



**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS**

Trabajo de fin de carrera titulado:

**"EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL ECUADOR. ANÁLISIS DEL  
CASO DE JOSÉ Y JACINTO"**

Realizado por:

**SAMANTHA ELIZABETH CLAVIJO M.**

Director del proyecto:

**Dr. Alexander Barahona**

Como requisito para la obtención del título de:

**ABOGADA**

Quito D.M., 14 de marzo del 2019

## **DEDICATORIA**

Dedico el presente trabajo de investigación a mis padres quienes me han apoyado en el transcurso de la carrera, siendo mi fuente de inspiración. Gracias por su esfuerzo y predisposición, así como por la confianza y el amor que me han dado durante estos años.

A mi hermana, Andrea, mi motivación para ser cada día mejor. Por ser la mejor compañera de vida.

A mi abuela, por sus sabios consejos entregados.

A mi familia y amigos.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por su amor y bendiciones que me han permitido culminar la carrera.

Agradezco a mi tutor de tesis, el Dr. Alexander Barahona, por la confianza depositada en mí para culminar con éxito este proyecto y por guiarme a través de la investigación con compromiso y dedicación.

Agradezco a la planta docente de la Universidad por aportar a mi crecimiento profesional y personal durante estos años compartidos.

## RESUMEN

La Constitución ecuatoriana presenta un paradigma en el que la protección de los derechos de la comunidad LGTBI no termina de concretarse. El matrimonio para parejas del mismo sexo se presenta como una figura jurídica que reivindica el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual como un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, el cual armoniza nuestra Constitución y permite el avance social. En este sentido esta investigación muestra la importancia de este derecho en el sistema jurídico nacional e internacional, y el mecanismo de interpretación para ser incorporado en la norma suprema, asimismo, presenta la evolución del concepto a la familia como un concepto social que debe adaptarse a la realidad y que no puede significar la restricción de derechos.

**Palabras Clave:** Familia, matrimonio igualitario, igualdad y no discriminación, dignidad humana, LGTBI, Opinión Consultiva

### Abstract

The Ecuadorian Constitution presents a paradigm in which the protection of the rights of the LGTBI community does not come to fruition. Marriage for same-sex couples is presented as a legal figure that claims the right to equality and non-discrimination based on sexual orientation as a guiding principle of our legal system, which harmonizes our Constitution and allows social progress. In this sense, this research shows the importance of this right in the national and international legal system, and the interpretation mechanism to be incorporated in the supreme norm, also presents the evolution of the concept of the family as a social concept that must be adapted to the reality and that can not mean the restriction of rights.

**Keywords:** Family, equal marriage, equality and non-discrimination, human dignity, LGTBI, Advisory Opinion

## Índice

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
Introducción.....	6
Capítulo I.....	8
Igualdad y no discriminación .....	8
1.1 El derecho a la igualdad y no discriminación.....	8
1.2 El derecho a la igualdad y no discriminación por identidad de género u orientación sexual.....	14
1.3 El matrimonio.- Antecedentes históricos y evolución.....	17
1.4 La igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de la CORTE IDH. ....	21
1.4.1 Opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	25
Capítulo II .....	31
Contexto social y jurídico de los derechos del grupo LGTBI .....	31
2.1 Breve reseña histórica de los derechos de la comunidad LGBT a nivel global. ..	32
2.2 Contexto jurídico de los derechos de las personas LGTBI en el Ecuador.....	36
2.3 Fundamentos constitucionales del matrimonio igualitario en Ecuador y efectos de la opinión consultiva 24 en la interpretación constitucional. ....	42
Capítulo III.....	46
Análisis del caso de José y Jacinto.....	46
3.1. Protección de los derechos constitucionales en la sentencia de primera instancia de José y Jacinto.....	47
3.2. Argumentos sustanciales sentencia segunda instancia .....	56
3.3 Contraste sentencia segunda instancia con ordenamiento jurídico aplicable .....	61
Conclusiones .....	64
Recomendaciones.....	66
Referencias bibliográficas .....	67

## Introducción

A lo largo de la historia, la comunidad LGTBI ha sido objeto de discriminación y maltrato en el país y en el mundo entero. Desde los años 60's y 70's en el Ecuador se llevaron a cabo varios pequeños avances que desembocarían en la despenalización de la homosexualidad en 1997. Sin embargo, hasta el 2018 no se ha podido concretar la igualdad material que asegure el goce de los derechos de las personas LGTBI, aun cuando la Constitución de 2008 se erige como la más garantista en la historia del Ecuador pero que presenta obstáculos al momento de aplicarla en la vida cotidiana para hacer valer los derechos que ella contiene.

En este contexto, el derecho a la igualdad y la cláusula de no discriminación se erigen en el pilar fundamental alrededor del cual se construye una interpretación integral del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana que aborda las figuras de la familia y el matrimonio. Así, el primer capítulo de esta investigación presenta al lector el marco normativo que contempla a la igualdad y no discriminación por orientación sexual como principio y como norma de obligatorio cumplimiento por ser parte del *ius cogens*. En el mismo capítulo se muestra la evolución histórica del concepto del término matrimonio y familia, siendo que en la actualidad existe un consenso internacional de protección e inclusión de todos los tipos de familias en aras de proteger el derecho a la igualdad, a la dignidad humana y la libertad de las personas LGTBI.

Por otra parte, es importante destacar que las personas LGTBI han tenido que pasar por un largo proceso de reivindicación de derechos que no termina de concretarse hasta la fecha. En el segundo capítulo se pretende mostrar la historia de reivindicación de derechos de esta comunidad tanto a nivel internacional como nacional para culminar estableciendo cuál es la situación actual de sus derechos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como, presentar los fundamentos constitucionales para dar cabida al matrimonio igualitario en el Ecuador en aras de proteger integralmente el derecho a la igualdad y no discriminación aplicando una interpretación progresiva de la Constitución con inclusión de disposiciones de instrumentos internacionales que favorecen los derechos de las parejas del mismo sexo.

Finalmente, para mejor entendimiento del reto que tiene el Estado ecuatoriano de afianzar las garantías de protección de derechos constitucionales presento a continuación el ejemplo de José y Jacinto, quienes en aplicación directa de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, solicitaron la celebración e inscripción de su matrimonio, recibiendo la

negativa del Registro Civil del Azuay. Ante la negativa de su petición, José y Jacinto acudieron a las esferas de la justicia en búsqueda del reconocimiento de su derecho a formar una familia matrimonial a la luz del principio a la igualdad y no discriminación, viendo tutelados sus derechos en sentencia de primera instancia, misma que fue revocada por los jueces provinciales del Azuay quienes dejaron en completa indefensión a los actores.

Es así como esta investigación pretende mostrar las herramientas constitucionales para hablar del matrimonio igualitario en una sociedad democrática bajo el reconocimiento del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia respetuoso de la pluralidad y diversidad de su sociedad y sobretodo respetuoso de los derechos consagrados en la norma suprema.

## **Capítulo I**

### **Igualdad y no discriminación**

El presente capítulo abordará el derecho a la igualdad y no discriminación desde al ámbito nacional e internacional, con definiciones y aclaraciones otorgadas por los máximos órganos de interpretación de tratados, todo ello, a la luz de la orientación sexual. Partiendo de que el matrimonio es una institución jurídica de orden contractual, el acceso al mismo debe darse en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos independientemente de su orientación sexual, considerando que éste es un derecho y principio que atraviesa la Constitución ecuatoriana de manera transversal.

Presentaré un breve resumen de los principales fallos de diferentes órganos internacionales que han marcado el inicio de una justicia respetuosa de los derechos de las personas LGTBI, y cómo el concepto de familia ha ido evolucionando conforme la sociedad lo ha hecho. Tanto en el Ecuador como en Colombia, por ejemplo, la reivindicación de los derechos de las personas LGTBI se han dado en el marco de la justicia, pues han sido los órganos judiciales internos y/o internacionales quienes, a la luz del principio de igualdad y no discriminación, han dado paso a una interpretación progresiva que asegure el libre acceso de todas las personas LGTBI a sus derechos que como ciudadanos les corresponde.

Por otro lado, este apartado presentará la evolución histórica de la definición del matrimonio y cómo la procreación ha tenido que ser replanteada pues ha dejado de ser uno de los fines principales de esta institución jurídica, sin que ello haya significado el libre acceso a esta institución por parte de las personas con una orientación sexual distinta a la establecida por el sistema heteronormativo. Asimismo, pretendo demostrar que la posición tradicionalista del matrimonio no ha sido duradera a través de la historia y que por lo mismo no existen argumentos suficientes que impidan evolucionar hacia una nueva definición de matrimonio.

#### **1.1 El derecho a la igualdad y no discriminación.**

La igualdad y no discriminación es un derecho y un principio recogido en la Constitución del Ecuador. En este sentido, este derecho no sólo que es justiciable por sí mismo, sino que además permite una lectura integral de los derechos constitucionales a

través de un contraste entre ellos, por ejemplo el derecho a la seguridad social con el enfoque de igualdad, el derecho a la salud y el derecho a la educación superior desde la perspectiva de igualdad y no discriminación.

Este ejercicio de relación de un derecho con un principio para encontrar la base de una posible discriminación toma el nombre de interseccionalidad<sup>1</sup>, (Inmujeres, 2009) comúnmente usada por operadores de justicia y que permite apreciar una vulneración de derechos constitucionales en todas sus dimensiones. Aunque éste enfoque ha sido utilizado desde el ámbito del feminismo, es una herramienta que permite evidenciar una realidad compleja en la que, las relaciones de poder impuestas por el sistema heteronormativo, han facilitado discriminación y violencia hacia las personas con distinta identidad sexual y orientación sexual.

Desde la doctrina y la jurisprudencia nacional<sup>2</sup> e internacional se han reconocido dos dimensiones que ostenta la igualdad: la igualdad formal y la igualdad material.

La igualdad formal, permite la protección de este derecho reconociéndolo y recogiendo en un cuerpo normativo, buscando cumplir con la legalidad de la norma, es decir, reconociendo la igualdad ante la ley, que no es más que reconocer el mismo status político-jurídico a todas las personas. La Corte Constitucional de Ecuador, en la sentencia 122-16-SEP-CC ha expresado al respecto de la dimensión formal de este derecho lo siguiente:

La dimensión formal, se expresa por la misma Constitución en su artículo 11 número 2, primer inciso, cuando lo define como un principio de aplicación, en el siguiente enunciado: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. De acuerdo con la Norma Fundamental, entonces, la igualdad formal implica un trato idéntico a sujetos -individuales o colectivos- que se hallan en la misma situación.

La igualdad formal tiene una estrecha relación con el principio de legalidad, y fue constituido desde el siglo XVIII en contraposición al poder de las monarquías absolutas, por el cual el Estado podía interferir en la vida privada de los ciudadanos únicamente en virtud de una "ley general" aplicada por igual a todos. Esta igualdad ante la ley implica que cuando una norma realiza distinción o clasificación entre personas, ésta norma debe

---

<sup>1</sup> Concepto creado por la Abogada Kimberlé Crenshaw, a través del cual se evidencian distintas posibles formas de inequidad dadas en virtud de varios componentes y que no pueden ser apreciados mediante los métodos convencionales de análisis de las categorías sospechosas. Véase: <https://www.youtube.com/watch?v=ViDtnfQ9FHc>

<sup>2</sup> Véase por ejemplo, Sentencia 122-16-SEP-CC Corte Constitucional de Ecuador, 20 de abril 2016 pg. 13

cumplir con un test de proporcionalidad, forzando a que la misma sea objetiva y razonable (González & Parra, 2008).

Por otro lado, encontramos a la igualdad material o de resultado, la cual implica que se dicten normas no discriminatorias y también tomar medidas que aseguren que esas leyes se cumplan. Un ejemplo clásico de igualdad material son las acciones positivas a favor de determinado grupo que históricamente fueron discriminados y que por lo mismo, requieren de intervención del Estado.

Por lo expuesto, debe recordarse que no toda diferencia de trato constituye discriminación, ya que ésta última se concreta cuando el trato no se encuentra fundado en fines legítimos o proporcionales (Carmona, 1994). Así lo ha determinado el Comité de Derechos Humanos en el caso *Müller y Engelhard contra Namibia* estableciendo que cuando un Estado realice actos diferenciados entre personas basados en categorías sospechosas de discriminación, deberá fundamentar de manera completa y con argumentos sólidos el porqué de su diferenciación.

Continuando con la segunda dimensión del principio de igualdad, la Corte Constitucional de Ecuador en la sentencia (122-16-SEP-CC) estableció que la dimensión material de este derecho se entiende en los siguientes términos:

La dimensión material, en cambio, la enuncia la Constitución en el tercer inciso del número 2 del artículo 11, al señalar: 'El Estado adoptará medidas de acción afirmativas que promuevan la igualdad real a favor de todos los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. Esta dimensión del derecho supone en cambio que los sujetos se hallen en condiciones diferentes, por lo que requieran un trato distinto, que permita equiparar el status de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos.

Esta dimensión impone dos deberes primordiales al Estado, uno de acción y otro de omisión.

La primera en referencia a reparar, a proteger y asegurar que terceros no impidan el goce de los derechos de quienes se encuentran bajo este marco de protección, así como brindar las garantías necesarias para su ejercicio a través de leyes y políticas públicas, pero también involucra el deber de abstenerse a ejercer actos violatorios de los derechos (González & Parra, 2008).

La Corte Interamericana desde su incipiente jurisprudencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988) determinó que los Estados tienen 2 deberes primordiales en relación a los derechos de sus ciudadanos. El primero al que hace referencia es el respeto, definiéndola como: "la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea

su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención" (Gros Espiell, 1991).

La segunda obligación a la que hace referencia la Corte Interamericana en la citada sentencia (Velásquez Rodríguez vs Honduras) es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos. Como parte de esta obligación, los Estados se ven en la necesidad de prevenir, investigar y sancionar todo acto vulnerador, procurando la reparación del mismo y, si es posible, la restauración del derecho. En conclusión, al respecto de la igualdad la Corte ha determinado que:

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, párr. 167).

Finalmente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha separado estos deberes primordiales del estado en 3 enfoques: el primero se refiere al *respeto* lo cual implica la abstención del Estado de violar los derechos, el segundo se refiere a la *protección* que se trata de impedir la vulneración por parte de funcionarios o terceros y por último la *realización* que sugiere adoptar las medidas que garanticen el real ejercicio de los derechos por parte de todos los ciudadanos (ACNUDH, s. f.).

Por otra parte, Ferrajoli nos presenta 4 formas de entender desde el plano jurídico a las diferencias e igualdades. Según el autor, el paradigma hobbesiano se presenta como una *indiferencia jurídica de las diferencias*, es decir que éstas no son ni protegidas ni violentadas, simplemente existen pero se las ignora. La segunda forma es la *diferenciación jurídica de las diferencias*, según la cual ciertas diferencias valorizadas como por ejemplo el sexo, posición social y económica, raza, etc., configuran un status privilegiado generadora de derechos y poderes, y que por lo mismo, quienes no se encuentren en ese status serán objeto de discriminación por sus diferencias desvalorizadas.

La tercera postura, denominada *homologación jurídica de las diferencias*, pretende universalizar la igualdad de manera neutral y abstracta, es decir, lo que pretende es anular las diferencias para lograr una unificación de características en las que las diferencias sean ignoradas y/o reprimidas.

La cuarta y última forma de abordar jurídicamente las diferencias es la *igual valoración jurídica de las diferencias*, el cual no se presenta como tolerante a las diferencias, ni tampoco privilegia alguna en particular sino que reconoce todas las diferencias y las valoriza en virtud de la identidad de cada persona. Ferrajoli indica que la identidad de cada persona está dada por sus diferencias, por su diversidad y que en el marco de esta diversidad, no haya cabida a tratos diferenciados injustificables por parte del Estado y así se estaría asegurando el derecho a la igualdad material; así se configura a la igualdad en los derechos fundamentales como la protección a la propia identidad y diferencias de cada uno (Ferrajoli, 2010).

