



Bogotá, 7 de junio de 2019

Honorables Magistrados/as
CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR
Av. 12 de octubre N16-114 y pasaje Nicolás Jiménez
Quito, Ecuador
E.S.D.

Referencia: *Amicus curiae* en el proceso No. 0010-18-CN.

Asunto jurídico en discusión: Constitucionalidad del matrimonio de parejas del mismo sexo en Ecuador. Interpretación constitucional del artículo 81 del Código Civil y del artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

Marcela Sánchez, Directora Ejecutiva de Colombia Diversa, **Juan Felipe Rivera**, Abogado de Litigio Constitucional de Colombia Diversa, **Gustavo Adolfo Pérez**, Antropólogo del área de Derechos Humanos de Colombia Diversa, **Maria Camila Arias**, integrante del Área de Litigio Constitucional de Colombia Diversa, **Mauricio Albarracín**, Subdirector (E) del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad – Dejusticia –, **Nina Chaparro**, coordinadora del área de Género de Dejusticia, **María Ximena Dávila**, investigadora de Género de Dejusticia y **Gabriela Eslava**, investigadora de Litigio de Dejusticia, ciudadanos colombianos identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos el siguiente *amicus curiae*¹

¹ *Amicus curiae*, se refiere a la presentación de opiniones técnicas de personas o entidades ajenas a la causa, cuyo propósito es auxiliar a los y las integrantes de un tribunal, especialmente cuando se debaten temas de interés público. El objetivo de los *amicus curiae* es aportar elementos jurídicos que resulten de relevancia para la resolución de un litigio. Esta figura hace parte del conjunto de instrumentos que hacen parte de la práctica jurisdiccional en distintos tribunales del mundo. En Colombia, por ejemplo, es usual en la Corte Constitucional solicitar conceptos de distinta índole a instituciones u organizaciones sobre asuntos que debe resolver. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte de Justicia de la Unión Europea, entre otros tribunales y cortes internacionales, como los penales ad hoc creador por la ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona, consagran expresamente en sus estatutos la institución de *amicus curiae*, o lo reconocen a partir de una práctica consolidada. Actualmente, en muchos espacios judiciales esta figura representa una herramienta que materializa el principio de participación ciudadana y fortalece los valores compartidos por comunidades jurídicas. En Ecuador, de forma expresa, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional permite que cualquier persona o grupo de personas con interés en un proceso de garantías jurisdiccionales pueda presentar un escrito de *amicus curiae*, “que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia”. En vista de esta facultad, dicha figura se ha tornado en una herramienta importante en la construcción de derecho y en la defensa de intereses grupales.



dentro del proceso judicial de la referencia que hace curso ante la honorable Corte Constitucional de Ecuador. Este documento, respetuoso de la soberanía de la República de Ecuador para resolver las controversias jurídicas que se presenten en su territorio, se presenta con base en las garantías jurisdiccionales contenidas en la Constitución Política de Ecuador y en el artículo 12² de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Colombia Diversa es una organización fundada en 2004 que promueve la plena inclusión, el respeto de la integralidad de los derechos, el reconocimiento y la movilización de Lesbianas, Gay, Bisexuales y personas Trans –LGBT- en los ámbitos económico, social, político y cultural, con el fin de contribuir en la construcción de una sociedad democrática, moderna y con justicia social en Colombia y también en América Latina y por eso es de nuestro interés presentar este *amicus*. Dejusticia es un centro de investigación socio-jurídica, con domicilio en Bogotá, dedicado a la promoción de derechos humanos en Colombia y América Latina, a la garantía del interés público y al fortalecimiento del Estado de Derecho. Desde 2003, hemos realizado acciones de investigación, litigio e incidencia en distintos temas, incluyendo asuntos relacionados con los derechos de las personas LGBT y por eso es de nuestro interés presentar este *amicus*.

En esta intervención argumentamos que las parejas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio bajo las mismas condiciones que las parejas heterosexuales, con fundamento en los derechos a la dignidad (art. 11.7 CE), igualdad y no discriminación (arts. 11.2 y 66.4 CE), libre desarrollo de la personalidad (art. 66.5), la protección de la familia (art. 67 CE) y la seguridad jurídica (art. 82 CE) establecidos tanto en la Constitución de Ecuador (en adelante Constitución ecuatoriana o CE) como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH). Argumentamos esto con el fin de responder a la consulta formulada por la Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha a la Corte Constitucional de Ecuador sobre la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil³ y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles⁴. Demostraremos que la lectura constitucional de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles es aquella que entiende que el matrimonio heterosexual es una de las varias opciones que se encuentran enmarcadas bajo la regulación del matrimonio, pero no la única, y que una lectura constitucional es aquella que

² Constitución de la República de Ecuador, art. 12: “Comparecencia de terceros. Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado. Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional”.

³ Código Civil Art. 81.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

⁴ Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Art. 52.- Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio. El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Fuera del territorio ecuatoriano, se celebra e inscribe ante el agente diplomático o consular, si al menos uno de los contrayentes es ecuatoriano.



entiende que las parejas del mismo sexo en condiciones de igualdad pueden contraer matrimonio a partir de una lectura armónica de la Constitución.

Estructura del presente *amicus curiae*

Para probar nuestro argumento este *amicus curiae* está dividido en seis partes: en la primera, reiteramos la situación de vulnerabilidad y discriminación histórica que han sufrido las personas LGBT en América Latina, y en particular, en Ecuador. Frente a dicha discriminación sostenemos que se trata ante todo de ciudadanos y ciudadanas cuyos derechos no dependen de su orientación sexual ni identidad de género. Los derechos a la igualdad y no discriminación, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la seguridad jurídica se encuentran amparados tanto por la Constitución ecuatoriana como por la CADH. Además demostramos que la Constitución ecuatoriana, como pocas en el mundo, reconoce entre sus pilares la igualdad y no discriminación de las personas LGBT, quienes ante todo son ciudadanos y ciudadanas cuyos derechos garantiza el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En la segunda parte, recordamos que la familia es una institución social, diversa, dinámica, flexible y que evoluciona con el paso del tiempo. El artículo 67 de la Constitución ecuatoriana “*reconoce la familia en sus diversos tipos*” y protege, además, las diversas formas en las que se constituyen las familias “*por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes*”. También hacemos énfasis en el especial reconocimiento que ha dado la Constitución ecuatoriana a la diversidad pues no solo es una disposición muy protectora en el derecho constitucional comparado sino que además, es el fundamento del respeto y reconocimiento a la igualdad entre los distintos vínculos a partir de los cuales se conforman las familias, sin que haya un modelo de familia que se privilegie sobre otros en términos de reconocimiento y protección de derechos.

En la tercera parte, defendemos que el matrimonio como derecho establecido en el artículo 67 de la Constitución es una de las formas a partir de la cual se constituye una familia, en ese sentido, dado que la misma Constitución ecuatoriana reconoce que las familias son diversas y protege explícitamente tal diversidad no se encuentra justificación constitucional alguna para dar un trato distinto a parejas heterosexuales frente a parejas homosexuales respecto al acceso al matrimonio. En esa sección respondemos a las cuatro principales razones que esgrimen quienes argumentan la inconstitucionalidad del matrimonio igualitario:

(i) Frente al argumento según el cual el artículo 67 de la Constitución, el artículo 81 del Código Civil y el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles establecen que el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, señalamos que dicha lectura no es armónica con el mismo contenido del artículo 67 ni con la Constitución misma;

(ii) Respecto al argumento que señala que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ya cuenta con una figura que protege los vínculos de las parejas del mismo sexo y que en esa medida no es necesario que accedan al matrimonio, señalamos que hacer dicha diferenciación genera un déficit de protección para las parejas del mismo sexo pues se las priva del goce de una serie de prerrogativas que solo ofrece el matrimonio como es elevar a la categoría de deberes jurídicos los compromisos morales de la pareja, restringir la libertad para dar por terminada la unión, obtener un mayor grado de protección patrimonial, modificar el estado civil y acceder con mayor facilidad a ciertos beneficios legales y la aplicación de los deberes y prohibiciones de los cónyuges. En consecuencia, sostenemos que dicho déficit se genera a partir de una diferenciación injustificada e inconstitucional entre parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales y que resulta en la vulneración de los derechos de las parejas LGBT a la igualdad y no discriminación (art. 11.2), a la dignidad humana (art. 11.7) al libre desarrollo de la personalidad (art. 66), a la protección de las familias diversas (art. 67) y a la seguridad jurídica (art. 82);

(iii) Frente al argumento que sostiene que uno de los fines intrínseco al matrimonio es la procreación y que dicho fin no se materializa con las personas del mismo sexo señalamos que la procreación en sí misma no es un fin constitucionalmente imperioso ni legítimo que justifique un trato desigual entre parejas heterosexuales y homosexuales. Por el contrario, la misma Constitución ecuatoriana establece en un mismo artículo la protección a las familias diversas y el matrimonio pues este último debe entenderse en armonía con la noción de familia.

(iv) Por último, respecto al argumento que afirma que para que se reconozca legalmente el matrimonio entre parejas del mismo sexo debe surtirse un trámite legislativo o debe someterse tal decisión a un referendo o mecanismo de participación popular, señalamos que someter los derechos de las minorías a las decisiones de las mayorías no es constitucional ni acorde a un sistema democrático y por el contrario, agrava la situación de vulnerabilidad del grupo marginado y puede conducir a nuevas formas de discriminación.

