

## Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008

*Alexander Barahona\**

### RESUMEN

La familia es el núcleo humano de afectos, vida común y realización personal; aunque tradicionalmente no se concibió en esta forma, las reivindicaciones por la dignidad humana, libertad e igualdad han materializado profundos cambios en cuanto a la concepción cultural de sociedades diversas. El respeto y garantía de la intimidad y proyecto de vida respaldan un enfoque diverso de familia y sus protecciones sociales y jurídicas. Una de ellas es el matrimonio, que, en cuanto fenómeno social, ha sido regulado por la política, la religión y el derecho, siendo una institución históricamente discriminatoria, actualmente restringida a parejas homosexuales. Sobre esta base, el presente artículo evidencia la afectación a derechos, así como los retos y oportunidades constitucionales, que fundamentan la opción de garantía y tutela del matrimonio igualitario en el Estado ecuatoriano.

**PALABRAS CLAVE:** Proyecto de vida, familia, matrimonio igualitario, dignidad humana, igualdad y no discriminación.

### ABSTRACT

The family is at the core of human affection, daily life, and self-realization, although it was not traditionally conceived in this way. The vindication for human dignity, liberty, and equality have brought about deep changes regarding cultural conception of diverse societies. Respect and guarantee of the freedom of lifestyle choice back up a diverse focus of family and its social and legal rights and protections. One of these protections is marriage which, by social phenomenon, has been regulated by politic, religion, and law; being an historically discriminatory institution which is currently withheld from homosexual partners. Upon this basis, the present article demonstrates how rights are affected, as well as the constitutional challenges and opportunities which are founded in the option of guarantee and protections of equal marriage in the Ecuadorian State.

**KEYWORDS:** Lifestyle choice, family, marriage equality, human dignity, equality and inclusion.

FORO

---

\* Asesor en la Corte Constitucional del Ecuador.

## IGUALDAD, FAMILIA Y MATRIMONIO, UNA MIRADA DESDE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA

### FAMILIA Y GÉNERO, TENSIONES CULTURALES Y DERECHOS HUMANOS

**A**l hablar de familia nos referimos a una diversidad de aspectos de orden histórico, social, político y jurídico, que dan cuenta cómo a través del tiempo dicha institución ha evolucionado, y, a su vez, conserva determinados elementos constituyentes. Es indudable que la familia es el grupo primario de pertenencia de los individuos, que, en cuanto entidad viva, permite el establecimiento de relaciones dinámicas de sus miembros entre sí y para con otros, dando paso a la conformación de la sociedad y el Estado.

Así, pues, la familia como unidad de la sociedad ha sufrido la imposición de modelos que determinan su desarrollo, como el modelo nuclear de familia, conformada por hombre, mujer e hijos. Desde esta perspectiva, una familia ideal es en la que el hombre trabaja y ejerce autoridad exclusiva; la mujer es madre dedicada a las labores del hogar y cuidado de los hijos; un hijo o hija, que, dependiendo de su sexo, desarrolle un género previamente determinado; por ejemplo, si es niña deberá asumir un carácter delicado, sentimental, aprender labores domésticas y orientarse a la procreación y cuidado de la familia; si es hombre deberá ser fuerte, alejado de expresar sus emociones y cuidar de la manutención del hogar. Tales características se refuerzan con el pasar de los años de manera inconsciente, siguiendo los parámetros de conducta establecidos en casa, escuela, y círculos sociales.

Según Ramiro Ávila, la familia nuclear es un modelo referencial apreciable “en las propagandas [...] en el ideal de sagrada familia de la biblia, en la regulación del código civil y en las formas cotidianas de aprendizaje”,<sup>1</sup> consolidando así “la imagen del ser humano a la que toda persona, hombre y mujer, niño o niña, tiene que aproximarse lo más posible si es que quiere tener éxito”;<sup>2</sup> es, pues, un sistema en el cual lo que no esté dentro del parámetro heterosexual debe ser catalogado como extraño, peligroso y digno de rechazo.

---

1. Ramiro Ávila, “Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?”, *Revista Umbral*, No. 2 (2012): 140.

2. *Ibíd.*, 147.

Según Alda Facio y Lorena Fries, “el patriarcado es un sistema histórico de dominación de lo masculino a lo femenino en el que se subordina y se priva a quienes se les atribuye características femeninas del acceso al ejercicio de derechos”,<sup>3</sup> a lo que se añade el enfoque heterosexual como supuesto canónico de naturalidad, excluyendo realidades diversas de personas que desarrollan una ‘diferente’ identidad de género y orientación sexual.

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

La familia, al ser el primer espacio de desarrollo humano, contribuye de manera decisiva a la asimilación y reproducción del género, pues es allí donde las personas tienen su primer contacto con lo externo y forjan su manera de ser, ver y actuar. Muchos son los casos cuando sus miembros se reprimen y frustran por presentar un género distinto al socialmente no concebido como acorde a su sexo. Por tanto, es importante entender al género como “el aparato a través del cual tiene lugar la producción y la normalización de lo masculino y lo femenino junto con las formas psíquicas y performativas que el género asume”.<sup>4</sup> Asimismo, Stoller afirma que el género se refiere a “grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con lo sexos pero que no tiene una base biológica”.<sup>5</sup>

Desde otro enfoque, Michel Foucault desarrolló la idea que “el ‘sexo’ no existe con anterioridad a su determinación dentro de un discurso en el cual sus constelaciones de significados se especifican, y que, por lo tanto, los cuerpos no tienen ‘sexo’ por fuera de los discursos en los cuales se les designa como sexuado”.<sup>6</sup> El autor es aún más enfático al mencionar que los conceptos y definiciones de sexo y género son construcciones usadas para crear un discurso legítimo y mantener una idea estática e inmutable de los roles que las personas deben mantener en su desarrollo social y familiar.<sup>7</sup>

---

3. Ibid., 141.

4. Gibrán Castañeda de la Cruz, “Familia y sistemas de parentesco: una contribución sociológica al estudio jurídico de la familia”. En Fausto Álvarez, coord., *Derecho de familia* (México: Escuela Libre de Derecho, 2012), 70.

5. Alda Facio, *Feminismo, género y patriarcado* (Santiago: LOM, 1999), 31.

6. Michel Foucault, citado por Danilo Caicedo, “Heterosexualidad y heteronormatividad. Análisis discursivo con énfasis en el entorno ecuatoriano”, *Revista Umbral*, No. 2 (2012): 123.

7. Sobre el tema confróntese Óscar Correas, *Crítica de la ideología jurídica: ensayo sociosemiológico* (México: Universidad Autónoma de México, 1993), 60.

Frente a ello, en las últimas décadas los movimientos feministas y de personas GLBTI<sup>8</sup> han luchado para que se produzca un cambio cultural y se entienda que la identidad de género y orientación sexual no implica siempre la dicotomía hombre/mujer en el marco de la heterosexualidad, sino una diversidad de formas de concebir el cuerpo y la sexualidad.