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterada jurisprudencia, por ejemplo, en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, entiende que la igualdad se desprende directamente del género humano, mediante la cual no es posible que un grupo de personas, por considerarse superiores, sean tratadas de manera privilegiada en referencia a determinada situación, o por el contrario, que a un grupo de personas, considerándolos inferiores, se los trate de manera distinta en detrimento de sus derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.

Ahora bien, en cuanto al principio de igualdad y no discriminación, se entiende que este derecho se constituye como característica primordial de la dignidad humana, cuya violación implica poner en riesgo el goce de los demás derechos y libertades que posee un ser humano por el hecho de serlo. La Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia T-881 de 2002, estableció que la dignidad humana comprende 3 dimensiones:

1. Autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y determinarse según sus características. (vivir como quiera).
2. Condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien)
3. Intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad móvil (vivir sin humillaciones).

Desde esta perspectiva, la libre determinación implica respetar y proteger los diferentes tipos de vínculos creados por los particulares, también implica permitir que la persona opte libremente por vivir su sexualidad en pareja sin importar si ésta es heterosexual u homosexual. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 24 (en lo sucesivo OC 24/17) entiende que el principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital (párr. 90).

Este derecho es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se construye una sociedad de derechos, democrática, de participación e inclusión. La Constitución la define de la siguiente forma en su artículo 11 numeral 2:

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, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

En virtud de este enunciado, el constituyente construyó el precepto determinando 19 categorías por las que una persona puede ser objeto de discriminación y dejando abierta la posibilidad de encontrar cualquier otra categoría o distinción que pueda llevar a un trato diferenciado sin justificación razonable entre personas. Roberto Saba (2016) explica que la facultad que tiene el Estado de tratar a las personas de una forma distinta tiene que estar fundamentada en acciones positivas a favor de aquellos grupos históricamente marginados y excluidos.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N° 28, determinó que este principio constituye norma del *ius cogens*<sup>3</sup> y dice:

“el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (párr. 7).

La identificación de estos supuestos ilustrativos por los que una persona podría ser discriminada responde al término “categoría sospechosa”, y se basa en el listado de valoraciones por los que una persona podría ser objeto de discriminación. Este listado

---

<sup>3</sup> De acuerdo al artículo 53 de la Convención de Viena, una norma de *ius cogens* es: “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de naciones como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por otra norma ulterior de derecho internacional general posterior que tenga el mismo carácter”

incluye la orientación sexual y la identidad de género como elementos que no deben ser usados para la distinción y trato diferenciado entre personas y que las prive de ejercitar determinados derechos. La diversidad de valoraciones plasmada por el constituyente, tiene estrecha relación con el bagaje histórico, social y cultural de la población a lo largo de la historia. Es así como, de acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia (Corte Constitucional, 1998), una categoría sospechosa se determina en virtud de lo siguiente:

- Son rasgos permanentes e inherentes de las personas.
- Categorías históricamente sometidas a subvaloración cultural.
- No constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales.

Por lo expuesto, las categorías sospechosas permiten una valoración por parte de los operadores de justicia acerca de la presencia de una interseccionalidad, misma que evidencia que uno o más categorías están siendo usadas para vulnerar derechos constitucionales o derechos humanos (Inmujeres, 2009). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que este listado de categorías contenidas en la Declaración, o en la Convención Americana en ninguna circunstancia es taxativo, sino meramente ilustrativo, incluyendo a la orientación sexual e identidad de género como caracteres protegidos por el sistema universal de DDHH (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

## **1.2 El derecho a la igualdad y no discriminación por identidad de género u orientación sexual**

Desde una perspectiva jurídica, se entiende al género como el conjunto de características culturales específicas asignadas a cada uno de los sexos y las relaciones entre ellos. Es una construcción de identidades diferenciadas en la cual la sociedad impone a un hombre y una mujer determinadas creencias, sentimientos, conductas, funciones, tareas, actitudes, responsabilidades, roles y valores (Staff, 2000).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 24/17 estableció que los aspectos de la personalidad que se encuentran vinculados al derecho a la identidad de género, se traducen en expresar libremente su

forma de ser, pensar, vestirse, etc., de acuerdo a sus más íntimas convicciones sin que por ello el Estado o terceros deban impedir este derecho.

El derecho al reconocimiento efectivo de la identidad de género está relacionado con el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, enunciado en el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, posteriormente establecido en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y también presente en otros tratados universales e instrumentos regionales de Derechos Humanos (Madrigal, 2018).

Como se ha mencionado al principio de este capítulo, las personas LGTBI han sido sujetos de discriminación, persecución y violencia en el Ecuador y en el mundo durante mucho tiempo. La discriminación se ha presentado en variadas formas, como por ejemplo impedir que éstos accedan al trabajo, a la vivienda, a un servicio de salud, entre otros, así como también negar el acceso a ciertas figuras jurídicas como el matrimonio, la adopción, cambio de información en la cédula de ciudadanía.

Hasta 1981 las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo se encontraban penalizadas en Europa, fundadas en que el Estado podía y debía intervenir en la vida privada de las personas para proteger y conservar su salud y moralidad. No es sino a través del caso *Dudgeon c. Reino Unido* que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que la injerencia de un Estado democrático en la vida personal de las personas es injustificable.

El origen de esta discriminación viene dada en razón de un cúmulo de estereotipos impuestos por la sociedad, generalizando comportamientos para determinados grupos y generalizando el rechazo para lo diferente. De acuerdo a Robyn Quin, estereotipo es “*una imagen convencional que se ha acuñado para un grupo de gente, es decir, la forma habitual en que se suele presentar a un grupo de personas*” (Barrie McMahon, 1997). Por otra parte, los estereotipos, al ser construcciones sociales imponen deberes y comportamientos a las personas; por lo tanto, para que una persona sea considerada como homosexual debe encuadrar en el perfil de “amanerado” o “machona o masculinizada”, caso contrario estaríamos frente a una persona heterosexual, es decir, la homosexualidad rompe con ese rol convenido y habitual asignado a un hombre y a una mujer (García del Salto, 2016).

Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos en la comunicación 941/2000, determinó que si bien no era específica la discriminación por orientación sexual invocada por el peticionario, quien alegaba discriminación por cuanto al solicitar una pensión en

calidad de persona a cargo de un veterano, ésta le fue negada en virtud de que la ley establecía que este beneficio era “miembro de una pareja” y que éste requisito hacía alusión a una pareja heterosexual capaz de contraer matrimonio y que por lo tanto, la pensión estaba únicamente condicionada a parejas de diferente sexo (Comité de Derechos Humanos, 2003). Es así como a través de esta comunicación se tuteló y reconoció el derecho de las parejas homosexuales como fundantes de la no discriminación por causa de la orientación sexual, así como también se reconoció que la igualdad de derechos de las parejas homosexuales se encuentra dentro del marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (pág. 16).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *X e Y c. Reino Unido (1981)* consideró en que la relación de una pareja homosexual no se encontraba bajo el ámbito de protección de la esfera familiar recogida por el CEDH. Este mismo razonamiento fue utilizado en las declaraciones de inadmisibilidad adoptadas por la Comisión y el Tribunal en casos similares durante los años ochenta y noventa.

Por lo mencionado anteriormente, el concepto de familia a través de la jurisprudencia de varios órganos internacionales se ha definido de manera ambigua. Al estar generalmente excluidas del derecho a contraer matrimonio, las personas homosexuales únicamente pueden aspirar a tener el mismo reconocimiento que las parejas heterosexuales no casadas (Manzano, 2012).

En el año 2008, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la resolución A/63/635 en la cual se hace promoción de los Derechos Humanos y su respeto por todos los Estados suscriptores, entre los que constaba Ecuador; todo ello en un contexto de preocupación general por la reiterativa situación de discriminación sometida a las personas LGTB.

Ya para el 2012, el Tribunal Europeo en el caso *Schalk y Kopf c. Austria*, reconoció que la Convención Europea debe ser interpretada de manera progresiva y considerando las condiciones actuales, todo ello bajo el principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual, permitiendo que las parejas homosexuales gocen de los mismos derechos contenidos en la Convención (párr.46-47).

Todo lo mencionado deja en evidencia la preocupación internacional por erradicar la discriminación por orientación sexual, exhortando a los Estados de abstenerse de realizar actos diferenciados entre personas heterosexuales y personas LGTBI sin razones ni fundamentos sólidos que justifiquen dicha distinción.

Finalmente, debe mencionarse que aunque la familia no se reduce exclusivamente al matrimonio, éste ha jugado un papel importante en la construcción histórica y social de cómo se concibe a la familia, por lo que es importante mencionar los avances y desarrollo de este concepto a través de los años.

### **1.3 El matrimonio.- Antecedentes históricos y evolución**

Como ya se mencionó, el término “familia” no se limita exclusivamente a la existencia de un matrimonio. La experiencia nos ha demostrado que se han conformado familias fuera del ideal de una pareja heterosexual como por ejemplo las familias monoparentales. Es decir, la familia es una construcción social, cuyo significado se determina en virtud de la realidad, de la necesidad y de la conquista de derechos. Tal como lo menciona Rodríguez (2001), “hablar de familia es, ciertamente, hablar de evolución; la familia es una de las figuras sociológica y jurídicamente más versátiles e idiosincráticas de la historia de la humanidad” (pág. 69).

Una vez que el ser humano abandonó la vida nómada y se asentó para iniciar las formas más primitivas de comunidad y familia como el clan, la tribu, etc. Es así entonces como el apareamiento entre hombre y mujer deja de ser un hecho circunstancial, sino que éste representa el inicio de una estabilidad entre la pareja que busca satisfacer necesidades comunes y apoyo mutuo. A todo lo expuesto, también hay que agregar el hecho de que el matrimonio surte efectos jurídicos en otras ramas del Derecho, por ejemplo en el derecho sucesorio, penal, civil, seguridad social, entre otros.

Etimológicamente, la palabra matrimonio proviene de la expresión "matrimonium", compuesta por *matris*, que significa madre, y *monium*, que significa cargas, por lo tanto la expresión matrimonio significa las cargas de la madre, lógicamente haciendo referencia a la procreación dentro del matrimonio (Escobar, 2015). Mucho se ha dicho acerca de esta definición, considerando que la misma pone un especial énfasis en el rol que juega la mujer dentro del matrimonio, o como Tomás Aquino quien sostenía que se refería a la protección y defensa de la madre en el vínculo matrimonial. Sin embargo, no es objeto de esta investigación abordar el matrimonio desde esta perspectiva, pues esta definición exclusivamente hace referencia al carácter reproductivo de la pareja.

Para presentar la evolución histórica del matrimonio, es necesario mencionar que aún en nuestros días su definición depende de cada legislación, de la realidad social y de

la forma en la que cada Estado ha abordado el tema; y que por lo mismo, es muy complicado precisar fechas o periodos exactos para marcar la vigencia de cada definición del término. Aun así es válido mencionar que el matrimonio ha pasado por varias etapas, como la promiscuidad en la que no se contaba con un concepto de familia y a la mujer se le imponía el cuidado de los hijos. Posteriormente se encuentra la etapa del matriarcado, en la cual la necesidad de aparearse con mujeres de otras tribus, llevó a los hombres a regirse bajo una estructura matriarcal pues se determinaba la filiación en función de la madre (Escobar, 2015).

Tras esta etapa, viene el patriarcado, mismo que inició con el matrimonio a través del rapto del hombre a la mujer, constituyéndose como elemento indispensable la propiedad de éste sobre aquella. En esta época el hombre jugaba un rol sumamente preponderante en donde tenía el control de lo público y lo privado, y en el que consideraba a la mujer como propiedad de éste, así como sus hijos. En el patriarcado era el hombre el generador de derecho, el cual imponía normas en la sociedad y en virtud del cual se concebía al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, considerando, lógicamente el poder del primero sobre la segunda.

De acuerdo a Alda Facio y Lorena Fries, “el patriarcado es un sistema histórico de dominación de lo masculino a lo femenino en el que subordina y se priva a quienes se les atribuye características femeninas del acceso al ejercicio de derechos” (Ávila, 2012), a lo que debe agregarse, que el enfoque heterosexual era considerado como el presupuesto natural de la orientación sexual, excluyendo realidades diversas (Barahona, 2015b).

En Roma la definición de matrimonio toma otros tintes, pues aunque lo sigue definiendo como la unión entre un hombre y una mujer, esta unión implicaba igualdad de condiciones y comunidad de derechos. Para los romanos, el matrimonio era un hecho social que se componía de un elemento objetivo y subjetivo. El primero se refiere a la convivencia marital y el segundo el *affectio maritalis*, mismo que hace alusión a ese ánimo de cooperación, auxilio y su voluntad de mantenerse juntos como hombre y mujer. Asimismo, ha de mencionarse que el matrimonio en el Derecho Romano era únicamente accesible para los libres, mientras que los esclavos celebraban un contubernio, figura jurídica que se instituía con las mismas reglas propias del matrimonio (Escobar, 2015).

Respecto de cómo se entendía el matrimonio en Roma, el autor Pacchioni (1992) menciona lo siguiente:

“(…) para nosotros, los modernos, el matrimonio es una relación jurídica que nace de un contrato, es decir, del consentimiento de las partes de quererse como marido y mujer. Para los romanos, en cambio, era simplemente un hecho jurídico: una relación social productora de consecuencias jurídicas: era la convivencia de un hombre con una mujer, animada por la *affectio maritalis*. Para los modernos, se concluye, y a la verdad, con formas solemnes (civiles o religiosas); para los romanos se constituía, o, por así decirlo, se lo convivía. Para los modernos es ordinario indisoluble; para los romanos ni siquiera se puede decir, con todo rigor, que fuese disoluble, precisamente porque no era una relación jurídica, sino solamente una relación de hecho determinada por la convivencia y por la *affectio maritalis*”

Por su parte, en los pueblos prehispánicos, la cultura azteca concebía 3 tipos de matrimonio: definitivo, provisional y concubinato. El matrimonio definitivo llevaba consigo una ceremonia, y el traslado de la mujer a la familia de su esposo. El matrimonio provisional se presentaba cuando la mujer quedaba embarazada, situación en la que los padres de ésta obligaban al padre a contraer nupcias. Finalmente, el concubinato se trataba de una situación completamente informal y mal vista por la cultura azteca, mediante la cual la pareja se disponía a convivir juntos con fama pública de casados (Escobar, 2015).

Con esta parte podemos concluir el periodo primitivo del matrimonio para entrar al periodo del Cristianismo, mismo que tuvo gran preponderancia en los ordenamientos jurídicos de la región, imponiendo su concepción desde el plano religioso y jurídico, determinando que la familia es la unión matrimonial entre un hombre y una mujer mediando su consentimiento y con el fin de procrear. Durante el Siglo X la Iglesia reguló toda la materia del matrimonio e impuso la competencia de este a los tribunales eclesiásticos. De esta forma podemos mencionar que de acuerdo a este periodo el matrimonio es indisoluble, a diferencia de la concepción romana, en la que predomina la voluntad de los convivientes de permanecer juntos (Prada, s. f.).

La separación entre la Iglesia Católica e Inglaterra tuvo como resultado que con la influencia anglicana se dividió al matrimonio; por una parte como un sacramento regido bajo las reglas y autoridad de la iglesia de Inglaterra, y por otra parte como un contrato que se encuentra basada la jurisdicción laica (Prada, s. f.).

Por lo expuesto, con esta separación entre la Iglesia Católica y la Iglesia de Inglaterra, el matrimonio empieza a erigirse como una unión de carácter laico. Es así como la concepción moderna, es decir, la contractual del matrimonio nace en Holanda como un medio para regular la posición de los disidentes religiosos en la que los ministros tenían la facultad de celebrar el matrimonio con efectos jurídicos. En Inglaterra, a partir del año 1783, se intensifica la idea de que el Estado debe involucrarse más en la vida de

sus ciudadanos y que por lo mismo, éste debe regular en su totalidad al matrimonio. Es así como para el año 1791, la constitución francesa establecía en su contenido que “la ley no reconoce en el matrimonio más que un contrato civil” (Prada, s. f.).