En la cuarta parte, se presentarán brevemente algunos ejemplos de otros países (Austria, Sudáfrica, México, Estados Unidos, Taiwán, Brasil y Costa Rica) donde las cortes constitucionales o cortes supremas, han reconocido el matrimonio entre parejas del mismo sexo, o en su defecto han incidido de forma positiva en su materialización en el campo constitucional. También se resaltarán algunos de los argumentos esgrimidos, entre los cuales se destacan la importancia del accionar de los jueces sin necesidad de someter el reconocimiento de un derecho a la actividad legislativa.

En la quinta parte, presentamos un breve recuento del camino gradual y lento que ha seguido el ordenamiento jurídico colombiano respecto del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo. Esto con el fin de resaltar que dicha gradualidad no representa el camino ideal que debe seguir el reconocimiento de los derechos de las personas LGBT sino que, por el contrario, dicha gradualidad tuvo como consecuencia la desprotección de los derechos de las

personas LGBT durante muchos años y los obligó a soportar cargas desproporcionadas por cuenta de la desprotección de sus derechos. Dicha gradualidad también tuvo como consecuencia condenas al Estado colombiano como en el caso *Duque vs. Colombia*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o en el caso *X contra Colombia*, decidido en Comité de Derechos Humanos, en los que profundizaremos más adelante.

Finalmente, en la sexta parte, respondemos la pregunta presentada por la juez en el caso de la referencia a la Corte Constitucional de Ecuador respecto de la constitucionalidad del artículo 81 del Código Civil ecuatoriano y del artículo 52 de Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Al respecto, demostramos que los mismos deben ser interpretados a la luz de una Constitución que es dinámica y que el matrimonio de parejas del mismo sexo se deriva tanto de la Constitución ecuatoriana como de la CADH.

Motivos de la Consulta a la Corte Constitucional de Ecuador

En este caso, en el marco de la acción de protección No. 17230-2018, la juez elevó a consulta de la Corte Constitucional sobre la aplicación y constitucionalidad de los dos mencionados artículos referentes al matrimonio porque en su criterio dichos artículos se encuentran contrapuestos “*a los principios y normas establecidos en la Constitución y a los derechos reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Opinión Consultiva No. OC 24/17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”⁵. En el caso concreto, los accionantes mencionan haberse conocido hace más de dos años, tiempo en el que han mantenido una relación estable de pareja y durante el cual han vivido juntos, formando una familia. Como tal, decidieron proteger su unión mediante el matrimonio civil que afirman es la “única herramienta que nos garantiza el ejercicio pleno de nuestros derechos”. Por esta razón, con fecha 11 de julio de 2018, se presentaron ante la oficina del Registro Civil de Quito, a fin de que dicho organismo celebrara dicho matrimonio, pedido que fue negado por la Registraduría.

Concretamente, la juez sustenta su consulta en los siguientes artículos de la Constitución: artículo 11, sobre los principios que rigen el ejercicio de los derechos, artículo 246 que establece que los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables directamente por los jueces siempre que dichas normas sean más favorables que las establecidas en la Constitución. Asimismo, la juez se detiene a analizar el carácter vinculante de la Opinión Consultiva 24/17, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre “*Identidad de género, e igualdad no discriminación a parejas del mismo sexo*”. La juez señala que “*la Convención Americana no puede ser aplicada sin respetar la interpretación que su máximo órgano de control y aplicación ha hecho, pues dicha interpretación hace parte del contenido del tratado*”⁶.

⁵ Unidad Judicial Civil con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. Juicio No. 17230-2018-11800.

⁶ *Ibíd.* pp.3.

En concreto, respecto del matrimonio entre parejas del mismo sexo, la juez que elevó la consulta a la Corte Constitucional de Ecuador sostiene que este se deriva no solo de las obligaciones contenidas en la CADH, los principios de aplicación directa y eficaz de los instrumentos internacionales sino también de la Opinión Consultiva 24/17 y de la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador. Sobre el contenido de la OC 24/17 en lo que se refiere al artículo 17.2 de la CADH, la juez señaló que “[...] *si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse la familia. Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana*”⁷. Adicionalmente, recordó que en el caso Satya, en la sentencia No. 184-18-SEP-CC del 29 de mayo de 2018, la Corte Constitucional de Ecuador decidió que la OC-24/17 de la Corte IDH es vinculante.

Además, la juez establece que “*varios derechos se encuentran en riesgo*” por el hecho de que se mantengan normas como el artículo 81 del Código Civil y el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles que en su literalidad establecen que el matrimonio es entre un hombre y una mujer. En concreto la juez expresa que dichos artículos ponen en riesgo: (1) el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 66-4 de la Constitución de Ecuador) como derecho y como principio de interpretación de derechos (artículo 11-2 de la Constitución de Ecuador) pues se ofrece un trato diferenciado con base en la orientación sexual que resulta en “*la restricción del derecho a contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo, en relación a la inexistencia de dicha restricción para las parejas de distinto sexo*”⁸, (2) el derecho al libre desarrollo de la personalidad y (3) la libertad de conciencia que se expresa en el matrimonio “*tanto en la decisión libre de adherirse a esta figura jurídica, como en la libre elección de su cónyuge*”⁹.

Igualmente, la juez recuerda el rol de la Corte Constitucional como la institución que “*dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a las que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno*

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica.

⁸ Unidad Judicial Civil con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. Juicio No. 17230-2018-11800.

⁹ *Ibíd.* pp. 10.

*social vinculado a la realidad en que se desarrolla*¹⁰. Por último, destaca la juez la relevancia del momento procesal para realizar la consulta ante la Corte Constitucional pues “*esta consulta de norma [...] será en extremo necesaria para aplicar poder en la sentencia que debo dictar en la presente acción, por lo que, este es el momento procesal adecuado*”¹¹.

En este *amicus curiae* coincidimos plenamente con los argumentos jurídicos presentados por la juez de la Unidad Judicial Civil con Sede en la Parroquia Ñaquito del distrito metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. En ese sentido, en el presente escrito demostramos que los derechos individuales, familiares y de las parejas del mismo sexo en Ecuador se encuentran reconocidos en la Constitución ecuatoriana y en consecuencia, su reconocimiento no cambia ni depende del contenido de la OC-24/17.

Concretamente, demostramos que el matrimonio entre parejas del mismo sexo está en armonía con el artículo 67 de la Constitución ecuatoriana y que una lectura restrictiva del mismo a partir de la cual se afirma que el matrimonio entre parejas del mismo sexo no está reconocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se deriva de una interpretación que niega los derechos a la igualdad y la dignidad de las personas LGBT, sus parejas y familias, contenidos en el artículo 11 de la Constitución ecuatoriana. Por eso, resulta relevante la pregunta sobre la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles pues, en nuestra opinión, el matrimonio entre parejas del mismo sexo está protegido por la Constitución ecuatoriana si se hace una interpretación constitucional de los mismos, es decir, una interpretación sistemática y armónica de las normas relacionadas, lo cual coincide con lo dispuesto en la OC-24/17 y con los artículos 1, 2, 11, 13, 17 y 24 de la CADH. Sin embargo, resaltamos que la pregunta sobre la vinculatoriedad o no de la OC-24/17 genera un dilema aparente entre una opinión consultiva y la Constitución ecuatoriana, que no debe desviar la atención de la Corte sobre el asunto consultado ni sobre la constitucionalidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo que es constitucional a la luz del derecho interno ecuatoriano así como del derecho internacional.

1. LAS PERSONAS LGBT SON CIUDADANOS Y CIUDADANAS QUE HAN SIDO DISCRIMINADOS HISTÓRICAMENTE Y SUS DERECHOS SE ENCUENTRAN GARANTIZADOS POR LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA Y LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Las personas LGBT son ciudadanos y ciudadanas cuyos derechos se encuentran garantizados por la Constitución ecuatoriana y la CADH. Sin embargo, las personas LGBT han sido históricamente discriminadas en razón de su orientación sexual e identidad de género y han sufrido distintos tipos de discriminación y violencia, tanto física como psicológica, en el ámbito privado, público e incluso estatal. Al respecto, la misma Constitución ecuatoriana reconoce

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*

que el derecho a la integridad personal (art. 66.3) incluye una vida libre de violencia en el ámbito público y privado y el correlativo deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia y en especial la ejercida “*contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad*”, como son las personas LGBT.

El contexto de violencia y discriminación en el cual se producen y aplican las normas es fundamental para entender la situación de los derechos de las personas LGBT. Por esa razón, dedicamos la primera parte de esta sección a recordar brevemente la situación de discriminación y violencia que ha sufrido históricamente la comunidad LGBT tanto en América Latina como en Ecuador. Frente a esta situación, recordaremos que la Constitución ecuatoriana prevé la garantía de los derechos a la dignidad, igualdad y no discriminación y libertad de las personas LGBT. Asimismo, recordaremos que la CADH ha reiterado la especial protección que recae sobre las personas LGBT.

1.1. DISCRIMINACIÓN HISTÓRICA HACIA LAS PERSONAS LGBT EN AMÉRICA LATINA Y ECUADOR

Las prácticas sancionatorias de las identidades y cuerpos, que no se ajustan al sistema heterosexual y binario, se manifiestan de diversas maneras: desde violencia física y psicológica directa, hasta la legitimización institucional de la exclusión y la estigmatización. El Alto Comisionado de Naciones Unidas en su informe sobre “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género” del año 2011, reconoció que “*En todas las regiones se han registrado episodios de violencia homofóbica y transfóbica. Esa violencia puede ser física (a saber, asesinatos, palizas, secuestros, violaciones y agresiones sexuales) o psicológica (a saber, amenazas, coacciones y privaciones arbitrarias de la libertad). Estas agresiones constituyen una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género. Además de la violencia en las calles y otras agresiones espontáneas en lugares públicos, las personas a las que se considere lesbianas, gays, bisexuales o trans pueden ser objeto de abusos más organizados, en particular de extremistas religiosos, grupos paramilitares, neonazis y nacionalistas extremistas*”¹². Un panorama similar en torno a la violencia que viven personas LGBT fue reiterado en el informe del Alto Comisionado sobre el mismo asunto en el año 2015¹³.

