siendo Ribadeneira Sarmiento Javier Enrique director (a) del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f).....

AUTOR Ramírez Vizcaíno Wilson Arnulfo

C.I.:17159800502

DEDICATORIA

A la memoria de mi Padre

El presente trabajo de tesis, lo dedico a mi padre Sigfredo (Papá Sigi), a mi madre María (Mi querida Solecita), quienes a través de los años me han mostrado que las reglas de la vida son fuertes, pero que más fuerte es el espíritu humano, que la honestidad está presente en todos los espacios de la vida.

Für meine Frau Katharina, der Gedanke, der Blick, der Takt, der Geruchssinn, die Schönheit, ohne die mein Leben nicht dasselbe wäre,

A mi esposa Katharina, el pensamiento, el olfato, el tacto, la mirada, la belleza sin la cual mi vida no sería la misma.

A mis hermanas, hermanos, sobrinas, sobrinos, en especial a mi sobrino Javier, en general a toda mi familia por apoyarme siempre.

Wilson A. Ramirez V.

AGRADECIMIENTO

Mi infinita gratitud a quienes a través de este camino me han sabido acompañar a mis padres, a mi esposa, mis hermanas y hermanos, sobrinos y familiares; a la Universidad Técnica Particular de Loja, a mi director de tesis Dr. Javier Enrique Ribadeneira Sarmiento, así como a todos los profesores que han ayudado en mi formación en la presente maestría; y, a mis amigos y compañeros.

AUTOR

Wilson A. Ramirez V.

Índice de contenidos

Caratula.....	i
Certificación del director.....	ii
Autoría y Cesión de los derechos.....	iii
Dedicatoria.....	iv
Agradecimiento.....	v
Índice de contenidos.....	vi

Índice

Resumen.....	1
Abstract.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	6
EL MATRIMONIO CIVIL.....	6
1.1. El Matrimonio.....	7
1.1.1. Definición de matrimonio.....	7
1.1.2. El matrimonio como figura jurídica.....	8
1.1.2.1. El matrimonio civil como contrato solemne y sus elementos.....	9
1.1.2.2. Derechos y deberes que nacen del matrimonio civil.....	14
1.1.2.3. Derechos y obligaciones personales de los cónyuges.....	15
1.2. Desarrollo del matrimonio civil en el Ecuador.....	20
1.3. El matrimonio como un Derecho.....	23
1.4. La unión de hecho.....	24
CAPÍTULO II.....	28
EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y DERECHOS DE LAS PERSONAS CON PREFERENCIAS SEXUALES DIFERENTES.....	28
2.1. El matrimonio Igualitario.....	29
2.1.1. Concepto del matrimonio igualitario.....	29
2.1.2. El Matrimonio Igualitario en la Historia.....	30
2.1.3. El matrimonio igualitario en el entorno internacional.....	33
2.2. Derechos de las personas homosexuales.....	40
2.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	40

2.2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	42
2.2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).....	46
2.3. Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género ..	47
CAPÍTULO III	54
MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL ECUADOR.....	54
3.1. Motivación para el reconocimiento del derecho de matrimonio igualitario	55
3.1.1. Concepciones del derecho en el marco del matrimonio igualitario	57
3.1.2. Interpretación, test de proporcionalidad y razonabilidad en el matrimonio Igualitario	65
3.1.2.1. Test de Proporcionalidad en la interpretación evolutiva o dinámica.....	70
3.1.2.2. Test de razonabilidad	71
3.1.3. La Corte Constitucional y su papel en la Legalización del Matrimonio Igualitario	73
3.2. El matrimonio Igualitario, como figura Jurídica dentro del derecho civil ecuatoriano. .	74
3.2.1. El Código Civil Ecuatoriano, frente al Matrimonio Igualitario.....	75
3.2.2. El matrimonio Igualitario, y como debe ser tratado dentro del Código Civil	77
CONCLUSIONES.....	79
RECOMENDACIONES.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	84

Resumen

El presente estudio investiga la posibilidad de incluir el matrimonio igualitario dentro del sistema jurídico ecuatoriano, examinando si el segundo inciso del Art. 67 incluye una cláusula negativa que restringe el derecho para las parejas homosexuales a contraer matrimonio.

En el entorno constitucional se analiza si la no inclusión del matrimonio igualitario en la legislación ecuatoriana atenta contra derechos constitucionales y si ello es una discriminación en razón de orientación sexual o identidad de género. De igual manera se estudia la constitucionalidad del matrimonio igualitario a partir de los derechos establecidos en el derecho internacional.

En la tesis se recurre al estudio de los métodos de interpretación constitucional y a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Además se considera el entorno jurídico en el cual se desarrolla el matrimonio igualitario. En ese sentido se trata la figura jurídica del matrimonio y las diferencias con la unión de hecho en Ecuador.

Se analiza la legitimidad constitucional del matrimonio igualitario, así como la importancia de la Corte Constitucional en la inclusión del matrimonio igualitario en el sistema legal ecuatoriano.

Palabras Claves: MATRIMONIO. MATRIMONIO IGUALITARIO. UNIÓN DE HECHO. CLAUSULA NEGATIVA. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. DERECHOS HUMANOS. DISCRIMINACIÓN. IDENTIDAD DE GÉNERO. ORIENTACIÓN SEXUAL. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA O DINÁMICA. LAGUNA LEGAL.

Abstract

The purpose of this research study is to investigate the possibility of including same-sex marriage in the Ecuadorian juridical system, analyzing if the second paragraph of article 67 includes a negative clause that restricts the right of homosexual couples to get married.

From a constitutional point of view it is analyzed if not including same-sex marriage in the Ecuadorian legislation violates the constitutional rights and if that implies discrimination in means of sexual orientation and gender identity. Furthermore, the constitutionality of same-sex marriage, parting from the rights established in international public law, is being analyzed.

This research study applies the constitutional interpretation methods as well as the Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control. Furthermore the legal surrounding in which same-sex marriage evolves is considered. In this context, the legal figure of marriage and its differences with civil union are shown.

The constitutional legitimacy of same-sex marriage is analyzed, defining the role and importance of the Constitutional Court for the inclusion of same-sex marriage in the Ecuadorian legal system.

Keywords: MARRIAGE. SAME-SEX MARRIAGE. CIVIL UNION. NEGATIVE CLAUSE. CONSTITUTIONAL INTERPRETATION. HUMAN RIGHTS. DISCRIMINATION. GENDER IDENTITY. SEXUAL ORIENTATION. EVOLUTIONARY OR DYNAMIC INTERPRETATION. LEGAL GAP.

INTRODUCCIÓN

El derecho familiar en el Ecuador y el mundo, es de gran trascendencia pues es la simiente de la sociedad, en ese sentido el matrimonio forma parte medular del derecho de familia y ha tenido un gran recorrido a través de la historia, desde los antiguos imperios cuando con el matrimonio se creaban nuevos pactos territoriales y políticos que permitían la creación de nuevos imperios. Posteriormente cuando se liga Estado y religión concebir al matrimonio eclesiástico como el modelo para constituir una familia, hasta llegar a la ruptura religiosa donde se separan religión y Estado dando como fruto un Estado Laico. Si bien posterior a ello, tuvo que pasar un largo tiempo para que se dé un reconocimiento eminentemente legal al matrimonio, las normas y el avance del derecho daban paso a crear regulaciones, estableciendo requisitos para los futuros cónyuges, así como estableciendo un margen de conducta matrimonial, forjando obligaciones entre los cónyuges en la sociedad conyugal y las obligaciones de ellos frente a la sociedad en general.

Así pues en la actualidad las normas que regulan el matrimonio como sus requisitos son pilares fundamentales que crean nuevas obligaciones, sin embargo no cubren todos los márgenes que presenta el derecho en el actual momento y que ha sido resultado de la evolución jurídica que está presente a nivel mundial con el fin de no afectar los derechos del ser humano. Siguiendo esa línea evolutiva del derecho que se refleja en el reconocimiento de derechos de las personas que han sido discriminadas, el matrimonio igualitario es necesario en una sociedad incluyente como la ecuatoriana.

Si bien esa tarea ha sido encomendada a los legisladores, es necesaria la intervención de una entidad que en sus postulados se presenta como un organismo de interpretación de los postulados constitucionales, pro-derechos y justicia que en el caso del Ecuador es la Corte Constitucional. En ese entorno se deben distinguir nuevos actores sociales, señalando que la coyuntura socio-jurídica, muestra un nuevo paradigma en el reconocimiento de derechos sin discriminación en razón de orientación sexual ni identidad de género y que se han comenzado a materializar en otros Estado al reconocer el derecho al matrimonio igualitario y que el Estado ecuatoriano debe reconocer.

Sin embargo actualmente se ha pretendido señalar una clausula negativa en la Constitución en el Art. 67 en el inciso segundo al matrimonio entre personas del mismo sexo sin considerar la tutela constitucional a los derecho y la no discriminación por ello es menester discutir dichos postulados desde la academia para posteriormente bajo varios análisis incluirla en el marco jurídico nacional.

El presente trabajo intenta dilucidar la problemática surgida bajo la interpretación constitucional tanto por parte del Registro Civil del Ecuador como de varios juzgados al tratar el tema del matrimonio igualitario, que han dejado de lado el derecho a contraer matrimonio por parte de parejas del mismo sexo y a su vez han inaplicado los principios constitucionales, lo cual establece una seria violación a los derechos fundamentales reconocidos a las personas. Para llevar adelante este estudio se partirá de una pregunta central ¿Existe un conflicto legal dentro de la Constitución de la República del Ecuador, están los derechos de la familia (Art.67) en contraposición con los derechos de las personas homosexuales?, interrogante que será despejada en el avance del presente estudio.

Entre los objetivos de la presente tesis se destacan: evidenciar si existe cláusula negativa en la Constitución que prohíba el matrimonio entre personas del mismo sexo, las desventajas y problemas que presenta la no inclusión del matrimonio igualitario en el sistema legal, para concluir en el método de interpretación aplicable por parte de la Corte Constitucional sobre la Constitución en lo que respecta al matrimonio igualitario. Además se presentará una posible normativa que regule el matrimonio igualitario.

La presente tesis se divide en tres capítulos, el primer capítulo trata del matrimonio en general, donde se estudia su definición, para posteriormente enmarcarlo en la legislación ecuatoriana, además se analiza al matrimonio como contrato solemne, desarrollando los deberes y obligaciones que surten de dicho contrato tal cual es concebido en el Código Civil actualmente. Seguidamente se estudia el desarrollo del matrimonio en el Ecuador y la unión de hecho.

El segundo capítulo se remite exclusivamente al estudio del matrimonio igualitario y los derechos de las personas homosexuales, lo que desemboca en un análisis jurídico del concepto de matrimonio igualitario, de la situación actual en la que se desarrolla en el estadio internacional, para posteriormente estudiar las normativas internacionales de derechos humanos que protegen los derechos de las personas homosexuales. En ese entorno se estudiará además los Principios de Yogyakarta que es un documento creado por varios tratadistas vinculados a la ONU en materia de derechos humanos y que si bien no forma parte del compendio de algún tratado internacional es fuente del derecho pues ha sido considerado en varias ocasiones por organismos internacionales en dicha materia.

Finalmente en el tercer capítulo del presente trabajo se plantea la motivación legal internacional y nacional para la inclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Además se recoge varios conceptos del derecho para definir en donde se encuentra el derecho ecuatoriano, considerando en ese aspecto varias teorías modernas y otras. Posteriormente se plantea el método de interpretación constitucional que sería aplicable en el

caso del matrimonio igualitario. Para concluir se formula primero qué normas no están acordes o no serían aplicables al matrimonio igualitario. Después se plantea un concepto de matrimonio igualitario y la una normativa que podría regular el matrimonio entre personas del mismo sexo.

CAPÍTULO I
EL MATRIMONIO CIVIL

En el presente capítulo se abordará al matrimonio como figura jurídica y al trato que se le da en el entorno legal. Se tratará al matrimonio como contrato dentro de la legislación ecuatoriana, los derechos y deberes de los cónyuges. Después se verá el desarrollo del matrimonio en el Ecuador, abordando su historia y las modificaciones que ha tenido esta figura a partir de la publicación del primer Código Civil Ecuatoriano. Se tratará además sobre la unión de hecho en el entorno legal y las diferencias que existen entre la unión de hecho y el matrimonio civil.

1.1. El Matrimonio

1.1.1. Definición de matrimonio

Para abordar en su momento el tema de la presente tesis, es sin lugar a dudas imprescindible tratar sobre la definición del matrimonio, la misma que se está transformando actualmente, de modo que incluso la Real Academia de la Lengua Española presentó un avance de la enmienda que se realizará en la vigésima tercera edición donde presentará una nueva acepción, en la que se incluirá el matrimonio igualitario¹.

“(Del lat. matrimonĭum).

1. m. Unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.

2. m. En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.”²

(La negrita me pertenece)

A fin de realizar un estudio más pormenorizado es indispensable estudiar la figura del matrimonio desde su etimología, así pues vemos que la palabra matrimonio proviene del vocablo romano “*matrimonium*”. Camilo Valverde Mudarra, catedrático de Lengua y Literatura Española, manifiesta que la palabra matrimonio “*se piensa que procede de la palabra latina “matrimonium” compuesta, a su vez, de “matris” y “munium” con el producto semántico de oficio, carga o cuidado de la madre, función que lleva a cabo la madre. Pero, no parece muy*

¹ El Diario el País, manifestó que en la nueva edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que saldrá en otoño de 2014, se va a publicar esta nueva acepción de Matrimonio: “En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”.

² <http://lema.rae.es/drae/?val=matrimonio>, Pagina Web Real Academia de la Lengua Española

*acertada;(...)*³. El tratadista señala que no le parece esta etimología muy aceptada, por ello señala que *“en todas las lenguas románicas, unas palabras que designan la unión conyugal derivadas de los vocablos latinos “maridare” y “maritus” formadas del lexema: mas, maris que significa macho, varón. Así el castellano cuenta con maridar y maridaje; el catalán con maridatge; el francés con marier y mariage; el italiano con maritaggio; y el inglés mismo con marriage, procedente del término francés.”*⁴. Sin embargo en ambos casos el matrimonio se daba con el fin de una configuración legal o moralmente aceptada de la concepción de los hijos dentro de un vínculo familiar. Además cabe recalcar que el matrimonio se creó como una figura esencialmente jurídica y no religiosa.

Actualmente el Código Civil Ecuatoriano lo conceptúa al matrimonio de la siguiente forma:

*“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”*⁵

Por otro lado la Ley 26.618, promulgada en julio 21 de 2010, con la cual se modifica el Código Civil de Argentina conceptúa al matrimonio de la siguiente manera.

*“Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.
...”*⁶

Como vemos los conceptos difieren, de un país a otro e incluso no se apegan al aspecto literal consignado a la palabra misma, por parte de la RAE, sin embargo hasta la RAE se ha visto en la obligación de modificar dicho concepto, es decir el ámbito cultural ha logrado superar el contenido literal de la palabra matrimonio, en el sentido ortodoxo conocido.

1.1.2. El matrimonio como figura jurídica

Al concebir al matrimonio de manera eminentemente jurídica a través de la historia, vemos que es una de las figuras jurídicas más importantes del andamiaje social. Es así que de este

³ <http://www.mundoculturalhispano.com/spip.php?article3033>, I. MATRIMONIO, Institución en crisis, Camilo Valverde Mudarra, España

⁴ *Ibídem*

⁵ Código Civil, Codificación 2005 - 010

⁶ Ley 26.618, 21 Julio de 2010, Argentina

acto nacen obligaciones y derechos, tanto, dentro del núcleo familiar, así como en los cónyuges entre sí, de lo cual se hablará más adelante en el punto 1.2.2.

En este aspecto se abordará sucintamente la evolución del matrimonio jurídico, para posteriormente estudiar su trato en la actualidad. Es así que en primer orden, al tratar sobre el matrimonio como figura jurídica se encuentran tres doctrinas que en la práctica se complementan entre sí.

1. El matrimonio como institución social: esta doctrina propone al matrimonio como la institución, que se crea y regula de acuerdo a sus propias normas, las cuales han sido otorgadas por el Estado a esta institución a fin de darle una seguridad esencial, manteniendo como postulado que ella es simiente social.

2. La doctrina del matrimonio como un acto jurídico: dicha doctrina señala que se ha de considerar al matrimonio tanto como uno de los actos jurídicos públicos y actos privados, así pues los primeros son aquellos con los cuales actúa el Estado; los segundos son aquellos que realizan los particulares. Por ello esta doctrina señala que en el matrimonio se conjuntan ambos, es decir la participación del Estado a través del funcionario que autoriza el matrimonio y la participación de los particulares o contrayentes, dentro de las solemnidades que manifiesta la normativa aplicable.

3. La doctrina del matrimonio como un contrato: esta doctrina sostiene que el matrimonio es un contrato, es decir un acuerdo de voluntades entre dos personas que hacen surgir derechos y obligaciones entre ellas. La objeción que existe a esta teoría es que el contrato crea derechos y obligaciones de carácter económico, mientras que el matrimonio genera derechos y obligaciones de carácter moral. En este aspecto otros tratadistas como Larrain Rios, Hernán, en su artículo *Matrimonio, ¿Contrato o Institución?*, publicado en la Revista de Derecho (Valdivia), dic. 1998, señala que el matrimonio es un contrato “*porque nace del acuerdo de voluntades, (...)*”. Sin embargo también hay que señalar que no es un contrato simple. Por esta causa se enfrenta con muchas apreciaciones de él, como que el matrimonio es un contrato de constitución, señalando en este aspecto que se constituye una familia. Por esta misma causa la institución del matrimonio se debe abordar realizando una gran reflexión, más aún al tratar sobre el matrimonio igualitario.

1.1.2.1. El matrimonio civil como contrato solemne y sus elementos

Si bien, al tratar sobre el matrimonio civil, en la norma sustantiva civil ecuatoriana se halla que es un contrato solemne. En este aspecto al concebir al matrimonio como contrato,

necesariamente se encuentran ciertos requisitos que son comunes a todos los contratos. Sin embargo al ser un contrato solemne, devienen varios requisitos sui generis, propios de éste contrato, donde primarán estas circunstancias para el nacimiento a la vida jurídica del mismo, o que incluso la ausencia de ellos podría acarrear la nulidad del matrimonio.

En este sentido se encuentra que igual que en la mayoría de contratos se requiere comparecientes, causa lícita, objeto lícito, jurídicamente y físicamente posibles, manifestación de voluntad. Sin embargo como ya se mencionó, posee requisitos propios de dicho contrato, entre los que encontramos: que el estado civil de los comparecientes se encuentre, ya sea soltero, viudo, divorciado, para que pueda casarse.

Hay que señalar que el contrato es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones entre los comparecientes. Sin embargo por ser el matrimonio un contrato a través del cual se constituye una familia, genera otros derechos y obligaciones entre los cónyuges con respecto de terceros. Los elementos del contrato de matrimonio son los siguientes:

A. Comparecientes.- en la figura jurídica del matrimonio, los comparecientes, son los contrayentes, es decir las partes contratantes son los novios, los que una vez celebrado el matrimonio, tendrán el estado civil de casados y serán esposos entre sí. Cabe señalar en este aspecto que los comparecientes deben ser capaces para suscribir este contrato conforme a lo determinado en la normativa correspondiente, que en el caso del Ecuador es el Código Civil. Al tratar sobre los comparecientes en el contrato de matrimonio se debe tratar sobre la capacidad en sí, para posteriormente referirse a la capacidad de los comparecientes.

B. Capacidad.- la doctrina subdivide a la capacidad en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Manifiesta que la capacidad de goce se refiere a la aptitud jurídica para ostentar derechos subjetivos. Mientras por otro lado la capacidad de ejercicio se proyecta como la aptitud jurídica a través de la cual se ejerce derechos y se constriñe obligaciones directamente y no a través de otra persona. En tratándose de la capacidad en el contrato de matrimonio, la norma sustantiva civil ecuatoriana la estudia minuciosamente de la siguiente manera: En primer orden señala que quienes tienen capacidad legal para celebrar cualquier contrato, poseen la capacidad para contraer matrimonio, es decir aquí se configura la capacidad de goce y ejercicio. Por otro lado la capacidad de goce del derecho subjetivo a casarse, es aquella sobre el derecho que tienen ciertas personas a celebrar matrimonio a través de interpuesta persona, es decir que gozan de capacidad de ejercicio restringida según el Código Civil. Dicha norma señala específicamente como ha de poder realizarse el matrimonio para quien no tenga absoluta capacidad para ejercer dicho derecho:

“Art. 82.- No podrá procederse a la celebración del matrimonio sin el asenso o licencia de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario según las reglas que van a expresarse, o sin que conste que el respectivo contrayente no ha menester, para casarse, el consentimiento de otra persona, o que ha obtenido el de la justicia, en su caso.”⁷

Como se ve en el artículo antes señalado, en él se marca la línea que ha de seguirse cuando exista solo capacidad de goce de derechos, más no capacidad de ejercicio. Continuando con la capacidad para ejercer la facultad de casarse y siendo un punto esencial en la presente tesis, analizar el matrimonio igualitario y la regulación del mismo, debo referirme a la forma como opera actualmente ésta figura, cuando la capacidad solamente es de goce y no de ejercicios. Nuestra norma expresa que aquellos que no hubieren cumplido dieciocho años, no podrán casarse sin el consentimiento de quienes ejerzan su patria potestad o sus ascendientes más próximos en caso de no existir estos primeros. Si estos no hubieran se requerirá la autorización de quien ejerza como curador especial. Pero además plantea la posibilidad de que si ellos no lo aceptan, y se podrá solicitar la autorización al juez competente donde tendrá que mostrar que no opera disenso alguno.