Esta concepción del matrimonio como unión entre hombre y mujer fue consagrada por el código napoleónico y por lo mismo consagrado en constituciones de América Latina. En el Ecuador, la Constitución de 1979 reconocía en su artículo 22: “El matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en el principio de la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de ambos cónyuges.” Sin embargo, el Código Civil ecuatoriano, vigente desde 1861, indica en su artículo 81 que el matrimonio “es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrearse y auxiliarse mutuamente”. Como se desprende de estos conceptos, podemos concluir que el matrimonio se concebía como el núcleo de la familia, pues de éste se genera la descendencia bajo el cuidado de sus padres.

Finalmente, la última tendencia a nivel regional e internacional sobre el matrimonio es de entenderlo como una figura netamente jurídica de naturaleza civil contractual, por lo que es aplicable a cualquier persona, independientemente de su sexo, como la Corte Constitucional de Colombia lo entendió en la sentencia SU-214/16.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-075/2007, expresó que el concepto de la familia es una construcción sociológica que evoluciona conforme la sociedad se transforma y que por lo tanto, todos los modelos de familia deben evolucionar y adaptarse a esta realidad. Como lo menciona Blanca Rodríguez “hablar de familia es, ciertamente, hablar de evolución; la familia es una de las figuras sociológica y jurídicamente más versátiles e idiosincráticas de la historia de la humanidad”(Rodríguez, 2001).

Aunque el constituyente ecuatoriano amplió el ámbito de aplicación de la unión de hecho a parejas del mismo sexo, a diferencia de la constitución del 98, resulta contradictorio que el artículo 67 de la Constitución reconozca la familia en todos sus tipos y autorice el matrimonio únicamente entre hombres y mujeres.

En Colombia, la Corte Constitucional en la sentencia SU-214 del 2016, aprobó el matrimonio civil entre las parejas del mismo sexo. Para la Corte el no reconocimiento de este derecho a las parejas del mismo sexo lleva consigo implícita 4 consecuencias: primero, no se configura formalmente una familia con la unión de hecho; segundo, implica la no existencia de obligaciones como fidelidad y socorro; tercero, no se modifica el estado civil y cuarto no existe sociedad conyugal. Asimismo, la Corte determinó que:

El objetivo constitucionalmente perseguido por el matrimonio es constituir la familia, que es el núcleo fundamental de la sociedad, aspecto sobre el cual conviene precisar que los fines del matrimonio no son exclusivamente el desarrollo de la sexualidad o la procreación, sino en esencia la consolidación de lazos de voluntad o convivencia, que permiten conformar una familia.

Finalmente, la Corte concluyó que permitir la celebración del matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana y a conformar una familia, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género.

#### **1.4 La igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de la CORTE IDH.**

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, en adelante Convención, es un instrumento internacional que forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, misma que recoge derechos y obligaciones que deben ser respetados por los Estados signatarios del mismo cuerpo. Asimismo la Convención dio origen a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte, órgano jurisdiccional e interpretativo de la Convención ante la que se someten casos contenciosos por vulneración de derechos recogidos en este instrumento internacional por parte de los Estados signatarios, así como también es la encargada de crear desarrollos conceptuales e interpretativos sobre el alcance de los derechos contenidos en la Convención.

Este instrumento en su artículo 1.1., reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación en los siguientes términos:

**Artículo 1. 1.** Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, 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.

Como ya se ha mencionado, la Corte ha reconocido que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye un elemento inseparable de la dignidad humana para el cual es inadmisibles un trato distinto que no se base en un fin legítimo y justo, es decir, por fines arbitrarios que agraven la unidad y dignidad humana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1984). Asimismo, ya se ha mencionado en la Opinión Consultiva 28 determinó que este derecho constituye norma de *ius cogens*, así como la obligación de los Estados de eliminar de sus ordenamientos jurídicos toda norma o disposición que tenga por objeto un trato diferenciado a un grupo determinado sin que cumpla con un fin justo, razonable o proporcional.

De igual manera a través de la jurisprudencia la Corte ha desarrollado este derecho y lo ha aplicado en casos concretos sometidos a su competencia contenciosa. Uno de los casos más conocidos en los que la Corte abordó el tema de la discriminación por orientación sexual se presenta en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012). En esa ocasión la Corte conoció de la demanda propuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en contra de Chile por el trato discriminatorio e interferencia en la vida privada y familiar de 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. Al respecto la Corte determinó lo mencionado en párrafos anteriores respecto al derecho a la igualdad y la necesidad de que los Estados aseguren el cumplimiento de lo establecido en la Convención, haciendo hincapié en que bajo ningún contexto el listado de categorías estipuladas en el contenido de la Convención constituye un listado taxativo, sino que al contrario, es una cláusula abierta que permite la incorporación de nuevas categorías por las cuales pueden generarse tratos discriminatorios.

De la misma manera, la Corte resaltó que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerada como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido (párr. 92). La Corte entiende que es inaceptable esta posición pues la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de un grupo que ha sido históricamente estereotipada de forma negativa y que, como lo menciona el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, la comunidad LGTBI constituye una minoría sobre la cual es más difícil remover las barreras legislativas así como evitar repercusiones negativas en la interpretación de

normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia (Despouy, 2005).

En la misma línea, la Corte determina que no es aceptable que los Estados perpetúen tratos discriminatorios en razón de la intolerancia de la sociedad a ciertas condiciones como la orientación sexual, sino que al contrario tienen la obligación internacional de adoptar medidas que se contrapongan a manifestaciones intolerantes, cumpliendo y asegurando el goce de los derechos contenidos en la Convención (párr.119). En este contexto, es deber de los Estados ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos (párr. 120).

De igual manera en el párrafo 133 la Corte hace hincapié en el hecho de que el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas; razonamiento fundamentado en lo desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Laskey, Jaggard y Brown Vs. Reino Unido* (1997). Este mismo organismo ha desarrollado en mayor medida el derecho a la vida privada entendiendo que éste abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo<sup>158</sup>. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2002). En este sentido, señala la Corte en el caso *Atala Riffo* “la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” (párr. 136).

Finalmente, la Corte señala que el derecho a la no discriminación por orientación sexual incluye como derechos protegidos las conductas en el ejercicio de la homosexualidad, y las decisiones que las personas tomen en el marco de la auto-determinación reconocida a las mismas.

Otro caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que se aborda la igualdad y no discriminación por orientación sexual es el caso *Ángel Duque vs. Colombia* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016) en el cual se abordó la

responsabilidad de ese país por la exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una “pensión de sobrevivencia” tras la muerte de su pareja por tratarse de una pareja del mismo sexo, y por restringir el concepto de familia a un estereotipo heterosexual. En el presente caso la Corte, a más de desarrollar conceptos como los expuestos en el caso *Atala Rifo*, expone la importancia de la igualdad ante la ley contenida en la Convención. Así, mientras que el artículo 1.1 de este instrumento hace alusión a la obligación de los Estados parte de abstenerse a realizar tratos discriminatorios, el artículo 24 protege a la “igualdad formal o igual protección ante la ley”. Es decir, en relación a este artículo, la Convención no sólo prohíbe cualquier trato discriminatorio no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación (párr. 94).

En el mencionado caso, la Corte constató que la forma en la que la legislación interna de Colombia regulaba las relaciones maritales de hecho establecían una diferencia de trato por un lado entre las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión. Al respecto, la Corte recuerda que el Estado debe justificar un trato distinto para un grupo de personas bajo una finalidad justa, proporcional y razonable, caso contrario se constituye en un acto arbitrario y discriminatorio, llegando a la conclusión de que el caso puesto a su consideración Colombia no había logrado demostrar que esa diferenciación se basaba en una finalidad razonable (párr. 106).

Por otro lado, la Corte menciona sentencias de la Corte Suprema de la Nación de México en las que los jueces consideran impropio negar el acceso al matrimonio a parejas homosexuales que cuentan con las mismas condiciones que una pareja heterosexual. Asimismo, menciona la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C 336 de 2008 en la que se determinó que la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón de la orientación sexual de las personas, “implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana” (párr. 120).

En agosto del 2016, la Corte resolvió el caso *Flor Freire vs. Ecuador* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016), mismo que se puso a su consideración pues Homero Flor Freire fue separado de la Fuerza Armada ecuatoriana con base en el entonces vigente Reglamento de Disciplina Militar, específicamente, la norma que sancionaba con la separación del servicio los actos sexuales entre personas del mismo sexo. En las consideraciones de la Corte, ésta recoge todos los pronunciamientos ya mencionados

acerca de la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual, añadiendo el término “discriminación por percepción” misma que tiene por finalidad anular o impedir el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría (párr. 120).

Asimismo, la Corte cita el punto resolutivo 1 de la Resolución de Derechos Humanos, orientación sexual y expresión de género de la Asamblea General, cuando establece lo siguiente:

[L]a discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e insta[n] a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a eliminar, allí donde existan, las barreras que enfrentan las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGBTI) en el acceso a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada.

Con este razonamiento, la Corte termina declarando la responsabilidad de Ecuador por haberse constituido un acto discriminatorio en contra del señor Flor Freire pues se sancionaba de forma más severa los actos de homosexualismo dentro del Reglamento de Disciplina Militar.

De lo expuesto, podemos concluir que existe una línea jurisprudencial clara que mantiene este organismo internacional acerca de la prohibición de discriminación por orientación sexual, siendo que éste derecho se erige como una norma de *ius cogens*, que debe ser respetada por los Estados partes bajo el principio *pacta sunt servanda*, recordando la inaceptabilidad de que un Estado justifique un trato discriminatorio en su ordenamiento interno o falta de consenso social acerca del goce de derechos para el grupo LGTBI.

#### **1.4.1 Opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su calidad de órgano interpretativo y consultivo de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), se pronunció acerca de la consulta de Costa Rica en relación al alcance del derecho a la identidad de género, derecho a cambiar el nombre a partir de la identidad de género y sobre el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados del vínculo entre personas del mismo sexo, en virtud del contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte analiza el contexto y estado actual de los derechos de las personas LGTBI, presentando con preocupación informes del Consejo de Derechos Humanos, que ha identificado que son varias las formas de discriminación hacia los miembros de esta colectividad, siendo la más extrema la violencia física (Corte IDH, párr. 64).

Así, por ejemplo, el Relator Especial de la ONU sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes ha señalado que “la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos” (Méndez, 2013).

Por otra parte la Corte también hace referencia a la discriminación *oficial* a la que se enfrentan las personas LGTBI, misma que consiste en la existencia de leyes y políticas estatales que penalizan las prácticas homosexuales, que prohíben ciertas formas de empleo y niegan el acceso a determinados beneficios, como de discriminación *extraoficial*, en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios, incluso en el trabajo, el hogar, la escuela y las instituciones de atención de la salud<sup>4</sup>. La Corte en el párrafo 40 de la Opinión Consultiva menciona:

En el ámbito privado, estas personas típicamente sufren de discriminación en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios que permean en el ámbito laboral, comunitario, educativo y en las instituciones de salud. Generalmente, la estigmatización se aplica “al amparo de la cultura, la religión y la tradición”. No obstante, las interpretaciones en que se basan esas prácticas “no son ni inmutables ni homogéneas”, y a juicio de la Corte, es obligación de los Estados erradicarlas cultivando un sentido de empatía por la orientación sexual y la identidad de género como parte inherente de toda persona lo cual “invita a reevaluar el contenido educativo y los libros de texto, así como a elaborar herramientas y metodologías pedagógicas, para promover una mentalidad abierta y el respeto de la diversidad biológica de los seres humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017)

Asimismo, la Corte a lo largo de su competencia contenciosa ha sido testigo del poco o nulo reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI por parte de funcionarios públicos y por actores privados, sin que esta situación sea atribuible a todos los países de la región y señala como ejemplos positivos a Brasil y Costa Rica. El primer país creó un Consejo Nacional de Combate a la Discriminación adscrito a la Secretaría

---

<sup>4</sup> Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Nacidos Libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos, 2012, HR/PUB/12/06, pág. 39.

de Derechos Humanos, cuyo objetivo es formular y proponer “directrices de acción gubernamental en el ámbito nacional para el combate a la discriminación y la promoción y defensa de los derechos de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis y Transexuales”.

Costa Rica por su parte, adoptó en 2015 la “Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI” en donde el Gobierno reconoce “que dentro de Costa Rica y sus instituciones públicas aún existe discriminación hacia las personas sexualmente diversas, donde se mantienen prácticas contrarias a sus Derechos Humanos tanto de quienes laboran en el Estado, como de las personas usuarias de los servicios de las instituciones públicas” (OC 24/17, párr. 46).

Otro tema de gran trascendencia que aborda la Corte es el daño psicológico que provoca la discriminación en las personas LGTBI, que en buen número de casos se le revela a la persona en una etapa psicológicamente evolutiva difícil como es la pubertad, cuando ya se han internalizado los desvalores prejuiciosos incluso dentro del núcleo familiar, daño que no se produce en otras formas de discriminación en las que la persona conoce el motivo discriminante desde su infancia y es apoyada por su núcleo familiar con el que incluso lo comparte (párr. 48).

La contradicción valorativa en que se sumerge el adolescente es particularmente lesiva de su integridad psíquica en el momento de evolución de su personalidad que hace a su identidad y proyecto de vida, lo que en ocasiones determina no sólo conductas autolesivas sino incluso es causa de suicidios adolescentes<sup>5</sup>.

Finalmente, la Corte reconoce que esta situación influye en las relaciones sociales en general pues afecta la forma en la que los miembros de la colectividad se relacionan con otros, ya que el hecho de no cumplir con la conducta heteronormativa o cisnormativa<sup>6</sup> creada por la sociedad, acrecienta la neurosis situacional (párr. 47).

La Convención Americana, de acuerdo a lo que expone la Corte en la OC 24/17, será interpretada en virtud del principio *pro homine* mismo que hace referencia a la imposibilidad de interpretar una norma limitando el goce y ejercicio de las libertades

---

<sup>5</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015, párr. 324, y Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, 4 de mayo de 2015, A/HRC/29/23, párr. 55. Asimismo, UNICEF, Documento de Posición No. 9: Eliminando la Discriminación y la Violencia contra niños, niñas y padres por su orientación sexual y/o identidad de género, noviembre de 2014, pág. 3

<sup>6</sup> Las personas cisgénero son personas que experimentan como propio el género que se le ha atribuido socialmente en virtud de sus órganos genitales.

individuales; esto en relación con el método evolutivo cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

La Corte señala la obligación que tienen los Estados de abstenerse a realizar acciones que, directa o indirectamente, generen situaciones de discriminación de *jure* o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales<sup>7</sup>.

En relación con la protección internacional de los vínculos de parejas del mismo sexo, la Corte determina que si bien la Convención reconoce y protege a la familia, no lo hace en virtud de un modelo de la misma pues no existe una definición taxativa sobre lo que se entenderá por familia.

Asimismo, la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador se refieren al derecho de “toda persona” de constituir una familia, mas ninguno de esos instrumentos hace alusión al sexo, género o a la orientación sexual de las personas, ni hace mención específica a una modalidad de familia en particular. Por su parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es aún más amplia, pues se refiere a “sistemas de familia” propios de los pueblos indígenas.

En virtud de lo expuesto, la Corte se planteó responder la pregunta de si las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo pueden llegar a ser consideradas como “familia” en los términos de la Convención, para así establecer los alcances de la protección internacional aplicable. Para realizar este ejercicio la Corte recuerda lo que se expuso en líneas anteriores acerca de la evolución del concepto de matrimonio y cita su pronunciamiento en la Opinión Consultiva 21/14 en la cual expuso lo siguiente:

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

---

<sup>7</sup> Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 103

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

De esta forma, la Corte determina que el concepto de familia es amplio, y dependerá de cada Estado otorgarle las características que le corresponda en virtud de la realidad social dentro del marco de Derechos Humanos, recordando la importancia de mantener cláusulas abiertas para permitir la evolución y adaptación de la realidad social con el Derecho Internacional.

En virtud de lo expuesto, la Corte coincide con su par Europeo en cuanto a que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual. De igual manera, la Corte recuerda lo expuesto en un principio, y es que el matrimonio es una institución que irradia efectos jurídicos a otras ramas del Derecho, indicando lo siguiente:

Como fue constatado por este Tribunal, las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos, o sociales así como otros internacionalmente reconocidos. Asimismo, la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.