¹² Alto Comisionado de Naciones Unidas. Informe sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. 2011. Pág 8 y 9. [Disponible en línea]: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/170/78/PDF/G1117078.pdf?OpenElement>.

¹³ Ver: Alto Comisionado de Naciones Unidas. Informe sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. 4 de mayo de 2015. Pág. 8 y 9. [Disponible en línea]: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/29/23&referer=/english/&Lang=S.

En 2015, la CIDH¹⁴ publicó un informe en donde estableció que esta violencia también ha sido caracterizada como una forma de limpieza social. Así pues, *“la violencia ejercida contra gay, lesbianas y otros que son vistos como disidentes de las normas sociales aceptables es... vista como un ejercicio de una “limpieza”... que tuvo eco en composiciones musicales que igualmente convocaron a una limpieza de la población a través del asesinato de hombres gay y mujeres lesbianas”*¹⁵. Así mismo, el Relator Especial de ONU sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sostuvo que *“se considera que los malos tratos contra personas LGBT han sido utilizados para forzar a trabajadores sexuales a abandonar ciertas áreas, en el marco de las llamadas campañas de “limpieza social” o para desincentivar a personas LGBT de reunirse en ciertos lugares como bares o discotecas”*¹⁶.

Según la misma CIDH, entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de marzo de 2014, por lo menos 770 personas LGBT fueron víctimas de violencia en 25 países de la región: 579 de ellas fueron asesinadas, mientras que otras 176 fueron víctimas de “graves ataques contra su integridad física, aparentemente relacionados con su orientación sexual o su identidad o expresión de género”¹⁷. Esta violencia sigue siendo generalizada a pesar de los avances en el reconocimiento de los derechos de esta población: según la Red Regional de Información sobre Violencia contra la Población LGBT en América Latina y el Caribe, por lo menos 1067 personas LGBT fueron asesinadas entre 2014 y 2018 en ocho países de la región (Colombia, México, Honduras, El Salvador, Perú, Guatemala, Bolivia y Paraguay).¹⁸

La CIDH ha señalado que *“Muchas manifestaciones de esta violencia están basadas en el deseo del perpetrador de “castigar” dichas identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarias al sistema binario hombre/mujer. Esta violencia se dirige, entre otros, a las demostraciones públicas de afecto entre personas del mismo sexo y a las expresiones de “feminidad” percibidas en hombres o “masculinidad” en mujeres. La violencia se puede manifestar en el uso de la fuerza por parte de agentes de seguridad del Estado, encargados de hacer cumplir la ley amparados en normas sobre la “moral pública”. También puede tomar la forma de violencia médica ejercida contra personas cuyos cuerpos difieren de los estándares*

¹⁴ CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. 2015. Párr. 29.

¹⁵ Gosine, Andil, Speaking Sexuality, [Hablando Sexualidad] en Christine Barrow, Marjan de Bruin y Robert Carr, Sexuality, Social Exclusion and Human Rights, [Sexualidad, Exclusión Social y Derechos Humanos], 2009, pág. 102.

¹⁶ ONU, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156, 3 de julio de 2001, párr. 18.

¹⁷ CIDH. “Una mirada a la violencia contra personas LGBTI en América: un registro que documenta actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014”. 17 de diciembre de 2014. [Disponible en línea]: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2014/153A.asp>

¹⁸ SInViolencia LGBT. Cifras homicidios 2014-2018. [Disponible en línea]: <http://www.colombiadiversa.org/sinviolencialgbt/archivos/folleto2018.pdf>

socialmente aceptados de cuerpos masculinos o femeninos, en intentos por “arreglar su sexo” entre otros”¹⁹.

Los prejuicios sociales que motivan estos actos de violencia contra las personas LGBT se ven reforzados por la discriminación estatal. Esta discriminación se manifiesta, principalmente, en tres formas. Primero, discriminación legislativa, definida como todas aquellas posiciones legales y judiciales que *“además de generar la segregación de dicho grupo poblacional, facilitan el arraigo de una orientación sexual normativa donde el ámbito de la normalidad está pautado por la heterosexualidad y las demás opciones quedan proscritas, lo cual potencia, así mismo, la naturalización de la exclusión de la que son víctimas las personas LGBT”²⁰*. Segundo, la discriminación judicial se refiere a todas aquellas decisiones tomadas por los jueces que se basan en prejuicios y estigmatizaciones hacia la comunidad LGBT. Finalmente, la discriminación institucional alude a las decisiones de las instituciones gubernamentales que tienen impactos de marginalización, segregación o violencia.

Adicionalmente, en los últimos años, han surgido movimientos que buscan impedir o retroceder los avances en derechos para las personas LGBT y que promueven prácticas que apuntan a *“corregir”* la homosexualidad o a *“normalizar”* los cuerpos e identidades que se perciben como *“anormales”²¹*. A esto se suma la discriminación estatal hacia la comunidad LGBT que se manifiesta, principalmente, en tres formas: primero, discriminación legislativa, definida como todas aquellas posiciones legales y judiciales que *“además de generar la segregación de dicho grupo poblacional, facilitan el arraigo de una orientación sexual normativa donde el ámbito de la normalidad está pautado por la heterosexualidad y las demás opciones quedan proscritas, lo cual potencia, así mismo, la naturalización de la exclusión de la que son víctimas las personas LGBT”²²*.

Además de motivar actos concretos de violencia, los prejuicios contra las personas LGBTI también obstaculizan las investigaciones de estos hechos e impiden que los responsables sean

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe de Violencia contra Personas LGBTI. Pág. 38-39. 12 de noviembre de 2015. [Disponible en Línea]: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

²⁰ Estefan Vargas, Soraya. (2013). “Discriminación estatal de la población LGBTI. Casos de transgresiones a los derechos humanos en Latino América”. Revista Sociedad y Economía. Universidad del Valle, Cali.

²¹ Ver “Gay Rights Around the World: the Best and Worse Countries for Equality”. The Guardian. 30 de julio de 2013. [Disponible en línea] <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/30/gay-rights-world-best-worstcountries>. Países como México, Brasil y Argentina han sido foco de este movimiento anti-homosexualidad, que se ha movilizado, principalmente, a través de las estructuras de iglesias cristianas. Estos movimientos han promovido, por ejemplo, referendos para decidir sobre el avance en derechos de las personas LGBT. Tal es el caso de la propuesta desarrollada en Costa Rica en la que se somete a voto popular la decisión sobre la legalidad de las uniones maritales de personas del mismo sexo. Esta iniciativa fue finalmente bloqueada por la Suprema Corte de este país, decisión que contribuyó a mitigar el contexto de vulnerabilidad y desprotección que persiste en este país sobre la comunidad LGBT, pues no sometió sus derechos a negociación o condicionamientos externos.

²² Estefan Vargas, Soraya. (2013). “Discriminación estatal de la población LGBTI. Casos de transgresiones a los derechos humanos en Latino América”. Revista Sociedad y Economía. Universidad del Valle, Cali.

identificados y sancionados de manera adecuada. Según la CIDH, existe una preocupante “tendencia de funcionarios y funcionarias estatales en los sistemas de administración de justicia de los países en América, de hacer suposiciones sesgadas desde el inicio de la investigación, en cuanto a los motivos, posibles sospechosos y circunstancias de los crímenes con base en a la orientación sexual o identidad de género, real o percibida de las víctimas”²³. Estos prejuicios afectan inevitablemente el desarrollo de las investigaciones, ya que “en vez de recopilar minuciosamente las pruebas y llevar a cabo investigaciones serias e imparciales, los oficiales de policía y otros agentes del sistema de administración de justicia dirigen sus acciones hacia la búsqueda de evidencia que confirme su hipótesis o teoría prejuiciada de los hechos”²⁴.

En Colombia se ha podido identificar cómo los prejuicios de parte de fiscales y jueces afecta el desarrollo de las investigaciones, por lo que aumenta las probabilidades de que estos crímenes queden en la impunidad. Algunos fiscales, incluso aquellos que han sido designados como fiscales destacados para adelantar los procesos penales por crímenes contra personas LGBT, se han negado a recibir más investigaciones que involucren a víctimas LGBT e incluso han dejado vencer los términos de los procesos, debido a que no los consideran como casos importantes para su carrera en la rama judicial, porque los consideran como un castigo o incluso porque se sienten aludidos a su propia orientación sexual²⁵. Adicionalmente, a partir del análisis de los expedientes de investigaciones penales por asesinatos de personas LGBT que han sido archivadas, se ha podido constatar que los fiscales partieron de hipótesis prejuiciadas, como considerar que se trató de “crímenes pasionales” o de “ajustes de cuentas” por presuntas actividades ilícitas de las víctimas. Esto afectó considerablemente las investigaciones, ya que los fiscales se dedicaron a investigar la vida privada de las víctimas al tiempo que dejaron perder evidencias importantes. Al final, después de comprobar que las víctimas no tenían pareja o no estaban involucradas en actividades ilícitas, y sin ninguna otra hipótesis investigativa que guiara el proceso penal, los fiscales no tuvieron más remedio que archivar las investigaciones por la imposibilidad de identificar a los responsables²⁶.