C. Consentimiento.- una vez que se verifica la capacidad para contraer matrimonio, se debe observar que los comparecientes expresen el consentimiento. En este sentido se entenderá que existe consentimiento, pues se manifiesta estar de acuerdo con la concurrencia de la oferta, que en el caso del matrimonio hace la consulta el juez; y por otro lado de igual forma se debe expresar la aceptación, sobre la aceptación del matrimonio y la causa de él, que constituyen el contrato. En este sentido hay que señalar que los vicios del consentimiento, según la norma sustantiva civil ecuatoriana señala: que son error, fuerza y dolo. Sin embargo de ser estos los principales vicios del consentimiento el Art. 96 del Código Civil, señala como causas de nulidad lo siguiente:

“Art. 96.- Es igualmente causa de nulidad del matrimonio la falta de libre y espontáneo consentimiento por parte de alguno o de ambos contrayentes, al tiempo de celebrarse el matrimonio, sea que provenga de una o más de estas causas:

1a.- Error en cuanto a la identidad del otro contrayente;

2a.- Enfermedad mental que prive del uso de razón;

3a.- Rapto de la mujer, siempre que ésta, al momento de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la libertad; y,

⁷ Código Civil, Codificación 2005 – 010

4a.- Amenazas graves y serias, capaces de infundir un temor irresistible.”⁸

D. Objeto.- según la doctrina al tratar sobre el objeto en general, se plantea que pueden ser objeto en un contrato todas las cosas que no están fuera del comercio humano, donde se incluyen aun las cosas que no existen pero que se espera que existan. De igual forma el objeto en los contratos no se refiere únicamente a las cosas, sino que pueden ser servicios, siempre que éstos no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. En el pensamiento legal, según lo manifiesta el tratadista Gregorio Vieyra Mondragón, Profesor en la Escuela Libre de Derecho en Puebla: *“el objeto específico de la institución consiste, en crear derechos y obligaciones...”*, que en efecto existen en el matrimonio, pues se habla de auxiliarse mutuamente, de igual manera se crea el derecho u obligación de prestar alimentos al cónyuge, lo que deviene de la presencia de derechos y obligaciones entre los cónyuges.

Pero el objeto de esta sociedad sui generis, no trata sobre una cosa o un servicio que esté en el comercio, pues este contrato establece otras condiciones, una de ellas auxiliarse mutuamente. Hay que enunciar nuevamente este objeto pues, en este contrato prima el bienestar de la sociedad conyugal, constituida por los cónyuges y basada en principios de carácter sentimental por excelencia. Además en el caso de Ecuador con este contrato de matrimonio se constituye una nueva sociedad, a la cual se la denomina sociedad conyugal y que puede ser modificada o extinguida a través de capitulaciones matrimoniales.

E. Causa.- al igual que en los contratos onerosos (como la compraventa), debemos entender que en el contrato de matrimonio existe una causa, para cada parte contratante, que constituye en sí el contrato, así pues en el contrato de compraventa se habla de la entrega o promesa de entrega de una cosa o servicio por parte de cada uno de los comparecientes en favor del otro.

En el contrato de matrimonio, por ser un contrato especialísimo encontramos que cada una de las partes se compromete para con la otra a auxiliarse mutuamente, vivir juntos, de igual manera a ser fieles entre sí, pues caso contrario conlleva una de las causales de divorcio. Una de ellas es que los cónyuges no se abandonen pues en este caso, el cónyuge abandonado podría demandar el divorcio en un año y el cónyuge que abandonó en tres años.

F. Forma.- al tratar sobre la forma, se hace referencia al modo como debe celebrarse, es por ello que hay que señalar de manera general que en varios contratos puede ser posible que se exija una forma específica de celebración, lo que en derecho podemos determinar como una

⁸ Ibídem

solemnidad especial determinada para ciertos actos o contratos. Por ejemplo, al tratar sobre el matrimonio debe ser celebrada por autoridad competente, deben existir testigos.

Al tratar sobre el tema mismo de la presente investigación, se observa en el derecho ecuatoriano, que al matrimonio se lo conceptúa como un contrato solemne, y por ser solemne se establecen varias solemnidades. Una de ellas se refiere a lo mencionado en el párrafo anterior: que debe celebrarse ante la autoridad competente, esto es ante el Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación de la respectiva circunscripción territorial, conforme lo prescribe el Art. 15 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, sin embargo como es propio del derecho administrativo esta facultad se la puede delegar como en efecto lo hace el Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación.

Pero además de lo ya señalado en el párrafo anterior, en caso de que el cónyuge o los cónyuges ecuatorianos se encuentren en el extranjero, se lo celebrará ante el Agente Diplomático o Consular respectivo, atento a lo señalado en el Art. 1 del Acuerdo Interministerial N° 458-A, publicado en el Registro Oficial N° 105 de fecha 11 de enero de 1999, que textualmente dispone: "*Delegación.- Delégase a los Cónsules del Ecuador en el exterior para que con su firma y rúbrica y en su representación realicen las inscripciones, tanto oportunas, como tardías de nacimientos, así como las inscripciones de matrimonio y defunción de las personas*". Continuando con los diferentes casos que exigen otro tipo de solemnidades a las ya señaladas en el matrimonio en la esfera civil, se produce cuando el matrimonio se realiza en nave o aeronave. En el caso de que él o los ecuatorianos se encuentren a bordo de nave o aeronave ecuatoriana y deseen celebrar matrimonio en alta mar o fuera del espacio aéreo ecuatoriano, es el Capitán de dicha nave o aeronave quien tiene la facultad para celebrar el matrimonio, conforme a lo prescrito en el Art. 15 de la norma antes citada.

En los casos antes mencionados, siempre que los intervinientes en el convenio matrimonial, comparezcan por si mismos o a través de apoderado especial ante las autoridades competentes antes citadas y según corresponda para cada uno de los casos con los requisitos especiales determinados, en presencia de dos testigos idóneos, los contrayentes expresarán su consentimiento libre, espontáneo de casarse, y manifestarán el hecho de no encontrarse inmersos en ninguna prohibición legal para hacerlo. Posteriormente en unidad de acto, junto con la autoridad y testigos, firmarán las respectivas Actas matrimoniales.

G. Elementos.- en tratándose del matrimonio, se denominan elementos a aquellas cosas que forman parte de él, aquí encontramos los elementos naturales y los elementos accidentales. Elementos Obligatorios o Esenciales.- son aquellos sin los cuales el contrato de matrimonio

no puede celebrarse, se hace referencia a lo obvio, comparecientes, causa, objeto, capacidad y forma.

Elementos Naturales.- se hace referencia a los elementos que se encuentran incorporados dentro del contrato, pero que sin ellos el matrimonio tiene el mismo valor jurídico, lo que muestra que es facultativo para las partes el liberarse de estos elementos naturales. La sociedad conyugal que se forma entre los esposos es un elemento natural, que no desvirtúa la esencia misma del matrimonio y puede prescindirse de ella a través de capitulaciones matrimoniales.

Elementos Accidentales.- por otro lado se conocen como elementos accidentales a aquellos que las partes introducen accesoriamente al contrato de matrimonio por cláusulas especiales, que no contravengan la norma, la moral, las buenas costumbres y el orden público. Las más comunes son la condición, el plazo, el modo, la solidaridad, la indivisibilidad, etc.

Como es de conocimiento general los contratos sólo producen efectos únicamente entre los intervinientes en él, y no afectan derechos de terceros. De acuerdo con la libertad de la voluntad, los comparecientes pueden establecer las cláusulas y condiciones que estimen convenientes, siempre que no sean contrarios a la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público. Sin embargo, cabe señalar que los herederos resultan obligados por los contratos del causante dentro del derecho sucesorio, pues estos se consideran codeudores por derecho de representación jurídica de éste a través de la sucesión.

1.1.2.2. Derechos y deberes que nacen del matrimonio civil

Si bien el contrato de matrimonio se produce como consecuencia principalmente de los sentimientos entre los cónyuges, el acto conlleva derechos y obligaciones entre los cónyuges. Este punto será abordado de acuerdo a la legislación civil ecuatoriana vigente, estableciendo en primer orden los derechos y obligaciones personales y sus características.

Derechos y Obligaciones.- El artículo 81 de nuestro Código Civil, define al matrimonio como *“un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”*. De este contrato, como lo define el legislador, devienen cuatro características de las que a su vez nacen los derechos y obligaciones. Así pues encontramos derechos y obligaciones personales propias de esta figura jurídica, patrimoniales, familiares o de filiación correspondientes a él, y en el aspecto sucesorio.

En el Código Civil Ecuatoriano se encuentran las regulaciones antes enunciadas en el Título V del mencionado cuerpo normativo: Obligaciones y derechos entre los cónyuges, Parágrafo 1o. Si bien en el mencionado título el legislador las señala como obligaciones, es necesario manifestar que desde el punto de vista social, no se debería definir exactamente como obligaciones, o por lo menos no hacerlo desde el sentido eminente formal, pues la figura jurídica del matrimonio tiene una simiente absolutamente diferente a otros tipos de obligaciones. En primer orden porque las obligaciones personales carecen de poder de coerción lo que si sucede en la mayoría de otras figuras legales que forman parte de nuestro Código Civil.

Para el presente punto se analizará separadamente varias de las obligaciones que devienen del contrato de matrimonio, a fin de que se comprenda de mejor manera, la forma como se presentan estos derechos y obligaciones antes mencionadas.

1.1.2.3. Derechos y obligaciones personales de los cónyuges

Al hablar sobre las obligaciones y derechos propios de los cónyuges dentro de la figura jurídica del matrimonio, se encuentra en primer orden la igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges. Esto se manifiesta en la práctica en que los beneficiarios primeramente son los cónyuges, en lo referente a las obligaciones, si se señala que existe un primer orden se comprende que en el régimen patrimonial también habrá o podrá existir otros vinculados.

La actual Constitución del Ecuador y el Código Civil actualmente no hacen discriminación alguna dentro de la relación matrimonial, en lo que se refiere al patrimonio y así lo establece claramente el Art. 136 del Código Civil.

Igualdad de Derechos y Obligaciones.- Así pues preponderantemente se debe resaltar la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges. Por lo tanto éstos están *obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. “El matrimonio se constituye sobre la base de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges.”*⁹. Como se ve en la transcrita norma se atiende primeramente a la relación entre los cónyuges, la norma continúa en este orden y se refiere a que los cónyuges están obligados a suministrarse mutuamente lo necesario y contribuir según su capacidad al mantenimiento de un hogar común. Posteriormente manifiesta que cualquiera de los cónyuges debe prestar la ayuda que esté a su alcance en las acciones o defensas judiciales.

⁹ *Ibidem*, Art. 136.

“(…) Cualquiera de los cónyuges estará siempre obligado a suministrar al otro, el auxilio que necesite para sus acciones o defensas judiciales.

Los derechos y deberes que este Código establece para los cónyuges subsistirán mientras no se disuelva legalmente el matrimonio, aunque, por cualquier motivo, no mantuvieren un hogar común.”¹⁰

La norma antes citada atiende un gran sentido ético y moral entre los cónyuges que hacen para que esta sociedad perdure. Es sin lugar a duda que el legislador acertadamente manifiesta que la convivencia del matrimonio implica varios puntos que conllevan a que el matrimonio tenga una suerte de duradero.

Para conformar el matrimonio son indispensables los cónyuges, para cumplir con los fines del matrimonio y así ya lo manifiesta el Art. 81, (se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.), y precisamente a cumplir con esos fines se crean los derechos y obligaciones antes mencionados.

Fidelidad.- Si bien sobre la fidelidad, simplemente enuncia el Art. 136 del Código Civil, *“Los cónyuges están obligados a guardarse fe¹¹”*, posterior a ello no se lo trata con mayor profundidad dentro de las obligaciones o deberes que tienen los cónyuges entre sí. Al tratar sobre el divorcio y sus causales señalan claramente dos acciones que contravienen la fidelidad: El adulterio de alguno de los cónyuges; el que la mujer dé a luz el hijo de otro. Es así que el canon nos conduce de esta manera a que la pareja, los cónyuges entre sí, no deben tener esas conductas que sin dudas conllevarían a ser causales para que el matrimonio tenga fin a través de divorcio. Es decir la fe sobre la cual trata el mencionado es la fidelidad entre los cónyuges. De lo señalado anteriormente se llega a determinar que el adulterio es una infracción al matrimonio, de suerte tal que puede conllevar consecuencias tales como, que sea demandado el divorcio.

Auxilio Mutuo.- cuando se habla de auxilio mutuo, se hace referencia a la ayuda que deben prestarse mutuamente los cónyuges dentro del vínculo matrimonial. Si bien se lo señala dentro de la legislación civil como Auxilio mutuo, es sin dudas en todas las esferas, pues no es simplemente en el ámbito económico, por norma general los cónyuges se deben varias obligaciones y derechos recíprocos. Sin embargo de lo ya señalado no se debe entender que allí se encuentra el derecho de alimentos, que se lo trata en el Título XVI, del Libro I, del Código Civil Ecuatoriano, titulado *“De los Alimentos que se Deben por Ley a Ciertas Personas”*, y así también lo manifiesta Figueroa Yáñez, G., (1998: Pág. 150): *“Los alimentos*

¹⁰ *Ibíd*em Art. 138

¹¹ *Ibíd*em Art. 136

que se deben al cónyuge conforme a la disposición del N° 1° del artículo 321 no equivalen ni se identifican en modo alguno con el “socorro”, puesto que para ellos el legislador dictó normas específicas que deben sujetarse y en las cuales debe intervenir la justicia a requerimiento del cónyuge solicitado; mientras que los alimentos que comprende el socorro se dan dentro de la vida en común”. En el sentido amplio corresponde entender que el auxilio como lo trata la legislación del Ecuador, no se extingue con el solo hecho de prestar alimentos.

Respeto recíproco.- como es evidente y obvio dentro del matrimonio, para que éste se mantenga, uno de los requisitos que no debe faltar es el respeto mutuo que debe existir entre los cónyuges, si bien sobre él de manera expresa no lo señala nuestra legislación, encontramos que todas las causales de divorcio excepto la causal octava y décima del Art. 110 hacen referencia al respeto que debe existir dentro del matrimonio.

Ayuda mutua.- si bien en la normativa ecuatoriana simplemente se la enuncia en el Art. 136 del C.C., varios autores señalan que está determinada con el fin del bien de los cónyuges que intrínsecamente manifiestan una vida de solidaridad entre ellos, estar como sostén y amparo del cónyuge siempre que éste lo necesite y en la altura que lo pueda proporcionar el consorte.

Mantener un hogar común entre los cónyuges.- El artículo 136 del Código Civil establece que *“ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asistan razones graves para no hacerlo”*. El mismo legislador se encarga de señalar que este deber podría incumplirse, si a algún cónyuge le asisten razones graves para ello. Sin embargo, la norma no precisa cuales serían aquellas razones, por lo que su calificación corresponderá estrictamente al juez.

Dentro de este mismo punto se debe entender que se encuentra el derecho de cohabitación. Es necesario entender que la cohabitación se refiere a la convivencia sexual de la pareja y además a la convivencia dentro de la formación de un hogar entre los cónyuges.

Deber de auxilio y expensas para la Litis.- la norma sustantiva civil así mismo manifiesta dentro del artículo 136 que *“Los cónyuges serán obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensas judiciales. El marido deberá, además, si está casado en sociedad conyugal, proveer a la mujer de las expensas para la litis que ésta siga en su contra, si no tiene los bienes a que se refieren los artículos 150, 166 y 167, o ellos fueren insuficientes”*. De la norma transcrita, primero se extrae el deber de auxilio para la litis que pesa sobre ambos cónyuges, ya sea que obren en calidad de demandante o de demandado. El segundo deber pesa exclusivamente sobre el marido casado bajo sociedad conyugal, y consiste en que él está obligado a proveer a su mujer de expensas cuando haya ejercido una

demanda en su contra. La excepción está dada cuando la mujer tiene patrimonios especiales suficientes para asumir los gastos.

Para marcar un punto contradictorio de los muchos que presenta nuestra norma civil, se analizará nuevamente el Artículo 81 de la mencionada norma.

“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.”¹²

En el transcrito artículo se señala tres fines, que los cónyuges deben contribuir en el matrimonio, esto es en términos generales vivir juntos y auxiliarse mutuamente, lo que sin lugar a dudas en la actualidad es piedra angular del matrimonio.

Dentro de la norma sustantiva civil además se refiere a procrear, sin embargo en muchos de los casos este fin no se ha llevado a cabo, pero tampoco ello ha acarreado la nulidad del matrimonio como bien jurídico público, tuteado por el derecho dentro de esta norma. Por ello al tratar sobre la procreación, en la actualidad es un fin complementario del matrimonio y así se lo ha tratado siempre mas no como un fin sin el cual el matrimonio no pudiera subsistir.

Si entenderíamos que la procreación de hijos es un fin copulativo imprescindible a convivir y auxiliarse, el matrimonio realizado entre personas de la tercera edad donde la mujer ya no puede concebir sería nulo, sin embargo vemos que esto no acontece, ya que la naturaleza misma del matrimonio en la actualidad es la de convivir y auxiliarse mutuamente. Es decir la procreación no es la última *ratio legis* del matrimonio civil, como sí lo era en antiguos tiempos, que fue cuando se creó la analizada norma.

En el Título V, del Libro Primero que trata sobre las Obligaciones y Derechos Entre los Cónyuges, en el Parágrafo 1º, se encuentran inscritas las Reglas Generales por las cuales ha de regirse esta institución jurídica.

Sociedad conyugal.- si bien sobre este tema quedó simplemente enunciado al tratar sobre los elementos naturales del matrimonio como contrato, al hablar sobre los derechos y las obligaciones de los cónyuges dentro del matrimonio se debe abordar a la sociedad conyugal, ya que en nuestro país al celebrarse el matrimonio se crea sociedad conyugal, y por excepción se presentan capitulaciones matrimoniales, con las cuales se puede modificar la sociedad conyugal o por excepción se da la disolución de la sociedad conyugal.

¹² *Ibíd*em, Art. 81.

Para abordar de mejor forma la sociedad conyugal necesariamente hay que remitirse al Código Civil del Ecuador, especialmente al Parágrafo 2º, que trata sobre la sociedad conyugal y las capitulaciones matrimoniales. Partiré diciendo que la sociedad conyugal es la sociedad que nace en virtud del contrato de matrimonio, es decir los bienes que se adquieran a título oneroso por cualquiera de los cónyuges se entenderán, que ingresan o que forman parte de la sociedad conyugal.

Claro está que si estamos hablando de una sociedad, esto comprende los debes y los haberes que forman parte de la sociedad conyugal, y es también claro que debe existir un administrador que realice los actos o contratos dentro de dicha sociedad. Sin embargo de ello, por ser una sociedad sui generis, pues dicha sociedad conyugal principalmente tiene como simiente los sentimientos entre los contrayentes, a riesgo de parecer una teoría romántica. Nuestro Código señala que quienes hayan contraído matrimonio en nación extranjera se entenderán casados con separación de bienes, esto atendiendo a la *ratio lex* que rige para los contrayentes, en virtud del país o Estado en que dicho matrimonio se celebró. Es decir si en un país o estado donde se celebró el matrimonio, no se miraba la sociedad conyugal como parte copulativa del contrato de matrimonio esta no se encuentra existente. Nuevamente regresando al Ecuador, un Estado que protege las relaciones dentro del matrimonio, no ingresan a la sociedad conyugal los bienes que pertenecen a los contrayentes previo al matrimonio, salvo que estos hayan extendido capitulaciones matrimoniales donde confieren dichos bienes a la sociedad conyugal.

Administración de la Sociedad Conyugal.- Siendo esta una sociedad, como ya se mencionó se encuentran activos y pasivos, se faculta la comparecencia de ambos cónyuges en la mayoría de contratos, o a su vez la comparecencia de uno de ellos por la sociedad conyugal, en cuyo caso se entiende que lo hace la sociedad conyugal, como procede en el contrato de compraventa de bienes inmuebles, cuando la sociedad conyugal adquiere un bien.

Sin embargo de lo antes señalado, el Código Civil contempla que la administración ordinaria de los bienes de la sociedad conyugal la tiene cualquiera de los cónyuges, previa autorización del otro. Quien tenga la administración ordinaria podrá autorizar al otro, para que realice ciertos actos o contratos. La autorización a la cual hace referencia el Art. 140 del Código Civil, no podrá presumirse, sino en los casos que expresamente lo manifiesten las normas del Ecuador. Es decir por regla general los cónyuges deben participar en los contratos a fin de garantizar el bien de la sociedad.

Para concluir este punto es necesario resaltar que, si bien dentro del contrato de matrimonio no se establecen los derechos que devienen del mismo, son concomitantes a éste la fidelidad,

respeto y protección recíproca, socorro, ayuda mutua, vivir en un hogar común, de cohabitación, deber de auxilio y expensas para la Litis, derecho de alimentos. Los derechos y deberes que este Código establece para los cónyuges subsistirán mientras no se disuelva legalmente el matrimonio, aunque, por cualquier motivo, no mantuvieren un hogar común.

Cabe recalcar de igual manera que el matrimonio posee elementos de existencia y los elementos de validez, los primeros hacen relación a los requisitos para que nazca a la vida jurídica y los segundos aquellos que versan sobre los efectos y las causales de nulidad u otras causales para que el matrimonio se extinga.

1.2. Desarrollo del matrimonio civil en el Ecuador

Si bien ya se ha tratado sobre el matrimonio y como éste está configurado dentro de la normativa civil ecuatoriana, el presente título atiende a como ha sido modificada esta figura jurídica en el Ecuador y especialmente en nuestro Código Civil.

Así pues previo a la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 1902 que entrará en vigencia el siguiente año, y aun cuando el primer Código Civil del Ecuador ya contemplaba la figura jurídica del matrimonio dentro del mismo, el matrimonio seguía rigiéndose por el derecho canónico.

En el contexto antes señalado, indefectiblemente hay que señalar que el primer Código Civil que se creó en Sudamérica después de la independencia de las Naciones, fue el Código Civil Chileno, el mismo que fue escrito por Andrés Bello: *“Tras largos años de trabajo (oficialmente con la ayuda de varias comisiones, pero en la práctica actuando en forma solitaria), Bello entregó el proyecto de código en 1855. El Presidente Manuel Montt lo presentó para el conocimiento del Congreso Nacional, acompañado de un mensaje redactado por el propio Andrés Bello, el 22 de noviembre de 1855, siendo aprobado el 14 de diciembre de 1855. Entró en vigencia el 1 de enero de 1857 y ha permanecido en vigor desde entonces.”*¹³

El código elaborado por Andrés Bello, sirvió de inspiración para otros varios códigos civiles, en los que se encuentra el ecuatoriano, que empezó a regir a partir de 1861. Sin embargo fue decretado un año antes en 1860, lo cual era común para aquel entonces. Se debe manifestar ello, pues si bien en su inicio fue íntegramente impuesto como norma ecuatoriana haciendo

¹³ Lexis, <http://lexlavori.blogspot.de/2012/02/historia-del-codigo-civil-ecuatoriano.html>, 29-04-2014

cambios netamente de jurisdicción en la actualidad tiene varios cambios que debieron hacerse a dicho Código Civil.