En conclusión a lo expuesto, la Corte indica que el hecho de negar el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales bajo la premisa de que la finalidad del matrimonio es la procreación y que por lo tanto estas uniones no podrían cumplir con dicho fin, es contrario con el artículo 17 de la Convención que habla sobre la protección de la familia como **realidad social**; asimismo, este hecho constituiría un argumento degradante en contra de las personas que no pueden procrear, independientemente de su orientación sexual. De igual forma, la Corte reconoce la importancia de separar las ideologías religiosas del ámbito jurídico para permitir la evolución de las instituciones, y expone:

Aunado a lo anterior, la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. En ese sentido, la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal

sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro. (párr. 223)

En cuanto a la unión de hecho, la Corte expone el despropósito de crear una institución con los mismos efectos jurídicos que surte el matrimonio, bajo otra denominación crea un efecto estigmatizante, o por lo menos es una señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo.

En este sentido, es evidente que la creación de la unión de hecho para las parejas homosexuales se constituye como una compensación para quienes no pueden celebrar el matrimonio por ser una institución accesible exclusivamente para parejas de distinto sexo por considerarse los únicos capaces de contraerlo a la luz de la heteronormatividad.

Por todo lo expuesto, el argumento de que la unión de hecho es una figura accesible para las parejas del mismo sexo que se asemeja a la celebración del matrimonio, se constituye como un acto discriminatorio basado en la orientación sexual de los contrayentes al negárseles el acceso a una institución jurídica sin perseguir un fin legítimo. A esto se le puede agregar que aunque la unión de hecho, formalmente surta los mismos efectos jurídicos que el matrimonio, no brinda el mismo marco de protección y estabilidad como lo hace este último. Por lo mismo, la Corte exhorta a los Estados a superar las barreras institucionales y/o legales a nivel interno que impidan el acceso de las personas LGTBI al matrimonio.

## Capítulo II

### Contexto social y jurídico de los derechos del grupo LGTBI

Desde el siglo XX, se generalizó el término LGTBI (lesbianas, gays, bisexuales, Transgénero<sup>8</sup>, Transexuales, Travestis e Intersex<sup>9</sup>), aunque su uso incluye y se extiende a las culturas de identidad de género y sexualidades, por lo que dicho término es empleado para referirse a cualquier persona no heterosexual o cisgénero, recordando que estas últimas son aquellas que experimentan como propio el género que se le ha atribuido socialmente en virtud de sus órganos genitales.

El movimiento LGBTI surge como resultado de una serie de prácticas homofóbicas generalizadas en una sociedad predominantemente católica. Este colectivo pretende la reivindicación de los derechos tales como la igualdad, la dignidad, integridad física y psíquica, libre determinación.

En el Ecuador, ha sido largo el proceso de reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTI, cuyos miembros han tenido que pasar por persecuciones y estigmatización por parte del Estado y por la sociedad. El primer paso importante que se dio en el país fue la despenalización de la homosexualidad en el año 1997. Un año después, la nueva constituyente reconoce el derecho a la no discriminación por orientación sexual, dando así paso a una sociedad más equitativa en cuanto a los derechos de sus habitantes, al menos desde el ámbito formal.

Aunque la Constitución del 2008 presente una amplia gama de derechos que impulsan el goce de los derechos de las personas LGTBI, sigue siendo restrictiva en cuanto a dos figuras: el matrimonio y la adopción. En este marco, este apartado plantea establecer cuáles son las principales dificultades en torno a la discusión del matrimonio igualitario y así como las posibles alternativas para el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI, sobretodo en cuanto al acceso a una figura jurídica de carácter contractual como lo es el matrimonio dentro de nuestra legislación.

En este contexto, el bloque de constitucionalidad y la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos por sobre la Constitución cuando estos

---

<sup>8</sup> Persona que se identifica con el género opuesto al biológico, y adapta su vida a un comportamiento con el que se identifica. Una persona transgénero se diferencia de los transexuales pues estos últimos, sintiéndose ajenos al cuerpo que tienen optan por realizar cambios en el mismo hasta llegar a la reasignación genital.

<sup>9</sup> Individuo que posee alguna variación orgánica en sus genitales o sexo, por lo que mantiene características de hombre o mujer, fenotípicas y genéticas.

sean más favorables a los derechos recogidos por la norma suprema, nos plantean un escenario más flexible en cuanto al matrimonio entre parejas del mismo sexo.

## **2.1 Breve reseña histórica de los derechos de la comunidad LGBT a nivel global.**

La reivindicación de los derechos de las personas que conforman el colectivo LGTBI (Gays, Lesbianas, Bisexuales, Travestis, Intersexuales), tuvo su apogeo a partir del siglo XX. Hasta los años 60, en Estados Unidos las políticas iban encaminadas a reprimir la libertad de los gays, lesbianas y transgénero a través de redadas en bares, discotecas o lugares frecuentados por los mismos.

La persecución a la que se enfrentaban las personas homosexuales y transgénero durante los años 60 iba desde amenazas pasando por arrestos, discriminación, violencia, hasta llegar a crear campos de concentración. En contraposición a estos hechos, varios grupos organizados de gays y lesbianas protestaban en EEUU por reivindicar sus derechos, como por ejemplo el movimiento “Mattachine Society”(primera organización gay de EEUU) o “Janus Society”. (Comunidad Homosexual Argentina, 2013)

El 28 de junio de 1969, en la ciudad de New York se produce lo que se conoce como “los disturbios de Stonewall”, una serie de eventos violentos que duraron varios días y que fueron producto de reclamos y protestas de gays, lesbianas y transexuales de la época. El hecho se produjo cuando policías entraron al bar “Stonewall Inc.”, y mantuvieron cautivos a los ocupantes hasta decidir qué hacer con las personas que no contaban con identificación e intentando apresar a las personas transexuales que se encontraban en el lugar.

Mientras los ocupantes del local se quejaban de los abusos de la policía, a las afueras del establecimiento se habían aglutinado al menos 300 personas, quienes tras evidenciar el abuso por parte de las fuerzas policiales, arremetieron contra ellos. A partir de este suceso violento, se forma oficialmente el Movimiento de Liberación Gay, GLF por sus siglas en inglés, misma que contaba con militantes en EEUU, Canadá, Francia, Gran Bretaña, Alemania, Bélgica, Holanda, Australia y Nueva Zelanda. *Stonewall* también fue un hito por la inclusión de “drag queens”, personas trans y la lucha contra la patologización de la diversidad sexual.

Un sistema patriarcal que deslegitimaba el rol de la mujer en la sociedad, es un entorno propicio para que se dé la persecución y descalificación de comportamientos

femeninos en hombres, y lógicamente impide la libre expresión y decisión de las mujeres en la sociedad. El derecho penal fue una de las herramientas utilizadas para poder normalizar la sexualidad de las personas por parte de los Estados modernos (Quintana & Pimentel, 2014)

A nivel local, creo importante destacar que en el país antes de los años 70 las personas homosexuales vivían un verdadero calvario, perseguidos, desaparecidos, asesinados bajo un sistema judicial que dejaba en la impunidad estos actos grotescos bajo regímenes militares que normalizaban este tipo de actos<sup>10</sup>.

En el Ecuador se tipificaba a la homosexualidad como un delito hasta el año 1997, lo que provocó el levantamiento de la voz de protesta de las personas LGTB. Cansados de los abusos que la fuerza pública ejercía al valerse de la norma punitiva homosexual, colectivos como Triangulo Andino, la Asociación Trans Coccinelle y Fundación Ecuatoriana de Ayuda y Educación del SIDA FEDAEPS se decidieron a buscar firmas para demandar ante el Tribunal de Garantías Constitucionales por la persecución homosexual. La meta fue terminar con la violación de derechos humanos y la penalización de la homosexualidad (Bedón, 2015).

El activismo en primera instancia se acercó al Ejecutivo para derogar el artículo 516 del Código Penal, situación que no se dio debido a la falta de compromiso por parte de Fabián Alarcón, el presidente en funciones hacia 1997. Tras la negativa por parte del Ejecutivo, los activistas tuvieron que recurrir a los congresistas, quienes tampoco consideraron la iniciativa y por lo mismo, no se preparó un proyecto de ley. La única vía que quedaba para los activistas fue presentar una acción de inconstitucionalidad.

Tal como se ha demostrado a lo largo de esta investigación, el mecanismo útil para la protección de los derechos de las personas LGTBI en el Ecuador y en varios países de la Región, ha sido a través de la vía judicial. Sin embargo, esta primera conquista (despenalización de la homosexualidad) no encontró su fundamento en la libertad de la orientación sexual de las personas, sino que el Tribunal Constitucional el 27 de noviembre de 1997 utilizó los siguientes argumentos en su sentencia para la despenalización:

1. Que el homosexualismo era una enfermedad;
2. Que la condición de enfermedad eximía de responsabilidad delictiva; y,
3. Que despenalizar esta enfermedad evitaría que se propagara en las cárceles

---

<sup>10</sup> Palabras de Gonzalo Abarca, voluntario de la “Fundación Amigos por la Vida” , fundador y militante de la “Fundación Jean Rodríguez” en la entrevista del 26 de abril de 2006, disponible en documento: “Vivir para contarlo”- Fundación Ecuatoriana Equidad y Fundación Amigos por la vida.

Mientras que la Declaración Universal de los Derechos Humanos entró en vigencia en 1948 y se preocupaba porque las personas LGBTI no fueran objeto de discriminación y violencia, y que gocen de los mismos derechos por igual; en Ecuador hacia 1997 todavía se violentaba a hombres y mujeres por su orientación sexual, incluso bajo la tutela de funcionarios estatales como la policía. Mientras la Asociación Americana de Psiquiatría en 1973 y la Organización Mundial de la Salud en 1990 dejaron de considerar a la homosexualidad como una enfermedad, en el Ecuador de 1997 la homosexualidad dejaba de ser delito para convertirse en enfermedad y ser controlada de todas formas.(Bedón, 2015)

No fue sino hasta el siguiente año que se llamó a una nueva constituyente que creara una nueva Carta Fundamental, a raíz de la inestabilidad política que se vivía en el país por aquel entonces. Este fue el momento indicado para que las voces de las personas LGBT amplíen su lucha y puedan lograr la inclusión de sus demandas y derechos en el texto constitucional del 98. Es así como esta constitución integra el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual, conformándose así la segunda gran conquista de este movimiento. Con el principio de no discriminación por orientación sexual se introdujo el respeto, por lo menos desde el ámbito legal, hacia las diferentes formas de atracción emocional, afectiva y sexual no permitidas hasta entonces y lo que permitió que la homosexualidad, el lesbianismo y la bisexualidad se vivan libremente.

Debe mencionarse que a nivel mundial para el año 2008 la homosexualidad continuaba siendo penada en 77 países, siete de los cuales lo castigan con pena de muerte. Bajo este contexto, se presentó ante la Asamblea General de las Naciones Unidas la iniciativa francesa que conllevaría a la celebración de la “Declaración sobre orientación sexual e identidad de género”, firmada por 66 de los 192 países miembros de las NNUU y que incluyó la totalidad de los Estados que conforman la Unión Europea y la mayoría de los países occidentales entre los que se incluye al Ecuador.

Esta conquista significó la posibilidad de las personas homosexuales, al menos de salir a las calles sin el temor de ser golpeados, perseguidos y vejados sexualmente. El primer triunfo de este grupo fue la de vencer el estigma social “de delincuentes, para convertirse en sujetos de derechos”, mientras que la despenalización de la homosexualidad trajo consigo el fin de la clandestinidad homosexual, para instaurar nuevas prácticas. Además, con este reconocimiento, el Ecuador se convirtió en el segundo país en el mundo en incorporar en su Constitución el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual.

Aunque este reconocimiento sólo protegía al grupo LGTBI desde el plano formal, pues no existían garantías que asegurasen su cumplimiento, por lo menos significó la posibilidad de crear nuevas formas de organización para el colectivo. El movimiento LGTBI en el Ecuador será entonces el resultado de la despenalización de la homosexualidad y del reconocimiento constitucional a la igualdad y no discriminación, por lo que no sólo los gays pudieron evidenciar sus necesidades, sino así también las personas lesbianas, transexuales, transgénero e intersexuales lo hicieron (Quintana & Pimentel, 2014).

En 1997, la Asociación Trans Coccinelle y FEDAEPS iniciaron el proceso de recolección de firmas para presentar la demanda de inconstitucional en contra del artículo 516 del Código Penal, mismo que tipificaba como delito la homosexualidad. Cabe destacar que la articulación de varios movimientos sociales fue fundamental para lograr este objetivo. Por otra parte, el argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional, como se mencionó anteriormente fue dado en razón de considerar al homosexualismo como una enfermedad, a pesar que la Organización Mundial de la Salud 7 años antes ya se había pronunciado al respecto dejando de considerarla como una enfermedad (Quintana & Pimentel, 2014).

Una década después, en el año 2007, se llama a una nueva constituyente bajo un régimen de gobierno que propendía a priorizar el rol del Estado en la creación de políticas públicas, eliminando así el modelo neoliberal que habían manejado los anteriores gobiernos. Coincidiendo con la conmemoración de los 10 años de despenalización de la homosexualidad, el movimiento LGTBI había trabajado en agendas que serían analizadas y discutidas en la constituyente aunque sus miembros no hayan logrado conformar un bloque sólido y unificado. La Asamblea Constituyente representó una coyuntura política que permitió a los colectivos LGBTI incidir de distintas formas para ampliar el reconocimiento de derechos. A diferencia de lo que había pasado en 1997 y 1998, los temas LGBTI trascendieron el debate público (Quintana & Pimentel, 2014).

De acuerdo con Balance y Perspectivas de los Derechos Humanos de las personas LGBTI en el Ecuador (2014) “Ecuador fue el segundo país en el mundo en incluir dentro de su Constitución este derecho” (p. 43). Este avance legal “progresista” permitió que los “actores sociales que habían estado en una condición de clandestinidad y cuyo ejercicio de ciudadanía ante el Estado era limitado” (p. 43) se visibilicen y sean considerados potenciales sujetos de derechos.

Finalmente, creo necesario destacar en este punto que la gran revolución en cuanto a reivindicación de derechos de la comunidad LGTBI se dio con la constitución del 98, pues fue ésta la que rompió con el paradigma jurídico y abrió la puerta a una constitución más integradora. Mientras que la constitución de 1979 únicamente proclamaba la igualdad ante la ley, su sucesora en el artículo 23 numeral 3 determinaba que todas las personas se considerarán iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación de su orientación sexual. Por lo expuesto, considerando el gran paso que se logró con este reconocimiento en la constitución de 1998, era de esperar que la nueva constituyente continúe en esta línea ampliando los derechos y garantizando de mejor manera su ejercicio. Sin embargo, la Constitución de 2008, aunque se presenta como la más garantista en la historia constitucional del país, muestra muchas deficiencias cuando hablamos de los derechos de las personas LGTBI.

## **2.2 Contexto jurídico de los derechos de las personas LGTBI en el Ecuador**

En el Ecuador, la Constitución ha reconocido la igualdad de todas las personas, mismas que gozarán de los mismos derechos, deberes y obligaciones. Esta norma suprema, como lo dice Alexander Barahona, presenta dos enfoques en relación con los derechos de las personas LGTBI, uno garantista y otro restrictivo.

El primer enfoque tiene relación con el reconocimiento de derechos como la igualdad y no discriminación (art. 11 numeral 2 en relación con el artículo 66 numeral 4), dignidad humana (11 numeral 7), el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la orientación sexual (artículo 66 numeral 9), el derecho a la integridad sexual (artículo 66 numeral 3), el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 66 numeral 20), el derecho a la identidad personal (artículo 66 numeral 28), el reconocimiento a las familias en sus diversos tipos (artículo 67), las uniones de hecho entre dos personas (artículo 68), y el deber de respeto acerca del género, la orientación e identidad sexual de las personas (artículo 83 numeral 14). (Barahona, 2015a)

Por otra parte, la Corte Constitucional del Ecuador el 29 de mayo del 2018 en la sentencia 184-18-SEP-CC conoció la acción de protección presentada por la Defensoría del Pueblo a favor de la menor Satya y de su madre biológica Nicola Rotheron y su pareja Helen Bicknell. Entre los derechos identificados ante la posible vulneración encontramos: derecho a la familia y a su protección, interés superior del niño, igualdad y no

discriminación, derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, debido proceso, entre otros.