Entonces, la violencia contra las personas LGBT no solo se refleja en asesinatos y ataques físicos, sino que también se encuentra presente en las barreras persistentes para el acceso a la justicia y también para el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Frente a dichas formas de violencia y discriminación, hay un gran subregistro sobre el número de víctimas, las modalidades de victimización y los patrones de violencia. A esta situación se

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe de Violencia contra Personas LGBTI. Pág. 271. 12 de noviembre de 2015. [Disponible en Línea]: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Colombia Diversa, Caribe Afirmativo y Santamaría Fundación. *Cuerpos excluidos, rostros de impunidad. Informe de violencia contra personas LGBT en Colombia, 2015*. Pág., 60. [Disponible en línea]: <https://colombiadiversa.org/colombiadiversa2016/wp-content/uploads/2016/11/Informe-Violencia-LGBT-Colombia-DDHH-2015.pdf>

²⁶ Colombia Diversa y Caribe Afirmativo. *Entre el miedo y la resistencia. Informe de derechos humanos de personas lesbianas, gays, bisexuales y trans en Colombia, 2017*. Pág., 96. [Disponible en línea]: https://colombiadiversa.org/colombiadiversa2016/wp-content/uploads/2018/07/A-0450_OS_baja-Informe-DDH.pdf

suma el hecho de que muchas veces las víctimas prefieren guardar silencio para no convertirse en objeto de estigmatización.

Como en los otros países latinoamericanos, en Ecuador, la situación de la población LGBT también se caracteriza por la persistencia de la violencia basada en el prejuicio y por los altos niveles de subregistro, que evidencian el silenciamiento, la estigmatización y la aprobación social de la violencia que recae sobre este grupo social. Según el informe *Condiciones de Vida, Inclusión Social y Cumplimiento de Derechos Humanos de la Población LGBT en Ecuador*, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) en 2013, de la población encuestada “el 27,3% señaló haber experimentado actos de violencia, de las cuales el 94,1% manifestó haber sufrido gritos, insultos, amenazas y burlas; y un 45,8% ha sido detenido de forma arbitraria”²⁷. Asimismo, dicho informe señala que respecto de experiencias de control, imposición, rechazo y violencia en el entorno familiar “[D]el total de la población LGBT entrevistada, el 70,9% reportó que vivieron alguna experiencia en su entorno familiar de los cuales el 72,1% sufrió algún tipo de experiencia de control, el 74,1% experimentó algún tipo de imposición, el 65,9% sufrió algún tipo de rechazo y el 61,4% de violencia”²⁸. El informe, además, señala que en términos de discriminación y violencia “el mayor porcentaje de eventos se suscitan en espacios públicos, mientras que en términos de exclusión estos se dan en mayor medida en espacios privados”²⁹.

La violencia y discriminación de las que son víctimas las personas LGBT trasciende la esfera personal y ocurre también contra las parejas del mismo sexo pues situaciones como el no reconocimiento del matrimonio de parejas del mismo sexo “es parte de la discriminación estructural que afecta a los LGBT y que los vuelve ciudadanos de segunda clase, afectando su derecho a la privacidad y a la familia”³⁰. Entonces, la revisión del contexto de violencia y discriminación sistemática de las que han sido víctimas las personas LGBT es relevante para el caso concreto y para la consulta que realiza la juez de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Ñaquito del distrito metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, pues permite entender el contexto al que responden las normas que, como veremos en la siguiente sección, procuran la garantía de los derechos de las personas LGBT.

²⁷ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC). Estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGBTI en Ecuador, 2013. Quito, Ecuador. Disponible en: http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/LGBTI/Analisis_situacion_LGBTI.pdf

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.* Esta es una situación que, lastimosamente, se replica en los entornos escolares. Según la Red Iberoamericana de Educación LGBTI “4 de cada 10 personas gay han sido víctimas de discriminación en su centro educativo”, “25% ha sufrido exclusión de actividades escolares por su orientación sexual” y “26% ha sido víctima de violencia física mientras estudiaba”.

³⁰ Fundación Ecuatoriana Equidad. Resumen del informe en curso sobre situación de los derechos humanos de las poblaciones LGBTI. Ecuador, 2015.

1.2. PROTECCIÓN LEGAL DE LA COMUNIDAD LGBT EN ECUADOR: CONSTITUCIÓN ECUATORIANA Y CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Constitución ecuatoriana protege los derechos a la dignidad humana (art. 11.7), igualdad y no discriminación (art.11.2), libre desarrollo de la personalidad (art.66), familia (art. 67) y seguridad jurídica (art.82) de las personas LGBT y en ese sentido, para garantizarlos no hace distinción alguna por motivos de orientación sexual e identidad de género. Dicha protección constitucional es armónica con lo dispuesto en la CADH que contempla la obligación de respetar los derechos y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona (art. 1 CADH), dignidad inherente al ser humano (art. 5 CADH), libertad personal (art.6 CADH) e igualdad ante la ley sin discriminación (art. 24 CADH).

Las relaciones entre personas homosexuales están despenalizadas en Ecuador desde 1997. La Corte Constitucional de Ecuador ha tenido un rol destacado en materia de protección de los derechos de las personas LGBT. Fue el entonces Tribunal Constitucional de Ecuador el que mediante decisión No. 111-97-TC anuló la primera parte del artículo 516 del Código Penal, que establecía penas entre 5 y 8 años de prisión a los hombres que mantuvieran relaciones sexuales consensuadas con otros hombres. La sexualidad femenina era tan invisibilizada que no se tenían en cuenta las relaciones entre mujeres dentro de la criminalización. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional sostuvo que *“los homosexuales son ante todo titulares de todos los derechos de la persona humana y por lo tanto tienen derecho a ejercerlos en condiciones de plena igualdad [...] es decir sus derechos gozan de protección jurídica”*³¹. Otro avance en protección de las personas LGBT, el Código Penal de Ecuador tipificó el delito de odio, que incluye conductas de odio por motivos de orientación sexual, incluyendo odio de palabra y de hecho.

A partir de la aprobación de la Constitución de Montecristi, en el año 2008, Ecuador cuenta en su ordenamiento jurídico con un amplio marco de protección para las personas LGBT, que es casi único en el mundo y en la región y ha servido como referente en materia de protección de las personas LGBT. Cabe recordar que *“[D]e los diez países que prohíben constitucionalmente la discriminación o garantizan la igualdad de derechos sobre la base de la orientación sexual, tres están en las Américas (Bolivia, Ecuador y México), cuatro en Europa y Asia Central (Malta, Portugal, Suecia y el Reino Unido), dos en el este de Asia y el Pacífico (Fiji y Nueva Zelanda), y uno en el África subsahariana (Sudáfrica). Entre ellos Bolivia, Ecuador, Fiji, Malta y el Reino Unido también prohibieron la discriminación basada en la identidad de género”*³².

³¹ Tribunal Constitucional de Ecuador. Caso No.111-97-TC.

³² Raub, Amy. et.al. *Protections of Equal Rights Across Sexual Orientations and Gender Identity : An Analysis of 193 National Constitutions*. Yale Journal of Law and Feminism. Vol 29:149. pp.158. Traducción libre. Original en inglés: “Of the ten countries that constitutionally prohibited discrimination or guaranteed equal rights on the basis of sexual orientation, three are in the Americas (Bolivia, Ecuador, and Mexico), four in Europe and Central

Como recordaremos en la sección 2 de este *amicus* la Constitución de Ecuador reconoce las distintas formas a partir de las cuales se forman vínculos entre personas y protege explícitamente la diversidad de las familias. La Constitución ecuatoriana establece el principio de igualdad y no discriminación ante la ley y reconoce el “*derecho a la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*” (art. 11.2), “*el derecho a tomar decisiones libres e informadas sobre su sexualidad, vida y orientación sexual*” (art. 66.9 y 11) y la “*no discriminación por orientación e identidad sexual*” (art. 83). Asimismo, la Constitución ecuatoriana establece que el Estado debe generar y garantizar las condiciones necesarias para el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos (art. 11.8) y que el reconocimiento de derechos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos “*no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas*” (art. 11.7).

A su vez, la CADH, establece en su artículo 1.1. que los Estados Parte tienen la obligación de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “*sin discriminación alguna*”. Es decir que “*cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es, per se, incompatible con la misma*”³³. En este sentido, la OC-24/17 recordó que “*mientras la obligación general del artículo 1.1. se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar ‘sin discriminación’ los derechos contenidos en la Convención Americana*³⁴, *el artículo 24 protege el derecho a ‘igual protección de la ley’*”³⁵. Asimismo, señaló que no solo se prohíbe la discriminación en cuanto a los derechos contenidos en el tratado, sino que también en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Esto, pues, la Corte IDH ha recordado que “*los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*”³⁶.

Asia (Malta, Portugal, Sweden, and the United Kingdom), two in East Asia and the Pacific (Fiji and New Zealand), and one in Sub-Saharan Africa (South Africa). Among these, Bolivia, Ecuador, Fiji, Malta, and the United Kingdom additionally prohibited discrimination based on gender identity. None of the constitutions of South Asia or the Middle East and North Africa contained any guarantees of equality or non-discrimination based on sexual orientation or gender identity”.

³³ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 53; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 268; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 78; Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 93; Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 239, y Caso Flor Freire Vs. Ecuador, párr. 111.

³⁴ La OC 24/17 interpreta la expresión “cualquier otra condición social” contenida en el artículo 1.1. de la Convención eligiendo siempre la alternativa más favorable para la garantía de los derechos contenidos en la misma, recordando que se debe tener en cuenta siempre el principio *pro homine* y que los criterios según los cuales está prohibido discriminar, de acuerdo con el artículo 1.1. de la Convención no son un listado taxativo sino meramente enunciativo.

³⁵ Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 64.

³⁶ *Ibíd.* párr. 69.