El Código Civil Ecuatoriano, desde su vigencia hasta la actualidad ha mantenido la misma estructura que la que fue elaborada por Andrés Bello, con un ligero cambio en su estructura pues en la actualidad no encontramos un título final que sí lo contenía nuestro Código de 1860. En este aspecto hay que manifestar que al igual que en el Código Civil Chileno, nuestro Código Civil de aquel entonces se estructura en un título preliminar, cuatro libros y un título final. El Título Preliminar y los cuatro libros estaban dedicados a regir la conducta civil en lo referente a las Personas, los Bienes, la Sucesión, las Obligaciones en general y a los Contratos y el Título Final que establecía la vigencia de la norma.

En el mencionado Código al igual que en el vigente en el Libro Primero se encuentra el matrimonio. Desde la vigencia del primer Código Civil Ecuatoriano hasta la actualidad ha debido ser modificada esta figura jurídica conforme a los cambios que se han venido dando en la sociedad. En este contexto debemos entender que el matrimonio configurado en el Código Civil Ecuatoriano tuvo varias y significativas modificaciones. Es necesario referirse a varias de ellas y que son consideradas las más importantes.

Así por ejemplo la definición del matrimonio en el primer Código Civil del Ecuador señalaba en el artículo 98:

“Art. 98.- El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual é indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”

Lo cual para la época era algo natural e idóneo, el tratar al matrimonio como un vínculo indisoluble. Pues el divorcio no podía estar contemplado dentro del entorno social en aquel entonces.

Hay que señalar además que el Registro Civil del Ecuador fue creado a través de la Ley de Registro Civil, publicada en el Registro Oficial No.1252 el 29 de octubre de 1900, en el gobierno de Eloy Alfaro, quien, como es de conocimiento general, implantó en el Ecuador varios cambios en el contexto liberal, marcando una ruptura principalmente con la iglesia. En dicho Registro Civil debían inscribirse los matrimonios y posteriormente también se inscribieron los divorcios, como en la actualidad.

Sin embargo la figura jurídica del divorcio que se la introdujo en el Ecuador a raíz de la Ley de Matrimonio Civil, según lo manifiesta López O., Karina (2008: 26): *“Antes de que se dicte la primera Ley de Matrimonio Civil en 1902, en nuestro país únicamente existía la posibilidad de la separación de cuerpos, como fórmula parecida a lo que hoy es el divorcio, y era la autoridad*

eclesiástica a quien le correspondía resolver según el Código Civil de esa época.” Sin embargo en el caso mencionado no se podría celebrar nuevamente nupcias, por ello no se puede manifestar que es parecido al divorcio. Sin embargo se producía la separación de los cónyuges.

En dicha Ley de Matrimonio Civil 1902, se manifestaba que una de las formas en que termina el matrimonio es el divorcio, de la misma manera dicha Ley señala que pueden contraer matrimonio quienes tengan el vínculo matrimonial disuelto. Sin embargo de ello, esta ley que debió conducir a la modificación del Código Civil, y plantear la disolubilidad del vínculo matrimonial a causa del divorcio y establecer que se dé un nuevo concepto en aquel tiempo, no lo hizo y más bien parecería que se implanto una ambigüedad entre dichas normas. Además el Art. 21 de dicha norma señalaba:

“Art. 21.- El matrimonio termina:

(...)

4. Por divorcio que disuelva el vínculo matrimonial, declarado por sentencia ejecutoriada.

El cónyuge culpable queda inhabilitado para volver a casarse en la República, por el término de diez años”¹⁴

Al señalar que el divorcio era una de las causas por las cuales se disolvía el vínculo matrimonial, se planteaba la exclusión de uno de los fines que contenía el matrimonio, el mismo que consistía en contemplar al matrimonio *“indisolublemente y por toda la vida”*, cambio que debió hacerse. Así pues desde el aspecto jurídico, actualmente no podríamos contemplar un matrimonio que no pudiera disolverse por divorcio aun cuando se haya convertido en un calvario para los cónyuges o para uno de ellos.

A pesar de ello, para aquel entonces quizá pareció una falacia el hablar de divorcio y que el vínculo matrimonial se disuelva por esta causa, pues en muchos casos se mantenía un rezago de juzgar la conducta de los divorciados. Sin embargo de lo ya mencionado el ejercicio jurista se plantea no juzgando las conductas desde aspectos concernientes a criterios de índole personal sino desde aspectos jurídicos.

Lo manifestado conduce claramente a contemplar que en aquel entonces el legislador introduce la figura jurídica del matrimonio civil, estableciendo un nuevo modelo de matrimonio alternativo al canónico y que a su vez se presentó como reflejo del gobierno liberal de aquel entonces, y en este contexto de igual forma el divorcio, que eran cambios jurídicos liberales que se presentaban en Europa en aquellos años.

En la mencionada Ley se normó de manera reglamentaria varios casos en los cuales podía presentarse el matrimonio, la valía de él y su nulidad, muchas de estas formas jurídicas forman parte de nuestro actual Código Civil.

¹⁴ Ley De Matrimonio Civil, Quito, a 3 de octubre de 1902.

La ley de 3 de octubre de 1911, reconoce varios derechos a las mujeres dentro del matrimonio, en relación a los bienes, la misma que en Artículo único de fecha a 22 de octubre de 1912 amplía dichos derechos. Así por ejemplo en los contratos de cualquier clase no se exigía la autorización del marido para la suscripción de escritura pública, así también se establecía que la mujer pueda disponer de los bienes que son propiedad de ella o frutos cuando hayan sido adquiridos por capitales separados.

Después de varios años el Código Civil Ecuatoriano a través de la Ley 43, promulgada en el Registro Oficial 256 del 18 de agosto de 1989, se realizaron los cambios más significativos con respecto a la figura jurídica del matrimonio, dentro del mencionado cuerpo legal. Por ejemplo a través de dicha ley se propendía la igualdad conyugal, y se manifestó a través de la *declaración de la igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges*, planteando el supuesto de que los cónyuges elijan de común acuerdo su domicilio, previo a ello la mujer estaba en la obligación de seguirle a éste al lugar que el esposo estimare conveniente.

En dicha ley también se planteó un cambio que desde la lógica jurídica debió ser implantado desde la aparición del divorcio y no se debía esperarse aproximadamente 90 años, desde la aparición del divorcio como norma jurídica dentro del derecho ecuatoriano, para eliminar parte de la frase que definía al matrimonio como *“indisolublemente y por toda la vida”*, que se encontraba allí desde el Código de Bello. Dichas palabras formaban parte coadyuvante del matrimonio es decir, desde la hermenéutica jurídica se entendía que el matrimonio era indisoluble pero que además tenía los fines que actualmente se encuentran en la figura jurídica llamada matrimonio.

Desde el criterio antes planteado se encontraban normas antagónicas desde la Ley de Matrimonio Civil de 1902 en relación al Código Civil, pues el operador de justicia al fallar en favor del divorcio, lo hacía en oposición al Código, en base a la regla para la resolución de antinomias, que resolvía entre ley posterior deroga ley anterior y ley especial sobre ley general. Como quedó señalado si bien en su tiempo el Código Civil de Bello fue de vanguardia, sin embargo de ello varias de sus figuras jurídicas y normas que forman parte de él han caído en desuso.

1.3. El matrimonio como un Derecho

Si bien el estudio jurídico que se hace sobre el matrimonio civil en Ecuador, se presenta desde un aspecto netamente legal, en el que se elevan los aspectos de legalidad y formalidad de dicha figura jurídica, sin embargo de ello no se trata en ningún punto al matrimonio como un derecho humano. En el contexto antes referido, hay que señalar que dicho esquivo en la definición en el Ecuador se produce a consecuencia de no haber sido revisado en el Código

Civil Ecuatoriana ésta figura, sino únicamente cuando se estableció que el matrimonio ya no era *“indisolublemente y por toda la vida.”*

La Declaración Universal de Derechos Humanos, que fue Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, en el artículo 16 señala:

“Artículo 16.

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

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

En dicha Declaración se señala claramente que el matrimonio es un derecho humano, por ello puede ser ejercido por cualquier persona que se encuentre en edad núbil para ejercer dicho derecho sin ninguna restricción, Siguiendo esta argumentación el Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador atentaría contra este derecho consagrado en la máxima Carta de las Naciones Unidas. Hay que señalar además que el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos está establecido dentro del margen legal ecuatoriano en el derecho sustantivo civil ecuatoriano.

Al tratar al matrimonio como un derecho humano debemos institucionalizarlo como tal, pues si bien se podría concebir como un derecho de goce, pues puede ser ejercido únicamente por quienes voluntariamente deseen adquirir nupcias, no permitir su acceso es negar un derecho humano, por tanto una medida ilegítima e ilegal ante la Declaración de Derechos Humanos.

1.4. La unión de hecho

Es de fundamental importancia en este punto tratar sobre la unión de hecho, previo a abordar el matrimonio igualitario, bajo la premisa de que la actual Constitución de la República, reconoce esta figura jurídica de manera abierta para las personas del mismo sexo y señala lo siguiente:

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.

En el transcrito precepto constitucional se encuentra la cláusula positiva, al hablar de dos personas sin hacer discriminación del sexo de quienes constituyan dicha unión. Sobre esta figura jurídica trata el Código Civil en el Título VI del Libro I, en el mismo que se desarrollan las uniones de hecho. En este aspecto si bien hasta la presente se sigue señalando dentro de nuestro cuerpo normativo civil a la unión de hecho únicamente como si fuera exclusiva para parejas heterosexuales queda modificada bajo el principio de jerarquía constitucional.

Dentro del Art. 222 del Código Civil, se señala que la unión de hecho como figura jurídica es una forma de constituir una familia y “*generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio*”¹⁵. Aquí además se establece como requisitos la convivencia por el lapso mínimo de dos años y que dichas personas deben encontrarse *libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes*¹⁶. Con lo que vemos que se presenta además de los requisitos propios del matrimonio dos años de vivir juntos y que no se forma una sociedad conyugal, sino una sociedad de bienes.

Si bien dentro de los primeros artículos del Título VI del Libro I, se señala que la unión de hecho posee una igualdad jurídica a la del matrimonio, sin embargo se encuentran varias aristas que señalan problemas jurídicos que llevarían a problemas que no han sido considerados dentro de la mencionada figura jurídica y que por ello conducen a una desigualdad entre las dos figuras. Así por ejemplo se plantea la presunción de hecho en la cual se debe probar la unión de hecho y que en esta unión las partes se hayan tratado frente a la sociedad como cónyuges. En este aspecto además hay que señalar que conforme a la Ley Notarial en el Art. 18 numeral 26, las partes pueden solicitar se recete las declaraciones de ellos y los testigos sobre la existencia de la unión de hecho con lo cual queda reconocida formalmente.

La normativa señala que la unión de hecho es análoga al matrimonio en lo que corresponde a la presunción legal de paternidad y la constitución de patrimonio familiar para dichas familias constituidas conforme a la unión de hecho. Sin embargo en la normativa plantea diferencias entre la unión de hecho y el matrimonio lo cual no guarda concordancia con esta supuesta

¹⁵ Código Civil del Ecuador 2005, Pág. 36

¹⁶ Código Civil del Ecuador 2005, Pág. 38

igualdad jurídica a la del matrimonio, pero aparte de ello, encontramos también que se vulnera la seguridad jurídica de éste tipo de familia en los siguientes aspectos:

El más importante se lo encuentra en el Art. 226 del Código Civil, que habla sobre la terminación de la unión de hecho, en el punto c), del mencionado artículo nos dice lo siguiente: c) *Por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona*¹⁷; y, como vemos la familia constituida bajo unión de hecho podría tener fin, sin que previamente se disuelva la unión de hecho, pues solo bastaría que cualquiera de las personas unidas por este vínculo contraiga matrimonio con un tercero. Es decir mientras que en el matrimonio existe el divorcio como mecanismo para terminar con el matrimonio, en la unión de hecho el constituir una nueva familia a través de matrimonio pone fin a la anterior. Otra falencia, quizá subsanable, es que no se establece la notificación por la prensa para notificar la terminación de la unión de hecho.

Si bien nuestra Constitución en el artículo 67 manifiesta que reconoce los diversos tipos de familia y que el Estado además las protege como núcleo fundamental de la sociedad, con la unión de hecho vemos un desmedro de esta garantía pues mientras que para contraer matrimonio nuevamente se necesita que se haya terminado el primero en el caso de la unión de hecho no se procede de la misma forma. Es decir dándoles la misma igualdad jurídica a las dos figuras jurídicas como son el matrimonio y la unión de hecho en la práctica no se aplican de la misma forma.

En el artículo 68 de la Constitución de la Republica Ecuatoriana se manifiesta: *“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.”*¹⁸, los derechos se suscriben netamente a la familia lo que nos muestra dos casos contradictorios entre sí, la familia se crea con la unión de hecho, y la segunda es que si la familia se crea con la unión de hecho y está abierta para todas las personas, esta no tiene como fin último la procreación.

Por otro lado cuando en la normativa ecuatoriana se habla de cónyuge, la relación creada por ésta figura ofrece dicha acepción como propia, y entendiendo que la telaraña legal nos ofrece analogías que cubren los agujeros legales. Pero en el derecho sucesorio que nos plantea claramente quien hereda y el mecanismo y grado de la herencia, tampoco estaría cubierto al tratarse de los unidos. En este aspecto nuevamente se determina que la sucesión limita los derechos que se da al unido (concubino) o la unida (concubina). Lo que claramente nos

¹⁷Ibídem, Pág. 36

¹⁸ Constitución de la República Del Ecuador 2008, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008, Última modificación: 13-jul-2011

muestra que esa igualdad, al sugerir derechos y obligación, análogas a las de las familias constituidas a través de matrimonio, en la práctica no se da y el que ello sea lo único figura legal para constituir una familia para las parejas homosexuales no les ofrece seguridad legal.

CAPÍTULO II

EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y DERECHOS DE LAS PERSONAS CON PREFERENCIAS SEXUALES DIFERENTES

Seguidamente se estudiara diferentes aspectos del matrimonio igualitario señalando el concepto que se ha vertido sobre el matrimonio igualitario, para posteriormente enmarcar al mismo dentro de la historia y en el entorno internacional.

Posteriormente a ello es imprescindible tratar sobre los derechos de los grupos LGBTTTI, haciendo énfasis en los tratados internacionales, pactos internacionales y declaraciones que se han suscrito y celebrado sobre los derechos de los grupos con preferencias sexuales.

2.1. El matrimonio Igualitario

El matrimonio igualitario es el tema del presente trabajo de tesis y es menester referirse a su concepto y bordes que deben ser tratadas para un análisis objetivo del mismo. Así pues en el presente capítulo se abordará su concepto, la historia y desarrollo de manera sintetizada y sucinta a la vez, y después se tratará sobre el matrimonio igualitario en el entorno internacional.

2.1.1. Concepto del matrimonio igualitario

Al estudiar el concepto de matrimonio igualitario se debe citar la noticia del diario electrónico El País, de 22 de junio de 2012, la misma que mencionaba lo siguiente, *“la sexta y última revisión coincidirá con la impresión de la 23ª edición del diccionario, que saldrá en otoño de 2014. Un proceso que ya está en marcha. Una de las actualizaciones más destacadas es la referida a la nueva acepción de Matrimonio: “En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”*¹⁹, si bien dicha edición será publicada en octubre de 2014, son varios los diccionarios que ya se encuentran utilizando la mencionada acepción de matrimonio vertida por la Academia de la Lengua, como por ejemplo el Diccionario electrónico Larousse recoge parte de la nueva acepción y una de sus acepciones dice:

*“1 s.m. Unión entre dos personas realizada por medio de determinados ritos o formalidades legales”*²⁰

En ninguna de las 13 definiciones que da el diccionario Larousse señala diferenciación entre el matrimonio igualitario y el de personas heterosexuales. Así mismo en el numeral 5 define al matrimonio civil de la siguiente forma:

¹⁹ http://cultura.elpais.com/cultura/2012/06/22/actualidad/1340358321_500053.html

²⁰ <http://www.larousse.com.mx/Home/Diccionarios/matrimonio>

“5 matrimonio civil (DERECHO) El que se celebra ante la autoridad civil, sin intervención del párroco.”²¹

En ambas acepciones el mencionado diccionario no señala distinción entre si debe ser o no realizado por personas de diferente sexo o si se ciñe únicamente para personas heterosexuales.

Como se ve en el avance de la vigésima tercera edición que esta por publicarse por la RAE, se atañe a la diferenciación entre el matrimonio entre heterosexuales y personas del mismo sexo, sin embargo de ello debería devenir una definición o concepto igual, cuando según la legislación se les de los mismos derechos, a fin de que no marque requisitos extras ni a heterosexuales ni a personas con preferencias sexuales diferentes, con lo cual se pretendería tener una igualdad jurídica que hasta el momento no se ha dado y que a su vez no se va a dar producto de las diferencias que a través de los años se han presentado y que sugieren que el derecho proteja mayormente a quienes han visto sus derechos soslayados a través de la historia por diferentes causas. Es decir no se pretende que el matrimonio igualitario supla al matrimonio heterosexual, pero sí que el matrimonio no esté restringido para personas con preferencias sexuales diferentes.

Por ello debería conceptuarse al matrimonio de la siguiente manera:

Matrimonio igualitario.- es el derecho a través del cual dos personas se unen a través de un contrato solemne con el fin de vivir juntas, auxiliarse mutuamente y constituir un vínculo familiar.

2.1.2. El Matrimonio Igualitario en la Historia

Cuando se habla en la actualidad sobre homosexualidad, no se está tratando un tema nuevo, pues la homosexualidad ha estado presente a través de la historia, por ello no es un tema que se deba abordar desde cero. La homosexualidad ha estado y está presente en todas las escalas sociales.

Se debe señalar además que la palabra homosexual viene de dos voces griegas, homos que significa iguales y sexus que significa sexo, es decir es sexo entre iguales.

La homosexualidad es una tendencia sexual o inclinación sexual hacia personas del mismo sexo, manifiesta Martín Sánchez, María (2011, Pág. 2) *“Ha costado siglos poder afirmar*

²¹ *Ibíd*em

abiertamente que no es una enfermedad, que no es una perturbación ni un delito, (...)” La tratadista señala además que, *“La homosexualidad ya se experimentaba en numerosos pueblos primitivos en los que se aceptaba sin ningún miramiento como una actitud sexual cotidiana. Son muchas las investigaciones antropológicas y sociológicas que se han hecho sobre diferentes sociedades humanas, para llegar a la conclusión de que en muchas de ellas se admitía la homosexualidad como un comportamiento sexual más.”*²²

Hay que señalar que, con la evolución de las sociedades a través de la historia, ha ido evolucionando la concepción de la homosexualidad en todos los pueblos y culturas. En este contexto a fin de conseguir alcanzar una situación de tolerancia y respeto efectiva, se debe considerar a la homosexualidad desde el entorno del derecho constitucional, del que se estudiará en el tercer capítulo del presente trabajo de tesis.

En este contexto se conocerá resumidamente varios sucesos de la historia y varias culturas que permitían éste tipo de matrimonios que quizá para la época tenía otra concepción o diferente a la actual.

Así (Martín S. 2011, Pág. 3), señala que en el Antiguo Egipto la homosexualidad estaba permitida. Además se incluía frecuentemente prácticas sodomíticas en sus cultos religiosos. La misma tratadista señala que en culturas clásicas como la Antigua Grecia, la conducta homosexual *“nunca fue vista como una anormalidad frente a la heterosexualidad; más bien al contrario, fue vivida como una alternativa sexual.”* Señala además *“A este respecto es importante tener en cuenta el papel de la mujer en la mentalidad de la antigüedad griega. La mujer estaba considerada como un ser inferior al hombre, incapaz incluso de poder proporcionarle placer sexual. Por ello, el sexo heterosexual, se practicaba como necesidad biológica o fisiológica, pero eran las relaciones homoeróticas con el amante, el único medio para alcanzar realmente el placer y de obtenerlo entre iguales.”* (Martín S. 2011: Pág. 3)

La misma tratadista señala que eso se debió a que el grupo homosexual o bisexual no era una minoría. Así la razón era la "normalidad" dada a la opción homosexual o la heterosexual. La tratadista además manifiesta que en el Imperio de la Antigua Roma, la conducta homosexual estaba vista desde un punto de tolerancia, pero además señala que las prácticas homosexuales estaban dentro de la legalidad. Sin embargo explica que fue “por primera vez en el siglo VI cuando el Derecho romano prohibió las relaciones homosexuales.” (Martín S. 2011, Pág. 5)

²²Martín Sánchez, María, Aproximación Histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Ed. Estudios Constitucionales, Chile 2011

Manifiesta que se daba discriminación a las relaciones homosexuales entre mujeres. Señala además que *“dicha discriminación puede apreciarse también en la celebración de matrimonios homosexuales, de los que no se conoce la celebración de ninguno entre mujeres, debido a la indiferencia con que se trataba el lesbianismo.”*

De igual forma señala que después de la caída del Imperio Romano, penetra la cristiandad que posteriormente llega a gobernar políticamente, culturalmente y socialmente en la Edad Media, lo cual marca una ruptura sobre la tolerancia hacia la homosexualidad. Es decir que a partir de ello, el matrimonio homosexual así como la conducta homosexual es considerado como un aspecto negativo. (Martín S. 2011: Pág. 6)

Como se conoce a través de la historia con la conjunción del Estado y la Iglesia, la religión imponía lo *“moralmente correcto o incorrecto, convirtiendo en pecado muchas conductas hasta ahora desapercibidas.”*²³

En este contexto hay que señalar que si bien la religión condenaba dichas conductas como pecado, se lo ligó al poder Estado, el mismo que llevaría a condenarlo a través de la esfera pública, tipificando la homosexualidad como conducta punible. Posteriormente en el siglo pasado, en varios estados se produjo la descriminalización de la conducta homosexual.

El mayor avance jurídico lo encontramos en el siglo pasado y en el actual, empezando por lo que ya se señaló anteriormente, la igualdad de los derechos, la no discriminación han conducido a la descriminalización de la conducta homosexual así como a la inclusión de estos grupos de manera abierta a la sociedad donde progresivamente se han reconocido sus derechos, en respecto a la constitución de familias a través del su legal de uniones civiles o uniones de hecho, hasta actualmente reconocerse en varias legislaciones a nivel mundial el derecho a contraer matrimonio.