En relación al derecho a la familia, la Corte Provincial de Justicia de Pichincha argumentó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada por los accionantes (caso Atala Riffo y niñas vs. Chile) no es aplicable al caso en concreto porque los hechos no eran los mismos. Asimismo, argumentó que la imposibilidad de inscribir a la menor con los apellidos de la pareja de su madre biológica venía dado por la posibilidad de impugnación del padre biológico de la menor. En este contexto, la Corte niega la solicitud presentada por los peticionarios y lo cual impone la necesidad de presentar una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional. Para la resolución de la acción, la Corte contó con la intervención de varios *amicus curiae*, que presentaban varios argumentos con distintas posturas.

Por un lado, se encuentra la tendencia conservadora que propugna el respeto irrestricto de la Constitución cuando establece que el matrimonio es una unión heterosexual, además que no se puede evidenciar un trato discriminatorio a las presuntas víctimas siempre que el Registro Civil permite la inscripción de la menor con los nombres de su madre legítima y que se deberá resolver a favor del interés superior de la menor. Finalmente, la Procuraduría del Estado alegó que los jueces en la sentencia impugnada cumplieron y aplicaron lo que establece el texto constitucional y señalan que la sentencia se encuentra debidamente motivada enmarcada dentro de la Constitución y haciendo un ejercicio de interacción entre los hechos y los fundamentos de derecho.

Por otro lado, la Fundación Ecuatoriana Equidad inició su argumentación exponiendo el derecho de la menor de contar con su nacionalidad desde el momento de su nacimiento y cómo la negativa del Registro Civil de reconocer a Satya como nacional, por no tener padres heterosexuales, constituye un requisito discriminatorio, no objetivo ni razonable. Argumenta que, si bien la Constitución de la República permite la unión de hecho de parejas del mismo sexo, pero prohíbe a estas la adopción, bajo ningún tipo de justificación la Norma Fundamental impide el acceso a las parejas del mismo sexo para conformar familias LGBTI a través de métodos de reproducción asistida.

La Corte en el desarrollo de su primer problema jurídico constata que la Corte Provincial rehúye el análisis de los derechos alegados vulnerados por los peticionarios en relación a la familia e igualdad y no discriminación, llevándole así a concluir en su segundo problema jurídico, que la sentencia impugnada no cumple con el parámetro de coherencia al no realizar un análisis de los hechos en el caso en concreto. Por lo expuesto,

en las consideraciones adicionales de la Corte encontramos desarrollos conceptuales como los siguientes:

En virtud del artículo 424 de la Constitución de la República, la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “se entiende adherida al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos” (Sentencia 184-18-SEP-CC, pág. 59). Por su parte, en cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte indica que la dignidad y la igualdad son principios rectores del derecho y elementos inherentes a la existencia humana constituyen el fundamento de los derechos humanos; dichos conceptos refieren al valor que posee una persona por el mero hecho de serla. Dice la Corte que la dignidad es el núcleo fundamental de todos los derechos y por lo mismo, reviste de mayor importancia su respeto y protección, así como también es un derecho en sí mismo ligado directamente a la libre determinación de la persona en la consecución de su proyecto de vida. Por tal razón, argumenta este órgano, la dignidad adquiere un valor absoluto y no puede ser objeto de limitación bajo ninguna circunstancia, y que además adquiriera dimensiones reales de satisfacción (pág. 69).

En la misma línea, la Corte expresa que el respeto por la diversidad es un elemento constitutivo de una sociedad democrática, en la que la igualdad y no discriminación es expresión misma de la dignidad humana en su enfoque de sentido relacional. En la sentencia en cuestión también la Corte cita casos mencionados en el capítulo primero de esta investigación determinando las características del derecho a la igualdad y no discriminación como norma de *ius cogens* que deberá ser respetada por el Estado. Así, hace especial énfasis en la prohibición de discriminación por orientación sexual por ser elemento de la integridad personal que se sustenta en base al libre desarrollo de la personalidad en tanto comprende la facultad de auto-determinarse, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a sus propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, y deseos.

De igual manera, reconoce la orientación sexual es una categoría sospechosa contenida en la Constitución en virtud de la larga persecución y discriminación que ha sufrido la comunidad LGTBI en el país y que por lo mismo, cualquier medida que *prima facie* determine una exclusión a personas o grupos LGBTI requiere una mayor justificación a fin de evidenciar que la medida busca materializar la igualdad en derechos y no su menoscabo.

En virtud de lo expuesto, la Corte determinó que la Constitución efectivamente reconoce a la familia en sus diversos tipos y reconoce los mismos derechos y obligaciones del matrimonio a las uniones de hecho. Asimismo, se indicó que la filiación, en cuanto vínculo familiar y de identidad, se establece entre los padres, madres y sus hijos nacidos dentro del matrimonio o unión de hecho. En tal virtud, en el acto administrativo, se evidencia una diferenciación de trato hacia una familia por su especial constitución homoparental, que a su vez se basa en la orientación sexual de quienes la constituyen. Por tal razón, se concluye que la medida efectivamente consagra una diferencia de trato en base a una categoría sospechosa de discriminación, y establece que la negativa del Registro Civil no fue fundada en el vínculo filial sino en la inexistencia de normativa aplicable, por lo que dicho trato constituye un trato discriminatorio pues no persigue un fin legítimo.

La Corte además exhorta a las instituciones públicas a desarrollar normas para maximizar la materialización del derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual. Finalmente, la Corte en el último considerando adicional aborda el tema de la familia en sus diversos tipos haciendo hincapié en la necesidad de interpretar los derechos en razón de la realidad multiversa de la sociedad procurando crear condiciones que permitan la consecución de los fines familiares bajo el enfoque de tutelar los derechos a la identidad, igualdad y no discriminación (pág. 82).

Así reconoce lo expuesto en la sentencia 012-17-SIN-CC en el que el máximo órgano afirmó lo siguiente:

En cuanto a la familia, la Constitución de 2008, la concibe como el núcleo fundamental de la sociedad que se constituye por vínculos jurídicos o de hecho y que se basa en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Además, rebasa la concepción tradicional y reconoce los diferentes tipos de familia; es decir, no concibe como tal únicamente al grupo de personas conformado por padre, madre e hijos, al contrario, parte por considerar que los vínculos que se pueden generar en el núcleo familiar no siempre implican a los progenitores y sus hijos. Por ende, cuando se hace referencia a la corresponsabilidad de la familia, se debe entender a esta en sus diversos tipos.

Sin embargo la discusión y razonamiento que hace la Corte alrededor de la diversidad de familias radica en la reproducción asistida, por lo que finalmente ese órgano termina ordenando que al Función Legislativa regule el tema en el plazo de un año a partir de la emisión de la sentencia.

Por lo expuesto podemos evidenciar que a pesar de la extensa gama de derechos que reconoce la Constitución, esta misma contiene un enfoque restrictivo en torno a dos temas: el matrimonio y la adopción. Aunque el artículo 67 reconoce a la familia en sus diversos tipos, el inciso segundo del mismo artículo continúa la línea que mantiene el Código Civil estableciendo que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer. En cuanto a la adopción el artículo 68 establece que éste es solo para parejas de distinto sexo, aun cuando la norma suprema y las sentencias de la corte constitucional han mencionado la importancia de asegurar y proteger el derecho a la igualdad en el trato a la comunidad LGTBI.

Finalmente, es importante destacar el proceso de creación de esta institución en la Asamblea Constituyente del 2007. Las mesas de trabajo se encargaban de crear y redactar los artículos que se someterían a votación al Pleno de la Constituyente y formarían parte del texto de la Constitución en diferentes temáticas. Respecto a la familia y el matrimonio, la mesa constituyente número 1 abordó el tema presentando en su informe el siguiente contenido:

De las familias:

Artículo 1. El Estado reconoce la familia, en sus diversos tipos, y la protege como célula fundamental de la sociedad y garantiza las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho y se basaran en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges. Artículo 2. 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. (Asamblea Constituyente, 2009)

Como se evidencia, la primera idea alrededor de la conformación del matrimonio de acuerdo a los constituyentes, se basaba primordialmente en la voluntad y capacidad de los contrayentes alejándose de la conformación heterosexual para la celebración del mismo. Tal como se evidencia del acta constituyente 86, cuando el artículo fue discutido en el pleno de la Asamblea, el debate se centró en la familia y la unión de hecho, dejando de lado el tema del matrimonio. Al respecto del tema, existían dos posturas que presentaban sus argumentos, la primera en relación a la existencia de un solo tipo de familia (hombre, mujer e hijos) y otra postura que determinaba que en la actualidad existen varias formas de integrar un núcleo familiar. Asimismo, se determinó la necesidad

de entender a la familia como un fenómeno social cambiante y que el reconocimiento de la familia en sus diversos tipos implica y va en armonía con la pluralidad que forma la sociedad ecuatoriana.

Por otro lado, la unión de hecho también fue duramente criticada por un grupo de asambleístas quienes sostenían que dicho artículo daría cabida a la conformación de uniones entre personas de la misma orientación sexual, y para los cuales la “unión es entre un macho y una hembra, lo demás es antinatural” (Asamblea Constituyente, 134). En contraposición, otro grupo de asambleístas sostenían que la nueva Constitución debe estar cargada de elementos incluyentes de todos los grupos sociales, destacando que el objetivo de formar una unión no es la procreación solamente, sino formar una comunidad de apoyo y responsabilidades recíprocas.

Ahora bien, la construcción del artículo que se refiere a la familia, el matrimonio y la unión de hecho no siempre favoreció a la ampliación de estas figuras para las personas con misma orientación sexual o diferente identidad de género, sin embargo, en la votación la mayoría constituyente voto por una protección de la familia en sus diversos tipos, el matrimonio en forma amplia y una unión de hecho entre dos personas, al igual que se respetó el articulado en torno al matrimonio expresando en tal virtud, el espíritu garantista del constituyente, frente a las diversidades sexuales (Barahona, 2015a, p. 100).

A pesar de que la aprobación del artículo con el texto mencionado se dio en el pleno de la Asamblea, éste fue sometido a una revisión extraordinaria sin debate y sin argumentación propuesta por cualquier asambleísta (Asamblea Constituyente, 2007, art.56). En virtud de este procedimiento de carácter extraordinario, el texto del artículo 67 de la Constitución excluyó del acceso al matrimonio a las personas por su orientación sexual o identidad de género, y como lo dice Barahona, resulta inclusive contradictorio que el matrimonio se encuentre regulado en el capítulo de los derechos de libertad, que reconoce en principio la igualdad material y no discriminación para luego concebir una definición matrimonial con efecto discriminatorio (Barahona, 2015, p. 101).

A pesar de lo expuesto, el contenido del artículo 67 permite la unión de hecho para parejas del mismo sexo, quienes tuvieron que esperar 6 años después de la promulgación de la Constitución para encontrar un procedimiento adecuado que les permita registrar a la unión de hecho como estado civil en la cédula de ciudadanía; y, aun cuando la Constitución determina que el matrimonio y la unión de hecho generan los mismos derechos y obligaciones, la realidad es que la seguridad jurídica que brinda el contrato matrimonial no es equiparable a otra institución similar que constituye una mera

declaración, ello sin considerar que la prohibición de formalizar un contrato basada en la orientación sexual de sus contrayentes implica aseverar que éstos son incapaces de firmar un contrato y elegir al contrayente.

### **2.3 Fundamentos constitucionales del matrimonio igualitario en Ecuador y efectos de la opinión consultiva 24 en la interpretación constitucional.**

En el capítulo primero de esta investigación, se ha hecho hincapié en el amplio desarrollo que ha tenido el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual en el ámbito internacional, enfocándose en el deber de los Estados de asegurar la igualdad formal para la comunidad LGTBI y también de abstenerse de ejercer tratos distintivos sin perseguir un fin legítimo y justo. Para poder abordar el matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Ecuador bajo la luz de la igualdad y no discriminación por orientación sexual, se debe partir por el hecho de que en el contexto jurídico del Ecuador, los instrumentos internacionales a los que hice referencia en el capítulo que antecede, pueden ser aplicados preferencialmente sobre la Constitución del Ecuador, en adelante CRE (artículo 424 CRE).

En ese contexto es válido mencionar que el Derecho Internacional nutre al derecho interno, sobre todo en las constituciones de los Estados y por ende en la forma en que los operadores de justicia aplican estos instrumentos al momento de resolver los casos sometidos a su jurisdicción. Estas normas de remisión del Derecho Internacional al interno establecen la obligación de los Estados de adoptar las disposiciones de las primeras en su ordenamiento jurídico y la forma en la que la adopción debe darse. La Constitución del Ecuador en su artículo 11. 3 y en el inciso dos del artículo 426 expresa:

Artículo 426.- [...] Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Todo ello implica que los tratados internacionales (como declaraciones, tratados y convenios) y otros instrumentos internacionales (como opiniones consultivas y observaciones generales), se aplicarán bajo el principio *pro homine*, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y cláusula abierta. En este sentido, podemos hablar del bloque de constitucionalidad que opera para el Ecuador. Bidart Campos define a este bloque como un “conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales” (Bidart Campos, 1995).

Por otro lado, en principio la Constitución del Ecuador establece que los tratados internacionales se encuentran por debajo de ésta en el orden jerárquico del ordenamiento jurídico, excepto cuando los tratados de derechos humanos sean más beneficiosos a todos los derechos consagrados en la Constitución, pues entonces tendrán prevalencia por sobre ésta. Asimismo en el artículo 84 la Constitución dispone la garantía normativa de adecuar formal y materialmente toda norma a lo dispuesto por la Constitución y tratados internacionales referentes a la protección de la dignidad humana.

Con los antecedentes expuestos queda claro que en el Ecuador son exigibles aquellos derechos contenidos en fuentes internacionales que constituyen *hard law*<sup>11</sup> y *soft law*<sup>12</sup>, lo cual permite afirmar que, al menos en el ámbito formal, el sistema jurídico ecuatoriano se encuentra nutrido por el DIDH en su plenitud, a través de sus fuentes permitiendo consolidar un sistema jurídico de protección y cumplimiento de los derechos, para garantizar lo pactado y fortalecer los principios generales de interpretación, como el de progresividad, mismo que constituye una directriz de interpretación de los derechos humanos y que se encuentra contenido en instrumentos internacionales y también en disposiciones de derecho interno.

Por otra parte, debemos recordar lo expuesto en el primer capítulo de este trabajo respecto a la igualdad y no discriminación, que se encuentra recogida en nuestra norma suprema como un eje transversal que asegura que el cumplimiento de los derechos

---

<sup>11</sup> Normas que establecen obligaciones directas y cuyo cumplimiento puede ser exigido por vías contenciosas de ser el caso y derivar en la responsabilidad de un Estado. Por ejemplo: Tratados internacionales ratificados por el Estado, costumbre internacional, normas del *ius cogens*, sentencias vinculantes de organismos contenciosos.

<sup>12</sup> Disposiciones que no tienen un carácter jurídico vinculante directo como como recomendaciones e informes aprobados por organismos internacionales en conferencias internacionales, acuerdos políticos, etc.

constitucionales se dé bajo los términos de la igualdad, impidiendo que se cometan tratos diferenciados sin fines legítimos hacia un grupo de la población. La Corte Constitucional en la sentencia 117-13-SEP-CC ha determinado que el derecho a la igualdad y su cláusula de no discriminación “forma parte del grupo de principios jurídicos reconocidos por todos los Estados como mínimo de protección a los sujetos, presupuesto para la supervivencia de la raza humana, vinculante para todos los miembros de la comunidad internacional”.

De esta forma, la Convención Americana (art. 29), y la Constitución ecuatoriana (art. 423. 3) consagran el principio de progresividad, impidiendo en tal virtud, una lectura restrictiva de derechos; garantizando así su permanente desarrollo. En la misma línea, se ha pronunciado la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 16 de 1999 al determinar que “la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho” (párr. 113).