A partir de esta revisión de la situación de vulnerabilidad y discriminación histórica que ha pesado sobre las personas LGBT en razón de su orientación sexual y su identidad de género, es posible concluir que la Constitución ecuatoriana acoge la diversidad de sus ciudadanos y ciudadanas y los protege bajo su artículo 11.2 que establece que todas “*las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades*”, reiterando expresamente que “*nadie podrá ser discriminado por razones de [...] identidad de género, [...] orientación sexual, [...] ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos[...]*”. Dicha protección es completamente coincidente con la CADH interpretada con autoridad por la Corte IDH a través de la OC-24/17, pero incluso si dicha opinión consultiva no existiera en todo caso es preciso destacar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con base en lo dispuesto por la Constitución ecuatoriana, protege la diversidad de sus ciudadanos y ciudadanas y como iguales ante la ley y no hace distinción por motivos de orientación sexual o identidad de género al momento de garantizar sus derechos.

2. LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO CONFORMAN FAMILIAS QUE SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS POR EL ARTÍCULO 67 DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA Y LOS ARTÍCULOS 11.2 Y 17 DE LA CADH

Las parejas del mismo sexo pueden conformar familias en Ecuador y sus familias se encuentran protegidas expresamente por el artículo 67 de la Constitución ecuatoriana y por los artículos 11.2 y 17 de la CADH. La Constitución ecuatoriana reconoce que la familia como núcleo de la sociedad es una institución, y como pocas constituciones en el mundo, también ha reconocido que la familia es un fenómeno social dinámico, diverso y en constante evolución. La Constitución ecuatoriana, además, reconoce que las familias presentan formas distintas en cuanto a sus integrantes y al desarrollo de sus relaciones. En ese sentido, la Constitución ecuatoriana no privilegia en su texto una visión heterosexual de la familia sino que por el contrario entiende que el grupo primario al que pertenecen los individuos es tan diverso como la misma sociedad ecuatoriana y que evoluciona según los mismos cambios culturales que vive nuestra sociedad.

Asimismo, el artículo 67 reconoce que hay diversas formas de constituir una familia – vínculos jurídicos o, de hecho– y que las familias se basan en la “*igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes*”. En Ecuador, desde el año 2014, una resolución de la dirección general de Registro Civil, Identificación y Cedulación permite la inscripción en el Registro Civil de una unión de hecho entre personas del mismo sexo. Posteriormente, la unión de hecho de parejas del mismo sexo fue reconocida en 2015 a través de una reforma al Código Civil³⁷.

³⁷ Véase: Ley Reformatoria al Código Civil, 19 de junio de 2015.

La diversidad de las familias también se encuentra protegida en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Concretamente, el artículo 17 de la CADH establece que “[L]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” y el artículo 11.2 sobre protección de la honra y de la dignidad establece que “[N]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familiar, en su domicilio, o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”³⁸.

De igual forma, la Convención proscribía la posibilidad de negar el acceso a un derecho establecido en la Convención motivado por la orientación sexual³⁹ y de identidad de género. Al mismo tiempo en la CADH “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma”⁴⁰ lo que ha permitido a la Corte IDH concluir que la protección y reconocimiento de la familia incluye a aquellas conformadas por las parejas del mismo sexo. En esa medida, no es posible, bajo el artículo 1 y 24 de la Convención, y las obligaciones del artículo 17, que los Estados parte de este instrumento generen tratamientos diferenciados en elementos como el sexo u la orientación sexual de las personas que integran una familia.

A partir de estas disposiciones, la Corte IDH ha señalado que apoya los derechos de las familias diversas⁴¹. Por ejemplo, en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* respecto de la custodia de una madre lesbiana de sus tres hijas, la Corte IDH encontró que el Estado de Chile había desconocido los derechos de Atala (art.1), a la honra y dignidad (art. 11), protección a la familia (art. 17), igualdad ante la ley (art.24), protección judicial (art. 25), garantías judiciales (art. 8) y derechos de los niños (art. 19) y concluyó que es deber del Estado proteger a las personas contra la discriminación. Respecto de las familias diversas, la Corte IDH sostuvo que:

³⁸ Convención Americana de Derechos humanos. Art. 17.2.

³⁹ Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Para 93. “Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribía la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.”

⁴⁰ *Ibíd.* Para. 142.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. 24 de febrero de 2012. “(...) el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además imperioso. (...) La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. (...)El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia. (...) No son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”.

“[...] diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar. [...] La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”⁴².

Posterior a esto, la Corte entró a analizar si el término “familia” en los términos de la Convención era aplicable a las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo y, así mismo, si ameritaba la protección internacional aplicable. Para llegar a resolver esta cuestión, la Corte IDH inició por identificar la importancia de la familia como institución social, y su evolución⁴³. Finalmente la Corte Interamericana concluye que:

“Para el Tribunal, no existe duda de que –por ejemplo– una familia monoparental debe ser protegida del mismo modo que dos abuelos que asumen el rol de padres respecto de un nieto. En el mismo sentido, indiscutiblemente la adopción es una institución social que permite que, en determinadas circunstancias, dos o más personas que no se conocen se conviertan en familia. Asimismo, en concordancia con lo expresado en el Capítulo VII de esta opinión, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado, pues como fue mencionado con anterioridad (supra párr. 174), la Convención no protege un modelo único o determinado de familia.”⁴⁴ (Subrayado fuera de texto)

Y en ese sentido, la Corte IDH consideró que el artículo 17.2 si bien hace referencia a una forma de constituir una familia, esto no necesariamente implica que sea la única forma de familia protegida por la Convención⁴⁵.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. 24 de febrero de 2012

⁴³ *Ibíd.* Para 177 – 178. “177. Sin perjuicio de su importancia trascendental, la Corte también hace notar que la existencia de la familia no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades. Su conceptualización ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos. Por ejemplo, hasta hace algunas décadas, todavía se consideraba legítimo distinguir entre hijos nacidos dentro o fuera de un matrimonio. Asimismo, las sociedades contemporáneas se han desprendido de nociones estereotipadas respecto de los roles que los integrantes de una familia deben asumir, muy presentes en las sociedades de la región al momento de la creación de la Convención. En ocasiones, la evolución de estas nociones ha ocurrido mucho antes que la legislación de un Estado se adapte a las mismas. 178. En conjunción con lo anterior, la Corte observa que en la actualidad existen diversas formas en las que se materializan vínculos familiares que no se limitan a relaciones fundadas en el matrimonio.”

⁴⁴ *Ibíd.* Para 180.

⁴⁵ *Ibíd.* 182. “En este sentido, con respecto al artículo 17.2 de la Convención, la Corte considera que si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma

Por esta razón, la Corte IDH encontró necesario también interpretar esta norma en relación con el sistema en el cual se circunscribe, este es, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁴⁶. Al analizar el sistema, la Corte IDH encontró que no existían otras definiciones específicas que limitaran o excluyeran otras formas de familia, pero tampoco que incluyeran expresamente a las familias conformadas por parejas del mismo sexo⁴⁷.

Esto llevó a la Corte IDH a recordar que:

“(...) los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. De este modo, la interpretación evolutiva confluye con la observancia del objeto y fin de la Convención Americana. Como fue establecido con anterioridad (supra párr. 58), la interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”⁴⁸.

Por esta razón, la Corte concluye que *“una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, sin distinción alguna”⁴⁹.*

Posteriormente, la Corte IDH procedió a realizar unas consideraciones sobre la importancia de la protección y reconocimiento de las familias conformadas por parejas del mismo sexo. Así, la Corte reconoce que los Estados tienen una obligación de reconocer y proteger de acuerdo a

expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana.”

⁴⁶ *Ibíd.* Para 183 y 184.

⁴⁷ *Ibíd.* Para 184, 185, 186, 187.

⁴⁸ *Ibíd.* Para 187.

⁴⁹ *Ibíd.* Para 189.

la Convención⁵⁰ y que esto encuentra también fundamento en el artículo 1.1⁵¹ y 24⁵² de la CADH.

El Tribunal también entró a identificar que la protección familiar va más allá de la posibilidad de celebrar contratos y declarar sus vínculos como familias⁵³ y en esa medida:

“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.”⁵⁴ (Subrayado fuera de texto)

La Corte termina por concluir que:

“La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende

⁵⁰ *Ibíd.* Para. 191. “esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención”

⁵¹ *Ibíd.* Para. 194. “Ahora bien, el Tribunal estima que la protección de esta modalidad familiar tiene dos vertientes. La primera, surge del artículo 1.1 de la Convención, el cual es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado (supra párr. 63). Asimismo, esta protección se extiende a todos los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y, en general, a cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos que contenga alguna cláusula de protección a la familia.”

⁵² *Ibíd.* Para. 195. “La segunda vertiente de la protección a este tipo de modalidad familiar, remite al derecho interno de los Estados en virtud del artículo 24 de la Convención. Es decir, la “igual protección de la ley” respecto a todo el ordenamiento jurídico interno de un Estado y a su aplicación (supra párr. 64).”

⁵³ *Ibíd.* Para 197 y 198. “Estos aspectos incluyen –entre otros– impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras en temas electorales, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos. Todo ello, a juicio del Tribunal, debe ser asegurado sin discriminación alguna a las familias conformadas por parejas del mismo sexo.

(...) La Corte considera que el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales”.

⁵⁴ *Ibíd.* Para 197 y 198.

las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales (supra párr. 198).⁵⁵ (Subrayado fuera de texto).