Así pues encontramos que el progresismo sobre la igualdad de derechos, que, como ya se lo mencionó, ha venido manifestando otras figuras legales que contemplan la convivencia de personas homosexuales garantizando sus derechos. En países como Noruega y Dinamarca se crearon primero las respectivas leyes de uniones civiles homosexuales. Dichas leyes otorgan a los contrayentes muchos de los derechos y obligaciones que incluye el matrimonio, aunque en ninguno de los casos es igual al matrimonio, sin embargo se presentan como un modo de seguridad jurídica para estos grupos en la formación de familias. Algunos de los

²³ Martín S. María (2011, Pág. 6), señala que *“A partir de este momento, las relaciones homosexuales dejarán de estar en el anonimato, como conductas normales del individuo, para ocupar "el punto de mira" de la Iglesia, la sociedad, los poderes públicos, los políticos e incluso de la medicina. A partir de esta época se producirá una larga evolución del concepto de homosexualidad.”*

países que cuentan con estas figuras legales o con leyes de unión civil son los siguientes: Noruega y Dinamarca son los pioneros, Alemania, Andorra, Australia, Austria, Eslovenia, Finlandia, Hungría, Liechtenstein, Luxemburgo, México (en algunas entidades federales), Reino Unido, República Checa y Suiza (que plantea un reconocimiento de los matrimonios homosexuales que se realicen en otros Estados y en los que participen ciudadano suizos).

Cabe resaltar que esta figura es análoga a la unión de hecho de Ecuador y Colombia, pero da mayores derechos y establece mayor seguridad jurídica para las personas homosexuales. Hay que recalcar que varios países mantienen al matrimonio homosexual o igualitario como figura jurídica, lo que conduce a establecer que es parte de un proceso para cada una de las sociedades de dichos Estados, en el cual está inmerso sin duda el Ecuador.

En el contexto anteriormente señalado se debe señalar que la progresión en el reconocimiento de uniones civiles homosexuales, se presenta gradualmente planteando la posibilidad de posteriormente incluir el matrimonio igualitario como figura legal dentro del entorno legal de cada Estado. Así pues son varias las naciones en las cuales actualmente las parejas homosexuales pueden contraer nupcias. En el siguiente punto se tratará más detalladamente cuando se realizaron dichas inclusiones del matrimonio igualitario en su sistema legal.

2.1.3. El matrimonio igualitario en el entorno internacional

La lucha por la inclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo, se ha venido presentando en varios países a nivel mundial. Dicho proceso ha atravesado un camino de discusión sobre la legalidad o no del matrimonio igualitario, versus los fines tradicionales del matrimonio y varias posturas que, principalmente bajo argumentaciones religiosas o dogmáticas, se opusieron o se oponen al matrimonio igualitario a pesar de que se trata de un tema eminente jurídico.

Así pues al tratar el presente tema, hay que referirse únicamente al tiempo contemporáneo, pues es en él, que se ha dado el mayor avance jurídico, social y tecnológico a través del acceso mediático a través de las telecomunicaciones.

En este contexto encontramos primeramente el reconocimiento jurídico a las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo en esferas judiciales, lo cual marcaba una ruta para conseguir un avance contra la discriminación de las personas con tendencias sexuales diferentes, pues desde el punto de vista jurídico se considera a la unión de hecho como un tipo de familia reconocido legalmente y con ciertos derechos análogos a los del matrimonio.

Si bien Estados Unidos de Nortea América presenta fuertes contradicciones en sus Estados al respecto del matrimonio igualitario, es de mucha importancia realizar un estudio sobre el tratamiento que se da al matrimonio homosexual, pues varios problemas jurídicos que actualmente se presentan en países como Ecuador o Colombia, ya fueron abordados en años pasados en USA.

Así es como los grupos de homosexuales a través de sus representantes presentaron acciones judiciales en varios Estados de Estados Unidos de Norte América a fin de que este tema no sea tratado por las esferas políticas y que pierda subjetividad. Así pues encontramos como bien lo señalan Madrigal T. Santiago, Ramón L. Juan, Domínguez M. Carlos, (2008, Pág. 210), que el caso *Baehr v. Lewin*, fue el primer caso en USA en el año 1993; al que le siguió el caso *Brause vs. Bureau of Vital Statistic* resuelto en el año 1998, y el caso de *Baker vs. State*, resuelto en 1999. En dichos casos se establecía jurídicamente que las parejas homosexuales tenían derecho a casarse y aparte de ello, que eso conllevaba al reconocimiento de los derechos anexos que se posee por el hecho de contraer matrimonio.²⁴ A lo que como respuesta el gobierno de Clinton emite la Ley Federal de Defensa del Matrimonio (*The Denfese of Marriage Act; DONA*)²⁵

Vermont legalizara a través de una normativa exclusiva para el matrimonio homosexual en el año 2009.

Estados Unidos de Norte América, por estar constituido por Estados Federales, cada uno de ellos puede emitir las leyes conforme a su autodeterminación siempre que no contravenga la constitución de la Nación. En Massachusetts en el año 2004 los jueces del Tribunal Supremo Estatal, respondieron a una consulta sobre constitucionalidad planteada por el Senado de Massachusetts acerca de la unión civil de homosexuales en el Estado de Vermont, pues en dicho Estado ya se reconocía dicha ley y se otorgaba beneficios estatales, pero no se les otorgaba el estado legal de cónyuges.

²⁴Madrigal Terrazas Santiago, Ramón Lacadena Juan, Domínguez Morano Carlos. *Sexo, sexualidad y bioética*, Universidad Pontificia Comillas, Ed.R.B. Servicios Editoriales. , Madrid, 2008

Así pues encontramos como bien lo señalan Madrigal T. Santiago, Ramón L. Juan, Domínguez M. Carlos, en el libro *Sexo, sexualidad y bioética* señalan que el “caso *Baehr v. Lewin*, con sentencia del Tribunal Supremo de Hawái en el año 1993; el caso *Brause v. Bureau of Vital Statistic* resuelto en el año 1998 por el Tribunal del Estado de Alaska y el caso de *Baker v. State*, resuelto en 1999 por el Tribunal supremo de Vermont. En ellas vienen a reconocer los derechos que tienen las parejas homosexuales a contraer matrimonio porque las definiciones de matrimonio entre hombre y mujer contravienen las constituciones de los respectivos Estados, porque constituía “una injustificada justificación por razones de sexo y una restricción irracional al derecho fundamental y básico a contraer matrimonio. También se argumentaba -en el caso de Vermont- que dicho Estado está obligado, por imperativo constitucional, a las parejas del mismo sexo los mismos beneficios y protecciones anejos al estatuto matrimonial. ...” (cita textual)

²⁵Dicha Ley Federal condujo a una prohibición del matrimonio homosexual y la pérdida de los derechos adquiridos a través de las sentencias señaladas en el párrafo que precede.

En noviembre del mencionado año, el Supremo Tribunal ya había dictaminado, que las personas con preferencias sexuales homosexuales poseen el derecho constitucional a casarse, y en éste aspecto se dio a la legislatura Estatal, seis meses para dictar la ley que regule el matrimonio homosexual.

En 2004 en Connecticut legalizó la unión civil, como fórmula para no reconocer el matrimonio para los homosexuales, tras una lucha jurídica de cuatro años, el 10 de octubre de 2008 el Tribunal Supremo de Connecticut, decidió que establecer un nombre que no sea matrimonio a la unión entre personas del mismo sexo, o establecer diferentes obligaciones y derechos a parejas homosexuales que deseen celebrar matrimonio, era contrario al derecho de igualdad de la Constitución del Estado

En Iowa encontramos un caso más particular aún, pues el matrimonio homosexual estuvo jurídicamente autorizado del 30 al 31 de agosto de 2007 en Condado de Polk, a partir de abril de 2009 es legal ésta figura que por asuntos políticos fue restringida por dos años después de la emisión de la resolución por dicha Jurisdicción.

En el Estado de Nuevo Hampshire, se permitió primeramente las uniones civiles, posteriormente desde la legalización del matrimonio en el 2010, las uniones civiles han dejado de realizarse, lo que conduce a pensar que este tipo de parejas buscan mayor seguridad jurídica. Por ello en enero de 2011 todas las uniones de hecho se fusionaron o transformaron en matrimonios según lo manifiesta la National Conference of State Legislatures²⁶.

En Washington a través del Referéndum 74 fue aprobado en elecciones generales de noviembre 2012, la legalización del matrimonio igualitario la cual así mismo convertirá a las uniones civiles en matrimonio, excepto a aquellas en las cuales intervenga una persona mayor de 62 años. Dicha disposición entro en vigencia en junio de 2014.

En Nueva York a partir de 2011, se considera a la figura del matrimonio homosexual como parte de su normativa.

En Rhode Island en mayo de 2013 el parlamento aprobó una ley de matrimonio entre personas del mismo sexo, en dicha Ley además se establece que las uniones civiles se transformen en matrimonios.

²⁶ <http://www.ncsl.org/research/human-services/civil-unions-and-domestic-partnership-statutes.aspx>,

Columbia es parte de los estados en los cuales se permite el matrimonio igualitario desde el 2009.²⁷

Sin embargo de haberse presentado toda esta pugna legal en Estados Unidos de Norte América, sobresale Holanda en el entorno internacional, ya que el 1 de abril de 2001 fue el primer país en el mundo en legalizar el matrimonio homosexual como figura jurídica dentro de su entorno legal. Así el primer matrimonio igualitario se llevó a cabo en Ámsterdam.

En el año 2003, Bélgica se convertiría en el segundo país del mundo en proceder a legalizar los matrimonios entre personas homosexuales. Hay que señalar que el Art. 143 del Código Civil belga, trata al matrimonio entre heterosexuales y homosexuales de la misma forma, así pues dicho artículo señala: “*Dos personas de distinto sexo o del mismo sexo pueden contraer matrimonio. (deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage.)*”²⁸

El derecho Español se ha considerado uno de los que evoluciona más rápidamente, siendo el tercer país en legalizar el matrimonio homosexual. El 2 de julio de 2005, entro en vigencia la ley que permite el matrimonio entre personas homosexuales. Hay que señalar que además de la legalización del matrimonio homosexual en todo el Estado español, existen leyes para parejas de hecho o uniones civiles en las siguientes comunidades autónomas: Andalucía, Navarra, el País Vasco, Aragón, Cataluña, Cantabria, Extremadura y Valencia.

A pocos días la legalización del matrimonio igualitario en España, el 20 de julio del mismo año Canadá marco precedentes sobre el derecho y garantías a los derechos humanos al ser el cuarto país que incluía a la figura jurídica de matrimonio igualitario en su legislación Ley C-38. Además sienta un precedente al ser el primer país de América en legalizar este tipo de matrimonios. Cabe señalar sin embargo que al igual que en varios Estados de USA, en Canadá varias Cortes habían fallado antes a favor de la legalidad del matrimonio igualitario y que más bien la Ley C-38 devenía de dichos fallos.

Sudáfrica fue el quinto país en el mundo en legalizar el matrimonio igualitario el 30 de noviembre de 2006, pero además fue el primer país del continente Africano. Cabe señalar además que en dicho Estado está permitida incluso la adopción homoparental. Dicho derecho fue reconocido a través de un fallo del máximo organismo judicial en 2002. Cabe señalar que

²⁷ Ibídem, la información con respecto a los Estados de Estados Unidos de Norte América, en los cuales es legal el matrimonio homosexual ha sido consultado de la página web de National Conference of State Legislatures

²⁸ Código Civil Bélgica, (Libro I, Título V, Capítulo I)

después de tres años el Tribunal Constitucional dio el plazo de doce meses al parlamento para que este emita la ley que regule el matrimonio homosexual.

Noruega fue el sexto país en incluir el matrimonio igualitario como parte de su sistema. Noruega se convirtió así en el primer país nórdico en tener al matrimonio homosexual legalizado, pero como ya se mencionó fue uno de los pioneros en legislar las uniones civiles para personas homosexuales.

Japón de la misma forma en 2009, procede al reconocimiento de los matrimonios homosexuales que hayan sido celebrados en el extranjero, sin importar si los ciudadanos son japoneses o no.

El 27 de abril de 2009 en Suecia se aprueba la Ley sobre matrimonio igualitario. La ley entró en vigencia el 1 de mayo, así Suecia se constituyó en el séptimo Estado del mundo en incluir al matrimonio igualitario en su legislación. Cabe señalar además que en el año de 1995, se había creado una ley a través de la cual se legalizó la unión de hecho homosexual, a solicitud de parte estas uniones civiles se convierten a matrimonio a partir de 2009.

En México encontramos una particularidad pues si bien para el 21 de diciembre de 2009, se legaliza el matrimonio homosexual, dicho matrimonio solamente puede ser realizado en México D.F. y Quintana Roo. Sin embargo de ello México es considerado como el primer país en América Latina en legalizar este tipo de matrimonio. En Quintana Roo es legal el matrimonio entre personas del mismo sexo desde marzo de 2010²⁹.

Portugal a inicios del año 2010 legalizó el matrimonio homosexual, el cual se mantiene restrictivo hasta la actualidad, excluyéndose el derecho de adopción.

En Argentina se legalizó el matrimonio a través de una sentencia judicial, en la cual se declaró la inconstitucionalidad de negar éste derecho a personas que deseen contraer matrimonio con los de su mismo género. Así pues en diciembre del 2009 se realizó en Ushuaia, Argentina el primer matrimonio de parejas del mismo sexo de América Latina. Para realizar dicho matrimonio además se otorgó un permiso a través de un decreto por Fabiana Ríos gobernadora de la provincia de Tierra del Fuego. En mayo de 2010 la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ley de matrimonio homosexual, el mismo que posteriormente fue enviado al senado, el cual el 15 de julio aprobó la Ley, convirtiéndose así Argentina en el primer país de Latinoamérica en permitir el matrimonio igualitario en todo su territorio.

²⁹CNN México <http://mexico.cnn.com/nacional/2013/02/14/df-y-quintana-roo-dan-el-si-al-matrimonio-gay>, revisada el 25 de agosto de 2014.

En Islandia en 2010, el parlamento aprobó por unanimidad la Ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Hay que señalar además que Johanna Sigurdardottir fue la primera mujer contrajo matrimonio con su pareja el primer día en que entró en vigencia dicha ley.

En Brasil el Tribunal de Alagoas el 6 de enero de 2012, emitió un dictamen a través del cual se dictó que los notarios podrían realizar matrimonios entre parejas del mismo sexo, sin que para ello se necesite un fallo en cada ocasión. Posteriormente en el mes de julio del mismo año el Tribunal de São Paulo, sentenció a favor de un recurso presentado por una pareja homosexual, que planteaba la inscripción de su matrimonio, señalando que no existía prohibición explícita para no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, con lo cual se constitucionalizaba el matrimonio homosexual. En 2013 Paraná y Mato Grosso legalizaron el matrimonio homosexual. El 19 de abril del mismo año Río de Janeiro era la onceava región de Brasil en la cual se pueden casar personas del mismo sexo, al cual se han sumado el distrito federal de Brasilia, Río Grande del Sur, Alagoas, Bahía, Piauí, Sergipe (noreste) y Espírito Santo (sureste). Por lo tanto en la mayoría del territorio brasileño se permite el matrimonio homosexual. Pero el 15 de mayo 2013 el Consejo Nacional de Justicia del Brasil, emitió una resolución judicial a través de la cual ipso iure se legalizó el matrimonio homosexual en todo el país, convirtiendo a Brasil en el décimo quinto país del mundo en legalizar esta figura jurídica dentro de todo su territorio.

Dinamarca presentó un caso de inclusión del matrimonio civil homosexual, a partir de 15 de junio de 2012. Además resalta Dinamarca en el entorno internacional sobre reconocimiento de derechos para personas de preferencias sexuales diferentes, pues fue el primer país en el mundo en crear una ley para la unión civil entre parejas del mismo sexo en el año 1989, en la que se otorgaba casi todos los derechos exclusivos para el matrimonio.

El 12 de diciembre de 2012, en Uruguay la Cámara de Representantes aprobó la denominada Ley de Matrimonio Igualitario, en la que se otorga los mismos derechos que a las parejas heterosexuales. El Congreso Uruguayo la mantuvo paralizada por varios meses en los cuales se modificaron algunos puntos, sin embargo de ello el 10 de abril de 2013 el Congreso del Uruguay aprobó la Ley de Matrimonio Igualitario en todo el territorio uruguayo.

Nueva Zelanda legalizo este tipo de matrimonio el 17 de abril de 2013, con lo cual se convirtió en el primer país de Oceanía en legalizar el matrimonio igualitario.

Si bien Francia ha sido tradicionalmente el país de mayor desarrollo en el reconocimiento de los derechos, el reconocimiento en Francia tardó demasiado y se fue desarrollando primeramente con el reconocimiento de los matrimonios homosexuales celebrados en

Estados extranjeros. Pero fue apenas para el 23 de abril de 2013 cuando la Asamblea Nacional de Francia aprobó la ley sobre matrimonio homosexual, en la que además se incluyó la adopción. Con este hecho Francia fue el décimo cuarto país en el mundo en incluir al matrimonio igualitario dentro de su legislación.

El caso del matrimonio homosexual en Colombia resalta en el entorno internacional, pues a través de varias sentencias la Corte Constitucional Colombiana gradual y progresivamente ha ido reconociendo varios derechos que a las personas homosexuales se reconocen a través de instrumentos internacionales, suscritos por la República de Colombia.

En junio de 2011 la Corte Constitucional a través de la sentencia C-577/11, ordenó al parlamento colombiano, que en el plazo de dos años debía emitir la ley que regule el matrimonio entre personas del mismo sexo y que en caso de no hacerlo, las parejas homosexuales podían acceder a dicho derecho automáticamente a partir de ésta fecha. Sin embargo de estar compelido el parlamento colombiano por la sentencia constitucional, no legisló la unión matrimonial entre personas homosexuales.

Posteriormente el 24 de junio de 2013 se llevó a cabo en Colombia el primer matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo la Procuraduría General de la Nación Colombiana a pesar de existir la sentencia emitida por la Corte Constitucional que declara la legalidad de dicho matrimonio, por ausencia de norma y señalando que ha de regirse por la norma ya existente, planteo una acción de tutela constitucional contra el matrimonio realizado a una pareja homosexual, la cual fue inadmitida por la Corte de grado superior. Consecuentemente se puede manifestar que si bien siguen existiendo posiciones de índole político en contra del matrimonio igualitario, ha primado el reconocimiento del derecho y la no discriminación en razón de la orientación sexual o identidad de género.

En Gran Bretaña el 17 de julio de 2013, la reina Isabel II, sancionó con su firma la ley de matrimonio igualitario en Inglaterra y Gales. Así mismo el 4 de febrero el parlamento de Escocia aprobó la ley de matrimonio homosexual, convirtiéndose en el tercer territorio del Reino Unido en legalizarlo.

Como vemos el tratamiento que se ha dado al matrimonio igualitario ha sido eminentemente jurídico, pues en la mayoría de los casos y en los países en los cuales es permitido el matrimonio igualitario, fue a través de resoluciones judiciales en las cuales se reconoce este derecho para las personas con preferencias sexuales diferentes. En varios casos se da un periodo en el que el legislador emita la norma que regule el matrimonio igualitario sin menguar los derechos reconocidos a las parejas homosexuales y en caso de no hacerlo estarán

facultados los notarios para realizar este tipo de contrato con los mismos derechos que se otorgan al matrimonio heterosexuales.

2.2. Derechos de las personas homosexuales

En el presente punto se van a presentar varios de los derechos a través de los cuales los Grupos LGBTTTI se encuentran protegidos y con lo cual se llegará a deducir la legalidad y legitimidad jurídica para la inclusión jurídica del matrimonio igualitario en el Ecuador. Así pues se estudiará la Declaración de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos, los Principios de Yogyakarta y varios otros instrumentos internacionales a través de los cuales se colige que el no incluir esta figura dentro del sistema legal ecuatoriano es una violación a dichas declaraciones suscritas por el Ecuador.

2.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Como se conoce el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la ONU aprueba y proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la cual Ecuador es parte.

Como señala la Constitución de la República del Ecuador, el Estado reconoce los derechos y garantías establecidas en los instrumentos internacionales y así lo señalan varios de sus artículos como el Art. 11 en los numerales 2 y 7, 83, 156, 417 y 424. Es así que la Carta Magna Ecuatoriana sigue una línea de protección y reconocimiento de los tratados internacionales firmados en toda su parte dogmática. En este contexto se debe tratar sobre el Art. 11 numeral 7 de la Constitución Ecuatoriana.

“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”³⁰

El mencionado artículo hace énfasis en no excluir los derechos que devengan de la dignidad humana. Al respecto cabe señalar que la discriminación en razón de la sexualidad o de la

³⁰ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 11, numeral 7

preferencia sexual, atenta contra varios Convenios y Tratados Internacionales que forman parte del sistema legal ecuatoriano al ser suscritos y ratificados por el Estado.

Así pues al respecto de la igualdad trata el artículo 1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señalando lo siguiente:

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

De ahí que en dicha declaración se trata de derechos intrínsecos al ser humano, lo que a su vez no soslaya de ninguna manera a las personas homosexuales. Es decir existe violación expresa a la igualdad, cuando se niega algún derecho contra las personas homosexuales.

El *casarse* se reconoce como un derecho y no como un deber, pues nadie puede ser obligado a contraer matrimonio. Sin embargo, el que a través del artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador se pretenda señalar que ello es una clausura negativa, al establecer que el matrimonio es únicamente entre parejas heterosexuales, dicha clausura atentaría a los principios establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues se encuentra vulnerado el artículo 16, que establece el derecho a celebrar matrimonio, en el que además no existe clausura negativa.

“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”³¹

En el transcrito artículo no se hace mención de que el matrimonio sea estrictamente entre un hombre y una mujer, por ello se debe entender que siguiendo la línea de la igualdad y la no

³¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

discriminación de derechos se encuentra la inclusión de este derecho para personas homosexuales.

Pero además de lo ya mencionado si la figura jurídica del matrimonio se la estudiaría como un fenómeno netamente de libertad personal que puede o no ser ejercido por cualquier persona y frente a cualquier persona, la Carta Magna Ecuatoriana al exponer explícitamente el que el matrimonio es un acto restringido estrictamente para parejas heterosexuales, se entendería que no está acorde a lo señalado en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Artículo 2

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”³²

De lo expuesto se colige que dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos se manifiesta el derecho de las personas homosexuales a contraer matrimonio, pues existe la clausura positiva, por ello cabe argumentar que en el contexto del neo constitucionalismo, no se puede argumentar una falencia constitucional como si se tratara de una norma aislada de los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador.

Sobre la supuesta clausura negativa introducida en la Constitución y la ponderación de derechos se hablará en el capítulo tercero.