Entonces, el actual debate acerca de la familia como institución social y jurídica ha recibido importantes aportes desde los estudios culturales y de género, para entender las relaciones familiares desde su diversidad. No se habla ya de la familia, sino de familias en plural, debido a sus diferentes maneras de constitución y desarrollo. Así, Enrique Petrachi indica “las formas que la familia ha adoptado son las más variadas, como nos lo enseñan la antropología y la historia, ya que si bien la familia es universal, al igual que todas las demás instituciones es un producto social sujeto a cambios y modificaciones”.<sup>9</sup> Por tanto, si formulamos una definición de familia, esta debe ser lo suficientemente amplia para no desconocer los cambios sustanciales que la institución seguirá teniendo.

En este contexto, podemos encontrar en los tratados internacionales, constituciones, leyes y demás disposiciones jurídicas de los diferentes Estados definiciones que tuvieron que ser reformadas o re interpretadas para adaptarse a la dinámica y exigencia social. Por esto autores como Germán Martínez afirman que “la familia es un concepto jurídico indeterminado, el cual es afectado en su configuración por una realidad cambiante propia de un proceso histórico, al cual está supeditado la vida en sociedad”,<sup>10</sup> dejando en claro que no se puede hablar de una definición y forma única de familia, pues la construcción social va determinando lo dúctil de la institución y las nuevas formas que adopta.

Dicho lo cual, cuando hablamos de familia debemos referirnos de manera general al núcleo afectivo en donde las personas se desarrollan libremente, tal y como lo afirmó la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina:

La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades que permiten la subsistencia, desa-

---

8. Siglas que refieren al colectivo de gais, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales.

9. Carlos Figari “Per scientiam and justitiam”. En *Matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate* (s. l.: Fundación Triángulo). Disponible en <<http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/LibroSenadores.pdf>>.

10. Germán Martínez Cázares, “La familia y su nueva concepción”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord., *El Derecho internacional privado* (México: Porrúa, 2012), 32.

rollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad...<sup>11</sup>

## MATRIMONIO, EVOLUCIÓN Y DEFINICIÓN

Al igual que la familia, el matrimonio sufrió varias modificaciones en el transcurso del tiempo, pasando de ser un rito a un acto contractual.<sup>12</sup> El derecho occidental heredó la visión romana de concebir al matrimonio como “la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear, educar hijos y de constituir entre los cónyuges una sociedad perpetua”.<sup>13</sup>

Tal definición es asumida por varias legislaciones, se fundamenta en tres elementos: a) procreación, b) libre consentimiento de las partes, c) heterosexualidad. La procreación tradicionalmente ha significado el fin mismo del vínculo matrimonial hombre-mujer; sin embargo, es cuestionado. Así, se sostiene que “la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato”.<sup>14</sup> Por ello, la Corte Constitucional Colombiana señaló que “la capacidad de procrear como fundamento del carácter no asimilable de las parejas heterosexuales y homosexuales se sustenta en una comparación incompleta y sesgada que parte del presupuesto erróneo de que todas las parejas heterosexuales son aptas para procrear”.<sup>15</sup> Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, desestimó la procreación como elemento esencial del matrimonio:

Por tanto, aun cuando es cierto que existen diferencias entre unas y otras parejas [heterosexuales/homosexuales], sobre todo en cuanto a la limitante de procrear hijos biológicamente comunes en las del mismo sexo, ello no se traduce en una diferencia o desigualdad entre ambas relaciones que, en forma relevante, incida en la decisión del legislador de extender la institución del matrimonio civil de forma tal que comprenda a ambas, puesto que, como hemos detallado, la “potencialidad” de la reproducción no es una finalidad esen-

- 
11. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, citada por Rafael Centeno, “Los derechos de las personas GLBT en el ámbito familiar ecuatoriano” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2006), 37.
  12. Federico Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, 2a. ed. (México: Editores Mexicanos Unidos, 1981), 47.
  13. Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho romano* (Madrid: Reus, 1965), 144.
  14. Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero de 2011. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.
  15. *Ibid.*

cial de aquél tratándose de las parejas heterosexuales que, como señalamos, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no (...).<sup>16</sup>

También la Suprema Corte Estadounidense en el caso *Obergefell vs. Hodges*, Director, Ohio Department of Health señaló:

La capacidad, el deseo, la promesa de procrear no es y no ha sido un requisito previo para un matrimonio válido en cualquier Estado. A la luz de los precedentes que protege el derecho de una pareja casada a no procrear, no se puede decir que la Corte o los Estados han condicionado el derecho a contraer matrimonio en la capacidad para procrear. El matrimonio como derecho constitucional tiene muchos aspectos, de los que la maternidad o paternidad es una sola...<sup>17</sup>

En cuanto al elemento de libertad de voluntad de los contrayentes, tal derecho posee dos dimensiones: a) el deseo de contraer o no matrimonio, y b) la posibilidad de escoger a la persona con quien se va a contraer matrimonio;<sup>18</sup> en este último punto varios Estados han legitimado el matrimonio entre parejas del mismo sexo en el sentido de que es potestad de las personas decidir con quién contraer matrimonio pues tal decisión se vincula con las convicciones y creencias más íntimas de la dignidad humana.

En referencia al elemento heterosexual, la Corte Constitucional Sudafricana en sentencia CCT-60/04 lo desvirtuó del contrato matrimonial, “dada la importancia y centralidad que atribuyen nuestras sociedades al matrimonio y sus consecuencias en nuestra cultura, el negar este derecho representa negar la autodefinición en una forma profunda”.<sup>19</sup> Entonces, el objeto del matrimonio puede y es válidamente perseguido por parejas que proyectan una vida en común con vocación de permanencia, con independencia que sean heterosexuales u homosexuales. De igual forma, la alta Corte sostuvo que la definición exclusiva de matrimonio ofende a gays y lesbianas,<sup>20</sup> así como “tal concepción expresa no solo que su compromiso, relación y obligación de amor es inferior, sino que ellos/ellas nunca podrán ser parte de la comunidad con igualdad”.<sup>21</sup>

---

16. Suprema Corte de Justicia Nacional Mexicana, sentencia del 16 de agosto de 2010, párr. 270.

17. Supreme Court of the United States, case *Obergefell vs. Hodges*, Director, Ohio Department of Health. Certiorari to The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit argued april 28, 2015-decided june 26, 2015. Traducción del autor.

18. *Ibíd.*

19. Corte Constitucional Sudafricana, citada por Mariano Fernández, “Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana”. En Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del Derecho constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 610.

20. Bruno Bimbi, “Aportes del debate de la ley de matrimonio para todos y todas”. En *Matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate* (s. l.: Fundación Triángulo, s. f.). Disponible en <<http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/Librosenadores.pdf>>.