Cabe resaltar, además, el caso *Ángel Alberto Duque vs. Colombia*⁵⁶, en el que la Corte reafirmó su jurisprudencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. En este caso, el Estado colombiano negó a Ángel Alberto Duque la pensión de sobreviviente que reclamó al fallecer su compañero, por ser homosexual. Al respecto, la Corte IDH estableció que el Estado colombiano había vulnerado el derecho a la igualdad de Ángel Alberto Duque, por negarse a reconocerle sus derechos pensionales únicamente por su orientación sexual. Esta sentencia contribuyó a devolver su dignidad a las parejas del mismo sexo pues amplió la garantía de los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, recordando así que todos los derechos de la población LGBT son derechos humanos.

La protección del vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo bajo lo dispuesto por la CADH fue reiterada en la OC-24/17 que resaltó que “*la Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 1.1. y 24 de la Convención), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales*”⁵⁷. En este sentido, estatutos como el contenido en la Constitución ecuatoriana y figuras como la unión de hecho son reconocidas por la Corte IDH como “*medidas administrativas, judiciales y legislativas de diversa índole que pueden ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo*”⁵⁸.

Ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni la Constitución ecuatoriana protegen un modelo único y particular de familia, por lo tanto, ninguna de sus disposiciones puede interpretarse de manera que excluya a un grupo de personas allí reconocidas. Las personas LGBT, como cualquier persona, establecen vínculos emocionales y afectivos y al igual que las personas heterosexuales conforman familias, por lo que no es posible afirmar que

⁵⁵ *Ibíd.* Para 199.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

⁵⁷ Opinión Consultiva 24 de 2017. párr.198.

⁵⁸ *Ibíd.* párr.217.

haya alguna finalidad constitucionalmente o convencionalmente aceptable que permita hacer una distinción entre las familias homosexuales y las familias heterosexuales. Hacer dicha distinción constituiría un acto discriminatorio e incompatible con la Constitución ecuatoriana y la CADH⁵⁹.

3. LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO TIENEN DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO, AMPARADAS POR LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA Y LA CADH

Las parejas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio, amparadas por la Constitución ecuatoriana y no pueden ser discriminadas en razón de su orientación sexual ni su identidad de género. Las personas homosexuales conforman parejas por las mismas razones por las cuales las personas heterosexuales se unen para conformar una pareja: por amor, apoyo mutuo, compañía, solidaridad e intimidad, entre otras razones. Sin embargo, quienes niegan a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio lo hacen con base en al menos cuatro razones, razones que han sido recordadas por la juez en el caso de la referencia: (i) afirman que el artículo 67 de la Constitución ecuatoriana establece que el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer y que esto se encuentra además en el artículo 81 del Código Civil y en el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, (ii) señalan que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ya cuenta con una figura que protege los vínculos de personas del mismo sexo (iii) aseguran que uno de los fines del matrimonio contenido en el artículo 81 del Código Civil ecuatoriano, procrear, no se puede materializar entre parejas del mismo sexo, y (iv) argumentan que para que haya matrimonio entre parejas del mismo sexo debe darse un trámite legislativo al respecto o resolverse en ese sentido a través de un mecanismo de participación popular.

Hasta este momento hemos demostrado que las personas LGBT tienen todos sus derechos garantizados y deben ser protegidos sin discriminación alguna según lo establecido por la Constitución ecuatoriana y la CADH y en ese sentido, cualquier diferencia de trato en razón de su orientación sexual e identidad de género vulnera sus derechos a la igualdad y no discriminación, a la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, y seguridad jurídica (sección 1). También hemos demostrado que la Constitución ecuatoriana reconoce a las familias en sus diversos tipos (art. 67) sin establecer criterios diferenciadores en materia de protección de las familias homosexuales con respecto a las heterosexuales y, en armonía con

⁵⁹ Cabe resaltar que el derecho a no ser discriminado está incluido también en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.2) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.2) y los órganos de dichos tratados han interpretado dicho principio para proteger a las familias diversas. En este mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU han prohibido la discriminación por motivos de orientación sexual. Por su parte, los Principios de Yogyakarta incluyen el derecho a formar una familia y señalan que “*Los Estados adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*”.

la CADH, cualquier diferencia de trato de unas frente a otras que no persiga una finalidad constitucional o convencionalmente válida constituye un acto discriminatorio (sección 2). Entonces, es posible afirmar que las parejas del mismo sexo se encuentran en una situación asimilable a las parejas heterosexuales.

Por esto, quienes afirman que el artículo 67 de la Constitución ecuatoriana establece que el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer y que esto se reitera en el artículo 81 del Código Civil y el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles están promoviendo un trato discriminatorio con respecto a la posibilidad de contraer matrimonio, sin obedecer a ningún fin constitucionalmente imperioso ni legítimo. Al parecer, el fin invocado para negar el acceso a las parejas del mismo sexo al matrimonio es la protección de la familia heterosexual, lo cual segrega a la familia de parejas del mismo sexo y afecta su protección constitucional. La interpretación según la cual el artículo 67 prevé que el matrimonio solo puede darse entre un hombre y una mujer, así como el artículo 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles y que por lo tanto se encuentra proscrito para las parejas del mismo sexo parte de una lectura que desconoce ante todo el principio de igualdad y no discriminación, y se hace a partir de la negación de la diversidad de todas las familias protegidas por la Constitución ecuatoriana.

Esta interpretación restrictiva de los artículos 67, 81 y 52 es contraria no solo al mismo artículo 67 por cuanto este empieza declarando la protección de la diversidad de familias que conforman la sociedad ecuatoriana sino también con el resto de la Constitución. El artículo 67 de la Constitución ecuatoriana protege el matrimonio entre un hombre y una mujer y de manera armónica con el primer inciso del mismo artículo y con las demás garantías contenidas en el texto constitucional también protege el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Una interpretación armónica del inciso del matrimonio con respecto al resto del artículo 67 reconoce que las familias son diversas y que, si bien la Constitución ecuatoriana indica que se protege el matrimonio heterosexual, la misma no supone una prohibición al matrimonio homosexual. En consecuencia, las parejas heterosexuales que decidan casarse no verán anulada ni menguada la protección que el orden jurídico les prodiga por el hecho de que las parejas heterosexuales contraigan matrimonio. Esta interpretación armónica de la Constitución se debe extender tanto al artículo 81 como al 52. Por el contrario, sostener una interpretación restrictiva del artículo genera un trato discriminatorio con efectos negativos para la protección de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.

Respecto de la segunda razón esgrimida por el juez de primera instancia en el caso de la referencia según la cual el matrimonio homosexual es contrario a la Constitución ecuatoriana porque el ordenamiento jurídico ecuatoriano ya cuenta con una figura que reconoce y protege los vínculos de las personas del mismo sexo a través de la unión de hecho y que, en ese sentido, no es necesario que formalicen sus uniones a través del matrimonio, es preciso resaltar que dicha diferenciación genera un déficit de protección para las parejas homosexuales. Negar el matrimonio a las parejas del mismo sexo las priva de la posibilidad de gozar de ciertas

protecciones legales como elevar a la categoría de deberes jurídicos los compromisos morales de la pareja, restringir la libertad para dar por terminada la unión, obtener un mayor grado de protección patrimonial, modificar el estado civil y acceder con mayor facilidad a ciertos beneficios legales. Dicho déficit de protección resulta, entonces, en una vulneración a los derechos a la igualdad (art. 11.2), a la dignidad humana (art. 11.7), al libre desarrollo de la personalidad (art. 66) y a la seguridad jurídica (art. 82). La defensa de una institución diferente a la establecida para las parejas heterosexuales como única institución mediante la cual las parejas del mismo sexo pueden formalizar su vínculo, la unión de hecho, no tiene una justificación razonable y, por lo tanto, asegurar que la mera existencia de la unión de hecho es suficiente para negar el acceso al matrimonio configura una discriminación legal que perpetúa los prejuicios y daños contra las parejas del mismo sexo.

En armonía con lo dispuesto en la CADH y de acuerdo con una interpretación armónica de los artículos 1, 17 y 24 de la CADH y teniendo en cuenta la situación de especial vulnerabilidad de las personas LGBT en Ecuador, y la tendencia hacia el reconocimiento de sus derechos de manera plena en cada vez más ordenamientos jurídicos⁶⁰, es posible afirmar que, la creación de figuras distintas a aquellas reconocidas para parejas heterosexuales para el caso de parejas homosexuales resultan discriminatorias. Aceptar una diferencia de trato al momento del reconocimiento jurídico del vínculo afectivo de parejas del mismo sexo haría de la orientación sexual un criterio sospechoso en la actuación de los Estados y sus ordenamientos jurídicos, lejos de hacer realidad la cláusula de igualdad y no discriminación.