2.2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Estado Ecuatoriano suscribió el 30 de abril de 1948 Carta la Organización de los Estados Americanos (A-41) y la ratificó el 21 de diciembre de 1950. Cabe señalar que en 1948 además se suscribió la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. De la misma forma el Ecuador es parte de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), habiendo suscrita dicha Convención el 22 de noviembre de 1969 y habiéndola ratificada el 8 de

³² *Ibíd*em

diciembre de 1977. El 17 de noviembre de 1988 se suscribió el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador", el cual fue ratificado por el Ecuador el 10 de febrero de 1993.

El 6 de mayo de 2013 se dio la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69), la cual fue suscrita por el Ecuador el 6 de julio del mismo año y que espera ser ratificada por parte de la Asamblea Nacional.

Además hay que señalar que la OEA ha emitido la resolución sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género (aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008).

En el aspecto antes señalado hay que referirse a que con el fin de que se cumplan los Tratados y Convenios en lo referente a derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) fue creada en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959. Es un órgano permanente y autónomo de la OEA, de la cual además forma parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En lo concerniente al matrimonio igualitario son varios los derechos que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y que son actualmente vulnerados por la no inclusión del matrimonio igualitario en el sistema legal ecuatoriano, así pues en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, encontramos los siguientes: Artículo II señala: *(Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.)* Dicha norma hace referencia al derecho de igualdad de derechos y no discriminación por razón de su orientación sexual.

Por otro lado al tratar sobre la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), se encuentra que los artículos lesionados por la no inclusión del matrimonio igualitario en el sistema legal ecuatoriano son los siguientes: El Artículo 1 señala (...) *sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*) En la no discriminación "por cualquier otro índole" la mencionada norma hace extensiva la no discriminación por el hecho de su preferencia sexual. Siguiendo con esta línea de análisis, el Artículo 2 manifiesta el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, por lo que el Estado ecuatoriano, en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, al incluir en el segundo párrafo del Art. 67 la exclusividad del matrimonio para personas heterosexuales, contradice esta disposición, pues esta inclusión es discriminatoria del

derecho al matrimonio, y no toma en consideración a lo señalado en el Art. 2, sin embargo no ha de entenderse como clausura negativa.

El numeral 1 del artículo 11 de la misma Convención señala: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Es decir al negar el reconocimiento del derecho al matrimonio se les plantea un prejuicio de indignidad para acceder a dicho derecho en relación a su orientación sexual. El artículo 17 señala la protección de la familia, en este aspecto se debe mencionar, que el matrimonio es un derecho consagrado como tal dentro del numeral 2 del presente artículo que señala: *(2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.)*; De este artículo deviene que la constitución de una familia no se da exclusivamente entre heterosexuales sino que también para personas homosexuales. Pues la familia no hace referencia exclusiva a los cónyuges o a los hijos de éstos.

El artículo 24 señala el derecho a la igualdad, *(Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.)*. Es así que no incluir el derecho al matrimonio para las personas homosexuales, atenta contra el derecho a la igualdad ante la ley.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como ya se lo mencionó anteriormente es una entidad que forma parte de la Organización de Estados Americanos, sin embargo de ello es una entidad autónoma de la cual además forma parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hay que resaltar que el Ecuador es estado suscriptor de la Carta de la Organización de Estados Americanos y además firmó y ratificó la Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

En el contexto antes señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos es competente cuando se hayan agotado los recursos judiciales en los Estados suscritores, en materia de Derechos Humanos. Dicho proceso inicia al plantear una petición ante la CIDH, posteriormente la Comisión conoce el caso donde emite un informe de admisibilidad. Después de ello se realiza el proceso de cargo y de descargo. La Comisión emite un fallo, somete el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a fin de que esta conozca el caso y emita el fallo.

En tratándose de derechos de las personas homosexuales, se debe ensalzar el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile³³ que si bien fue por violación de derechos por razones de orientación sexual en un juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala, en él, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce varias formas de atentar contra los derechos en razón de la orientación sexual, así por ejemplo señala: “*El Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión*”³⁴.

Actualmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “*declaró admisible la demanda interpuesta por el Movimiento de Liberación Homosexual (Movilh) contra el Estado de Chile, por el impedimento que se impone a las parejas del mismo sexo, para contraer matrimonio.*”³⁵

En el caso de la Constitución de la República del Ecuador al disponer la exclusividad del matrimonio para heterosexuales, está realizando una discriminación exclusiva en razón de la orientación sexual. En los casos en los cuales parejas homosexuales han solicitado al Registro Civil del Ecuador, éste señaló “*cumpla en informarles que previo a atender lo solicitado deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 67 de la Constitución de la República y 81 del Código Civil*”³⁶. Se configura en éste sentido precisamente la discriminación en razón de la orientación sexual, con lo cual se vulneran varios derechos reconocidos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

³³ “*Los hechos del presente caso se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R.[1] en contra de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. En este sentido, la Corte tuvo que resolver, entre otros elementos, la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala 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.. Para estos efectos, la Corte analizó, entre otros, los argumentos expuestos por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica”, síntesis del Resumen Oficial Emitido por la Corte Interamericana de la Sentencia de 24 de febrero de 2012 en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Pág. 36

³⁵ <http://www.indh.cl/comision-interamericana-de-ddhh-declara-admisible-demanda-contra-estado-de-chile-por-matrimonio-homosexual#sthash.6SJZf78I.dpuf>, consultado el 4 de septiembre de 2014, página oficial del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Chile.

³⁶ “*Mediante Oficio No. 2014-053-DIR-P de 1 de julio de 2014, la Directora Provincial de El Oro, Cecilia Barbotó Andrade, de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, contestó al pedido de turno para contraer matrimonio de la pareja conformada por Darwin Adrianza y Diego Celi, realizado el pasado 30 de junio en las instalaciones del Registro Civil de Machala.*” En la página web <http://www.matrimoniociviligualitario.ec/registro-civil-niega-pedido-de-matrimonio-igualitario/>, consultada el 4 de septiembre de 2014.

2.2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Si bien se trató anteriormente sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos, se retoma nuevamente en el presente punto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 2200 A (XXI) con fecha 16 de diciembre de 1966, y entró a regir desde el 23 de marzo de 1976.

Si bien desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, transitaron varios años y los avances en los reconocimientos de los derechos humanos por parte de los Estados se hicieron evidentes, a través de este Pacto se enfatiza el derecho a la igualdad y lo no discriminación.

Así pues el artículo 2 señala: “(...) los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”³⁷ En este artículo se señala nuevamente la no discriminación y la igualdad ante la ley. Posteriormente el mismo artículo señala en el numeral dos nos dice que los Estados parte deben incluir en sus normas de acuerdo a procedimientos constitucionales, los mecanismos normativos para la no discriminación.³⁸

El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), trata sobre los derechos de la familia, en dicho contexto en el numeral dos se encuentra lo siguiente “2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.”. En dicho artículo encontramos la clausura positiva que señala el derecho exclusivo del hombre y de la mujer al matrimonio pero no la exclusividad del matrimonio heterosexual. Pues se debe entender que la orientación sexual no menoscaba derecho de los homosexuales como personas.

Se debe recalcar que la Organización de las Naciones Unidas, como máximo organismo internacional se encuentra permanentemente en miras de erradicar todo tipo de discriminación. Es así que aun cuando ya se encuentran en otras normas de derecho internacional, el artículo 26 del mencionado Pacto señala nuevamente la igualdad ante la ley:

³⁷ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966, Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 9. Art. 2.

³⁸ *Ibídem* Art. 2, numeral 2.

*“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*³⁹

En el transcrito artículo se hace énfasis en la igualdad ante la ley y en erradicar la discriminación. Sin embargo a través del artículo 67 de la Constitución de la República Ecuatoriana, se hace una clara discriminación en razón de la orientación sexual, al limitar dicho derecho a la exclusividad de parejas heterosexuales. Pues como se lo manifestó en el primer capítulo de la presente tesis, la procreación no es el fin primogénito del matrimonio.

2.3. Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género

Desde hace varios años la política internacional ha puesto énfasis en los derechos humanos. En este aspecto los derechos de las personas con orientación sexual o de identidad de género diferente, han visto incrementar la defensa de sus derechos. Sin embargo de ello, se les pretende dar un estatus legal diferente por parte de algunos Estados, por ello se han dado varias declaraciones sobre orientación sexual e identidad de género tanto por la ONU como por la OEA.

Previo a tratar sobre los “Principios de Yogyakarta”, es necesario sin duda referirse a que los varios tratados sobre derechos humanos pretenden abolir la discriminación entre las personas y eliminar estándares de desigualdad en razón de cualquiera sea la causa. Al tratarse de los derechos de las personas homosexuales, se ha presenciado a través de la historia que éstos han sido soslayado, pero además de más de ello se ha juzgado dicha conducta como criminal o como una enfermedad y con estos antecedentes hasta la actualidad se pretende vulnerar sus derechos so pretexto de ser antinaturales.

Los *Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*, más conocidos como “Principios de Yogyakarta”, son un instrumento reconocido a nivel internacional al que se debe situar en un ejercicio de *soft law*.⁴⁰ Si bien los “Principios de Yogyakarta” no nacieron

³⁹ *Ibíd*em Art. 26

⁴⁰ *Soft law: Las normas soft law pueden tener diversas denominaciones, tales como resoluciones, recomendaciones, guías, códigos o estándares de conducta (SHAW, 2008: 118). Incluso se ha llegado a sostener que la jurisprudencia constituiría una forma de soft law (GUZMAN & MEYER, 2009). Sin embargo, de la lectura*

con este fin, es análogo pues al tratarse de los derechos sobre derechos humanos sobre *orientación sexual y la identidad de género*.

Así es necesario situar a los “Principios de Yogyakarta”, cómo nacen y qué relación tienen en el entorno jurídico internacional. De suerte tal, se debe rotular o se debería partir de la Declaración y Programa de Acción de Viena⁴¹, además es menester señalar que la Declaración Sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2008, es de mucha importancia, pues dicha Declaración es el fruto de varias declaraciones sobre orientación sexual e identidad de género que venían resaltando el conflicto en torno a la vulneración de los derechos de las personas homosexuales. Por lo antes señalado se debe señalar que los “Principios de Yogyakarta”, fueron elaborados a petición de Louise Arbour, quien fue desde 2004 hasta 2008 *Alta Comisionada de la Oficina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*⁴².

En el contexto antes señalado fue redactado en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006, una agrupación de 29 doctos en derecho internacional sobre Derechos Humanos redactan los principios de Yogyakarta, con “*el propósito de ser una coherente y abarcadora enunciación de las obligaciones que los Estados y actores no gubernamentales tienen de respetar, proteger y satisfacer los derechos humanos de todas las personas sin importar su orientación sexual e identidad de género.*”⁴³ Hay que señalar en este aspecto, que dichos Principios fueron presentados en el 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, posteriormente fue tratado en la Asamblea de las Naciones Unidas.

Cabe resaltar además que en varios procesos ante la Corte Interamericana de Justicia, como en el caso *Atala Riffo vs Chile*, así como ante la Corte Internacional de Justicia a modo de

de numerosas obras de doctrina se observa que no existe una definición precisa del término soft law, sino que el mismo varía dependiendo de los atributos que se predicen del mismo. Así es como Bodansky, distinguiéndolas de los tratados internacionales, enumera una serie de características de los instrumentos soft law: están formulados en términos exhortatorios; no cuentan con disposiciones finales relativas, por ejemplo, a la ratificación o a la entrada en vigor; tampoco cuentan con un cuerpo de normas que regulen su creación, aplicación, interpretación modificación, terminación y validez. Pero quizás el punto más destacable es que no tienen una limitación vinculada a la expresión del consentimiento, lo cual implica que si bien no vincula a los Estados que la formulan tampoco permite que los Estados que no la votaron se desentiendan de ella (BODANSKY, 2010: 156). (Colmegna: 2012)

⁴¹ La Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, en dicha conferencia se realiza el fortalecimiento de los Tratados en materia de derechos humanos antes realizados, por ello es considerado como uno de los documentos de mayor importancia en materia de derechos humanos.

⁴² El Alto Comisionado para los Derechos Humanos es el principal funcionario de derechos humanos de las Naciones Unidas, Página oficial de las Naciones Unidas. Consultada el 16 de septiembre de 2014. <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>,

⁴³ Guía del activista para usar los Principios de Yogyakarta, Ed. Hivos People unlimite, Gesellschaft für gemeinnütziges Privatkapital mbH, Thee Fund For Global Human Rights, Agosto de 2010.

*amicus curiae*⁴⁴, se han enviado parte o la totalidad de los Principios de Yogyakarta a fin de que éste sea utilizado de manera óptima por parte de las Cortes al momento de realizar la evaluación del derecho afectado a personas en razón de su orientación sexual o identidad de género. Además dicho documento se lo puede encontrar en la página web de la OEA, pues dichos principios presentan la más clara definición de los términos sobre orientación sexual definidos jurídicamente.

En diciembre de 2008, varios Estados entre los que se encontraban: Argentina, Francia, Brasil, Croacia, Gabón, Japón, Noruega y los Países Bajos, presentaron a la misma Asamblea de las Naciones Unidas, la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género. Si bien dicho documento no se compone exclusivamente de los Principios de Yogyakarta, hace énfasis en la no discriminación en razón de la orientación sexual u orientación de género. Más de 60 Estados suscribieron dicha declaración entre ellos el Ecuador.

Toda vez que se ha ubicado en el entorno jurídico a los “Principios de Yogyakarta”, se analizará aquellos principios que tratan exclusivamente sobre el derecho a contraer matrimonio que poseen las personas homosexuales, de tal suerte que se señalará el principio con su correspondiente exhortación a los Estados en muchos casos, cuyo postulado corresponde al derecho que actualmente no se encuentra contemplado en la legislación ecuatoriana.

El Principio 1, de los “Principios de Yogyakarta”, trata sobre El derecho al disfrute universal de los derechos humanos y señala:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos.

Los Estados

a) Consagrarán los principios de la universalidad, complementariedad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos en sus constituciones nacionales o en cualquier otra legislación relevante y garantizarán la realización práctica del disfrute universal de todos los derechos humanos;

b) Modificarán toda legislación, incluido el derecho penal, a fin de asegurar su compatibilidad con el disfrute universal de todos los derechos humanos; c) Emprenderán programas de educación y

⁴⁴ El *amicus curiae*, es la figura jurídica a través de la cual una persona que es ajena al proceso hace conocer a la Corte o Tribunal acerca de un tema en conflicto y con el cual se pretende aportar fundamentos para dilucidar el derecho relevante en el conflicto.

sensibilización para promover y mejorar el disfrute universal de todos los derechos humanos por todas las personas, con independencia de su orientación sexual o la identidad de género;

d) Integrarán a sus políticas y toma de decisiones un enfoque pluralista que reconozca y afirme la complementariedad e indivisibilidad de todos los aspectos de la identidad humana, incluidas la orientación sexual y la identidad de género.” (Discriminación 1: 2011 Pág. 146-147)

Como se lo ha venido destacando al hablar de los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido suscritos y ratificados por el Ecuador, se encuentran en ellos como máxima ratio *lexis* el disfrute de los derechos del ser humano por todas las personas que se encuentren dentro de la jurisdicción del Estado, en este caso no se hace distinción o menoscabo a personas en razón de su orientación sexual, pues ello llevaría a producir una discriminación por parte del que así lo hiciera. En el caso del Ecuador encontramos una contradicción a dichos principios pues se vulnera el derecho de matrimonio por parte de las personas homosexuales, más aun cuando el Estado Ecuatoriano resalta en su Constitución la exclusividad de un matrimonio para personas heterosexuales.

El Principio 2 trata sobre los derechos a la igualdad y a la no discriminación, en este aspecto se debe realizar una lectura asidua y objetiva de los derechos humanos, evitando toda influencia ajena a la jurídica sobre los postulados de discriminación en razón de la orientación sexual o identidad de género.

“Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase.

La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica.” (Discriminación 1: 2011 Pág. 147)

En la Constitución de la República del Ecuador se interpreta a manera de clausura negativa el Art. 67, y por ello dice que dicho derecho no pueden tener las parejas homosexuales y no podrían casarse, lo cual niega el disfrute de uno de los derechos consagrados tanto en la Constitución como en instrumentos internacionales, en negar el derecho al matrimonio estrictamente por el hecho de tener preferencia sexual u orientación sexual diferente a la heterosexual. Como se demuestra la exclusión del derecho a contraer matrimonio es una acción discriminatoria.

Posteriormente se encuentra el Principio 3, que trata sobre “El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica”⁴⁵ (Discriminación 1: 2011 Pág. 148)

En este aspecto es necesario decir que dicho principio hace referencia a los derechos subjetivos de las personas homosexuales. Es decir tanto en las resoluciones del Registro Civil Ecuatoriano, sustentadas en el Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador, como en el mismo artículo 67 de la máxima norma ecuatoriana, se soslaya “*El derecho a formar una Familia*” reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las personas homosexuales, ello por razón de su orientación sexual o de su identidad sexual, sin haber mayor motivación, que el establecimiento constitucional reglamentario de un concepto de matrimonio dentro de la Carta Magna del Ecuador.

El Principio 24, trata exclusivamente sobre “*El derecho a formar una familia*” que poseen las personas homosexuales, en este contexto es necesario tratar tanto el principio como las sugerencias a los Estados de manera separada, a fin de lograr un mejor análisis del principio antes señalado.

“Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.” Discriminación 1: 2011 Pág. 161)

Al hablar del derecho a crear una familia, debemos hacer nuevamente referencia a la Constitución de la República del Ecuador, que en el artículo 67 señala “*Se reconoce la familia en sus diversos tipos.*”⁴⁶ En primer espacio la norma fundamental acoge el precepto del Principio 24, sin embargo reconociendo las varias familias, la más común es aquella que se constituye a través del matrimonio, sin embargo dicha familia se plantea como exclusiva para heterosexuales.

⁴⁵ Léase el Principio 3 de los Principios de Yogyakarta, en el cual se habla sobre El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, y en el cual se exhorta y a su vez se compele a los estados a eliminar la discriminación en razón de orientación sexual e identidad de género. (Discriminación 1: 2011 Pág. 147)

⁴⁶ Constitución de la República del Ecuador, 2008. Pág. 20

Por ello el ejercicio jurídico radica en entender que la familia se crea por el emparentamiento, de tal suerte que al contraer matrimonio se crea un núcleo familiar independientemente de la procreación. El segundo ejercicio jurídico es el reconocimiento que hace el artículo 67 de la Carta Magna Ecuatoriana sobre los diversos tipos de familia en los que se halla la *convivencia more uxorio*, de la que son beneficiarios las personas homosexuales. De lo antes señalado deviene que la unión de hecho como el matrimonio son derechos a través de los cuales se puede constituir una familia. El tercer ejercicio se plantea en que, al ser exclusivo para una pareja heterosexual el matrimonio, se establece discriminación en razón de orientación sexual o identidad de género, lo que conduce a ser violatorio al derecho internacional y al propio derecho constitucional ecuatoriano.

“Los Estados

a) Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;

b) Velarán por que las leyes y políticas reconozcan la diversidad de formas de familias, incluidas aquellas que no son definidas por descendencia o matrimonio, y adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para asegurar que ninguna familia sea sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes, incluso en lo que respecta al bienestar social y otros beneficios relacionados con la familia, al empleo y a la inmigración;

c) Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que en todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial sea el interés superior del niño o la niña y que la orientación sexual o identidad de género del niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona no sea considerada incompatible con ese interés superior;

d) En todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños, velarán por que un niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio pueda ejercer el derecho de expresar sus opiniones con libertad y que estas sean debidamente tenidas en cuenta en función de la edad y madurez del niño o la niña;

e) Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que en aquellos Estados que reconocen los matrimonios o las uniones registradas entre personas de un mismo sexo, cualquier derecho, privilegio, obligación o beneficio que se otorga a

personas de sexo diferente que están casadas o han registrado su unión esté disponible, en igualdad de condiciones, para parejas del mismo sexo casadas o que han registrado su unión;

f) Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que cualquier obligación, derecho, privilegio o beneficio que se otorga a parejas de sexo diferentes que no están casadas esté disponible, en igualdad de condiciones, para parejas del mismo sexo que no están casadas;

g) Garantizarán que el matrimonio y otras uniones reconocidas por la ley se contraigan únicamente mediante el libre y pleno consentimiento de ambas personas que conformarán el matrimonio o la unión.” (El subrayado me pertenece) (Discriminación 1: 2011 Pág. 147)

En las sugerencias dadas a los Estados en el Principio 24. Se plantea lo que se ha señalado anteriormente y es que se tomen las medidas legislativas necesarias a fin de velar por el cumplimiento de los derechos a constituir familias a través de los mismos mecanismos y ejerciendo los mismos derechos que las personas sin discriminación. De igual forma señalan el deber que de participación en los Estados, tanto en el sentido administrativo como Judicial para la consecución de dicho fin. Al respecto hay que destacar el rol que desempeña la Corte Constitucional Ecuatoriana⁴⁷ como máximo órgano de control e interpretación constitucional, por ello cabe destacar el papel medular que presenta este Órgano al tener el deber de compeler al cumplimiento de los principios constitucionales, que plantean un derecho superior a las clausuras negativas que coarten algún derecho.

Al tratar sobre el matrimonio el literal e del Principio 24, señala la obligación de tomar medidas legislativas y administrativas y de otra índole, a fin de que se otorgue los mismos derechos y obligaciones que se les otorga a aquellas personas heterosexuales que han constituido familias a través de matrimonio o de unión de hecho que se encuentren legalmente registradas. De lo antes señalado se puede deducir que dicho Principio señala la equidad de derechos y obligaciones para constituir una familia así como para que una vez constituida no se la discrimine por razones de orientación sexual ni de identidad de género.

Tanto los principios como las sugerencias que señalan los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género además de constituirse como *Soft law*, constituyen fuentes del derecho, que poco a poco van ganando mayor fuerza en el entorno internacional y para los Estados, así por ejemplo el Uruguay ha considerado estos principios al elaborar la Ley de Matrimonio Igualitario, lo que conduce indefectiblemente a valorar dichos principios en su amplitud como mecanismo antidiscriminatorio hacia las personas con orientación sexual e identidad de género diferente.

⁴⁷ Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

CAPÍTULO III

MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL ECUADOR

En el presente capítulo se realizará primeramente un análisis constitucional sobre el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador en lo referente al matrimonio igualitario. Dicho análisis pretende abordar la problemática jurídica del matrimonio igualitario desde una esfera netamente constitucional, lo cual se sustanciará al tratar sobre las diferentes motivaciones legales nacionales como internacionales para la inclusión del matrimonio igualitario.