21. *Ibíd.*

Por todo ello, el objeto y fin del contrato matrimonial no radica en la diferencia sexual de los contrayentes. Así lo afirmó la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana en la sentencia No. 2-2010: “Esta Suprema Corte estima que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que en un momento histórico dado existía, mas no el núcleo esencial del matrimonio”.<sup>22</sup>

Consecuentemente, el matrimonio nace de la posibilidad del vínculo entre dos personas que de manera libre y capaz unen sus voluntades para realizar un proyecto de vida comunitario. Las características físicas y sexuales del contrayente son irrelevantes siempre y cuando el contrato se realice con consentimiento pleno en condiciones de igualdad y capacidad.<sup>23</sup>

Otro aspecto importante del contrato matrimonial es la protección jurídica entre los contrayentes, que genera obligaciones personales recíprocas en el ámbito de la pareja y surte efectos de carácter patrimonial, dicha protección –en igual dimensión– no es garantizada por otra institución, como por ejemplo la unión de hecho, la cual no genera el mismo efecto jurídico, pues su carácter declarativo e informal está supeditado al transcurso del tiempo;<sup>24</sup> y, en suma, dicha institución está concebida para diferentes realidades y pretensiones. El matrimonio, por su parte, desde el mismo momento de su celebración concede “prerrogativas sustanciales para un proyecto de vida conjunto que le otorgan un marco de protección y estabilidad”.<sup>25</sup> Además, el matrimonio resulta imprescindible en la lucha reivindicatoria de la dignidad, igualdad y no discriminación, con el objetivo de transformar sociedades injustas e inequitativas. Por ello, la pretensión será la igualdad y libertad de las personas frente a la celebración de un contrato que produce especiales efectos jurídicos y culturales. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostuvo enfáticamente:

Si la propuesta fuese que la unión civil para las parejas homosexuales reconociera todos y cada uno de los derechos que reconoce el matrimonio, es decir, que se cree una institución paralela, idéntica al matrimonio, y se distinga a la población, por su orientación sexual, en-

---

22. Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, citada por Manuel Munive y Gerardo García, “Matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Distrito Federal y el derecho internacional privado mexicano”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord., *El Derecho internacional privado* (México: Porrúa, 2012), 461.

23. Carolina Restrepo, Sandra Sánchez y Catalina Tamayo, *Derecho y diversidad sexual* (Medellín: Universidad de Medellín, 2010), 139.

24. Código Civil Ecuatoriano, art. 224: “En caso de controversia o para efectos probatorios, se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta (...)”, vigente por la reforma del art. 24 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de junio de 2015.

25. Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero de 2011. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

tre quienes pueden acceder a una institución o a la otra, se trataría de un absurdo, inédito en nuestro ordenamiento jurídico. Y sería, claro está, una ley profundamente discriminatoria, porque estaría trazando una línea simbólica que clasificaría a los argentinos y las argentinas en dos grupos que recibirían un tratamiento diferenciado de parte del Estado (...).<sup>26</sup>

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* indicó:

está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual (...).<sup>27</sup>

Dicho argumento no resulta nuevo en la hermenéutica jurídica, pues ha sido internacionalmente adoptado bajo la condena de la regla “iguales pero separados” por considerarla violatoria a la igualdad y no discriminación; argumento consagrado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, que, en 1954 en el caso *Brown vs. Board of Education*, se consideró como transgresoras de la igualdad a las leyes que obligaban a que los niños afroamericanos estudien en instituciones separadas de los blancos.<sup>28</sup>

## **MATRIMONIO, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN**

Ahora bien, de lo señalado anteriormente, es preciso analizar si la restricción de la institución conyugal a parejas homosexuales vulnera los derechos al libre desarrollo de la personalidad e igualdad y no discriminación.

Amplia es la doctrina que se encuentra en torno al derecho al libre desarrollo de la personalidad; así pues, Ana Arzumendi expone que el libre desarrollo de la personalidad es “aquel derecho que posee todo ser humano de desarrollarse, auto determinar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a su propios propósitos, proyec-

---

26. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, citada por Bruno Bimbi, “Aportes al debate de la ley de matrimonio para todos y todas”, 99.

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de 2 de febrero de 2012, párr. 91. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/>>.

28. *Brown vs. Junta Escolar* La decisión del Tribunal Supremo que cambió una Nación”, Boletín Informativo de la Embajada de los Estados Unidos-Panamá febrero, 2014. Disponible en <<http://photos.state.gov/libraries/panama/11567/2004/abvsedb.pdf>>.



to de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones”.<sup>29</sup> Asimismo, el libre desarrollo de la personalidad es el atributo jurídico general de ser persona humana, en el cual se incluyen todos los derechos y características indispensables al estatus jurídico de persona.

Este derecho implica “el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás”.<sup>30</sup> El desarrollo de la personalidad responde a la facultad que poseen los individuos para realizar su vida acorde con sus propios y únicos ideales. De tal forma, el contenido del libre desarrollo de la personalidad se nos presenta como deber de protección jurídica de aquellas características del individuo que procuran el desarrollo autónomo del propio ser.

En lo que respecta al acceso al contrato matrimonial, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra íntimamente ligado a esta, ya que en cuanto forma jurídica de constitución familiar y como contrato es ilegítimamente negado por razones de orientación sexual. Cabe destacar que la orientación sexual y la identidad de género son expresiones legítimas de la sexualidad de la persona<sup>31</sup> y no atentan contra el derecho de terceros ni el orden público. Así pues, la Corte Constitucional Colombiana acertadamente señaló:

La Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo. La convivencia en pareja contribuye de manera decisiva al libre desarrollo de la personalidad, afincada en su libertad de conciencia que decide libremente compartir su proyecto vital con otra persona, de diferente o del mismo sexo...<sup>32</sup>

Al excluir a las parejas homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio, se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como se perpetúa la visión que las relaciones entre personas del mismo sexo son menos dignas de reconocimiento que la relación entre personas de distinto sexo. Por tanto, restringir derechos

---

29. Ana Azurmendi, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2a. ed. (México: Universidad Iberoamericana / Fundación Manuel Buendía, 1998), 61.

30. Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-594/93*, 15 de diciembre 1993. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-594-11.htm>>.

31. Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero de 2011. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

32. *Ibid.*

o el acceso a contratos civiles por la orientación sexual de las personas es discriminar la dignidad y personalidad humana, pues no se puede justificar que los contratos tengan una determinada visión de orientación sexual o género.

Asimismo, la orientación sexual está íntimamente vinculada a la igualdad y no discriminación. La igualdad es un principio complejo que, en su concepción más amplia, ha de entenderse como el derecho de las personas a ser ellas mismas sobre el entendido de una misma dignidad. Luigi Ferrajoli define a la igualdad como un principio basado en “igual valor asociado a todas las diferencias de identidad que hacen de toda persona un individuo diferente de todos los demás y de todo individuo una persona como todas las demás”,<sup>33</sup> entonces, se entiende que la igualdad no implica la idea que todos somos idénticos, pues somos diferentes en cuanto a características físicas y psicológicas, pero todos iguales en cuanto a personas con dignidad, derechos y libertades; y son estos los que tienen que tutelar, respetar y garantizarse; somos, pues, iguales en valor y dignidad.