La tercera razón que esgrimen quienes niegan a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio es que uno de los fines del matrimonio, de acuerdo con el Código Civil ecuatoriano es la procreación. Frente a esto, debemos aclarar que la procreación en sí misma no es un fin constitucionalmente imperioso ni legítimo que justifique un trato desigual frente a las parejas homosexuales o frente a las parejas heterosexuales que deciden no tener hijos o que

⁶⁰ Las declaraciones de los principales órganos de las Naciones Unidas en relación al derecho a contraer matrimonio por parejas del mismo sexo, se remontan a julio de 2013, cuando la ONU lanzó “Free & Equal”, una campaña masiva diseñada específicamente para abogar por el matrimonio entre parejas del mismo sexo y otras preocupaciones LGBTI al interior de la ONU y en todo el mundo. El Secretario General de ese entonces, Ban Ki-moon, señaló explícitamente que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un derecho humano. A este importante hecho se suman múltiples manifestaciones de reconocimiento del matrimonio de parejas del mismo sexo. Por ejemplo, en 2015 la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió el caso *Obergefell vs. Hodges* en el que reconoce el matrimonio entre parejas del mismo sexo al señalarlo como “un gran paso adelante hacia los derechos humanos”. Algunos organismos de las Naciones Unidas también se han pronunciado a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ejemplo, el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia declaró explícitamente en una publicación en 2014 que apoya la promulgación de leyes por parte de los Estados que otorgan “reconocimiento legal” a las “parejas del mismo sexo”. En 2016 Colombia se convirtió en el cuarto país en legalizarlo en América Latina, uniéndose a tres de los cuatro países más poblados de América Latina – Brasil, México (la decisión del Tribunal Supremo de México daba a las parejas del mismo sexo el derecho a solicitar una medida judicial contra las leyes estatales que prohíben el matrimonio entre parejas del mismo sexo), Argentina y Uruguay. Recientemente, Perú empezó a reconocer legalmente los matrimonios del mismo sexo realizados en el extranjero.

no pueden procrear. Una lectura armónica de la Constitución y la CADH es aquella que entiende que el matrimonio no se encuentra exclusivamente ligado a la procreación sino que debe entenderse en armonía con la noción de familia, pues su principal característica es la de ser un contrato que reconoce ante la ley un vínculo jurídico entre los contrayentes, que genera obligaciones recíprocas en el ámbito exclusivo de la pareja.

Al respecto, cabe recordar que la discriminación por motivos de orientación sexual y de identidad de género está prohibida por la CADH. El derecho a contraer matrimonio para parejas del mismo sexo se encuentra protegido por la CADH en tanto es una expresión del desarrollo de otros derechos contenidos en la CADH como la igualdad y el derecho a la protección familiar y este no depende de que haya procreación. La decisión de compartir la vida con otra persona del mismo sexo es el desarrollo de la autonomía personal y nadie debe ser discriminado por esta causa. La decisión autónoma del individuo es la forma como se materializa la conformación de una familia y por tanto el Estado debe proteger dicha unión y los derechos que surjan de la misma, como es el caso de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. En este sentido, la OC-24/17 acierta al interpretar de manera amplia el artículo 17.2 de la CADH que reconoce el derecho al hombre y a la mujer a contraer matrimonio, que debe interpretarse atendiendo al precepto mayor establecido en el artículo 17.1 que consagra la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad la cual debe ser protegida por esta y por el Estado. En tal sentido, el hecho de que se haya estipulado el reconocimiento del matrimonio por parte de un hombre y una mujer no debe interpretarse de manera excluyente y restrictiva y tampoco sería constitucional establecer diferenciaciones basadas en la capacidad de procrear.

La cuarta razón que esgrimen quienes se oponen al matrimonio entre parejas del mismo sexo es se trata una decisión que debe darse mediante un cambio en la literalidad del artículo constitucional a través de un proceso legislativo ampliamente debatido en el Congreso o mediante la convocatoria y realización de un mecanismo de participación popular en el que los ecuatorianos y ecuatorianas decidan que las personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio. Frente a esto no es acorde a la Constitución ecuatoriana ni al sistema democrático someter los derechos fundamentales de una minoría, como lo son las personas LGBT, para que sean decididos por una mayoría. Uno de los principales propósitos de la Constitución ecuatoriana es la protección de las minorías y de las comunidades marginadas e históricamente vulnerables. Poner los derechos de una minoría a la votación de una mayoría que la discrimina viola el principio democrático y podría generar nuevas formas de discriminación.

Por último, es preciso resaltar que el contrato de matrimonio ofrece a las parejas un núcleo de protección que ninguna otra figura jurídica garantiza, ni siquiera la que más se le parece en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a saber, la unión de hecho. El contrato de matrimonio permite a las parejas la constitución formal de su familia (Título V, Código Civil ecuatoriano), el surgimiento legal de deberes de fidelidad y mutuo socorro, modificación de su estado civil, constitución de una sociedad conyugal(arts. 157-179, Código Civil ecuatoriano), ingreso al

orden sucesoral, claridad sobre las causales de terminación del vínculo entre los contratantes, protección de su vínculo si deciden establecer su residencia en otro país (art. 14, Código Civil ecuatoriano), reconocimiento de ciertos beneficios en materia tributaria. Entonces, el matrimonio produce una serie de efectos personales y patrimoniales particulares a los que no se tiene acceso mediante otras figuras y no permitir el mismo en razón de la orientación sexual e identidad de género de quienes quieren contraerlo configura una situación de discriminación. En definitiva, excluir a las parejas del mismo sexo de estas protecciones propias del matrimonio vulnera el derecho a la igualdad y a la dignidad de las familias diversas. Además, excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio es contrario a la Constitución ecuatoriana y a la CADH como hemos demostrado en este *amicus*.

4. EN EL DERECHO COMPARADO EXISTEN UNA SERIE DE ESTADOS QUE APROBARON EL MATRIMONIO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO A TRAVÉS DE UNA DECISIÓN JUDICIAL

A continuación presentamos algunos de los ejemplos significativos donde las Cortes Constitucionales o Supremas han incidido o dado lugar al matrimonio entre parejas del mismo sexo. Los casos son los de Sudáfrica, Austria, México, Estados Unidos, Costa Rica, Taiwán y Brasil. El caso de Colombia se abordará de forma independiente en el siguiente punto. Los países seleccionados tienen en común que sus cortes de cierre han reconocido el matrimonio entre parejas del mismo sexo, cambiando su ordenamiento jurídico o han adoptado una decisión que ha desencadenado este cambio en el ordenamiento. En estos casos, las cortes se enfrentaron a una serie de dilemas comunes: (i) El ordenamiento jurídico no prevé la figura de matrimonio para parejas del mismo sexo, y normalmente existían prohibiciones explícitas o definiciones del matrimonio que excluían a las parejas del mismo sexo. Estas prohibiciones en ocasiones se edificaban sobre la figura del matrimonio como institución histórica y su finalidad, donde elementos como la procreación se señalaba por los opositores como una finalidad esencial; (ii) Se debatió sobre la facultad que tenía la corte de cierre, en su rol dentro de la Rama Judicial para definir este asunto en oposición a la Rama Legislativa (Congreso, Parlamento o Yuan); (iii) Se planteó el impacto desproporcionado o déficit que se generaba en la protección y derechos de las parejas del mismo sexo la imposibilitar su acceso a la institución del matrimonio. En ocasiones incluso el tribunal de cierre de los países indicados (iv) analizó la insuficiencia de otras figuras como las uniones civiles, uniones maritales y/o sociedades registradas para satisfacer ese déficit de protección. Dados los dilemas comunes enfrentados por los casos mencionados consideramos que es de interés para la Corte Constitucional de Ecuador conocerlos.

4.1 La Corte Constitucional de Sudáfrica

En el caso de Sudáfrica, la Corte Constitucional resolvió de manera conjunta dos casos. El primer caso, se trataba de una acción presentada por una pareja de mujeres lesbianas Marié Adriaana Fourie y Cecelia Johanna Bonthuys, que argumentaban que el *common law*

sudafricano excluía de manera inconstitucional el matrimonio entre parejas del mismo sexo. El caso llegaba a la Corte luego de que el Ministerio del Interior apelara las decisiones de cortes de menor rango que fallaron favorablemente para Fourie y Bonthyus. Simultáneamente resolvía una demanda de inconstitucionalidad presentada por la organización Lesbian and Gay Equality Project contra la definición estatutaria contenida en el *Marriage Act* (Ley de Matrimonio o Estatuto de Matrimonio)⁶¹.

Dentro de su decisión, la Corte consideró que los cambios sociales en la composición de las familias sudafricanas, precluye la posibilidad de definir el matrimonio como institución de una única forma⁶². En esa medida, en consideraciones similares a las que ampara el artículo 67 de la Constitución Ecuatoriana, la Corte reconoció que existe una diversidad en la composición de las familias, que impedía hablar de una única familia o una única forma de matrimonio. La Corte también reconoció el impacto del vacío legal bajo el cual viven las parejas del mismo sexo. En esa medida establece que para apreciar ese vacío “*es necesario identificar de manera precisa qué es lo que la ley les ofrece a las parejas heterosexuales, y de igual forma, lo que le niega a las parejas del mismo sexo*”⁶³.

La Corte Constitucional también identificó la importancia simbólica y legal del matrimonio y las obligaciones y derechos que se desprendían del mismo. En ese sentido, la Corte consideró que negarle a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio, era una posición dura que enviaba un mensaje de que “*las parejas del mismo sexo eran foráneas, y que su necesidad de afirmación y protección en sus relaciones íntimas como seres humanos es de alguna forma inferior a la de los heterosexuales. Esto refuerza la noción hiriente de que deben ser tratadas como rarezas biológicas, como seres humanos fallidos o expirados que no caben en una sociedad normal, y en esa medida, no cualifican para la atención moral y el respeto que nuestra Constitución busca asegurar para todos. Significa que su capacidad de amor, compromiso y de aceptar responsabilidades es por definición de menor valor a la que tienen las parejas heterosexuales*”⁶⁴.

⁶¹ International Commission of Jurists. Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v. Minister of Home Affairs and Others, Constitutional Court of South Africa (1 December 2005). [Disponible en Línea]: <https://www.icj.org/sogicasebook/minister-of-home-affairs-and-another-v-fourie-and-another-lesbian-and-gay-equality-project-and-eighteen-others-v-minister-of-home-affairs-and-others-constitutional-court-of-south-africa-1-decembe/>.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ *Ibíd.* Traducción realizada del fragmento: “To appreciate this it is necessary to look precisely at what it is that the law offers to heterosexual couples, and, conversely, at what it denies to same-sex couples.”