Luego de ello se examinará resumidamente qué normas del Código Civil en lo referente al matrimonio presentan discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género. Para concluir se señalará la forma cómo debe ser concebido el matrimonio igualitario tanto en la interpretación constitucional que se debe dar del artículo 67, al igual que en la legislación civil ecuatoriana a fin de establecer una línea anti discriminatoria en razón de la preferencia sexual o de identidad de género.

Para concluir formulando ciertas modificaciones en la normativa que regula el matrimonial dentro de la legislación civil ecuatoriana de tal suerte que los cambios realizados, al igual que la inclusión de una nueva figura como el matrimonio igualitario, no acarree prácticas que conlleven al desmedro de un derecho tan importante como es el derecho de matrimonio.

3.1. Motivación para el reconocimiento del derecho de matrimonio igualitario

Si bien en el capítulo anterior se realizó el análisis de los derechos que están siendo vulnerados por razones de identidad sexual o identidad de género, al tratar sobre la motivación para para la inclusión del matrimonio igualitario como figura legal, se debe remitir a los derechos y tratados en el punto anterior, a los cuales únicamente se los enunciará de manera general sin redundar en lo tratado el capítulo anterior.

En el ámbito nacional en primer espacio motivan la inclusión del matrimonio igualitario la Constitución de la República del Ecuador especialmente los siguientes artículos: el Art. 1, que habla sobre la forma y administración del Estado; el Art. 3 que prescribe sobre el reconocimiento de deberes primordiales del Estado; el Art. 11 que versa sobre el ejercicio de los derechos y los principios que los rigen; de la misma forma se estudiará el Art. 66 sobre las garantías de las personas; del mismo modo se analizará el Art. 67 acerca del reconocimiento de los diversos tipos de familia; para enseguida tratar el Art. 68 sobre la convivencia more uxorio; para formular el análisis jurídico se debe considerar además el Art. 75 que señala el acceso gratuito a la justicia y tutela efectiva; así mismo se ha de considerar

el Art. 82 sobre la obligación del Estado de adecuar las normativas a los derechos previstos en la Constitución.

Para continuar con la línea de análisis es menester abarcar todos los puntos que marcan el camino para la inclusión de normas antidiscriminatorias, por esto son importantes los siguientes artículos: el Art. 83 prescribe los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos; el Art. 88 sobre la acción de protección, medio utilizado por varios juristas para la tutela efectiva de derechos que han considerado vulnerados; el Art. 393 sobresale en la Constitución de la República del Ecuador en relación a la seguridad humana.

El Art. 416 señala las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional; se analizará además el Art. 417 que versa acerca de los Tratados e instrumentos internacionales; se hará especial énfasis en los artículos 424, 425 y 426 que hablan sobre la supremacía constitucional; de igual forma al tratar sobre la Corte Constitucional se analizará 429, 436, 437, 438, 439. En el marco antes señalado además se realizara una lectura sobre la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, específicamente en relación a la interpretación constitucional Art. 3 numeral 4.

En el contexto del derecho internacional público se motiva la inclusión del matrimonio en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 especialmente en los Artículos 1,2, 7, 16.

De la misma forma en la Carta la Organización de los Estados Americanos (A-41) de 30 de abril de 1948 y que la ratificó el 21 de diciembre de 1950. Además se deben considerar la Convención Interamericana Contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (A-69), además se debe considerar la Resolución sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género (aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008. Así mismo el Art. 1 de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). Siendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, un instrumento más en materia de derechos humanos, que fue aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 2200 A (XXI con fecha 16 de diciembre de 1966), así mismo se ha de considerar para la inclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Para concluir el presente punto se debe señalar que los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, son un instrumento que se considera fuente de derecho en dicha materia y que ha sido considerado en varios fallos de la Corte

Interamericana de Justicia, así como en la creación de las normativas que regulan el matrimonio entre personas del mismo sexo en Argentina y Uruguay.

3.1.1. Concepciones del derecho en el marco del matrimonio igualitario

Si bien tanto las normas de Derecho Internacional mencionadas anteriormente los artículos de la Constitución de la República del Ecuador antes señalados, en sí conllevan varios postulados acerca del tema y se configuran como la motivación para la inclusión del matrimonio igualitario a la legislación ecuatoriana, se debe partir de teorías jurídicas sobre la concepción del derecho, para una mejor comprensión sobre el derecho matrimonial.

Al hablar del matrimonio igualitario nos encontramos ante una ausencia legal o ausencia de norma, así al entender que el derecho es un sistema normativo (Kelsen1960: Pág. 37) señala:

“La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos reñidos por este orden; que las normas los determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas”

Nadie pone en tela de duda, que el derecho no se constituye por normas aisladas sino que juntas constituyen un sistema jurídico, por ello, el que dentro del Art. 67 de la Constitución del Ecuador se señale que *“El matrimonio es la unión entre hombre y mujer”*, ello no quiere decir que el matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo se encuentre prohibido, sino que aquí se encuentra una ausencia de ley.

En el Ecuador en los dos últimos años varias parejas homosexuales han acudido al organismo competente para acceder a dicho derecho, como es el caso de Darwin Ysmael Adrianza Gutierrez y Diego Eduardo Celi Alviar, el mismo que ha sido negado.

Pero además el negar el derecho al acceso del matrimonio, no se ha hecho un análisis jurídico apropiado por parte del Registro Civil, pues a través del Oficio No. 2014-063-DIR-P, de julio 01 de 2014, emitido por la Directora Provincial del Oro de la Dirección General de Registro

Civil, Identificación y Cedulación, manifiesta lo siguiente: “*cumpro con informarles que previo a atender la solicitud deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 67 de la Constitución de la República y 81 del Código Civil*”⁴⁸, es decir la motivación se funda en que los solicitantes del matrimonio no cumplen con los requisitos o lo que se llega a deducir de dicho oficio, lo que compele a entender que se niega dicho derecho por configurarlo el Director del Registro Civil como un derecho restrictivo, además en dicho oficio se pretende configurar a través de los artículos antes señalados que ellos llevan explícita o implícitamente la clausura negativa y por ello no se puede realizar el pedido de matrimonio de la pareja homosexual.

Se ha mencionado el caso a manera de ejemplo, para entender dónde radica el problema y por qué a las parejas homosexuales se les niega este derecho. Por ello se debe analizar si por hallarse en la Constitución Ecuatoriana la definición de matrimonio ello conlleva la inconstitucionalidad del acceso a dicho derecho por parte de parejas homosexuales.

Para resolver la forma como ha de aplicarse la norma, el ejercicio jurídico se plantea en determinar frente a qué tipo de conflicto jurídico se encuentra el matrimonio igualitario y si llega a constituir una antinomia jurídica. Como ya se lo menciono hace poco, en un sistema jurídico no existen lagunas legales, sin embargo de ello (Kelsen 1960: Pág. 134 -137) plantea el problema de las lagunas, en ese sentido señala la laguna Lógica y la laguna Técnica:

La primera señala la pseudo imposibilidad de aplicar o reconocer el derecho vigente, so pretexto de que en ningún caso la norma jurídica indica la conducta debida. En cuyo caso según esta posición, de presentarse tal problema, el órgano encargado de atender el requerimiento o discernir la duda, estaría incapacitado para resolverlo, por ello dicho órgano se plantearía el de aplicar estrictamente el derecho vigente, y para llenar dicha laguna o vacío legal se vería constreñido a aplicar la interpretación de la norma.

La segunda por otro lado se presenta cuando el parlamento no ha considerado cierta conducta y por tanto ha omitido la norma, de la cual supuestamente pende la legalidad. Kelsen en este discurso señala que lo que existe, es una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o el hecho que acarrearán las normas marco.

Por otro lado esta “laguna” señala que existe un derecho, pero que no abarca todas las conductas y por éste hecho no es aplicable, a lo que se añade una pugna entre el derecho deseado y el derecho positivo existente.

⁴⁸ Los ciudadanos Darwin Ysmael Adrianza Gutierrez y Diego Eduardo Celi Alviar, solicitaron al Registro Civil se celebre su matrimonio, sin embargo el Registro Civil Ecuatoriano, a lo que éste contesta lo ya señalado, sin hacer mayor aclaración sino que simplemente copia parte del artículo 67 de Constitución de la República del Ecuador y el Art. 81 del Código Civil y con ello se niega el derecho a los peticionarios.

Pero como ya se lo manifestó no existen lagunas legales, entonces al respecto del matrimonio igualitario desde las formulaciones antes expuestas se llegaría a determinar, que el legislador ha omitido dictar una norma que regule dicha conducta y que por ello entre el derecho positivo vigente y el derecho deseado se encuentra una pugna. Pero entonces cabe señalar que la ciencia jurídica presenta una doble definición del derecho, en ese sentido (Kelsen 1960: Pág. 37) señala: que según donde se lo coloque el derecho puede ser concebido desde un punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. Así en la estática el derecho es un conjunto de normas para regir la conducta humana, a la cual están sometidos los miembros de una sociedad. En el caso del derecho dinámico se configura como el conjunto de conductas humanas determinadas por normas. Kelsen señala que la primera acentúa las normas y la segunda la conducta de las personas, pero que las dos tienen como fin la creación de normas que regulen la conducta y que éstas a su vez están regidas por tal orden. Se señala ello pues actualmente no podemos concebir un derecho que no sea dinámico, es decir no únicamente en la formulación de las normas sino en la interpretación de ellas para resaltar el derecho sobre la ley.

Esta definición de derecho dinámico conduciría a establecer que el matrimonio como se halla definido en la Constitución o en el Código Civil, no determina en sí la conducta, es decir por ejemplo que el matrimonio se presenta con el fin de procrear, esa finalidad en la actualidad no se cumple en muchos casos, pero no por ello acarrea la nulidad del matrimonio. Pero si conllevaría su nulidad, si estuviera la voluntad viciada. Es así que el concepto o la definición, no limita el ejercicio de los derechos dentro de un sistema donde se le acredita al derecho la calidad de dinámico.

Para determinar el entorno en el que se encuentra el matrimonio igualitario además se debe transitar ineludiblemente entre el derecho como concepto y la validez del mismo, para que la argumentación jurídica sobre la legalidad y legitimidad del matrimonio igualitario aborde todos los supuestos.

En ese aspecto se debe señalar que el derecho ecuatoriano a raíz de la Constitución de la República del Ecuador 2008, sin remitirnos necesariamente a la coyuntura política que atravesó el Ecuador y por ende a la conformación política de la Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador de 2008, que dio como fruto dicha norma, ha marcado indudablemente una ruptura en el tiempo en lo referente a garantías y reconocimiento de derechos de las minorías. Sin embargo de ello estas garantías y estos derechos no se cumplen en su conjunto, como en el caso del matrimonio igualitario. Únicamente en este sentido tratar sobre el concepto y derecho que se encuentra en el Art. 67 de la Constitución

de la República del Ecuador, es decir el referido artículo, *ordena, prohíbe, permite o autoriza* el matrimonio homosexual, al integrar en el segundo inciso la definición de matrimonio.

La respuesta es que no por el hecho de establecer una definición en la norma constitucional, ello cohibe o minimiza el derecho establecido en la propia constitución, así lo establece el artículo 11 especialmente en el numeral 3 de la norma constitucional.

Previo a la Constitución del 2008, nos encontrábamos con un derecho esencialmente positivista, el cual señalaba la clausura positiva para el derecho civil y la clausura negativa para la esfera pública. En donde se establecía que lo no prohibido era permitido en el ámbito civil y por otro lado para la administración pública únicamente se permitía lo expresamente señalado en atributo de sus funciones y en lo que la norma a éste expresamente le obligaba a cumplir. Lo cual actualmente dentro del derecho dinámico consideraríamos anacrónico. Es decir el Director del Registro Civil, señala que no puede atender la petición porque la norma señala un concepto y ellos no están dentro de dicho perímetro y que por tanto dicho derecho no abarca a las parejas homosexuales, sino cuando ellos cumplan dichos requerimientos, es decir nunca. Esa es la óptica de un derecho obsoleto y no la de un derecho dinámico.

En este sentido, cabría definir en qué esfera actualmente se encuentra el derecho ecuatoriano, donde se plantea que los "*derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*"⁴⁹ Es decir el derecho ecuatoriano, al establecer dicho principio, actualmente se encuentra entre el no-positivismo y el positivismo jurídico. O es una ficción jurídica la aplicación directa de los derechos y garantías así como tratados internacionales en lo referente a derechos humanos.

Es decir bajo esa premisa no existiría ningún problema para la aplicación directa del Art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos sobre el derecho de matrimonio igualitario. Sin embargo de ello a fin de desvanecer cualquier duda sobre la norma y método aplicable al caso del matrimonio igualitario se debe analizarlo desde el derecho no-positivismo y el positivismo jurídico.

Al respecto del no-positivismo se debe transitar necesariamente por los postulados de Alexi (1994: Pág. 31), quien al respecto señala dos perspectivas la del observador y la del participante, en cuyo caso asumen la calidad de participantes quienes argumentan que es lo que en un sistema jurídico esta ordenado, prohibido y permitido o autorizado. En ese sentido

⁴⁹ Numeral 3 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador

Alexi, señala que en la mitad se encuentra el operador jurídico. Pero además manifiesta que son participantes juristas, abogados o personas interesadas en cierto acto, manifestando argumentos pro o contra de determinados contenidos del sistema jurídico o plantean la forma como hubiera fallado el juez si hubiera decidido fallar correctamente. Por otro lado Alexi al tratar sobre el observador señala que desempeña tal rol quien, no se plantea cual es la decisión correcta, sino como se decide de hecho en un sistema jurídico.

Ampliando la concepción de derecho antes señalada al respecto menciona Oliveira (2010: Pág. 102) que las teorías positivistas, básicamente, plantean que no se debe confundir lo que es el Derecho con lo que el Derecho debe ser, es decir que no se debe confundir entre lo que el derecho como normativa manda, prohíbe, permite o comanda, con los valores de equidad y justicia. Por otro lado, quienes sostienen la concepción no-positivista del Derecho sostienen la tesis de la conexión que, enuncia el axioma del concepto de Derecho debe ser formulado de modo de incluir otros elementos además de meramente recurrir a lo prescrito, o, en otras palabras, manifiesta que el sistema jurídico no puede ser identificado, sin recurrir a argumentos de valor. La inclusión o no de elementos de valor dentro del concepto de Derecho es una de las principales discrepancias entre el positivismo y el no-positivismo.

En ese sentido el matrimonio igualitario ha sufrido discriminación por parte de los servidores públicos del Registro Civil Ecuatoriano, pues ellos asumen el papel de observadores y asienten a determinar el hecho de que el matrimonio igualitario está prohibido por no haberse realizado anteriormente, y no se plantean la hipótesis de si ello es una decisión correcta o incorrecta, simplemente atienden al hecho de la ausencia de dicho matrimonio en sus registros y la ausencia de la norma en las competencias del Registro Civil Ecuatoriano, para realizar matrimonios entre personas del mismo género. Sin embargo como ya se lo mencionó en varias de las concepciones del derecho a partir de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, se establece una doble connotación pues si bien el derecho positivo es una de las principales fuentes del derecho ecuatoriano, encontramos también el principio aplicación directa de los derechos, es decir bajo este postulado el derecho se encuentra sobre la norma.

Una vez que se hayan manifestado las varias concepciones del derecho y el ejercicio jurídico frente al presente caso, se debe leer detenidamente el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador:

“2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, **identidad de género**, (...), **orientación sexual**, (...) 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 derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

(...)⁵⁰ (La negrita el subrayado me pertenece)

En primer punto se debe señalar que sobre el derecho a la igualdad de derechos que poseen las personas homosexuales no son menoscabadas por el cuerpo constitucional, sino que son reconocidas, al igual que para cualquier persona, en ese sentido se debe expresar que ello no está en disputa, con lo cual se llegaría a la primera premisa, el reconocimiento de la protección constitucional de los derechos de las personas con diferente identidad de género o con diferente orientación sexual.

Como se ha observado en el presente punto la exclusión del matrimonio a personas del mismo sexo se produce por incluir “entre hombre y mujer” lo que conduce a otro señalamiento que si la ley limita o excluye exclusivamente ese derecho a matrimoniar a parejas homosexuales, entonces viola normas y principios constitucionales, es decir por la expresión “entre hombre y mujer” se restringe dicho derecho.

En ese sentido hay que señalar que en primer aspecto se identifica el reconocimiento de los diversos tipos de familia y el valor jurídico que se les da a cada una de ellas. Así pues en el cuerpo constitucional se encuentra el reconocimiento a los diversos tipos de familia que el Estado protege, se señala además que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se manifiesta que se podrán constituir a través de vínculos jurídicos o de hecho en ese sentido se entiende que la unión estable y monogámica es un tipo de familia, la cual puede ser constituida por personas del mismo sexo, así como entre heterosexuales sin que ello lleve el desmedro de la concepción de familia.

De lo antes expuesto se debe resaltar que sobre el caso que nos ocupa el administrador de justicia así como los empleados públicos competentes hacen una lectura restrictiva de la Constitución, en la que se entendería que la única forma admitida para el matrimonio es la heterosexual, interpretación errada, desde la óptica antes señalada de que la Constitución no protege únicamente un tipo de familia, pues como se lo acabó de señalar el Estado reconoce los diferentes tipos de familia, en ese sentido se debe manifestar un soslayo jurídico al respecto de la unión de hecho, al pretender que es un tipo de familia de menor categoría en comparación con el matrimonio, al señalar que el matrimonio es exclusivo entre hombre y mujer, de donde además deviene una discriminación al darles a las personas con diferente orientación sexual o identidad de género un papel de ciudadanos de segunda clase.

⁵⁰ Constitución de la República del Ecuador 2008, Pág. 11

Así pues primeramente se debe establecer que tanto la familia constituida por matrimonio al igual que aquella constituida por la unión de hecho o convivencia more uxorio, no distan en derechos sino únicamente en la forma como se celebran así como un requisito adicional de la convivencia more uxorio, que es la convivencia en sí. En ese sentido se entiende que dicho margen entre contrato y convivencia para su validez no acarrearán desmedro al tipo de familia.

En ese sentido la antinomia se encuentra en que se permite a las personas con identidad de género u orientación sexual diferente constituir familias a través de la unión de hecho pero no a través de matrimonio y sin embargo a los dos tipos de familia se les da el mismo reconocimiento jurídico, por ello es una omisión parcial del legislador él no poner personas en lugar de hombre y mujer dentro del matrimonio, pero no se debe entender que es una omisión constitucional o un defecto constitucional pues la Constitución incluye esta figura del matrimonio. De suerte tal que se entendería que la antinomia es parcial.

Al respecto de la antinomia parcial ella se configura cuando una sola parte de la norma es incompatible con la totalidad de otra norma, en el presente caso, el no incluir a las parejas homosexuales está en oposición con el reconocimiento de la familia de otro tipo para dicho grupo. Cabe señalar que ésta antinomia es parcial o relativa pues el legislador ha regulado la institución del matrimonio y ha omitido integrar a parejas del mismo sexo, desatención que sobresale por ser inconstitucional y que puede ser subsanada por la Corte Constitucional a través de una sentencia de atención integradora, en la cual la Corte por orden constitucional establezca la igualdad de protecciones en respecto del matrimonio entre parejas homosexuales y heterosexuales, reconociendo el derecho potestad a matrimoniar por parte de las parejas del mismo sexo.

En ese sentido cabe recalcar que dentro del cuerpo constitucional se reconoce el derecho de las personas homosexuales a formar familias a través de la unión de hecho, así mismo el reconocimiento igualitario que se da a los diversos tipos de familia. Como se ve, se trata del reconocimiento de derechos y garantías constitucionales para las parejas del mismo sexo.

Al respecto el artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador señala:

“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 sólo a parejas de distinto sexo.”

A pesar de que la Carta Magna, establece este tipo de familia para cualquier tipo de parejas, lo que se pretende con la inclusión del matrimonio para personas del mismo sexo presenta

una regulación más amplia y con mayores seguridades jurídicas. Dicho de otro modo, se pretende que a través de la unión de hecho permitida para parejas del mismo sexo, desvirtuar la exigencia del reconocimiento del derecho a matrimoniar a homosexuales. En dicho aspecto el matrimonio es mucho más extenso e integral que la unión de hecho como se lo señaló en el primer capítulo.

Así pues en el artículo anteriormente señalado se entiende claramente que la Asamblea Nacional Constituyente reconoce un fenómeno social, que es la presencia de familias conformadas por unión libre, por personas heterosexuales y homosexuales y lo protegieron, dicho hecho conduce a señalar que no se puede excluir otras formas de conformar familia, más aún la del matrimonio.

En este sentido se debe entender la diferencia entre la cláusula constitucional especial y exceptiva, con respecto al matrimonio. Así pues no se debe entender que la intención de los asambleístas constituyentes era proteger al matrimonio heterosexual como única manifestación del matrimonio legal. Así pues al respecto del segundo inciso del artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, se debe señalar que el tenor literario de la norma, no establece una excepción de la cual devenga la prohibición del matrimonio para parejas del mismo sexo. En ese sentido se debe señalar que las excepciones deben ser resaltadas expresamente, es decir su fórmula se presenta en el uso de adverbios tales como: (sólo, solamente, único, únicamente) o en otros casos después de una regla general (excepto, salvo, en caso de), en el caso del artículo antes mencionado no se excluye o exceptúa el matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo. Más idónea es la interpretación de que el legislador constituyente, resalta el matrimonio heterosexual pero ello no coarta el derecho de las parejas homosexuales a constituir familias a través del matrimonio.

Dicho de otro modo el artículo 67, marca una cláusula especial que se impone al incluir hombre y mujer, pero ello no dista de que el matrimonio se incluya a personas del mismo sexo.

Si se entendiera que el matrimonio es exclusivo para parejas heterosexuales, ello llevaría a acarrear un desmedro en el reconocimiento de los tipos de familia como familias de menor valor, es decir se entendería que quienes constituyen familias a través de la unión de hecho o convivencia more uxorio son de menor jerarquía y poseen menores derechos como familias. En ese sentido el que las parejas del mismo sexo puedan constituir familias a través de unión de hecho y no a través de matrimonio, conduce indefectiblemente a plantear que el cuerpo constitucional da un trato diferente al matrimonio y a la unión de hecho el cual sobrepasa el

principio de proporcionalidad, pues no existe un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

Por último en la normativa civil se atiende al sentido de la concepción señalando que el fin del matrimonio es la procreación, al respecto se debe señalar que dicho postulado atenta al derecho al libre desarrollo de la personalidad, señalado en la propia Carta Magna, es decir ello conllevaría violaciones sucesivas a principios, derechos y garantías constitucionales.