En tal virtud, la interpretación progresiva debe ser utilizada para desarrollar y garantizar en mejor forma los derechos humanos, pues dicho principio implica el desarrollo de un derecho en un contexto social e histórico; por lo que, tanto la familia como el matrimonio deben ser vistas bajo la perspectiva evolutiva y garantista, tendiendo siempre a tutelar las nuevas formas de manifestaciones familiares diferentes al paradigma patriarcal, así como ampliar la protección del matrimonio sin discriminación alguna, en cumplimiento de los tratados e instrumentos internacionales citados anteriormente.

En este sentido, el artículo 11 numeral 5 de la Constitución determina que los derechos contenidos en la misma deberán ser interpretados de la forma que más favorezca a su efectiva vigencia. En este sentido, el artículo 65 de la Constitución deberá ser interpretado a la luz de la igualdad y no discriminación por ser un principio reconocido en la Constitución y ser norma del *ius cogens*, así como a la luz de la dignidad humana aplicando el principio de prevalencia del mejor derecho, mismo que se encuentra consagrado en el artículo 424 de nuestra norma suprema.

Por consiguiente, resulta claro entonces que, a la luz del derecho a la igualdad y la cláusula de no discriminación, el matrimonio igualitario es una figura jurídica que responde plenamente al contenido integral de la Constitución y responde a la realidad social del país y de la región. Tal como lo establece Barahona, “si el matrimonio esta institucionalizado como unión heterosexual, el desarrollo de la dignidad, libertad e igualdad y no discriminación como derechos que prevalecen a la definición restrictiva,

dan como resultado la facultad de las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio” (Barahona, 2015, p. 112).

En este sentido, podemos sostener que este ejercicio hermenéutico puede y debe ser realizado tanto por el órgano legislativo como por el intérprete constitucional de tal forma que todas las disposiciones del ordenamiento jurídico interno se encuentren en armonía y correspondencia entre ellos y con la Constitución y tratados internacionales. Esta interpretación, insisto, debe darse en virtud de la integralidad de los principios constitucionales y con el principio de progresividad que de paso a la aplicación material del derecho a la igualdad y a la dignidad humana.

Finalmente, es importante señalar que la extensión de la figura jurídica del matrimonio a las parejas del mismo sexo también puede darse a través de reforma constitucional, específicamente la enmienda, figura jurídica mediante la cual se modifica el contenido de la Constitución, contemplada en el artículo 441 de la Constitución, ya que su incorporación cumple con los requisitos establecidos para el efecto pues no altera la estructura fundamental del Estado o sus elementos constitutivos, y tampoco restringe derechos, sino al contrario los garantiza.

La enmienda constitucional para la incorporación de esta figura jurídica, de acuerdo al contenido de la norma suprema, puede darse a través de *referéndum* solicitado por el Presidente de la República o por la ciudadanía (al menos 8% de las personas inscritas en el registro electoral), o por iniciativa legislativa. Sin embargo, el estudio de esta modalidad no es objeto de la presente investigación, pues el procedimiento para su incorporación es distinto al que se muestra en este documento.

### Capítulo III

#### Análisis del caso de José y Jacinto

A lo largo del trabajo ha sido posible para el lector comprender que la reivindicación material de los derechos de las personas LGTBI en el Ecuador se ha dado en el marco de la justicia, ya que si bien se han reconocido sus derechos a nivel constitucional, no han podido ser aplicados directamente sino a través de una disposición del máximo órgano de interpretación constitucional. En este sentido, son muchos los casos que se han suscitado en el país en los que personas con distinta identidad de género u orientación sexual han visto mermados sus derechos más básicos como el de recreación por un sistema heteronormativo que se lo impide.

Para mejor desarrollo de la presente investigación, tuve la oportunidad de hablar con José<sup>13</sup>, quien con su pareja Jacinto, cuyas identidades serán reservadas, son dos jóvenes ecuatorianos que viven en Cuenca, una de las ciudades más católicas del país. Como todas las personas LGTBI tuvieron que pasar por procesos de discriminación en laboral, personal e incluso familiar. A pesar de los obstáculos que tuvieron que pasar, ambos mantienen una relación fuerte que quisieron formalizar en abril de 2018, deseo que no se pudo concretar ante la negativa de los funcionarios del Registro Civil de Identificación y Cedulación de Cuenca, provincia de Azuay, quienes les informaron que no se puede proceder a la celebración del matrimonio entre parejas del mismo sexo porque la Dirección General del Registro Civil no ha establecido un procedimiento para estos casos, únicamente podían inscribir la unión de hecho.

Ante la negativa de los funcionarios del Registro Civil, Jacinto y Javier presentaron una solicitud ante la máxima autoridad de la Institución para que se proceda con la celebración del matrimonio en aplicación directa de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, de acuerdo a lo que permite nuestra Constitución. La respuesta de la funcionaria, mediante oficio No. DIGERCIC-CZ6.OT01-2018-004-O de fecha 24 de mayo del 2018 niega la petición argumentando nuevamente que la Institución no cuenta con un reglamento o instructivo que le permita aplicar y celebrar el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

---

<sup>13</sup> Se mantuvo una conversación vía telefónica con José con la finalidad de obtener un contexto claro en el que se solicitó la celebración del matrimonio con su pareja. La conversación se desarrolló en el ámbito de una investigación distinta al presente trabajo.

Al evidenciar la vulneración de su derecho a la igualdad, a la familia, a no ser discriminado por su orientación sexual, José y Javier acuden a la vía judicial para reivindicar sus derechos y exigir el cumplimiento de la Constitución e instrumentos internacionales por parte de la señora Esthela Margarita Cárdenas, máxima autoridad administrativa del Registro Civil, a través de la presentación de una acción de protección ante la Unidad Judicial De Familia, Mujer, Niñez Y Adolescencia Con Sede En El Cantón Cuenca. La jueza que avocó conocimiento de la acción de protección, dentro de la causa No. 01204-2018-03635, dio paso a la petición de los actores y ordenó que inmediatamente el Registro Civil proceda a la celebración del matrimonio entre José y Jacinto.

Ante esta sentencia, el Registro Civil presenta recurso de apelación ante la Corte Provincial del Azuay, recayendo el proceso en la Sala de lo Laboral. Los jueces provinciales dan paso a la apelación y fallan a favor del recurrente argumentando que la norma suprema es clara en determinar que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer por lo que en el caso no cabe interpretación alguna de los preceptos constitucionales, revocando la sentencia subida en grado y vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación de José y Jacinto.

Es objeto del presente capítulo presentar y develar los argumentos que fundamentaron las decisiones de primera y segunda instancia, así como contrastar estos argumentos con el marco jurídico aplicable y que ha sido establecido en el capítulo anterior.

### **3.1. Protección de los derechos constitucionales en la sentencia de primera instancia de José y Jacinto**

Mediante sentencia con fecha 16 de julio de 2018, la jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en Cuenca conoció de la acción de protección propuesta por José y Jacinto, a través del cual buscaban tutelar sus derechos a la igualdad y no discriminación y a la familia. Es importante destacar que entre los fundamentos de derecho que expusieron los actores en su demanda, se encontraba la aplicación directa de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, misma que fue inspiración para hacer realidad su proyecto de vida y acceder a la figura del matrimonio como cualquier otra pareja heterosexual en el Ecuador, cumpliendo con los elementos básicos de un contrato civil: la voluntad y la conciencia, en concordancia con los que contempla el artículo 426 de la Constitución acerca de la aplicación inmediata y efectiva

de instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de funcionarios públicos y autoridades administrativas.

En la misma línea argumentativa, los actores arguyeron que el Ecuador tiene la responsabilidad y obligación de respetar los instrumentos que ha suscrito, garantizando así el goce efectivo de los derechos en éstos contenidos y adaptando su ordenamiento jurídico interno a la consecución de este fin; todo ello considerando que el estado reconoció la competencia jurisdiccional contenciosa y consultiva de la Corte IDH, bajo la cual resuelve peticiones individuales de vulneración de derechos y emite Opiniones Consultivas por ser el único interprete de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), instrumento internacional ratificado por el Ecuador.

En tal sentido, los actores argumentaron que la Opinión Consultiva 24/17 interpreta el alcance de los derechos a la igualdad y no discriminación, identidad y familia contemplados en los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24 de la CADH, considerando que dicha Opinión en el punto resolutivo 8 señala la necesidad de que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el matrimonio, a las personas LGTBI asegurando la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo sin discriminación.

A vista de los actores, los funcionarios del Registro Civil desconocieron totalmente las disposiciones constitucionales mencionadas acerca de la aplicación directa de instrumentos internacionales, así como los derechos contenidos en la misma acerca de la igualdad y no discriminación por orientación sexual, basando su decisión en la inexistencia de un procedimiento para la celebración del matrimonio de una pareja del mismo sexo, omitiendo el texto de los artículos 11 y 426 de la norma suprema que señalan que no podrá alegarse falta de ley para justificar la vulneración o negar el reconocimiento de derechos. De esta manera, los actores indican que la negativa del Registro Civil es un acto discriminatorio que anula toda posibilidad a José y Jacinto de gozar y ejercer sus derechos a celebrar un contrato civil, por la única razón de su orientación sexual.

Asimismo, los accionantes sostuvieron que la medida adoptada por el Registro Civil vulnera al derecho reconocido constitucionalmente a la familia en sus diversos tipos, derecho contenido y protegido también en la CADH, haciendo hincapié en que el término familia no puede ser supeditado a la existencia de un matrimonio heterosexual, y que por el contrario es un concepto que se desarrolla y adapta a las realidades sociales. Entonces, una concepción de familia incluyente, amplia y diversa debe permitir la consolidación de

los proyectos de vida de los contrayentes, y, en consecuencia, garantizar que todas las formas de constitución de una familia se garanticen sin discriminación a todas las personas.

Finalmente, los actores hacen referencia al proyecto de vida como un concepto de realización personal que incluye la potestad de una persona de decidir libremente y elegir aspectos que determinarán su futuro, su vida. “Por ello, no puede concebirse que una persona sea verdaderamente libre, es decir, capaz de decidir y preferir: [...] si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación”.

Por los argumentos expuestos, José y Jacinto solicitaron en su demanda que se declare la vulneración de los derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación, a la familia, al proyecto de vida; que la juzgadora ordene a los funcionarios del Registro Civil procedan a reconocer e inscribir inmediatamente el matrimonio de los mismos. En cuanto a las medidas de satisfacción, solicitaron que la sentencia sea publicada en tres medios de comunicación local y nacional, se extiendan las disculpas públicas a cada uno de los accionantes. En último lugar, como garantía de no repetición, los peticionarios requirieron se disponga que el Registro Civil establezca el procedimiento para que futuras parejas del mismo sexo puedan acceder a la figura del matrimonio civil, en virtud de lo que establece la OC24/17.

Por otra parte, de la lectura de la sentencia podemos evidenciar que los argumentos expuestos por la parte accionada fueron los siguientes: en primer lugar que el Registro Civil es una institución respetuosa de los derechos constitucionales de los ciudadanos y lógicamente de los peticionarios quienes recibieron una respuesta a su petición basada en la Constitución y la ley, por lo que no se han vulnerado sus derechos constitucionales. De esta forma, los funcionarios de la institución se encontraban supeditados a las facultades que les corresponden de acuerdo a la ley y a la Constitución de acuerdo a lo que establece el artículo 226 de la norma suprema, sin que les corresponda crear y aplicar una normativa que no existe, pues estarían arrogándose funciones que no les atañe.

En cuanto a la familia en sus diversos tipos, la defensa técnica de la Institución sostuvo que el texto del precepto constitucional es claro en el inciso segundo del artículo citado por los accionantes en tanto se determina taxativamente que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, mismo que se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal; y que por lo mismo los funcionarios públicos deben aplicar directamente lo que determina la Constitución.

Ahora bien, en referencia a la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, los accionados establecieron que la Institución en ningún momento ha desconocido la existencia de este instrumento internacional, sin embargo no es competencia de los funcionarios administrativos ir más allá de lo que determina la Constitución y la Ley, y dado que ninguna contempla la posibilidad de registrar el matrimonio entre una pareja homosexual, deben cumplir con lo que se aplica en el ordenamiento jurídico interno.

Los demandados argumentaron que, si bien la Ley Orgánica de Identidad y Datos Civiles es una ley nueva, ha dado pasos agigantados en concordancia de lo que establece la Constitución, he implementa el procedimiento para la inscripción de la unión de hecho como una institución de libre y directo acceso. La defensa técnica también sostuvo que el contenido del artículo 67 de la Constitución y el texto del artículo 81 del Código Civil, en el que se determina que el matrimonio es una unión heterosexual, imposibilita a la Institución dar paso a la petición de los accionantes pues no se constituyen como el organismo adecuado para crear una normativa que de paso a esta situación.

Asimismo, invocando el artículo 84 de la Constitución arguyó que es la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, quienes deberán adecuar formal y materialmente las leyes y disposiciones normativas concernientes a los derechos y tratados internacionales, por lo que el Registro Civil mal podría subrogar esta facultad que no le corresponde.

Por lo expuesto, los accionados solicitaron se declare la acción como improcedente pues no existe vulneración de derechos constitucionales.

En cuanto a la intervención de la Procuraduría General del Estado, su defensa estuvo encaminada a determinar la necesidad de una reforma constitucional para que se pueda dar paso a lo solicitado por los actores, razón por la que no es posible la aplicación directa de la OC24/17. En el mismo sentido, la Procuraduría indicó que no se puede considerar como análogo al caso Satya (Sentencia 184-18-SEP-CC), pues en ese caso existía un vacío legal mientras que la situación de José y Jacinto se encuentra contemplada en una disposición constitucional que impide la celebración de su matrimonio; argumentos por los que solicitó se declare improcedente la demanda por no existir vulneración a derechos constitucionales.

En audiencia celebrada el 29 de junio de 2018, la jueza ponente Iliana Vallejo, tras escuchar los argumentos expuestos por los abogados de cada una de las partes, así como de los *amicus curiae*, procedió a resolver la acción de protección presentada por José y Jacinto en virtud de los derechos que se alegaron vulnerados por los mismos.

El primer derecho que analizó la jueza es el fundar una familia a la luz de la igualdad y no discriminación. La magistrada inicia su análisis con el artículo 1 de la CRE haciendo énfasis en la descripción del Estado constitucional de derechos y justicia. Posteriormente transcribe el artículo 11 del mismo cuerpo normativo en su integralidad y para cuyo cumplimiento cita el artículo 424 y 426 de la norma suprema que hablan sobre la supremacía constitucional y la obligatoriedad de los jueces de aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aun cuando las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

En la misma línea, la juzgadora hace referencia al Bloque de Constitucionalidad recogida en la Convención Interamericana de Derechos Humanos que en su preámbulo determina: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, y concluye que si bien la Constitución del Ecuador es la norma nacional más importante y de aplicación inmediata, a nivel internacional desde hace varias décadas se ha calificado a la Constitución de cada estado como un axioma.

De acuerdo a la jueza, quien cita al doctrinario Rafael Oyarte Martínez, en el Ecuador el reconocimiento del Bloque de Constitucionalidad implica, a nivel internacional, en forma restringida, la obligatoriedad de la normativa supranacional ratificada o suscrita por los Estados; reconocimiento que no es excusable por el establecimiento de normativa interna en sentido contrario, en sometimiento al principio *pacta sunt servanda*, principio que prohíbe a los Estados a esgrimir normas de derecho interno o constituciones para desconocer compromisos internacionales.

En ese contexto, la jueza recuerda que el Ecuador es parte de la CADH suscrita el 22 de noviembre de 1969 y ratificada en el año 1977; y en virtud de este reconocimiento determina que el Ecuador aceptó como obligatoria y de pleno derecho la competencia de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.

Respecto al derecho a la familia, la juzgadora inicia su razonamiento partiendo del texto constitucional por el cual se reconoce a la familia en sus diversos tipos, es decir, no se considera únicamente la familia “tradicional” derivada del matrimonio y cuyos miembros se reducen al padre, madre e hijos; todo esto en concordancia con el reconocimiento del Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social que reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual.