La igualdad “ya no es un hecho, sino un valor, no una aseveración, sino una prescripción cuya actuación o efectividad requiere por lo tanto que se le asegure mediante garantías adecuadas”,<sup>34</sup> lo cual implica que el Estado tiene la obligación de respeto, garantía y tutela de la igualdad formal y material de todos los individuos; incluso frente a decisiones mayoritarias, es decir, no importa si la mayoría está de acuerdo o en desacuerdo con que, por ejemplo:

los negros tengan los mismos derechos que los blancos, los judíos tengan los mismos derechos que los cristianos o las mujeres tengan los mismos derechos que los varones. La legitimidad de los derechos de las minorías no nace de la voluntad de las mayorías, ni es un regalo o una concesión que las mayorías realizan.<sup>35</sup>

Según Santos, “tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza”.<sup>36</sup>

Así, al restringir a las personas el goce y acceso a instituciones jurídicas basados en su orientación sexual e identidad de género, estamos frente a una discriminación *de jure* de forma directa, tal y como lo afirma Judith Salgado: “estamos frente a una discriminación directa cuando las leyes, políticas, prácticas, discriminan de manera

---

33. Luigi Ferrajoli, “El principio de igualdad y la diferencia de género”. En Juan Cruz, coord., *debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres* (México: Corte Suprema de Justicia), 2.

34. *Ibíd.*

35. Bimbi, “Aportes al debate de la ley de matrimonio para todos y todas”, 65.

36. Boaventura de Sousa Santos, citado por Ramiro Ávila, “Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?”, 153.

explícita a una persona o grupo de personas”;<sup>37</sup> de allí se colige que cuando no se permite el acceso al contrato matrimonial a personas homosexuales o a la constitución de una familia estamos frente a una discriminación.

Asimismo, Albie Sachs entiende que “el monopolio heterosexual de la institución del matrimonio constituye una negación injustificada de la importancia que tiene la intimidad y el apoyo mutuo para las parejas del mismo sexo. Es una ofensa a su dignidad y es incompatible con las concepciones contemporáneas sobre la igualdad”.<sup>38</sup>

El matrimonio, en tanto vínculo contractual de dos personas, basado en su libre consentimiento, capacidad y deber de auxilio y afectividad, no debe contemplar un requisito heterosexual de sus contrayentes; más aún, cuando se evidencia que este criterio es por sí mismo ofensivo a la igualdad y dignidad humana. De esta forma, Carlos Bernal Pulido sostiene:

Son potencialmente discriminatorias aquellas diferencias que se funden en rasgos permanentes de la personas de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias; y aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.<sup>39</sup>

En esta línea, la doctrina y la jurisprudencia han usado el test de igualdad para determinar si la exclusión de parejas homosexuales del contrato matrimonial es legítima. Se establecen entonces tres momentos del test: a) legítimo fin perseguido por la restricción, b) idoneidad, y c) proporcionalidad entre el medio escogido y el fin perseguido.<sup>40</sup>

La restricción del contrato matrimonial para parejas homosexuales crea una distinción que atenta contra la dignidad y libertad de las personas, por tanto, no resulta un fin legítimo; ya que no puede ser considerado en tal forma toda medida que tenga como objeto o dé como resultado la restricción la dignidad las personas. De igual forma, tal medida no es idónea ni necesaria, pues al no existir fin legítimo no puede justificarse dicha disposición; sin embargo, en la hipótesis en que efectivamente se

---

37. Judith Salgado, *Manual de formación en género y derechos humanos* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013), 132.

38. Albie Sachs, Simposio “Matrimonio entre parejas del mismo sexo”, *Anuario de Derechos Humanos*, No. 7 (2011): 78.

39. Carlos Bernal Pulido, “El juicio de la igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En Caicedo Tapia, edit., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 465.

40. *Ibid.*, 467.

persiguiera un objetivo legítimo, seguiría careciendo de idoneidad, pues la concepción restrictiva es una intromisión grave a la igualdad sin que exista otro derecho o bien jurídico a tutelarse; por último, la medida es desproporcionada pues el medio y fin es discriminatorio, excluyendo de forma completa el goce jurídico del contrato matrimonial y de una forma de constitución familiar.

Así pues, diversas Cortes han asumido una posición garantista frente a la igualdad y libertad, decantándose por la tutela de estos derechos, y consecuentemente, permitiendo la celebración del contrato matrimonial a todas las parejas sin distinción por motivos de orientación sexual. En dicho contexto, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, emitió una opinión vinculante en el caso *Obergefell vs. Hodges*, Director, Ohio, en la cual sostuvo:

La limitación del matrimonio a las parejas de distinto sexo siempre puede haber parecido natural y justo, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental del matrimonio, ahora es manifiesta [...] Muchos de los que consideran que matrimonio entre personas del mismo sexo es malo, o hayan llegado a esa conclusión basados en premisas religiosas o filosóficas respetables, ni ellos ni sus creencias están menospreciados aquí. Pero, cuando esa sincera oposición personal se convierte en ley o en política pública requiriendo la posición oficial de un Estado, se configura una exclusión que degrada la libertad [...] Todas estas consideraciones llevan a la conclusión que el derecho a contraer matrimonio es un derecho inherente fundamental en la libertad de la persona protegidas en la décimo cuarta enmienda, razón por la cual las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de ese derecho y libertad, [...] La Corte sostiene que las parejas del mismo sexo podrán ejercer el derecho fundamental a contraer matrimonio...<sup>41</sup>

De igual forma, el Tribunal Constitucional Español, mediante sentencia STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 indicó:

El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse (...).<sup>42</sup>

---

41. Supreme Court of the United States, case *Obergefell vs. Hodges*, Director, Ohio Department of Health. *Certiorari to The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit* argued april 28, 2015-decided june 26, 2015. Traducción del autor.

42. Tribunal Constitucional Español, Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Boletín Oficial del Estado Núm. 286, 28 de noviembre de 2012.

El organismo entendió que la orientación sexual está protegida por el derecho a la libertad, intimidad, igualdad y no discriminación, por lo que señaló que no se puede restringir ningún derecho en virtud de la orientación sexual de las personas:

por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual. De este modo se da un paso en la garantía de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales.<sup>43</sup>

Por lo expuesto, tanto la familia como el matrimonio son instituciones afectadas por modelos patriarcales arbitrarios, que han normalizado el sexo y género, constituyendo reglas naturales de conducta y orientación sexual. Las parejas homosexuales en el paradigma heterosexual representan una trasgresión, una forma ilegítima de amar, y mal ejemplo a combatir desde la política, religión y derecho, sosteniendo criterios de exclusión y creando figuras jurídicas diferentes para re afirmar la diferencia desde la orientación sexual. Tales concepciones y formas jurídicas, como se ha expuesto, no responden a la concepción contemporánea de igualdad, libertad y dignidad, pues cada vez son más las sociedades que exigen respeto y garantía de los derechos en forma transversal y específicamente en la institución matrimonial como forma de constitución familiar.<sup>44</sup>

La configuración heterosexual del matrimonio ha llegado a la esfera constitucional, llamando la atención la presencia de un contrato como precepto constitucional; sin embargo, este aspecto confirma que el matrimonio es la forma jurídica que por excelencia ha protegido a la familia, y actualmente demanda una nueva lectura, desde la libertad e igualdad. A esta lucha reivindicatoria se la ha llamado matrimonio civil igualitario.