De lo tratado en el presente punto se colige que solamente en un derecho obsoleto se pretendería eludir el reconocimiento de este grupo de actores sociales en la presente coyuntura social que atraviesa el Ecuador. Que la antinomia jurídica esta en menoscabar los derechos en razón de la orientación sexual e identidad de género, señalando que el matrimonio es una forma superior para constituir una familia frente a aquellas familias que se constituyen de hecho y bajo los requisitos que la ley exige para ello.

Señalar además que el establecer que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, no es una clausula negativa, y que los principios de clausura en el derecho contemporáneo los imponen los derechos y no las normas, es decir al establecer que el Ecuador es un Estado de derechos y justicia, prima el derecho en oposición a la norma.

3.1.2. Interpretación, test de proporcionalidad y razonabilidad en el matrimonio Igualitario

Para hablar de la interpretación de la Constitución necesariamente debemos remitirnos a ella, exaltar el artículo 424 de la Constitución, en el cual se establece la jerarquía constitucional, así mismo resaltar que ella prevalece sobre cualquier otra norma dentro del sistema jurídico nacional, además señalar que la *“Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”*⁵¹, de igual forma se debe resaltar que la Corte Constitucional *“es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”*⁵², por ello es el organismo competente para interpretar la Constitución con respecto al matrimonio igualitario.

⁵¹ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 424.

⁵² *Ibídem*

A través del presente trabajo se ha resaltado que el conflicto jurídico se localiza en la inclusión de la definición de matrimonio dentro del cuerpo constitucional. En ese sentido dicho postulado es antagónico al derecho de igualdad. Es así que se reconoce el derecho a constituir familias por parte de las parejas homosexuales, pero se presenta contradictorio al establecer el postulado “unión entre *hombre y mujer*” lo que conduce indefectiblemente al análisis constitucional por parte de la Corte Constitucional.

Al respecto del mencionado artículo, los funcionarios públicos del Registro Civil atendieron al orden literal, tanto del artículo en referencia como el artículo 81 del Código Civil. Así pues dicho el contrato de matrimonio plantea que los contrayentes celebran las nupcias conociendo el nuevo estado civil y responsabilidades que adquieren, desde dicha interpretación se disminuye el derecho de las personas con identidad de género u orientación sexual diferente.

Desde ese sentido la interpretación literal que se ha dado a los mencionados artículos, plantearía que la constitución de una familia a través de vínculos jurídicos solo está hecha para personas heterosexuales, y por otro lado que las familias constituidas por uniones de hecho si están adecuadas para las personas homosexuales. Lo que conduce a entender que las familias constituidas por unión de hecho son de menor rango. En ese sentido el sistema jurídico pierde el carácter de dinámico y se convierte en estático y conlleva el desmedro del signo de justicia por lo que estaría antagónica a todo el ordenamiento constitucional.

Hay que enfatizar además que dicho inciso del Art. 67 de la Constitución de la Republica Ecuatoriana exalta un trato desigual, discriminatorio y en contraposición con el Art. 11 del mismo cuerpo constitucional, que plantea el trato igual que deben recibir todas las personas. Cabe señalar que el postulado del numeral 2 del Art. 11 de la Carta Magna se plantea con el fin de eliminar prejuicios que se dan a las minorías en manifestación de ciertas monomanías enraizadas a través de la historia. Uno de ellos, el que se ha dado y se pretende seguir dándolo a las personas por su orientación sexual o por su identidad de género lo cual indudablemente el que quiere erradicar el constituyente a través del texto constitucional.

Así pues es evidente bajo dichos postulados señalar que en el sistema jurídico ecuatoriano se debe establecer otra figura jurídica además de la unión de hecho para que las personas homosexuales puedan constituir una familia a través de un régimen jurídico que ofrezca las mismas garantías que lo hace el matrimonio para las personas heterosexuales. En ese sentido es necesario establecer que el matrimonio dentro de las sociedades establece paramentos de legitimidad, frente a aquellas constituidas de hecho. El mantener una relación de índole público, un efecto de no ocultar su relación frente a la sociedad por un lado y por otro las

diferentes ventajas legales que se presentan con respecto al derecho tributario, sucesorio y social entre otros.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece los métodos y reglas para la interpretación constitucional, previo a plantear la prueba de constitucionalidad, es necesario referirse a dos frases que se encuentran en el artículo 67 de la Constitución, al hablar de las familias se señala que *“Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho”*, pero posteriormente se señala que *“El matrimonio es la unión entre hombre y mujer”*. Es decir, este aspecto envía a pasear dos posibles lecturas jurídicas, una que no se reconoce sino un solo tipo de familia, la que se constituye por vínculos jurídicos y que es exclusiva para heterosexuales; por otro lado encontraríamos la segunda que plantea el reconocimiento de todos los tipos de familia, en cuyo caso el matrimonio es un derecho que pueden ejercerlo las personas del mismo sexo pues es una forma de constituir una familia y dicho derecho no debe ser prohibido para ellos, o en su defecto crear una nueva figura jurídica con las mismas protecciones jurídicas que el matrimonio.

Así en primer orden si se planteara la interpretación literal o sistemática sobre el punto de análisis, se entendería que el constituyente pretendía resaltar la igualdad entre el hombre y la mujer dentro de la relación en el vínculo matrimonial. En ese sentido no se resolvería la cuestión de fondo, pero ello no señala que se acoge el matrimonio entre personas del mismo sexo, empero atendiendo a la interpretación literal y sistemática, tampoco nos conduce a propugnar una tesis en la que se prohíba. Por ello no es un método idóneo pues no dilucida el conflicto. Lo que claramente nos da la pauta de comprender, que realizar una interpretación, es necesario lo cual no contraviene el aforismo jurídico de *“In Claris non fit interpretatio”*, ya que es identificada la obscuridad normativa.

Así pues el numeral 4 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, manifiesta:

*“4. Interpretación evolutiva o dinámica.- 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.”*⁵³

Si bien la Constitución de la República del Ecuador 2008, tiene poco camino de vida, la interpretación evolutiva se plantea aplicable, ya que, la Constitución se presenta con ciertas pretensiones de estabilidad y permanencia en el tiempo en los Estados, pues su semblante es el de la norma suprema dentro del sistema social, jurídico y político, en base a derechos y

⁵³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales Y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009.

principios de justicia en el ámbito social. Dicha proyección de permanencia no sería posible si no se interpretara dicho cuerpo constitucional o una parte de él que se encontrara en duda, considerando la realidad social del Estado en el que rige. Se destaca la importancia de la interpretación evolutiva o dinámica además pues es la fórmula a través de la cual se adapta el texto constitucional a los cambios en las circunstancias sociales, económicas y políticas, que se vayan presentando en dicho Estado, ello sin distorsionar o tergiversar el postulado o significado constitucional.

En ese sentido se debe entender la forma como era percibida la homosexualidad, desde el conquista y colonialismo español, transitando por la independencia de Quito, Guayaquil y Cuenca, pasando por la Gran Colombia y la creación de la República del Ecuador y por sus diferentes gobiernos democráticos y dictaduras que conducían a la creación de un caudal de Constituciones hechas a la medida del poder. Se daba a la homosexualidad la calidad de pecado, enfermedad y delito.

En ese sentido la Asociación Americana de Psiquiatría en 1973 eliminó y excluyó a la homosexualidad del Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, en 1990 la Organización Mundial de la Salud, señalaría de igual forma que el homosexualismo no es ninguna enfermedad. Si bien por otro lado la persecución de la homosexualidad a través del ejercicio judicial se da cuando se unen el Estado y la Iglesia, sin embargo a partir del Estado laico, se encontraban tan empoderadas las conductas antijurídicas que devenían de aspectos estrictamente religiosos en el cuerpo normativo, que era muy difícil eliminarlas. De ello que si bien el derecho presenta el margen más alto de desarrollo a mitad del siglo XX, en el Ecuador solamente a finales de siglo, en el año 1997, el Tribunal Constitucional del Ecuador, en el Caso No. 111-97-TC, abolió el primer párrafo del artículo 516 del Código Penal Ecuatoriano, en el cual se criminalizaba la conducta homosexual. En ese sentido no quiere decir que por estar criminalizada la conducta estrictamente de carácter personal, no se practicara, sino que dichos actos no eran muy públicos. Sin embargo a partir de ello vemos un mayor desarrollo de tolerancia frente a las personas con orientación sexual o identidad de género diferente, cosa que a inicios del siglo pasado hubiera sido impensable.

Ahora se presenta un nuevo paradigma en el derecho, que es contemplar el derecho sobre la norma, en éste alcance el matrimonio igualitario, matrimonio homosexual o matrimonio entre personas del mismo sexo como se lo quiera llamar, deja de ser una utopía para convertirse en una realidad. Así pues todas las personas conocen que existen personas que tienen diferente orientación sexual o identidad de género, en sentido es una realidad que se encuentra presente en el territorio ecuatoriano. Y pretender que dichos derechos sean menoscabados en razón de criterios eminentemente religiosos, donde la argumentación

jurídica no ha sido ni siquiera considerada de paso, en un Estado laico de derechos y justicia, es claro que no debe presentarse una argumentación religiosa para negar un derecho.

En ese sentido la Corte Constitucional del Ecuador debe señalar que el alcance del segundo inciso del Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador, no se da con el fin de establecer que dicho derecho es exclusivo para las personas heterosexuales, sino que se debe establecer una norma que regule la conducta conyugal de las personas con orientación sexual o identidad de género diferente dentro del plazo que no menoscabe los derechos de este grupo, así países como Colombia, Sudáfrica han establecido un periodo de un año para que la legislatura norme la conducta de las personas homosexuales dentro de una figura semejante al matrimonio o que ofrezca las mismas garantías que establece el matrimonio a los cónyuges actualmente, a fin de que no se vulnere el Art. 11 de la Constitución de la República.

Hay que añadir que la Corte Constitucional debe compeler a la Asamblea Nacional, para que ella cree una norma que adecue formal y materialmente el matrimonio para personas homosexuales, tal cual lo señala el Art. 84 de la Carta Magna que a continuación se transcribe:

“Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”⁵⁴

En ese sentido que la interpretación de la Corte Constitucional solamente se debe dar en el sentido de que existe derecho de matrimonio para las personas homosexuales y el plazo dentro del cual la Asamblea Nacional debe dictar la norma que regula dicha figura jurídica para las personas homosexuales, y que en caso de no hacerlo se regirá de manera análoga al matrimonio heterosexual en todas las medidas en que éste pueda adaptarse. Es decir la Sección Primera del Capítulo Segundo nos habla de la Función Legislativa que es ejercida por la Asamblea Nacional, en ése sentido la potestad legislativa la ejerce la Asamblea Nacional, por ello es ella quien debe legislar la inclusión del matrimonio dentro de la normativa ecuatoriana. Pues de hacer de la interpretación evolutiva o dinámica una interpretación extensiva en la cual la Corte Constitucional a parte de señalar el reconocimiento de dicho derecho, dicte una norma para la regulación del matrimonio de las personas homosexuales

⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 84

se estaría cayendo en una producción legislativa y no en un acto de interpretación de la Constitución, lo que como lo manifiesta (Guastini 2007: 634) sería una “legislación negativa”.

3.1.2.1. Test de Proporcionalidad en la interpretación evolutiva o dinámica

En el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional al hablar sobre los métodos de interpretación constitucional, trata de manera individual e independiente a la ponderación. Desde el derecho dinámico siempre que se haga una interpretación se tomarán en cuenta otros factores como son la ponderación al respecto señala Alexi (Carbonell, Miguel; *Alexy, Robert*; Bernal, Carlos y otros 2008: Pág. 13) “*La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad.*” para ello además señala que se debe identificar cuando se habla de normas o reglas y cuando se habla de principios, en dicho sentido añade “*Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.*” (Ibídem: Pág. 14)

Anteriormente se identificó que el conflicto normativo esta en reconocer un tipo de familia de hecho para todos los grupos y establecer la constitución de familia a través de matrimonio de manera singular para heterosexuales, lo cual puso de manifiesto que dicho producto normativo es una regla que tiene validez y es aplicable, pero que a su vez no es restrictivo, sin embargo de ello en la práctica se la trata cual si fuera de carácter exclusivo.

Ante ello si bien el derecho a la igualdad es un principio y el derecho a matrimonio también es un principio, y la familia es una institución socio-jurídica y el matrimonio también es una institución socio-jurídica la ponderación, se establece en darle mayor valor a la familia, por ello que las parejas homosexuales puedan tener acceso a constituir familias a través de otro tipo además de la unión de hecho que actualmente se les permite. Para ello se han de considerar aspectos contemplados en el cuerpo Constitucional, como la ponderación de derechos para promover la igualdad. En ese sentido se debe señalar que la lectura del segundo inciso del Art. 67 en la definición de matrimonio se debe dar realizando una valoración de lo antes mencionado, es decir de la desvalorización y maltrato que se les ha dado a las personas por razón de discriminación por mantener una identidad de género u una orientación sexual diferente a la cual han nacido.

En ese sentido se debe considerar el derecho a la igualdad y no discriminación lo que nos conduciría a entender que la protección de una institución jurídica a través de la cual se constituye una familia, también es un derecho por lo cual se ha de ponderar el derecho a constituir una familia de acuerdo a la libertad de quienes así lo pretendan y no excluir dicho derecho por razones de preferencias sexuales e identidad de género.

Cabe señalar además que en dicha interpretación la Corte Constitucional debe valorar los principios pro persona y pro libertatis, en ese sentido la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala:

“8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.”

Si bien señala el numeral 8 del artículo 3 antes mencionado de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que éste sería otro método de interpretación se debe manifestar que los principios generales del derecho y la equidad no son parámetros que se deben contemplar en la interpretación dinámica, pues no soslayan principios generales de derecho y más bien exigen una cultura integradora del derecho hacia la equidad en razón de la no discriminación.

Alexi además manifiesta que “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”⁵⁵

Bajo este aforismo es más que justificado incluir y legalizar el matrimonio homosexual o igualitario y proteger el grado de insatisfacción del derecho a la igualdad y derecho matrimonial que poseen los seres humanos conforme el catálogo de derechos dados en la Declaración de Derechos Humanos de 1948.

3.1.2.2. Test de razonabilidad

Al respecto del Test de razonabilidad conocido también test de constitucionalidad de la desigualdad, es el mecanismo con el cual se evalúa y justifica una norma que presenta un trato desigual. En dicho sentido se plantea consideraciones de carácter objetivo frente a

⁵⁵Carbonell, Miguel; Alexy, Robert; Bernal, Carlos y otros, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ed. Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Quito Ecuador 2008. Cita Alexi Robert, Cfr. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, op. cit., p. 149 s.

elecciones de carácter subjetivo que dan como resultado determinar si una norma constitucional que da un trato desigual es constitucionalmente válido o inválido. En tal sentido a través de test de razonabilidad se llega a determinar si dicho trato selectivo en dicha norma o precepto es razonable.

De ello el test de razonabilidad nos lleva a plantear si el trato selectivo que plantea la constitución con respecto al matrimonio es válido o inválido. Lo que aterriza nuevamente en determinar que protege el segundo inciso del Art. 67 de la Carta Magna Ecuatoriana. Así pues no es que se protege a las personas heterosexuales pues sus derechos no se verían afectados cuando se concretice la legalización del matrimonio igualitario, tampoco se protege a la familia pues se reconocen los diferentes tipos de familia.

Entonces lo que protege es al matrimonio como figura netamente legal, dando al derecho dinámico un estatus de derecho estático pues formularia la tesis de que las figuras normativas son axiomas jurídicos que establecen verdades absolutas a las cuales deben someterse las sociedades, dicho de otra forma que las normas crean sociedades que deben adaptarse a sus postulados y no viceversa. En ese entorno el test de razonabilidad nos da la respuesta, en el sentido de que dicha exclusividad del matrimonio para heterosexuales no tiene soporte jurídico.

Más bien nos deja abierto el margen de reparar dicho margen bajo el postulado análogo, en el caso concreto que actualmente se trata, es decir extender el limitado concepto de matrimonio para todas las personas que se encuentren en edad núbil conforme lo establece el Código Civil, a fin de que este cubra además a parejas homosexuales.

Así se identificaría **fin válido e idoneidad**, del objeto que es el matrimonio igualitario, a través de la legitimidad del trato igualitario y no discriminatorio que da la Constitución de la República del Ecuador. La **necesidad** de la inclusión del matrimonio igualitario se presenta, pues no existe una figura jurídica que establezca las protecciones que da el matrimonio, para personas homosexuales. Con la inclusión del matrimonio igualitario no se vulnera ningún derecho para las personas heterosexuales. Sobre la **proporcionalidad**, en el punto anterior se señaló el discrimen del que constantemente fueron víctimas las personas homosexuales, únicamente sustentado en la discriminación en razón de la orientación sexual o en la identidad de género.

3.1.3. La Corte Constitucional y su papel en la Legalización del Matrimonio Igualitario

Si bien el presente punto parecería que debió ser abordado anteriormente, pues es papel de la Corte Constitucional realizar la interpretación de la constitución, se lo trata en éste punto para que toda vez que se ha identificado el problema jurídico y se ha llegado a determinar el tipo de interpretación constitucional que se debe realizar, concluyendo en que el problema jurídico antinómico no es total, sino relativo, en la relación y protección jurídica entre la familia homosexual y el matrimonio. En ése sentido la solución se presenta en la interpretación constitucional evolutiva o dinámica.

Además se debe recalcar notoriamente que el reconocimiento de este derecho no acarrea el desmedro de los derechos de personas heterosexual, ni tampoco resta importancia a la figura jurídica del matrimonio, sino que da mayor resalte al Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

En primer orden se debe señalar que las normas internacionales del derecho público protegen los derechos de las personas homosexuales así se plantearía que en reconocimiento a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 especialmente los artículos 1, 2, 6, 7, 8, 16 y 29; así como también a los artículos de la Constitución de la República, primordialmente el Art. 11 especialmente al numeral 2 y 3. Sobre el artículo 67 en el numeral segundo referirse que no existe clausula negativa o de exclusividad sobre el matrimonio para personas heterosexuales, sino que se debe extender dicho derecho a las personas homosexuales, por ello siendo competencia de la Asamblea Nacional el legislar a fin de no abrogarse funciones propias de la función legislativa y con el sentido de que no opere *legislación negativa*⁵⁶, como máximo órgano jurisdiccional en materia constitucional a nivel nacional conforme lo señala el Capítulo Segundo del Título IX, por ello señalar la obligación que tiene la Asamblea Nacional para que sea ella quien en un plazo razonable emita la norma que regule el matrimonio igualitario u homosexual y que en caso de no legislar dicha conducta o que ella no entre en vigor en dicho plazo razonable, se adopte de manera análoga la regulación vigente para el matrimonio heterosexual como se encuentra actualmente legislado.⁵⁷

⁵⁶ Se denomina legislación negativa cuando al interpretar una normativa la función judicial o en esfera constitucional se crea una norma que no está contemplada en el sistema jurídico de un Estado.

⁵⁷ En varios Estados las Cortes y Tribunales Constitucionales han establecido a través de sentencias judiciales en el sentido antes señalado, así por ejemplo la Corte Constitucional de la Nación de Colombia en sentencia exhortó al senado Colombiano para que en el plazo de un año emita la Ley que regule el matrimonio homosexual. Sudáfrica en el año 2005 a través de una sentencia del Tribunal Constitucional, dio a la legislatura el mismo plazo para que emita la ley que regule el matrimonio homosexual. En Estados Unidos de Norteamérica, se estableció en varios

3.2. El matrimonio Igualitario, como figura Jurídica dentro del derecho civil ecuatoriano.

Si bien la discusión sobre el matrimonio igualitario se presenta por aspectos sociológicos, es decir la coyuntura no nace a raíz de la Constitución de la República del Ecuador 2008, sino porque grupos GLBT y activistas en pro de los derechos de las personas homosexuales y parejas homosexuales al ver menoscabados sus derechos en los actuales tiempos, se han planteado el mayor reconocimiento de sus derecho en espera de minimizar la discriminación, la discusión en ése sentido se debe dar en un escenario esencialmente jurídico.

En ése sentido en los últimos quince años en varios países a nivel mundial se han presentado estos grupos exigiendo el reconocimiento de sus derechos como seres humanos, en esa línea se han presentado como actores sociales en demanda de sus derechos, es decir han dejado de ser observadores aislados que pretenden soluciones a sus pretensiones por parte de terceros. De la misma forma se presentan como un grupo social que existe y que no pretende estar oculto, o minimizado por no ser mayoría.

Actualmente se señala que la Constitución Política del Ecuador de 1998, permitía el matrimonio igualitario u homosexual en el Art. 37, que manifestaba:

“El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.”⁵⁸

La evolución de la sociedad ecuatoriana en aquel entonces no se encontraba en desarrollo social como el actual, por ello si en aquel entonces se hubiera pretendido o hablado de un tema como el matrimonio igualitario, la sociedad se hubiera manifestado en contra cosa que en la actualidad no se ha dado.

Toda vez que la coyuntura social es la idónea para un cambio de trascendencia legal como es la inclusión del matrimonio igualitario, se lo debe incluir en el sistema jurídico ecuatoriano, en el Código Civil, que es la norma que regula las relaciones civiles de las personas.

Estados, que no existía prohibición para que las personas homosexuales puedan contraer matrimonio, pero la Ley de Defensa del Matrimonio estableció posteriormente que dicho derecho era inconstitucional, sin embargo en varios Estados ha sido declarada como Inconstitucional. Así también en Canadá posterior a la creación de la ley que regula el matrimonio homosexual se demandó su inconstitucionalidad, empero la se sentenció inadmitiendo dicha demanda de inconstitucionalidad. En México por otro lado, si bien solamente se pueden realizar los matrimonios en México DF, a través de una sentencia de la Suprema Corte resolvió que se deben reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo en toda la Nación.

⁵⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998

Hay que resaltar que existen condiciones propias de las parejas heterosexuales que regula el Código Civil y que por lógica natural no asisten a las parejas homosexuales, lo que conduce necesariamente a incorporar instituciones propias para el matrimonio igualitario.

Así pues surte la necesidad de establecer qué normas del derecho civil atentan contra los derechos de los homosexuales, al establecer la constitucionalidad del matrimonio igualitario. Por ello en los puntos subsiguientes se tratará los derechos de las personas homosexuales una vez legalizado el matrimonio igualitario frente al Código Civil, para posteriormente presentar una posible normativa para que regule el matrimonio igualitario dentro del mismo cuerpo normativo.