En este sentido, la juzgadora entiende que el término *familia* debe ser admitido desde el más amplio sentido y concepto, tomando como referencia la existencia de familias monoparentales que se encuentran conformadas por la madre y los hijos o el padre y los hijos, la existencia de una familia homoparental es perfectamente compatible con la Constitución cuando en su artículo 68 determina: “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” (Mayúsculas agregadas por la jueza), concluyendo que la familia homoparental sí se encuentra reconocida en la norma suprema.

Asimismo, la magistrada hace referencia a la existencia de una obligación por parte del Estado ecuatoriano por la cual debe proteger el derecho a la familia contenida en varios instrumentos internacionales, sin que existan excepciones a esta garantía. De igual forma toma como argumento lo expuesto en la sentencia 012-17-SIN-CC de la Corte Constitucional en la que se indica:

“En cuanto a la familia, la Constitución de 2008, la concibe como el núcleo fundamental de la sociedad que se constituye por vínculos jurídicos o de hecho y que se basa en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Además rebasa la concepción tradicional y reconoce los diferentes tipos de familia; es decir, no concibe como tal únicamente al grupo de personas conformado por padre, madre e hijos, al contrario, parte por considerar que los vínculos que se pueden generar en el núcleo familiar no siempre implican a los progenitores y sus hijos. Por ende, cuando se hace referencia a la corresponsabilidad de la familia, se debe entender a ésta en sus diversos tipos” (p. 34).

Reforzando este argumento, la jueza cita lo expuesto por el máximo intérprete constitucional en la sentencia 184-18-SEP-CC, en el caso Satya, en cuanto a la protección de núcleos afectivos que sean distintos a los heterosexuales. Por lo expuesto, la jueza da

respuesta al primer problema jurídico concluyendo que efectivamente se vulneró el derecho de los accionantes a fundar una familia a través del matrimonio.

En cuanto al matrimonio, el tema se desarrolló alrededor de la inquietud acerca de si ésta figura es exclusivamente la unión entre dos personas de distinto sexo o puede y debe ser apreciado de otra forma. Tras hacer una reseña del concepto de matrimonio, la juzgadora hace alusión a la progresividad con la que se interpretan los derechos, noción por la cual cada persona está en la libertad de escoger su proyecto de vida, descartando taxativamente la procreación como fin del matrimonio. Al respecto, la jueza señala que de acuerdo a la Suprema Corte de Justicia de México, el vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial es discriminatorio pues excluye injustificadamente del acceso a esta institución a las parejas del mismo sexo que están situadas en condiciones iguales a las parejas heterosexuales, siendo que este trato diferenciado no persigue un fin legítimo pues el fin del matrimonio no es la procreación por lo que establecer que el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer no constituye razón suficiente ni justificada.

Bajo esta línea argumentativa, la jueza concluyó que la negativa del Registro Civil de celebrar e inscribir el matrimonio entre José y Jacinto constituye un acto discriminatorio en cuanto no cumple con un fin legítimo y transgrede en contenido de la Opinión Consultiva 24717 de la Corte IDH, además establece que la entidad pública estaba en la obligación de prestar una especial atención a los solicitantes que permita una materialización de igualdad formal y de resultado al celebrar e inscribir su matrimonio.

Posteriormente, la jueza realiza un análisis a la luz del derecho comparado acerca del matrimonio homosexual poniendo como ejemplo la legislación de México, Argentina, Brasil, Chile, Uruguay y Colombia. Al respecto de este último, cita la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia con fecha 28 de abril de 2016 a través de la cual se permite la celebración e inscripción del matrimonio entre parejas del mismo sexo, bajo el argumento de que no existe motivo constitucionalmente entendible que justifique negar su celebración, concluyendo que la familia formada por personas del mismo sexo es una “institución básica y núcleo fundamental de la sociedad” y por lo que debe ser objeto de protección por parte del Estado y de sus instituciones.

Respecto al argumento expuesto por la parte demandada en relación a la prohibición de los funcionarios de ir más allá de lo que establece la ley y de que en el Ecuador no existe una ley que permita la celebración del matrimonio entre parejas homosexuales, la jueza insta a los funcionarios a no omitir la obligación que tienen de

velar por el respeto de los derechos constitucionales como la igualdad y no discriminación que, inclusive según lo expuesto por la Corte IDH, constituye una norma de *ius cogens*, motivo por el cual todo funcionario deberá abstenerse de realizar acciones que vayan dirigidas directa o indirectamente a crear situaciones de discriminación.

Finalmente, la jueza se refiere a la obligatoriedad de la Opinión Consultiva 24/17 referida por los accionantes cuando habla sobre el control de convencionalidad, y toma en consideración lo expuesto por el *amicus curiae*, Ab. Diego Idrovo Torres. Al respecto, cabe mencionar que el control de convencionalidad ha sido definido por la Corte IDH en los siguientes términos:

“Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública”(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

En este sentido, la jueza hace hincapié en la obligación que tenía el Registro Civil de realizar el control de convencionalidad y aplicar la OC24/17 procediendo a celebrar el matrimonio que le fue requerido, inclusive cuando la propia Institución aseguró que el Registro Civil no desconoce la existencia de dicha Opinión Consultiva. Respecto a lo señalado por la Procuraduría General del Estado en relación a la necesidad de una reforma constitucional para proceder con el requerimiento de José y Jacinto, la jueza señala que dicha figura no será necesaria si se considera que el control de convencionalidad obliga al Estado a aplicar los instrumentos internacionales, la jurisprudencia de la Corte y las interpretaciones que ésta dé sobre el alcance de los derechos contenidos en la CADH, obligación que no recae únicamente en los jueces y operadores de justicia sino en toda autoridad pública.

De la misma manera, respecto al argumento esgrimido por la Procuraduría General del Estado, en virtud del cual el caso Satya no es vinculante pues existía un vacío legal que debía ser satisfecho por la Opinión Consultiva a diferencia del presente caso en el cual existe una disposición constitucional clara respecto a que el matrimonio es la unión

entre un hombre y una mujer, la jueza recuerda que la figura del matrimonio ha sido objeto de constante cambio y evolución que se adapta a las necesidades sociales, por lo que no puede ser entendido exclusivamente como una figura accesible para una pareja heterosexual. Y, posteriormente concluye este punto determinando que el objeto del caso en concreto no es crear o declarar un derecho, sino de garantizar un derecho que ya existe: el derecho a la igualdad y no discriminación.

Finalmente, la juzgadora hace un breve resumen de los elementos de la Opinión Consultiva 24/17 que a su criterio son relevantes y de gran trascendencia para su resolución. En este punto se puede evidenciar lo que se ha expuesto a lo largo de este subcapítulo respecto a la necesidad de entender al concepto del matrimonio como una figura cuya definición ha ido cambiando a través de la historia y que de acuerdo a la jurisprudencia nacional e internacional, en ningún momento puede ser supeditada únicamente a la unión de un hombre y una mujer. En este sentido, la jueza recuerda el párrafo 217 de la OC24/17 en la que la Corte insta a los Estados a crear y adoptar medidas administrativas, judiciales y legislativas de diversa índole para asegurar y garantizar el goce pleno de los derechos de las parejas del mismo sexo. Asimismo hace una transcripción textual del párrafo 218 de la misma Opinión en la que la Corte exhorta a los Estados a garantizar estos derechos extendiendo las instituciones -incluyendo el matrimonio- ya existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo.

Antes de dar su resolución, la jueza se plantea una última pregunta respecto a si la OC24/17 debe ser aplicada a través de un órgano judicial para garantizar los derechos de los accionantes. La respuesta positiva a esta pregunta se da en virtud de los siguientes argumentos:

1. Ecuador ratificó la CADH y por lo tanto reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a interpretación o aplicación de dicho instrumento.
2. Por mandato constitucional (artículo 426) todas las personas, autoridades, juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos deben aplicar directamente los preceptos constitucionales y las normas previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a la Constitución, aun cuando las partes no las invoquen expresamente. Así también la norma constitucional prohíbe alegar falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías constitucionales.

3. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (Art. 11.9 Constitución), relacionado con el principio de Tutela Judicial Efectiva de los derechos consagrado en el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces y juezas que en su contenido reza: “Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso”.
4. El máximo órgano de interpretación constitucional, mediante sentencia 184-18-SEP-CC, de fecha 29 de mayo de 2018 (caso Satya), en aras de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación consideró el contenido de la OC24/17, vinculante para el caso de José y Javier.

En virtud de todas las consideraciones expuestas, la jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Cuenca resolvió declarar la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de los ciudadanos José y Jacinto por parte del Registro Civil. Como medida de reparación integral a su derecho dispuso que la Institución proceda inmediatamente a celebrar e inscribir el matrimonio entre los accionantes bajo el procedimiento y condiciones que se exigen para las personas heterosexuales. Como medida de satisfacción dispuso la publicación de la sentencia, con reserva de identidad de los actores, en la página web oficial del Registro Civil del Azuay.

### **3.2. Argumentos sustanciales sentencia segunda instancia**

En contra de la sentencia de primera instancia, el Registro Civil del Azuay presentó recurso de apelación por considerar que ella adolece de error de hecho y derecho, que la jueza realizó una errónea interpretación del artículo 67 de la Constitución, por lo que se ha vulnerado el principio a la seguridad jurídica y se ha irrespetado el orden jerárquico del ordenamiento jurídico establecido en el artículo 425 de la norma suprema cuando la jueza aplicó de manera incorrecta la Opinión Consultiva 24/17 al emplearla por sobre la Constitución. De igual forma la recurrente indica que los funcionarios y servidores públicos tienen la obligación de respetar la ley y los procedimientos establecidos para celebrar el matrimonio so pena de ser sancionados administrativa por contravenir la Constitución. En la misma línea, señala que no es potestad del Registro

Civil analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH y demás instrumentos internacionales, sino que esta es tarea de la Asamblea Nacional, misma que deberá adecuar formal y materialmente las normas del derecho interno a la consecución de estos fines.

La recurrente indica que la jueza *a quo* confunde el concepto y alcance de la familia sin hacer una relación integral de su contenido sino haciendo alusión a las partes que benefician a los actores; además no considera que la Corte, en ejercicio de su competencia consultiva no contenciosa, solo hace una interpretación de la CADH y otros instrumentos internacionales y que por lo tanto la Opinión Consultiva, desde su naturaleza no es vinculante para los Estados partes de la Convención ni para los otros miembros de la OEA por lo que no procede que ordene la adopción de ninguna medida en ella contenida. Dice la recurrente que, la Decisión de la Opinión Consultiva no es por unanimidad, tiene 6 votos a favor y uno en contra, en el que por mayoría incluyen el derecho al matrimonio por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a la que están constituidas por parejas heterosexuales.

Asimismo, argumenta que la jueza declaró la violación de derechos que no existe y que ésta no puede obligar a que los funcionarios públicos irrespeten la Constitución y las demás leyes, así como tampoco puede ordenar que se proceda a la celebración del matrimonio entre parejas homosexuales sin indicar cuáles son las medidas legislativas que se deban realizar, el medio, herramienta, procedimiento con el cual la Entidad pueda celebrar e inscribir el matrimonio ordenado, porque el Registro Civil, cumple el mandato constitucional y la ley, así como el Principio de legalidad y garantizando el derecho constitucional de la Seguridad Jurídica.

En virtud de lo expuesto, la defensa técnica del Registro Civil señala que la sentencia subida en grado afectó a la Institución y también al Estado ecuatoriano al considerar que existió violación al derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que solicita se acepte el recurso de apelación interpuesto y se declare sin lugar a la demanda propuesta por José y Jacinto.

Con los argumentos expuestos, la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay inicia la exposición de motivos de su resolución precisamente con la garantía de motivación que deben cumplir las sentencias en virtud del artículo 76 numeral 7 literal 1), que envuelve la obligación de los servidores públicos y sus operadores motivar sus decisiones, lo cual no solo conlleva a la exposición de las disposiciones normativas

aplicables al proceso, sino además a exponer las circunstancias y razones por los cuales dichos enunciados son determinantes en un proceso.

En primer lugar, los jueces provinciales indican el objeto de la acción de protección contenida en el artículo 88 de la norma suprema en los siguientes términos: “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial”.

El tribunal *ad quem* inicia su argumento analizando si efectivamente la Opinión Consultiva 24/17 vincula al Estado ecuatoriano a su cumplimiento, para lo cual establece que la Corte IDH en uso de sus facultades conferidas en el reglamento y en la Convención, da su opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de Costa Rica y los mencionados instrumentos internacionales, dentro de su competencia. Tras hacer una referencia acerca del contenido de la OC y destacar elementos relevantes, el tribunal realiza la siguiente conclusión:

Las Decisiones de la Corte IDH son de relevancia, su pronunciamiento permite advertir a los Estados del riesgo en que se encuentran de no asumir y declarar su responsabilidad sobre determinados temas, en este caso del tema importante relacionado a los Derechos Humanos, que por su naturaleza no deben referirse a un caso en particular, sino a situaciones generales que incumben a la mayoría de Estados Miembros de la OEA, POR LO QUE NO ES VINCULANTE NI DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO PARA EL ESTADO ECUATORIANO, Toda vez que esta Opinión Consultiva no se incluye bajo el tema de los Instrumentos Internacionales - Tratados y Convenios Internacionales como consta en el Art. 417 y 424 de la Constitución de la República, en relación con el Principio de Supremacía Constitucional (las mayúsculas le pertenecen al Tribunal).

Posterior a este razonamiento, el Tribunal conceptualiza al término Opinión Consultiva a la luz de lo que establece el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico para el cual este es un dictamen emitido en derecho por un órgano competente que aunque carece de eficacia obligatoria, tiene un valor jurídico reconocido. En virtud de lo expuesto, el Tribunal de la Sala Provincial del Azuay concluye que las opiniones consultivas no constituyen un acto normativo de la Corte IDH, sino que cumplen una función netamente interpretativa la CADH y otros instrumentos que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, determinando su compatibilidad con la normativa interna de un Estado, sin que ello implique que sea vinculante para ese Estado u otros Estados miembros de la OEA por lo que no procede la adopción de ninguna conducta.

A criterio del Tribunal, la misma Corte IDH señala el carácter no vinculante de la OC en su párrafo 226 cuando reconoce que algunos Estados pueden tener dificultades en adecuar su legislación interna y extender el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales sobre todo por reformas rígidas que requieren de cierto tiempo para poderse emplear, por lo que la Corte insta (solicita) a los Estados a impulsar realmente y de buena fe las reformas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo dicho. Por lo expuesto, y considerando que con la OC no se determinó la existencia o no de una violación a un derecho o libertad protegido por la CADH por lo que no constituye un caso contencioso no es vinculante. De acuerdo a lo que dice el párrafo 21 de la OC24/17, citan los jueces provinciales, la consulta es un servicio que presta la Corte a todos los integrantes del SIDH, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales.

Por otra parte, el Tribunal provincial hace referencia a las cláusulas de remisión o reenvío que son aquellas normas que re-direccionan sus disposiciones a otros cuerpos normativos internos o internacionales para ampliar su contenido. De acuerdo a lo que establecen los jueces *ad quem*, los tratados forman parte de las fuentes del Derecho Internacional, mismos que comprenden pactos y convenios, instrumentos que gozan de fuerza vinculante, garantizados por organismos colegiados que vigilan su cumplimiento, que para efectos jurídicos, pasan a formar parte de la legislación de cada Estado que lo ratificó de acuerdo a un procedimiento preestablecido.

Asimismo, respecto a las demás fuentes del Derecho Internacional los jueces determinan que de acuerdo a nuestra Constitución, la aplicación de las fuentes *soft law*, los tratados internacionales y normas de *ius cogens* no tiene distinción pues tienen la calidad de instrumentos internacionales de manera genérica, sin embargo los tratados internacional de DDHH sí ocupan un lugar preferencial y diferenciado, inclusive por sobre la norma suprema. En este sentido, el Tribunal inclusive reconoce que considerando que la Constitución no hace distinción entre fuentes del derecho internacional sino que se refiere a estos como instrumentos internacionales, es una obligación constitucional ineludible del Estado ecuatoriano el implementar una figura jurídica que incorpore dentro de la justicia ecuatoriana Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que prevean estándares más altos y amplios en términos de contenido y efectividad de los derechos humanos.