---

43. *Ibíd.*

44. A nivel mundial actualmente son 20 los Estados que han legalizado el matrimonio igualitario, entre ellos tenemos: Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010), México-Distrito Federal (2009), Uruguay (2013), Dinamarca (2012), Reino Unido (2013), Brasil (2013), Francia (2013), Luxemburgo (2015), Irlanda (2015), Finlandia (expidió ley en la cual el matrimonio igualitario será legal en 2017) Estados Unidos de Norteamérica (2015).

## FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA UNA CONCEPCIÓN IGUALITARIA DEL MATRIMONIO. HACIA UNA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

### DERECHOS DE LIBERTAD: IGUALDAD, FAMILIA Y MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008

En 2007 la Asamblea Constituyente de Montecristi consagró en la nueva Constitución un amplio catálogo de derechos; concretamente, en torno al colectivo GLBTI, presenta dos enfoques, uno garantista y otro restrictivo. El garantista responde a los derechos consagrados de igualdad y no discriminación, por razones de –entre otras– identidad de género y orientación sexual (artículo 11.2 CRE);<sup>45</sup> de igual forma se tutelan los derechos derivados de la dignidad humana (artículo 11.7 CRE), el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la orientación sexual (artículo 66.9 CRE), el derecho a la integridad sexual (artículo 66.3 CRE), el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (artículo 66.4 CRE), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 66.5 CRE), el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 66.20 CRE), el derecho a la identidad personal (artículo 66.28 CRE), el reconocimiento a las familias en sus diversos tipos (artículo 67 CRE), las uniones de hecho entre dos personas (artículo 68 CRE), y el deber de respeto acerca del género, la orientación e identidad sexual de las personas (artículo 83.14 CRE).

Por su parte, el enfoque restrictivo lo encontramos en torno al matrimonio y adopción. En cuanto al matrimonio, debido a que el texto constitucional lo define como la unión entre un hombre y una mujer (artículo 67 inciso único CRE); por su parte, la adopción, según el texto constitucional, corresponde únicamente a parejas de distinto sexo (artículo 68, inciso único CRE).<sup>46</sup>

Dicho lo cual, *prima facie*, parecería la consagración de un doble estándar de derechos e igualdad; debido a que si bien, las personas gais, lesbianas, transexuales, transgénero e intersexuales, tienen derecho a la igualdad y no discriminación, al li-

---

45. Siglas que refieren a Constitución de la República del Ecuador.

46. En referencia a la adopción en Ecuador está permitido únicamente por parte de parejas de distinto sexo, no contempla la adopción de personas solteras o parejas homosexuales, de acuerdo al artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, publicada en el Registro Oficial No. 684 de 04 de febrero de 2016.

bre desarrollo de su personalidad, identidad, intimidad familiar, orientación sexual, al respeto de su dignidad y al reconocimiento de sus uniones familiares, estos derechos se ven limitados en torno a la celebración del contrato matrimonial, como libertad y forma de constitución familiar.

Dicha problemática requiere analizar los debates constituyentes en torno a la familia y el matrimonio, a fin de poder determinar las razones que motivaron al constituyente a emplear un estándar diferenciado, con efectos discriminatorios en virtud de la orientación sexual e identidad de género.

La mesa constituyente No. 1 de derechos fundamentales y garantías constitucionales abordó los temas –entre otros– de familia y matrimonio; en su informe presentado al pleno acerca de familia y matrimonio se encuentran los siguientes artículos:

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 basarán 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 solo a parejas de distinto sexo.<sup>47</sup>

Del texto se evidencia un reconocimiento amplio de las familias, basado principalmente en la igualdad de quienes forman los diversos tipos del núcleo. De igual forma, el matrimonio es amplio, hace relación al consentimiento, igualdad y capacidad de los contrayentes, no se aprecia el elemento heterosexual como esencial de dicha institución. La unión de hecho, por su parte, puede ser celebrada por dos personas libres de vínculo matrimonial. En ninguna de las tres instituciones se observa el enfoque heterosexual.

Posteriormente, el pleno de la Asamblea Constituyente conoció este articulado y, en sus debates, expuso únicamente argumentos acerca de la familia y las uniones de hecho, nada dijo del matrimonio o la posibilidad de celebrar o no dicho contrato entre personas del mismo sexo. En cuanto a la familia existieron posiciones divididas; por una parte, varios asambleístas sostuvieron que no debe referirse a la familia en plural,

---

47. Asamblea Constituyente. Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional. Disponible en: Constituyente: 14-15 <[http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/busqueda\\_proleg](http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/busqueda_proleg)>.

pues existe una sola familia “compuesta por un solo tipo, esto es por un hombre y por una mujer y fruto de su relación vienen los hijos”;<sup>48</sup> dicha especificación –se sostuvo– debe realizarse para no abrir la puerta a la familia homosexual.<sup>49</sup>

En forma diferente, varios asambleístas sostuvieron la importancia de hablar de familias, debido a que actualmente la familia nuclear no responde a la realidad, pues existen diferentes formas de integrar una unión familiar “aquel modelo de mamá, papá, hijos, ya no es el único y la familia sigue siendo un sistema complejo que hay que entenderlo y que necesariamente el Estado tiene que garantizar la estabilidad y desarrollo de esa familia”.<sup>50</sup> Se expresó, además, que la familia debe entenderse como institución sujeta a permanentes cambios, los cuales no deben ser vistos como síntoma de desmoronamiento de dicha institución.<sup>51</sup> Se subrayó que el reconocer la familia en sus diversos tipos es reconocer esa pluralidad que conforma el Estado.<sup>52</sup>

En torno a la unión de hecho, se argumentó que debe ser constituida entre hombre y mujer, “la unión es entre un macho y una hembra, lo demás es antinatural”,<sup>53</sup> posición compartida por varios asambleístas quienes subrayaron que con dicho artículo “corre riesgo que puedan ser amparadas las uniones entre personas de la misma orientación sexual”,<sup>54</sup> debiendo tenerse en cuenta la repercusión que un reconocimiento de tal naturaleza tendría en la sociedad que profesa principios éticos y morales.<sup>55</sup> Sin embargo, otros parlamentarios resaltaron que la nueva Constitución debe ser garantista e incluyente:

Esas grandes mayorías que existen en el país son las que queremos y quiere una Constitución incluyente, no seamos excluyentes al tratar un tema de grupos minoritarios del país. Legislemos completamente y hagamos una Constitución acorde para esos grandes grupos de nuestra sociedad...<sup>56</sup>

En el momento de la votación, la mayoría constituyente optó por una protección de la familia en sus diversos tipos, el matrimonio en forma amplia y una unión de hecho entre dos personas;<sup>57</sup> expresando, en tal virtud, el espíritu garantista del cons-

---

48. *Ibíd.*, 69.

49. *Ibíd.*, 95.

50. *Ibíd.*, 64.

51. *Ibíd.*, 98.

52. *Ibíd.*, 28.

53. *Ibíd.*, 134.

54. *Ibíd.*, 59.

55. *Ibíd.*, 69.

56. *Ibíd.*, 148-49.

57. Asamblea Constituyente. *Acta 89*. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente, pág. 45.



tituyente, frente a las diversidades sexuales. Entonces, de la votación se entiende que el constituyente se decantó por una igual tutela de los derechos tanto de las personas heterosexuales como homosexuales; así, que a pesar de existir oposición, la Asamblea se orientó por la garantía de los derechos humanos con un enfoque de igualdad.