3.2.1. El Código Civil Ecuatoriano, frente al Matrimonio Igualitario

En primer aspecto señalar que la justicia otorga a cada quien lo que le corresponde, en esa línea es preciso identificar la diferencia, y en base a esta diferencia, regular, procurando el mayor reconocimiento de los derechos. Por lo expuesto es indispensable que sea una figura diferente la que regule el matrimonio homosexual, es decir el matrimonio igualitario. Así pues en primer lugar se debe señalar que varios artículos que componen el actual Código Civil se presentan dicotómicos.

En ese sentido señalar que la forma como ha sido presentada la figura jurídica del matrimonio para hombre y mujer, no estaría acorde para el matrimonio igualitario por ello se debe inscribir un concepto y definición de matrimonio igualitario, que sea el que regule el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Una posible definición del matrimonio igualitario, que se podría incluir así en el Código Civil Ecuatoriano, es la siguiente:

Matrimonio igualitario.- es el derecho a través del cual dos personas del mismo sexo se unen a través de un contrato solemne con el fin de vivir juntas, auxiliarse mutuamente y constituir un vínculo familiar.

Así pues se debe señalar que por el hecho de ser personas del mismo sexo no pueden concebir o procrear, por ello señalar que se debe establecer que tampoco se puede establecer filiación por el hecho de ésta figura jurídica, es decir que el artículo 24 del Código Civil, que manifiesta que el hecho de ser concebida una persona dentro del vínculo matrimonial, será reconocido por dicha pareja. De la misma forma tampoco se podrá reconocer voluntariamente a un hijo de uno de ellos como si fuera de ambos. Siguiendo la misma línea el Art. 171 en el

numeral 5, al hablar de mantenimiento de descendientes comunes, no entraría en el caso ya que dicha pareja tampoco podría tener descendientes comunes.

De la misma forma los siguientes títulos del Libro Primero del Código Civil, Título VII que trata de los hijos concebidos dentro del matrimonio; Título VIII del reconocimiento voluntario de los hijos; no pueden ser incluidos con la legalización del matrimonio igualitario. Así mismo el Artículo 253, en el numeral 4 señala en el caso que el presunto padre o madre haya vivido en concubinato notorio en el periodo legal de concepción, ni tampoco cuando el supuesto padre ha participado en el sostenimiento y educación del hijo, o cuando ha actuado en condición de padre. Se deben señalar estos puntos para que no se establezca la filiación de éste modo antes de que se legalice las adopciones o los embarazos asistidos, en los cuales se faculte a las parejas homosexuales crear filiación a través de dichos mecanismos jurídicos y médicos.⁵⁹ Añadir que si bien en varios países actualmente se incluye la posibilidad de adopción y han señalado que el interés superior del niño, niña o adolescente no se encuentra vulnerado, sino protegido por proveerle de una familia, señalar que la sociedad ecuatoriana es una sociedad que avanza y que en ése proceso dentro de algunos años será capaz de asimilar éste derecho pero por el momento no lo es.

El Art. 135 del Código Civil que nos señala el plazo que debe esperar la viuda para contraer matrimonio, en ése sentido dicho artículo es inaplicable al matrimonio igualitario.

Hay que señalar que se hace absolutamente urgente reformas en el capo del derecho civil, no solo si es que se legalizará el matrimonio igualitario, sino con respecto a la edad en que los menores pueden emanciparse al contraer matrimonio, pues por un lado el Código de la Niñez y adolescencia establece mayores protecciones legales para los adolescentes, en virtud de su adolescencia. Si bien es cierto que en las últimas décadas en el Ecuador, cada vez son menos las personas que se emancipan a través de matrimonio, sin embargo de ello se debe establecer que el matrimonio no se uno de los mecanismos de emancipación, y que sea únicamente permitido para los mayores de edad.

Pues actualmente la edad para poder casarse sin que acarrea la nulidad seria de 12 años para las mujeres y 14 años para los hombres, pues el artículo 95 del Código Civil señala que será nulo el matrimonio de los impúberes, cabe señalar que en el periodo 2010, el 29 de septiembre se presentó un proyecto de ley en el cual se pretendía modificar las edades para

⁵⁹ En los países en los cuales es permitida la filiación a través de adopción o métodos asistidos para parejas homosexuales, si la pareja está conformada por dos hombres ellos tienen la calidad de padres y en el caso de las parejas lesbianas las dos mujeres tienen la calidad de madres.

contraer matrimonio a 16 años para las mujeres y 18 años para los hombres. Sin embargo el trato debe ser dado sin distinción del sexo es decir ambos en la misma edad 18 años.

3.2.2. El matrimonio Igualitario, y como debe ser tratado dentro del Código Civil

En el presente punto se formulará una propuesta de la forma en que se debe tratar la figura del matrimonio igualitario en la normativa civil ecuatoriana. Como se lo señaló en el punto precedente es de singular importancia marcar la diferencia en la que se encuentran los dos tipos de matrimonios, en ambos casos la figura debe velar por la mayor vigilia de los derechos humanos.

Una vez señalado ello, con respecto al artículo 81 en el cual se define al matrimonio como el *“contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.”*, del presente estudio se desprende que es necesario incluir una nueva definición para él, afectaría derechos, pero en varios casos tampoco cumple con los fines propuestos, en ese sentido es necesaria una reforma de dicho artículo:

Propuesta:

Art. 81. 1. Matrimonio.- es el derecho ejercido a través del cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntas, auxiliarse mutuamente y constituir un vínculo familiar.

Art. 81.1. Matrimonio igualitario.- es el derecho a través del cual dos personas del mismo sexo se unen a través de un contrato solemne con el fin de vivir juntas, auxiliarse mutuamente y constituir un vínculo familiar.

Siempre que se refiera a marido o mujer en ese sentido se entenderá que se trata de los conyugues.

Con respecto a la edad si bien el progresismo manifiesta mayor participación de los adolescentes dentro de la vida de un Estado, dicha participación se manifiesta con la lectura de protección y exigencia de sus derechos, así el desarrollo de un púber que contraiga matrimonio será minimizado por las responsabilidades de ambas personas, por ello es importante en base al interés superior del adolescente derogar parte del Art. 83 del Código Civil, en la parte que señala *“no podrán casarse sin el consentimiento expreso de quien ejerza la patria potestad, y a falta de tal persona, de los ascendientes de grado más próximo.”* y conservar *“Art. 83.- Los que no hubieren cumplido dieciocho años”*. Dicha reforma no afecta el desarrollo integral de los púberes, ni tampoco el ejercicio pleno de sus derechos manifestados tanto en la

Constitución de la República del Ecuador como en el Código de la Niñez y Adolescencia. Por la causa antes manifestada se deberían derogar en su totalidad los Art. 86, 87, 89. Siendo modificado el artículo antes señalado y derogados los presentes artículos, se deberá derogar además todos aquellos que tratan sobre el divorcio del menor de edad como son el 109,111 y 154.

Continuando en el mismo sentido se debe modificar el Art. 95 del Código Civil estableciendo que es nulo el matrimonio contraído por los menores de edad. Sobre la acción de nulidad de matrimonio, modificar el Art. 98, e incluir a quien ejerza la patria potestad del menor de edad. Por otro lado en el derecho sucesorio se debe incorporar una norma que regule la sucesión intestada y una regla para la sucesión testada, siempre que ellos no tuvieran sucesor, pues puede presentarse el caso en que una persona homosexual previo a contraer matrimonio igualitario haya tenido otro tipo de familia o haya procreado, en ese sentido siempre que tenga hijos se debe regir por las reglas que actualmente se presentan en el Código Civil con respecto a la sucesión intestada y testamentaria. Sin embargo si ninguno de los miembros del matrimonio igualitario tuviera hijos, debe formularse otra regla que proteja especialmente al cónyuge supérstite que por aspectos legales no se le permite adoptar ni tampoco recurrir a tratamientos médicos para concebir sus hijos. En el Art.123 del Código Civil que señala quienes son los llamados a suceder intestadamente se debe añadir al final.

Art. 1023.1.- Son llamados a la sucesión intestada los hijos del difunto, sus ascendientes, sus padres, sus hermanos, el cónyuge sobreviviente y el Estado.

Propuesta Art. 1023.2.- en los casos del matrimonio igualitario, siempre que el causante no tenga ascendientes, sucederá en el ciento por ciento el cónyuge supérstite.

Dicha normativa se debe establecer pues si la pareja constituida por matrimonio igualitario, se restringe el derecho a tener ascendientes por adopción homoparental o a través de asistencia médica, no es por razones estrictamente de su voluntad que no tienen ascendientes, por ello y con el fin de proteger el patrimonio de la pareja constituida por matrimonio igualitario deberá ser el supérstite el beneficiario. Por otro lado con respecto a la sucesión testamentaria se deben regir por las normas que prevé el Código Civil actualmente.

CONCLUSIONES

Se concluye que la legislación sustantiva civil ecuatoriana en lo referente a la regulación de nuevas conductas sociales ha corrido una suerte de abandono, que los cambios que se han dado en el Código Civil Ecuatoriano, han tardado mucho y han estado regulando con figuras jurídicas que no estaban acordes a los cambios sociales, lo que concluía con regulaciones contradictorias a los cambios normativos dados en otras normas. El Código Civil requiere cambios sustanciales a fin de prever que no se incrementen conflictos ni antinomias jurídicas.

Que el matrimonio es un derecho y que las personas homosexuales requieren y exigen ejercerlo a través de una figura jurídica como el matrimonio igualitario, que les provea de las mismas garantías que les da el matrimonio a las personas heterosexuales. La unión de hecho que actualmente es el régimen a través del cual las personas homosexuales pueden constituir familias no ofrecen la misma protección que lo hace el matrimonio. Primero que el matrimonio no necesita una convivencia previa para el reconocimiento de los derechos. Segundo al ser una figura legal de gran reconocimiento es amparada por varias otras legislaciones internacionales, que la reconocen sin previo juramento, lo que conduce indefectiblemente a considerar una figura de mayor protección legal en la constitución de familias para las personas homosexuales. Tercero la forma como se extingue el matrimonio presenta mayores exigencias por ello una figura de mayor protección tanto de la pareja como de la sociedad conyugal.

El no existir una figura jurídica que regule de forma legal y que no les de la facultad de elegir entre una sociedad de hecho y una amparada en el conglomerado legal que ofrece el matrimonio, sería una discriminación que atentaría contra tratados internacionales y contra la propia Constitución de la República Ecuatoriana, sobre el derecho a no ser discriminados en razón de la orientación sexual o de su identidad de género.

Que es responsabilidad de los legisladores realizar los cambios normativos que requiere una sociedad. Sin embargo de ello, la Asamblea Nacional ha hecho caso omiso a los requerimientos de los movimientos sociales que solicitan se incluya este derecho en el Código Civil, lo que ha conducido a que dichas personas presenten acciones constitucionales exigiendo el reconocimiento de sus derechos.

Que la Corte Constitucional Ecuatoriana, es la máxima autoridad para interpretar la Constitución, que luego del presente estudio se llega a determinar que no existe clausula negativa por el concepto dado en el segundo inciso del Art. 67 de la Constitución ecuatoriana, además señalar en este punto que la interpretación de dicho artículo se debe realizar con el método evolutivo o dinámico que se encuentra en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y

Control Constitucional en el Art. 3, numeral 4, que para ello se debe considerar la evolución del derecho en el Ecuador, así como la coyuntura social en la que el Estado ecuatoriano se encuentra.

Que la Corte no debe interpretar creando una regulación para el matrimonio homosexual, sino que debe exhortar a la Asamblea Nacional para que ella norme el matrimonio igualitario. Que de interpretar creando legislación, se entendería que opera legislación negativa, lo que en el entorno internacional plantearía minimizar el valor de la Asamblea Nacional. Que se debe establecer un plazo en el que la legislatura emita dicha normativa y que en caso de no hacerlo rija de manera ipso iure el matrimonio existente de manera análoga para el matrimonio igualitario.

También se debe señalar que si bien tanto el matrimonio, como el matrimonio igualitario son instituciones semejantes en aspectos generales, no lo son en sus constituyentes, por ello que dos instituciones diferentes deben tener dos denominaciones diferentes y que ello no se presenta como discriminación de ningún tipo, pues dicha diferencia necesita un trato diferente. Lo dicho no quiere decir que posteriormente no deban ser tratados por igual cuando la sociedad ecuatoriana pueda reconocer otros derechos como lo hacen Estados más avanzados en materia de igualdad de género y sexualidad como Holanda.

Además señalar que se debe modificar el Código Civil con los cambios señalados, es decir incluyendo la figura legal del matrimonio igualitario, pero además se debe establecer claramente una nueva edad para contraer matrimonio, a fin de proteger el interés superior de los adolescentes, que dicha modificación no atenta contra los derechos sexuales de los adolescentes.

Con respecto a la filiación, toda vez que no se ha tratado con detenimiento en este estudio se ha dejado al margen la capacidad de procreación asistida o la adopción, pues el autor cree que si bien las personas homosexuales tienen dicho derecho a ello, la sociedad ecuatoriana por el momento no se encuentra en la posibilidad de convivir con dicho hecho.

Con respecto a la sucesión intestada, que en caso de que el cónyuge causante no tuviera ascendientes de anteriores relaciones al vínculo creado a través de matrimonio igualitario, se debe proteger el patrimonio en el sentido que el cónyuge supérstite sea el beneficiario del ciento por ciento de los bienes. Lo dicho deviene de la lógica de que mal se puede plantear otro modo de sucesión pues, no se les permite grados de filiación homoparental como es la adopción ni tampoco la procreación asistida.

Señalar además que el presente estudio se realizó considerando la legislación internacional, la legislación interna, y especificando que el debate del matrimonio homosexual se debe plantear desde la academia, para puntualizar que no se realicen observaciones de índole canónica, o de personas que pretendan justificar la prohibición del matrimonio homosexual desde parámetros religiosos.

RECOMENDACIONES

Del estudio realizado, considerando la urgencia de una normativa que regule una unión formal y legal para las parejas homosexuales, con las mismas garantías que lo hace el matrimonio para los parejas heterosexuales, y considerando además que no hacerlo sería discriminar a dichas personas por razones de orientación sexual o identidad de género.

A través de la investigación realizada se evidencia que la Corte Constitucional debe interpretar el segundo inciso del Art. 67 de la Constitución Política del Ecuador, en lo referente al matrimonio igualitario debería hacerlo de oficio, o en atención a los acciones constitucionales propuestas ante la Corte Constitucional a petición de parte previo a que sean presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que no sean tramitados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello con el fin de que no se sancione al Estado Ecuatoriano por discriminación en razón de identidad de género u orientación sexual.

Por la misma razón que la Asamblea Nacional, regule el marco en el cual debe desarrollarse el matrimonio igualitario en el Ecuador, estableciendo parámetros de no discriminación para las personas homosexuales que deseen constituir una familia a través del matrimonio igualitario. En ese sentido que se debe realizar un análisis total de las normas que actualmente se encuentran vigentes en el Ecuador y que de cierto modo vulneran algún tipo de derechos.

Que la discusión sobre la inclusión del matrimonio no debe presentarse atendiendo principios de orden religioso, sino considerando aspectos doctrinarios y legales, examinando el derecho que posee este sector, atendiendo a criterios de no discriminación.

Que se debe realizar mayor capacitación a funcionarios del Registro Civil y a funcionarios públicos con respecto a derechos humanos y derecho constitucional a fin de que estos no vulneren derechos de las personas que exigen ser atendidos conforme a principios no discriminatorios. Así mismo realizar capacitaciones a los funcionarios de la función judicial, en materia de derechos humanos de suerte tal que ellos sean los funcionarios que promuevan un Estado de justicia judicial y constitucional, estableciendo que el Juez no es un mero observador en el proceso sino que es un actor en las causas puestas a su conocimiento.

Solo de este modo será posible que los derechos humanos y el derecho constitucional y los derechos y principios que allí se encuentra, tengan el carácter de dinámicos, contribuyendo de esta forma al establecimiento de un Estado de mayor avance y desarrollo, recalcando

siempre que la piedra angular en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia son los derechos y no las normas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alexi Robert, El concepto y la validez del derecho, Ed. Gedisa, S.A., Barcelona, 1994
2. Bilbeny Norbert, Consultorio Ético, 70 casos de conciencia en la sociedad de cambio, Ed. UOC, 2008
3. Bruno Bimbi, Matrimonio igualitario, Ed. Planeta, 2011
4. Cañameres Arribas Santiago, El matrimonio homosexual en derecho Español y comparado, Ed. IUSTEL. PORTAL DERECHO, S.A., 2007
5. Carbonell, Miguel; *Alexy, Robert*; Bernal, Carlos y otros, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ed. Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Quito Ecuador 2008.
6. Colmegna, Pablo Damián. Impacto de las Normas de Soft Law en el Desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año VI, Número 8, 2012, Ed. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, URL: www.derecho.uba.ar/revistagioja/, Buenos Aires 2012
7. Domínguez Andrés Gil, Fama María Victoria, Herrera Marisa, Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia: Ley 26,618, Ed. Ediar, 2010
8. Epstein Richard A., Of Same Sex Relationships and Affirmative Action: The Covert Libertarianism of the United States Supreme Court, Supreme Court Economic Review, Vol. 12, 2004
9. Figueroa Yáñez, Gonzalo. Aspillaga Vergara, María del Pilar. Montero Iglesias Marcelo. Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Tomo IX. Ed. Jurídico de Chile. Santiago de Chile, 1998.
10. Fernández Segado. Francisco, El sistema matrimonial español. Madrid. España 1992, p.234
11. Gregory B. Lewis, Lifting the Ban on Gays in the Civil Service: Federal Policy toward Gay and Lesbian Employees since the Cold War, Public Administration Review, Vol. 57, No. 5, 1997
12. Guastini. Riccardo, Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia, Año 2, N.º 08, agosto 2007, Lima (Pág. 631- 637)
13. Gutiérrez, María Alicia, comp.; Voces polifónicas: itinerarios de los géneros y las sexualidades, Familias comaternales: Antes y después del matrimonio igualitario, Ed. AR: Godot, Buenos Aires, 2011
14. Herrero Brasas Juan A., La sociedad Gay una invisible minoría, Ed. Foca, Madrid España 2001

15. Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960, 4a edición, 9a reimpresión: abril de 2009
16. Laufer b., Forschungen über gleichgeschlechtliche Liebe by Von F. Karsch-Haack, American Anthropologist, New Series, Vol. 9, No. 2, 1907
17. Lutzer. Erwin W., La Verdad Acerca del Matrimonio Homosexual, Ed. Portavoz, Michigan 2005
18. López Obando. Karina. Tesis de Maestría en Derecho Procesal, El Divorcio Notarial y la División de los Bienes Gananciales, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Quito Ecuador, 2008
19. Madrigal Terrazas Santiago, Ramón Lacadena Juan, Domínguez Morano Carlos. Sexo, sexualidad y bioética, Universidad Pontificia Comillas, Ed .R.B. Servicios Editoriales. , Madrid, 2008
20. Martín Sánchez, María, Matrimonio homosexual y Constitución. 1ª ed., Ed. Editorial Tirant Lo Blanch, S.L., España 2008
21. Martín Sánchez, María, Aproximación Histórica al tratamiento jurídico y social dado a la homosexualidad en Europa, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Ed. Estudios Constitucionales, Chile 2011.
22. Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo, , Consejo General Del Poder Judicial - Centro Documentación, 2006
23. Matthews J. Scott, The Political Foundations of Support for Same-Sex Marriage in Canada, Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique, Vol. 38, , No. 4, 2005
24. Mucciaroni Gary, Political Institutions and Lesbian and Gay Rights in the United States and Canada by Miriam Smith, Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique, Vol. 42, No. 4, 2009
25. Navas Navarro Susana y otros, Matrimonio Homosexual y Adopción, Ed. Reus S.A., Madrid 2006
26. Oliveira Felipe, Entre El No-Positivismo y El Positivismo Jurídico: Notas Sobre El Concepto de Derecho en Robert Alexy, Lecciones y Ensayos, nro. 88, 2010 Pág. 101-135
27. Pecheny Mario, Matrimonio igualitario: perspectivas sociales, políticas y jurídicas
28. Prada Jose Rafael, La homosexualidad: Perspectivas científicas y religiosas. Colección Hablemos de..., Ed. San Pablo. Bogotá Colombia, 2004
29. Ribo Nuria, Hillary Clinton Retorno a la Casa Blanca, Ed. Grupo Editorial Norma, Colombia, 2007

30. Rivera Sierra, Jairo, Montealegre Lynett, y otros; Anuario de derecho constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, CO: 2003
31. Roy, Alain, Las parejas de igual sexo en el derecho quebequense, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, AR:
32. Sgró Ruata María Candelaria, Volumen 4 de Religión, género y sexualidad, Ed. Católicas por el Derecho a Decidir, 2011
33. Sgró Ruata María Candelaria, Rabbia Hugo H, Losa Tomas, (Otros); El debate sobre matrimonio igualitario en Córdoba: actores, estrategias y discursos. S/E, S/F, Córdoba Argentina
34. Sherry Joseph, Gay and Lesbian Movement in India, Economic and Political Weekly, Vol. 31, No. 33, 1996
35. Ulloa López, Santiago, El MATRIMONIO HOMOSEXUAL en México: las disputas en torno a su legalización y los dilemas del reconocimiento, Quito: FLACSO-Sede Ecuador. 2012.
36. Constitución de la República del Ecuador 2008
37. Discriminación 1, Documentos relevantes en los ámbitos internacional y nacional para la erradicación de la discriminación y el racismo, Ministerio de Desarrollo Social, Montevideo, Uruguay, 2011
38. Guía del activista para usar los Principios de Yogyakarta, Ed. Hivos People unlimite, Gesellschaft für gemeinnütziges Privatkapital mbH, Thee Fund For Global Human Rights, Agosto de 2010.
39. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional
40. Principios De Yogyakarta, tras la celebración de una reunión de especialistas realizada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006, Publicación 2007, http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf
41. Religión, Matrimonio Y Derecho Ante El Siglo XXI, VV.AA., Ed. IUSTEL. Portal Derecho, S.A., 2013
42. <http://lema.rae.es/drae/?val=matrimonio>, Pagina Web Real Academia de la Lengua Española
43. <http://zur2.wordpress.com/2012/04/17/el-debate-sobre-matrimonio-igualitario-en-cordoba-actores-estrategias-y-discursos/>
44. http://cultura.elpais.com/cultura/2012/06/22/actualidad/1340358321_500053.html
45. <http://www.larousse.com.mx/Home/Diccionarios/matrimonio>
46. <http://www.ncsl.org/research/human-services/civil-unions-and-domestic-partnership-statutes.aspx>

47. <http://mexico.cnn.com/nacional/2013/02/14/df-y-quintana-roo-dan-el-si-al-matrimonio-gay>