Ahora bien, los jueces provinciales también hacen referencia al Bloque de Constitucionalidad que opera dentro de nuestro ordenamiento jurídico y que se refiere,

como lo dice Bidart Campos, al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales pero que se encuentran fuera del texto constitucional documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales (Bidart Campos, 1995, p. 265-267). A su criterio, la interpretación realizada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 24/17 al aplicarse en nuestra legislación por el Principio de Favorabilidad, no formaría parte del Bloque de Constitucionalidad.

En este punto, el argumento del Tribunal se vuelve ambiguo en cuanto determina como primer punto que el artículo 1 de la Constitución define al Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, lo cual indica que toda emanación de autoridad del poder público o incluso privado está sometida al Estado Constitucional de Derechos, *derechos que se presuponen inferiores y superiores al estado* y que por ende se convierte en un eje transversal de todas las instituciones (énfasis agregado). Hace una breve referencia de la transición de un Estado absoluto, pasando por un Estado legal culminando en un Estado constitucional en el que los derechos son el fin y la democracia el medio.

Para el Tribunal, la solicitud de los accionantes de aplicar la OC a la luz del principio de favorabilidad, contenido en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, considerando que el artículo 67 de la norma suprema es clara cuando determina que el matrimonio “es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en igualdad de sus derechos obligaciones y capacidad legal”, en concordancia con el artículo 81 del Código Civil y el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles; no tiene cabida pues el presente caso no existe antinomia ni contradicción y por lo tanto no cabe interpretación más favorable sino el respeto irrestricto de la norma jerárquicamente superior que es la Constitución.

Asimismo, concuerda con el argumento de la Procuraduría General del Estado en relación a que la Asamblea Nacional es el órgano con potestad normativa y por lo tanto le corresponde adecuar formal y materialmente la legislación a los instrumentos internacionales en aras de garantizar el derecho a dignidad humana. En el mismo sentido se refiere a la Corte Constitucional, que como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en la materia tiene como una de sus atribuciones ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los Tratados Internacionales de

derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano a través de sus dictámenes y sentencias, acorde a lo dispuesto en los Arts. 429 y 436 de la Constitución.

Finalmente, en cuanto al derecho alegado vulnerado por los accionantes, los jueces provinciales determinan la inexistencia de dicha vulneración a la igualdad y no discriminación pues esta última se produce cuando el trato diferenciado es injustificado y la negativa del Registro Civil de celebrar el matrimonio entre José y Jacinto responde a razones constitucionales y legales. Es importante destacar que los jueces *ad quem* insiste en la inexistencia de acciones por parte de la Institución que atenten contra la dignidad humana de José y Jacinto, y exponen en su parte pertinente lo siguiente:

Con propiedad consideramos que la discriminación alegada por los recurrentes, debía fundarse en hechos que prueben que la autoridad del Registro Civil ha otorgado a otras personas, del mismo sexo, en condiciones iguales, la autorización matrimonial, que a ellos no se les ha concedido, por su orientación sexual. No han demostrado la configuración de una discriminación que signifique un atentado contra su dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar sus derechos y libertades personales, esto, con violación de la norma constitucional que amerite reparación material, por el daño causado. La negativa no está encaminada a vulnerar derechos, ni a producir actos discriminatorios, se sustenta en nuestro régimen constitucional y legal.

Por los argumentos expuestos, al considerar que los actores no justificaron la vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación, los jueces de lo laboral de la Corte Provincial del Azuay aceptaron el recurso de apelación presentado por las autoridades del Registro Civil del Azuay y revocó el fallo subido en grado declarando sin lugar la demanda planteada por José y Jacinto, y dejando sin efecto las medidas ordenadas por la jueza *a quo*.

### **3.3 Contraste sentencia segunda instancia con ordenamiento jurídico aplicable**

En este apartado lo que se pretende es mostrar en breves rasgos como la sentencia de segunda instancia desconoce disposiciones constitucionales que llevan a la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de los accionantes, así como el derecho al debido proceso en la garantía de motivación por no cumplir con los elementos de esta garantía en relación a la razonabilidad y lógica.

Al respecto, en relación al argumento mediante el cual el Tribunal establece que la Opinión Consultiva no es vinculante por no ser un tratado internacional de derechos

humanos, se debe recordar que la Constitución del Ecuador no distingue entre fuentes *soft law* o *hard law*, sino se nutre del contenido del Sistema Interamericano de Derechos Humanos e inclusive del Sistema Universal de acuerdo a lo que contempla el artículo 426 de la norma suprema en cuyo contenido expresa la obligación de los funcionarios, servidores y autoridades públicas de aplicar directamente los *instrumentos internacionales* que sean más favorables a las disposiciones contenidas en la Constitución (énfasis añadido).

De la misma manera, el inciso tercero del aludido artículo establece que los derechos de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos. En tal virtud, es evidente que la Opinión Consultiva, al ser un instrumento internacional de derechos humanos que es más favorable a los derechos contenidos a la Constitución, es de inmediato y directo cumplimiento.

Ahora bien, en relación al último argumento esgrimido por los jueces provinciales es importante recordar que si bien la Constitución determina que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, esta disposición requiere de una lectura integral cuando una pareja del mismo sexo se encuentra restringida de acceder a una figura jurídica basándose únicamente en su orientación sexual. Es decir, cuando el texto constitucional establece un postulado, éste no puede obviar la realidad y diversidad social en la que se aplica, por lo que es imperante que el Derecho avance y evolucione conforme lo hace la sociedad, respondiendo a sus necesidades. En este contexto es que la interpretación constitucional encuentra el sentido de su existencia, pues a través de esta interpretación los preceptos constitucionales pueden ser aplicados para favorecer a los derechos de las personas sin importar el tiempo que haya transcurrido desde su creación.

Asimismo, es importante recordar que el resultado del texto del artículo 67 de la Constitución no responde a la voluntad del constituyente, pues como quedó expuesto en apartados anteriores, el proyecto aprobado por la mesa constituyente que abordó el tema de la familia y el matrimonio, buscaba la extensión de esta figura a las parejas homosexuales reconociendo la existencia de familias de diversos tipos.

Por todo lo expuesto, el lector puede evidenciar que el contexto jurídico de los derechos de las personas LGTBI tiene una serie de obstáculos que derrumbar, aún con

una Constitución garantista como con la que contamos desde el 2008. Es imperante considerar que el paradigma heteronormativo es la razón por la que aún en el siglo XXI las personas con distinta identidad de género u orientación sexual no pueden gozar de todos los derechos que constitucionalmente se encuentran reconocidos, mermando su dignidad humana, su derecho a la libertad y a ser tratado en igualdad de condiciones.

## Conclusiones

1. Figuras jurídicas como el matrimonio y la familia han ido evolucionando a través de la historia, por lo que no puede establecerse un significado único y exclusivo para cada una; sino al contrario, el Derecho debe adaptar su contenido a las exigencias sociales y así permitir el libre desarrollo de las personas permitiendo el goce de sus derechos de manera integral.
2. La restricción del matrimonio igualitario desconoce la prevalencia de derechos constitucionales y la dignidad humana como fundamento de un Estado democrático de Derechos y Justicia, bajo una concepción heteronormativa que impide la diversidad imponiendo normas restrictivas de derechos. Esta restricción constituye un acto discriminatorio pues su distinción no persigue un fin legítimo y tiene como resultado último el menoscabo de la dignidad humana, la libertad e igualdad de las personas.
3. El reconocimiento de la unión de hecho como una figura análoga al matrimonio constituye un acto discriminatorio pues el diferenciar el acceso a una y a otra únicamente por la orientación sexual de sus contrayentes no persigue una finalidad justa ni objetiva. En el mismo sentido, la unión de hecho, si bien surte los mismos efectos jurídicos, no brinda la misma estabilidad y seguridad jurídica que sí otorga el matrimonio, haciendo especial énfasis en que éste último es un contrato civil que se debe basar en la capacidad y voluntad de sus contrayentes.
4. En la actualidad, la unión de hecho es una figura accesible para parejas del mismo sexo y para parejas heterosexuales, siendo que estos últimos pueden libremente elegir si formar una unión de hecho o celebrar un matrimonio, mientras que las parejas homosexuales únicamente pueden formar una unión de hecho sin poder contraer matrimonio debido, únicamente, a su orientación sexual.
5. La función judicial ha sido por excelencia en el Ecuador, y en varios países de la región, el mecanismo óptimo mediante el cual las personas homosexuales han hecho valer sus derechos. Bajo esta perspectiva, el operador de justicia en ejercicio de tutela de los derechos, a la luz de la igualdad, interpretó integralmente las leyes o la Constitución, a fin de permitir el matrimonio igualitario.
6. En cuanto al derecho a la familia matrimonial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha sido la tendencia de los órganos de interpretación establecer que bajo ningún concepto se puede entender que la familia se limita exclusivamente a la unión de un hombre y una mujer, más aún considerando la existencia de familias

monoparentales. A este argumento se le añade el hecho de que las parejas homosexuales ofrecen las mismas cualidades de una pareja heterosexual en tanto estabilidad, apoyo, proyecto de vida.

7. En el marco del reconocimiento del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico; el derecho a la igualdad y no discriminación se considera un principio que irradia el contenido integral de la constitución y también se constituye en una norma del *ius cogens* que obliga a los Estados a adaptar sus ordenamientos jurídicos para asegurar su cumplimiento.

8. La Constitución reconoce la obligación de los funcionarios y servidores públicos de interpretar y aplicar los derechos progresivamente, sin restringirlos, en forma abierta y con énfasis en la dignidad humana.

9. El espíritu del constituyente del 2007 no fue establecer el matrimonio como una figura jurídica accesible solo a parejas heterosexuales, sino que la tendencia se encaminaba a reconocer efectivamente la pluralidad que caracteriza la sociedad democrática y asegurar el libre acceso a este contrato por parte de parejas del mismo sexo.

10. La inclusión del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es posible a través de una interpretación integral de la Constitución, a la luz de la progresividad de derechos, la aplicación más favorable y la no restricción o regresión de los mismos. En el mismo sentido, en cuanto a la aplicación de instrumentos internacionales se dará en relación al principio *pro homine*, no restricción, aplicabilidad directa y cláusula abierta, pudiendo reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Ecuador.

## **Recomendaciones**

Considerando que los últimos años han sido cruciales para el avance de la justicia en el país, dejando atrás un sistema que olvidaba y desconocía la supremacía constitucional, por lo que es deseable que los nuevos profesionales del Derecho se ocupen de temas como el matrimonio igualitario desde una perspectiva progresista a la luz del principio de igualdad y no discriminación y en ese sentido alcanzar a una verdadera justicia social en la que prime la dignidad humana por sobre cuestiones formales del Derecho. La esfera de la justicia seguirá siendo el espacio ideal en el que se celebren reivindicaciones de colectivos como los LGTBI, por lo que es primordial contar con operadores de justicia que sean independientes e imparciales no sólo de otras funciones del Estado sino también de posiciones morales o religiosas, requisito que se extiende a los profesionales de Derecho, quienes deberán llevar la discusión a estadios más altos que aseguren el verdadero goce efectivo de los derechos constitucionales a todos por igual.

Asimismo, considero que el Estado debe empoderarse en su papel de protector y garantista de derechos, no sólo a través de los órganos judiciales, sino también asegurar que las propuestas legislativas sean más flexibles en cuanto las parejas homosexuales no se vean envueltas en trámites judiciales que se extienden en el tiempo y que involucran recursos humanos y económicos.

Finalmente, considero importante destacar que la elección de formar una unión de hecho o celebrar el matrimonio depende exclusivamente de la libre determinación de las personas, y su celebración no deberá depender de la orientación sexual de los contrayentes, por lo que el Estado debe asegurar que el acceso a estas figuras jurídicas sea de manera igualitaria y libre, tal como lo asegura para las parejas heterosexuales, quienes pueden formar una unión de hecho o un matrimonio de acuerdo a sus expectativas y deseos.

## Referencias bibliográficas

- Asamblea Constituyente. Reglamento de Funcionamiento de las mesas constituyentes, Pub. L. No. Registro Oficial 236 (2007).
- Ávila, R. (2012). "Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?", 2, 140.
- Barahona, A. (2015a). *Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana 2008*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Barahona, A. (2015b). Igualdad, Familia y Matrimonio, una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia comparada, 23, 69.
- Bedón, R. (2015). *Guía básica de términos LGTBI para el tratamiento periodístico de la diversidad sexual y de género en la construcción de la noticia en periódicos impresos ecuatorianos*. Universidad Central del Ecuador, Quito. Recuperado de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5048/1/T-UCE-0009-399.pdf>
- Bidart Campos, G. (1995). *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar.
- Carmona, E. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. EC Cuenca. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27265.pdf>
- Comité de Derechos Humanos. Edward Young c. Australia, Comunicación 941/2000 (2003).
- Comunidad Homosexual Argentina. (2013, junio). Los disturbios de Stonewall. Recuperado de <https://www.soyhomosensual.com/lgbt/los-disturbios-de-stonewall-1969/>
- Corte Constitucional, C. C-481 (1998). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-481-98.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 8/84, No. Serie A N° 4 (19 de enero de 1984).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Velásquez Rodríguez vs Honduras (29 de julio de 1988). Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Atala Riffo y niñas vs Chile (24 de febrero de 2012). Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Cuadernillo No. 7 de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Duque vs. Colombia (26 de febrero de 2016). Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Flor Freire vs. Ecuador (31 de agosto de 2016). Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_315\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 24 (24 de noviembre de 2017). Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)

Despouy, L. (2005, febrero 22). Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/111/67/PDF/G0511167.pdf?OpenElement>

- Escobar, R. (2015). *Matrimonio y Adopción por parejas del mismo sexo*. Universidad de las Américas de Puebla, Puebla, México. Recuperado de [http://catarina.udlap.mx/u\\_dl\\_a/tales/documentos/ldin/alvarez\\_e\\_r/capitulo2.pdf](http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ldin/alvarez_e_r/capitulo2.pdf)
- Ferrajoli, L. (2010). Igualdad y Diferencia. En D. Caicedo & A. Porras, *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad* (1. ed, p. 159). Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- González, M., & Parra, Ó. (2008). Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz, 47, 129.
- Gros Espiell, H. (1991). *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Inmujeres. (2009). Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. Recuperado de [http://www.inmujeres.gub.uy/innovaportal/file/21639/1/2\\_awid\\_interseccionalidad.pdf](http://www.inmujeres.gub.uy/innovaportal/file/21639/1/2_awid_interseccionalidad.pdf)
- Madrigal, V. (2018, julio 12). Protección contra la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, *Septuagésimo tercer período de sesiones*(A/73/152). Recuperado de [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/73/152&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/73/152&Lang=S)
- Manzano, I. (2012, diciembre). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la orientación sexual e identidad de género, *LXIV/2*. Recuperado de [http://redi.ene-estudio.es/wp-content/uploads/2017/09/02-MANZANO\\_digital.pdf](http://redi.ene-estudio.es/wp-content/uploads/2017/09/02-MANZANO_digital.pdf)
- Méndez, J. (2013). *A/HRC/22/53 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.

- Prada, M. (s. f.). Del concepto jurídico del matrimonio: análisis doctrinario y jurisprudencia sobre su carácter refractario al cambio social. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2747/1/Art%C3%ADculo%20merly.pdf>
- Quintana, Y., & Pimentel, J. (2014). *Balance y perspectivas de los derechos humanos de las personas LGTBI en el Ecuador*. Quito: El Telégrafo. Recuperado de [http://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/4442/1/BALANCE%20Y%20PERSPECTIVAS%20DE%20LOS%20DDHH%20PERSONAS%20LGBTI%20EN%20EL%20ECUADOR\\_.pdf](http://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/4442/1/BALANCE%20Y%20PERSPECTIVAS%20DE%20LOS%20DDHH%20PERSONAS%20LGBTI%20EN%20EL%20ECUADOR_.pdf)
- Rodríguez, B. (2001). *Matrimonio, género y familia en la Constitución Española*. Revista Española de Derecho Constitucional.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pretty vs. Reino Unido*, No. 2346/02 (29 de abril de 2002).