Sin embargo, a escasos días de terminar la constituyente, el artículo de la familia que contenía la regulación del matrimonio fue sometido a un procedimiento extraordinario de reconsideración; en el que, un artículo, a pesar de haber sido votado y aprobado por el pleno, podía considerarse nuevamente; dicho procedimiento era activado por cualquier asambleísta sin argumentación, y en el que no existía debate.<sup>58</sup> Consecuencia de ello, el nuevo texto propuesto se aprobó por la mayoría del pleno mismo que quedó en la siguiente forma:

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

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

El nuevo texto aprobado se convirtió en el actual artículo 67 de la Constitución; y, en comparación con el anterior, se observa que desaparece el principio de igualdad en la familia; así como se introduce una definición heterosexual de matrimonio. Esto suscita varias inquietudes, debido a que en ningún momento el matrimonio fue objeto de debate, ni tampoco el posible vínculo conyugal homosexual; distinto hubiese sido la reforma del texto referente a las uniones de hecho en el que se apreció oposición en cuanto a la posibilidad de amparar uniones homosexuales, aunque claramente se decidió que dicha institución debía ser lo suficientemente amplia para garantizar –en igualdad y no discriminación– los derechos relativos a las uniones homoafectivas y patrimonio.

Por tanto, no deja de sorprender cómo mediante dicho procedimiento que no contempló debate –necesario pues se trata del reconocimiento de derechos en un proceso democrático auténtico– se introdujo una definición de matrimonio cuyo efecto dio como resultado una exclusión de la institución a las personas por motivos de su orientación sexual e identidad de género; así como resulta contradictorio que el matrimonio se encuentre regulado en el capítulo de los derechos de libertad, que reconoce en

---

58. Ecuador, Asamblea Constituyente, *Reglamento de funcionamiento de las mesas constituyentes*, en Registro Oficial No. 236 (Montecristi, 20 de diciembre de 2007), art. 56.

principio la igualdad formal y material (art. 66.4 CRE) y no discriminación para luego concebir una definición matrimonial con efecto discriminatorio (art. 67 CRE).

Ahora bien, si analizamos lo ocurrido en el contexto del desarrollo de la constituyente podemos mencionar que, si bien fueron muchos los temas de debate en la Constitución, en los medios de comunicación y en el escrutinio público, se enfocaron en tres aspectos que, según el criterio de Judith Salgado, fueron: a) la posibilidad de que la Constitución permitiera el aborto, b) la posibilidad de un matrimonio homosexual, y c) la adopción.<sup>59</sup>

A pesar del carácter laico de los Estados, debe indicarse que en América Latina la iglesia posee una directa incidencia en la ideología de las personas, explicando así la postura de muchos asambleístas que no se desvincularon del elemento religioso al abordar temas de familia, matrimonio, unión de hecho y adopción. El protagonismo de la iglesia fue fundamental para definir un apoyo político a la Constitución; tal institución presionó socialmente al constituyente para que introduzca una definición heterosexual del matrimonio, a pesar que ello implicó contradecir normativamente los preceptos constitucionales.

Sin embargo, el constituyente ecuatoriano consagró el principio de prevalencia de aquellos derechos que son desarrollados en mejor forma en tratados internacionales de derechos humanos. De allí que el desarrollo de los derechos de familia, libertad, e igualdad y no discriminación por orientación sexual realizadas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Humanos<sup>60</sup> adquieren primacía en nuestro ordenamiento para interpretar progresivamente la familia y matrimonio, y evitar una discriminación social.

Entonces, el matrimonio constituye la reivindicación de la igualdad y lucha contra la discriminación y segregación, en un “Estado de Derechos y Justicia”, en donde la dignidad prevalece por sobre cuestiones religiosas, culturales, o decisión de mayorías.

## **IGUALDAD Y MATRIMONIO, UNA MIRADA DESDE LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

De lo desarrollado se demuestra la importancia del principio de igualdad y no discriminación, fundamentalmente la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

---

59. Judith Salgado, docente Universidad Andina Simón Bolívar, entrevistada por Alexander Barahona, Quito 8 de octubre de 2014.

60. Comité de Derechos Humanos, caso Toonen c. Australia, comunicación No. 488/1992, del 4 de abril de 1994, párr. 8.2, disponible en <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/488-1992.html>>.

La igualdad y no discriminación es un derecho con eje transversal, es decir, todas las libertades y derechos constitucionales deben ser garantizados en virtud de este principio. En referencia al derecho a la constitución familiar, la Constitución de la República garantiza su desarrollo bajo el principio de igualdad y progresividad, tutelando así la libre formación de núcleos homoafectivos, e imponiendo un deber de interpretación garantista frente a la definición matrimonial.

En cuanto al matrimonio, si bien constitucionalmente no está consagrado como un derecho, su restricción a parejas homosexuales vulnera el derecho a la constitución de una familia matrimonial en condiciones de libertad e igualdad. Cabe subrayar que tanto en la Convención Americana (art. 17) como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) el matrimonio está considerado como derecho humano íntimamente relacionado con la familia; así como el derecho a la igualdad y no discriminación y el principio de progresividad, que prevalecen por sobre principios y reglas constitucionales siempre que garanticen en mayor medida los derechos y dignidad humana.

En tal virtud, la restricción del matrimonio a parejas de la misma orientación sexual se produce el menoscabo del ejercicio en condición de igualdad de la libertad de acceder al contrato civil; así como se configura una distinción ilegítima de acuerdo con los estándares desarrollados por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 18,<sup>61</sup> pues anula el goce en condiciones de igualdad del derecho a la libertad de contraer matrimonio por motivos de orientación sexual.

Dicho lo cual, y sumado a lo expuesto en el primer apartado, es posible sostener que la restricción del matrimonio igualitario desconoce la prevalencia de derechos constitucionales y la dignidad humana como fundamento del Estado de Derechos, máxime cuando dicha regla discrimina a las personas por ser ellas mismas, y consolida un enfoque heteronormativo de conciencia social discriminatoria. Por tanto, restringir la celebración de un contrato a las personas por su orientación sexual no puede ser concebido como una distinción legítima, pues la legitimidad se produce cuando el objetivo del trato diferenciado es desarrollar en mejor forma derechos y no –como en este caso– para restringirlos.<sup>62</sup>

---

61. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18 adoptado en el 37º período de sesiones, 1989 “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”.

62. Daniel O’Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos* (México: Tierra Firme, 2007), 960.

Entonces, es una cuestión de Constitución el reconocimiento de derechos y libertades, en virtud de la dignidad de las personas, pues una norma constitucional ni conoce ni tolera clases entre los ciudadanos<sup>63</sup> y, por tanto, no puede ser aplicada o interpretada en forma discriminatoria.

Lo señalado anteriormente, nos lleva a abordar el tema de interpretación y aplicación de la Constitución; por lo cual es preciso puntualizar que el precepto consagrado en el artículo 67 define al matrimonio como ‘la unión entre un hombre y una mujer’. Sin embargo, el artículo 11. 5) de la CRE determina que se deben interpretar los derechos constitucionales en la forma que más favorezca su efectiva vigencia; el número 7) del mismo artículo consagra que el reconocimiento de los derechos tanto de la Constitución como de los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás que se deriven de la dignidad de las personas; en el número 8) se contempla el desarrollo progresivo de los derechos, siendo inconstitucional la regresión de los mismos. De igual forma, el artículo 417 menciona que, en materia de tratados internacionales, se aplicará el principio pro ser humano, de no restricción, aplicabilidad directa y de clausula abierta, y, finalmente, el artículo 424 consagra que los tratados internacionales que reconozcan en mejor manera derechos prevalecerán sobre cualquier otra norma o acto de poder público.

Ahora bien, el artículo 67 del texto constitucional define al matrimonio como unión heterosexual; empero, los demás principios y derechos facultan aplicar e interpretar la igualdad y no discriminación, cuya dimensión adquiere prevalencia en el ordenamiento jurídico, bien por ser norma *jus cogens*,<sup>64</sup> o por desarrollar en mejor forma la libertad frente a la familia y matrimonio. Dicho principio podría ser asumido y aplicado por jueces y demás autoridades públicas, a fin de evitar limitaciones al goce efectivo de derechos y libertades constitucionales. Entonces, frente a lo dispuesto en el artículo 67 de la norma suprema, resulta factible aplicar en forma prevalente la cláusula de reemisión en torno a los principios de clausula abierta, progresividad, no restricción, y prevalencia del mejor derecho.

Entonces, el matrimonio entre parejas del mismo sexo debe ser interpretado desde la dignidad, y esto implica el “reconocimiento legal de la íntima relación entre dos personas, una relación entendida por el estado como merecedora de dignidad en la comunidad, igual que todos los otros matrimonios”.<sup>65</sup> Así, pues, es importante desta-

---

63. Fernando Rey, *Homosexualidad y constitución* (Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú), 7.

64. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr. 101.

65. Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica. *Syllabus United States V. Windsor, Executor Of The Estate Of Spyer, Et Al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit* No. 12-307. Argued March 27, 2013-Decided June 26, 2013, disponible en <[http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307\\_6j37.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf)>.

car que aún el discurso más restringido en materia de matrimonio, cuando se analiza a la luz de la dignidad humana, da por resultado, invariablemente, la aceptación del matrimonio igualitario.<sup>66</sup> De allí que, la Suprema Corte de Justicia de Canadá sostuvo que “en sociedades plurales uno de los principales pilares de la interpretación constitucional canadiense es la idea de la Constitución como un árbol viviente que por la vía de la interpretación progresiva, se acomoda y se ocupa de las realidades de la vida moderna”.<sup>67</sup>

Por tal motivo, si el matrimonio esta constitucionalizado como unión heterosexual, el desarrollo de la dignidad, libertad e igualdad y la no discriminación como derechos que prevalecen a la definición restrictiva dan como resultado la facultad de las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio. De lo anterior, podemos postular que, en el caso de la definición de matrimonio, el legislador (cumpliendo con su deber de garantía normativa) o el intérprete constitucional (cumpliendo con el mandato de la norma suprema), están en la obligación de armonizar la Constitución,<sup>68</sup> aplicando en forma preferente el principio de igualdad y no discriminación con el objetivo de interpretar la norma en forma sistemática. Ello implica lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía,<sup>69</sup> otorgando de esta forma a parejas del mismo sexo la libertad de poder acceder al matrimonio civil en igualdad de condiciones.

Tal ejercicio hermenéutico, de identificación y protección de los derechos es propio de la interpretación constitucional;<sup>70</sup> y sería empleado a fin de terminar con la discriminación histórica hacia homosexuales en materia de familia y matrimonio, teniendo en cuenta que, jurídicamente, es posible dicho cambio, en el contexto ecuatoriano, al ser un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, pues dicho modelo jurídico significa que toda acción del Estado, incluyendo la aplicación e interpretación de la Constitución, debe garantizar, respetar y tutelar derechos; esto en sí mismo es la auténtica razón de ser del Estado y del ordenamiento jurídico.<sup>71</sup>

66. Cfr. American University Washington College of Law, Amicus Curia, presentado ante la Corte Constitucional Colombiana, disponible en <[http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=pub\\_disc\\_briefs](http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=pub_disc_briefs)>.

67. Supreme Court of Canada, *EGALE Canada Inc. vs. Canada (Attorney General)* 2003, 225 D.L.R. (4th) 472, 2003 BCCA 251; *Hendricks vs. Quebec (Attorney General)* [2002] R.J.Q. 2506 (Sup. Ct.); *Barbeau vs. British Columbia* 2003 BCCA 251 (Court of Appeal for BC, May 1, 2003).

68. *Ibid.*, 16.

69. Ecuador, Asamblea Nacional, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 3.

70. Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica. *Syllabus United States V. Windsor, Executor Of The Estate Of Spyer, Et Al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit No. 12-307*. Argued March 27, 2013-Decided June 26, 2013, <[http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307\\_6j37.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf)>.

71. Ramiro Ávila, *Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Alcance y efectos de la introducción de progresividad en el sistema constitucional tributario ecuatoriano, a partir de la Constitución del 2008* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 55.

En este punto, es preciso indicar que todos los argumentos hasta aquí desarrollados se encaminan a una interpretación constitucional distinta a la contenida en el artículo 67 del texto; para ello, se ha hecho una lectura integral de los principios constitucionales que permiten una interpretación progresiva a la luz de la libertad, igualdad y dignidad, facultando al juez constitucional, como garante de la Constitución o al parlamento como organismo sujeto al cumplimiento de los derechos constitucionales, el legalizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Este cambio puede realizarse mediante: a) actividad legislativa o judicial; y b) mediante un procedimiento de reforma constitucional, de enmienda, contemplada en el artículo 441 de la norma suprema.<sup>72</sup> Este último punto es posible ya que el matrimonio igualitario no altera la estructura fundamental o elementos constitutivos del Estado, así como no restringe derechos, pues los garantiza, y tampoco modifica el procedimiento de reforma constitucional.<sup>73</sup>

Finalmente, las opciones en mención son apuestas por la conciencia jurídica del real valor de la dignidad humana, como premisa de la construcción de un Estado más justo, equitativo y en el que se erradique las nuevas formas de segregación. Mirarnos como sociedad desde la igualdad y capacidad de la diferencia construye la interculturalidad y una conciencia colectiva más incluyente.

Entender la alteridad de existencias y dignidades nos permite tomar conciencia que el sentido valorativo de la otredad ha servido históricamente para categorizarnos, y discriminarnos unos a otros. En el primer apartado evidenciamos cómo la construcción de modelos normalizantes ha provocado insurgencias sociales y jurídicas. Por lo tanto, el segundo apartado apuesta a esa insurgencia en contra del sistema hetero patriarcal, para así nutrir el debate acerca del pluriverso de entidades y caminos en la lucha del anhelado buen vivir.

---

72. Constitución de la República del Ecuador, artículo 441: “La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: 1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. 2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergerable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma solo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

73. *Ibid.*

## CONCLUSIONES

- La familia y matrimonio son instituciones sociales en permanente evolución; su regulación legal tiene que adecuarse a la exigencia social y a la garantía de los derechos. El Estado debe reconocer en igualdad y no discriminación las nuevas formas y cambios de la familia y matrimonio, a fin de permitir el libre desarrollo de las personas en sociedades democráticas.
- El derecho ha reproducido un enfoque patriarcal de las normas, consolidando, de esta forma, una cultura heteronormativa que discrimina a las personas por su orientación sexual e identidad de género. Resulta indispensable una reivindicación de la igualdad y dignidad en el sistema normativo, fundamentalmente en torno a la garantía de los derechos humanos de las personas gais, lesbianas, bisexuales, transexuales y transgénero.
- El artículo 67 de la Constitución de la República consagra una definición de matrimonio cuyo efecto produce discriminación y vulnera los derechos de libertad e igualdad, consagrados en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos. Por tal razón, se debe armonizar la Constitución interpretándola sistemáticamente según sus principios, para aplicar en forma prevalente el contenido del derecho a la igualdad y no discriminación y libre desarrollo de la personalidad en relación a los derechos de familia y matrimonio; y, así, tutelar el derecho de parejas homosexuales de acceder, sin restricción, a la celebración de contratos civiles matrimoniales.
- El intérprete constitucional, así como el parlamento, deben garantizar la mejor vigencia de los derechos, desde el principio *pro homine* y la dignidad humana, elementos fundamentales del Estado que exigen respetar y tutelar desde la dignidad e igualdad, los derechos y libertades constitucionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- American University Washington College of Law, Amicus Curia, presentado ante la Corte Constitucional Colombiana. Disponible en <[http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=pub\\_disc\\_briefs](http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=pub_disc_briefs)>.
- Azurmendi, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2a. ed. México: Universidad Iberoamericana / Fundación Manuel Buendía, 1998.
- Ávila, Ramiro. “Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?”. *Revista Umbral*, (2012).

- Bernal Pulido, Carlos. “El juicio de la igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En Caicedo Tapia, edit., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Bimbi, Bruno. “Aportes del debate de la ley de matrimonio para todos y todas”. En *Matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate*. s. l.: Fundación Triángulo. Disponible en <<http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/Librosenadores.pdf>>.
- Bonfante, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1965.
- Brown vs. Junta Escolar. “La decisión del Tribunal Supremo que cambió una Nación”. Boletín Informativo de la Embajada de los Estados Unidos-Panamá, febrero de 2014. Disponible en <<http://photos.state.gov/libraries/panama/11567/2004/abvsedb.pdf>>.
- Castañeda de la Cruz, Gibrán. “Familia y sistemas de parentesco: una contribución sociológica al estudio jurídico de la familia”. En Fausto Álvarez, coord., *Derecho de familia*. México: Escuela Libre de Derecho, 2012.
- Caicedo, Danilo. “Heterosexualidad y heteronormatividad. Análisis discursivo con énfasis en el entorno ecuatoriano”. *Revista Umbral* (2012).
- Centeno, Rafael. “Los derechos de las personas GLBT en el ámbito familiar ecuatoriano”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006.
- Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, 37º período de sesiones, 1989. Disponible en <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5)>.
- . *Caso Toonen c. Australia, 31 de marzo de 1994*. Disponible en [<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/488-1992.html>].
- Correas, Óscar. *Crítica de la ideología jurídica: Ensayo sociosemiológico*. México: Universidad Autónoma de México, 1993.
- Diario El Universo. “Iglesia católica no acepta 4 temas de nueva Constitución”. 29 de julio de 2008. Disponible en <<http://www.eluniverso.com/2008/07/29/0001/8/3E6D6A4304954C31A9818E75FB1F7835.htm>>.
- Ecuador. Acta 89. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente.
- . Acta 91. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente.
- . Asamblea Constituyente. Reglamento de Funcionamiento de las mesas constituyentes. En Registro Oficial, Suplemento No. 223. Montecristi, 30 de noviembre de 2007.
- . Asamblea Constituyente. *Reglamento de Funcionamiento de las mesas constituyentes*. En Registro Oficial No. 236. Montecristi, 20 de diciembre de 2007.
- . Asamblea Constituyente. Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional. Constituyente: 14-15. Disponible en <[http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/busqueda\\_proleg](http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/busqueda_proleg)>.
- . Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Engels, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, 2a. ed. México: Editores Mexicanos Unidos, 1981.



- Facio, Alda. *Feminismo, género y patriarcado*. Santiago: LOM Ediciones, 1999.
- Ferrajoli, Luigi. “El principio de igualdad y la diferencia de género”. En Juan Cruz, coord., *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. México: Corte Suprema de Justicia.
- . “La democracia constitucional”. En Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2001.
- . *La igualdad y sus garantías*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf>.
- Fernández, Mariano. “Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana”. En Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del Derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- Fígari, Carlos. “Per scientiam and justitiam”. En *Matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate*. s. l.: Fundación Triangulo. Disponible en <http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/Librosenadores.pdf>.
- Martínez, Germán. “La familia y su nueva concepción”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord., *El Derecho internacional privado*. México: Porrúa, 2012.
- Munive, Manuel, y Gerardo García. “Matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Distrito Federal y el derecho internacional privado mexicano”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord., *El Derecho internacional privado*. México: Porrúa, 2012.
- O’Donnell, Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos*. México: Tierra Firme, 2007.
- Restrepo, Carolina, Sandra Sánchez y Catalina Tamayo. *Derecho y diversidad sexual*, Medellín: Universidad de Medellín, 2010.
- Rey, Fernando. *Homosexualidad y constitución*, Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú.
- Salgado, Judith. “Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador”. *Revista Aportes Andinos*, No. 11 (2004).
- . *Manual de formación en género y derechos humanos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2013.
- Sachs, Albie. Simposio “Matrimonio entre parejas del mismo sexo”. *Anuario de Derechos Humanos*, No. 7 (2011).

## Normativa

- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-191-98*, 6 de mayo de 1998. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2012/a151-12.htm>.
- . *Sentencia C577-2011*, 11 de enero de 2011. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>.

---. *Sentencia T-594/93*, 15 de diciembre de 1993. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-594-93.htm>>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

---. *Opinión Consultiva OC-4/84*, 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Suprema Corte de los Estados Unidos Mexicanos, *Sentencia Acción de Inconstitucionalidad 2/2010*.

Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica. *Syllabus United States V. Windsor, Executor Of The Estate Of Spyer, Et Al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit No. 12-307*. Argued March 27, 2013, Decided June 26, 2013. Disponible en <[http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307\\_6j37.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf)>.

Tribunal Constitucional Español, *Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012*. Boletín Oficial del Estado No. 286, 28 de noviembre de 2012.

Supreme Court of the United States, case *Obergefell vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health*. Certiorari to The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, argued april 28, 2015-decided june 26, 2015. Traducción del autor.

Tribunal Constitucional Español. *Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012*. Boletín Oficial del Estado No. 286, 28 de noviembre de 2012.

Fecha de recepción: 26 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 8 de marzo de 2016