⁶⁴ Constitutional Court of South Africa. Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v. Minister of Home Affairs and Others, Constitutional Court of South Africa (1 December 2005). Case CCT 60/04 and Case CCT 10/05. Pág. 45. Punto 71. [Disponible en Línea]: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2005/12/Minister-of-Home-Affairs-and-Another-v.-Fourie-and-Another-Lesbian-and-Gay-Equality-Project-and-Eighteen-Others-v.-Minister-of-Home-Affairs-and-Others-Constitutional-Court-of-South-Africa.pdf>. Traducción de: “*The exclusion of same-sex couples from the benefits and responsibilities of marriage, accordingly, is not a small and tangential inconvenience resulting from a few surviving relics of societal prejudice destined to evaporate like the morning dew. It represents a harsh if oblique*

Consideraciones como las anteriores llevaron a la Corte a concluir que la definición del *common law* del matrimonio violaba la Constitución de Sudáfrica al excluir a las parejas del mismo sexo, y en esa medida, la definición consagrada en el Estatuto de Matrimonio fallaba al no incluir a estas parejas, dando lugar a su inconstitucionalidad. La Corte le dio al Parlamento 12 meses para realizar una modificación, de lo contrario, la palabra ‘spouse’ (esposo o esposa, y más acertadamente cónyuge) sería incorporada automáticamente en la lectura del Estatuto de Matrimonio. Posteriormente el Parlamento Sudafricano aprobó el Civil Union Act en el año 2006, permitiendo a las parejas celebrar uniones civiles o matrimonio, independientemente de su sexo.

4.2 La Corte Constitucional de Austria

En el caso de Austria, la Corte Constitucional resolvió el caso de una pareja de mujeres que tenían una *registered partnership* (sociedad civil registrada) y había solicitado el permiso para casarse a la autoridad municipal de la ciudad de Viena. Tanto la autoridad municipal como la Corte administrativa de Viena negaron la solicitud. En Austria, con anterioridad al fallo sobre matrimonio, se encontraban dos figuras disponibles para celebrar uniones. La primera, *registered partnership* (sociedad civil registrada) destinada únicamente para parejas del mismo sexo y en segundo lugar, el matrimonio, el cual solo podía celebrarse por parejas de distinto sexo. Ambas figuras, sin embargo tenían efectos muy similares, en términos de derechos y obligaciones.

Uno de los argumentos que podía haber sido adoptado por la Corte Constitucional austriaca al analizar una reclamación sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo era que con la existencia de figuras similares (sociedad civil registrada) en términos derechos y obligaciones era innecesario el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Argumento similar se ha podido esgrimir en el marco de este proceso que adelante la Corte Constitucional del Ecuador. Sin embargo como lo expusimos en el punto II, diferimos sobre que las figuras sean equivalentes. Pero incluso de considerarse que podría existir esa equivalencia, el quebranto del derecho a la igualdad y la dignidad permanece.

En ese sentido, la Corte Constitucional de Austria, lejos de considerar que esta similitud un argumento legítimo para descartar la necesidad de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la Corte encontró que resultaba insostenible mantener la distinción sin generar una evidente discriminación a las parejas del mismo sexo. En ese sentido, esa distinción basada

statement by the law that same-sex couples are outsiders, and that their need for affirmation and protection of their intimate relations as human beings is somehow less than that of heterosexual couples. It reinforces the wounding notion that they are to be treated as biological oddities, as failed or lapsed human beings who do not fit into normal society, and, as such, do not qualify for the full moral concern and respect that our Constitution seeks to secure for everyone. It signifies that their capacity for love, commitment and accepting responsibility is by definition less worthy of regard than that of heterosexual couples.”

en la orientación sexual de las parejas del mismo sexo en comparación a las parejas de distinto sexo demostraba que no son iguales a aquellas con una orientación sexual heterosexual⁶⁵.

La Corte en esa medida establece que *“El efecto discriminatorio resultante se refleja como consecuencia de los distintos términos que deben utilizarse para designar el estado civil de una persona (‘casada’ versus ‘viviendo en una sociedad civil registrada’), las personas viviendo en las sociedades civiles registradas deben revelar su orientación sexual incluso en situaciones en las que no debería ni debe tener un significado, y específicamente debido al contexto histórico de este asunto, se encuentran en riesgo de ser discriminadas”*⁶⁶. Lo anterior llevó a la Corte a concluir que *“la distinción legal entre relaciones de distinto sexo y relaciones del mismo sexo como dos instituciones legales distintas, viola el principio de trato igualitario, que prohíbe la discriminación de individuos basados en sus características personales como su orientación sexual”*⁶⁷.

La decisión generó que tanto las sociedades civiles registradas y el matrimonio fueran ambas instituciones abiertas a parejas del mismo sexo y de distinto sexo. La Corte difirió el efecto de su decisión para que las restricciones de las leyes siguieran vigentes hasta el 31 de diciembre de 2018 a menos de que el parlamento austriaco aprobara las reformas de forma anticipada⁶⁸. El parlamento austriaco no actuó dando lugar a que a partir del 1 de enero de 2019 las parejas del mismo sexo pudieran acceder al matrimonio, al igual que las parejas de distinto sexo pudieran acceder a la sociedad civil registrada.

4.3 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

En el caso de México, en razón a su organización bajo un modelo federal, ha habido una serie de desafíos del control de constitucionalidad de las normas que regulan el matrimonio en cada uno de sus estados. Lo anterior se debe en principio a que, bajo la legislación mexicana, solo se pueden emprender acciones de inconstitucionalidad contra leyes dentro de los 30 días siguientes a su expedición y modificación. Sin embargo, los jueces federales y la Suprema

⁶⁵ Constitutional Court of Austria (Verfassungsgerichtshof Österreich, VfGH). News: Distinction between marriage and registered partnership violates ban on discrimination. 5 de Diciembre de 2017. [Disponible en Línea] https://www.vfgh.gv.at/medien/Ehe_fuer_gleichgeschlechtliche_Paare.en.php.

⁶⁶ *Ibíd.* Traducción del fragmento: “The resulting discriminating effect is reflected in the fact that on account of the different terms used to designate a person’s marital status (‘married’ vs. ‘living in a registered partnership’), persons living in a same-sex partnership have to disclose their sexual orientation even in situations in which it is not and must not be of any significance and, especially against the historical background of this issue, they are at risk of being discriminated against.”

⁶⁷ *Ibíd.* Traducción del fragmento: “The distinction of the law between opposite-sex and same-sex relationships as two different legal institutions violates the principle of equal treatment, which forbids any discrimination of individuals on grounds of personal characteristics, such as their sexual orientation.”

⁶⁸ *Ibíd.* “In accordance with the Constitutional Court’s decision, the legal provisions currently in effect (marriage for opposite-sex couples, registered partnerships for same-sex couples) remain in force until 31 December 2018, unless the legislator repeals or amends them before that date. Thus, same-sex couples can marry, at the latest, after 31 December 2018.”

Corte de Justicia de México han reiterado en varias ocasiones que resulta inconstitucional la exclusión o prohibición de parejas del mismo sexo para acceder a la figura del matrimonio⁶⁹.

Una de las decisiones judiciales fundamentales para el matrimonio en parejas del mismo sexo se resolvió en el 2015. Así pues, en este año, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia desarrolló la tesis jurisprudencial número 1a/J. 43 de 2015 sobre el matrimonio y su finalidad. Esta tesis sostiene que, no existe razón constitucional para desconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Además, afirma que toda ley de cualquier entidad federativa que limite el matrimonio a un hombre y una mujer debe ser considerada inconstitucional. En palabras de la Suprema Corte:

“Considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. (...). Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como "entre un solo hombre y una sola mujer". (...) En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”⁷⁰.

De esta forma, esta decisión judicial abrió paso a la legalización del matrimonio de parejas del mismo sexo. Además, fijó el criterio de la Corte frente a este tema, que ha influenciado decisiones judiciales posteriores. Ahora bien, actualmente 17 de los 32 estados de México legalizó el matrimonio entre parejas del mismo sexo⁷¹, y en algunos estados su legalización está a nivel municipal⁷². Más aún, estados como Aguascalientes, Chiapas, Jalisco, Nuevo León y Puebla han legalizado el matrimonio igualitario mediante decisiones judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

⁶⁹ Suprema Corte de Justicia de México. Primera Sala. Amparo en Revisión 581/2012. M.P: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Sentencia del 5 de diciembre de 2012. [Disponible en línea]: <https://www.icj.org/sogicasebook/sentencia-5812012-supreme-court-of-mexico-5-december-2012/>.

⁷⁰ Suprema Corte de Justicia de México. Primera Sala. Documento de Consulta: Tesis Jurisprudencial num. 1a./J. 43/2015 (10a.). 30 de junio de 2015. [Disponible en línea] https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/tesis/documento/2016-10/TESIS%20JURISPRUDENCIALES%202015_PRIMERA%20SALA.pdf

⁷¹ Ciudad de México (2010), Quintana Roo (2012), Coahuila (2014), Chihuahua (2015), Nayarit (2015), Jalisco (2016), Campeche (2016), Colima (2016), Michoacán (2016), Morelos (2016), Chiapas (2017), Puebla (2017), Baja California (2017), Nuevo León (2019), Aguascalientes (2019), San Luis de Potosí (2019), Hidalgo (2019).

⁷² Guerrero (4 de 81 municipios), Oaxaca (2 de 570 municipios), Querétaro (8 de 18 municipios), Zacatecas (3 de 58 municipios).

Así pues, en Jalisco, el 26 de enero de 2016 se resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 28/2015 en contra del artículo 260⁷³ del Código Civil de dicho estado, en la parte de la norma que establecía “el hombre y la mujer”. Lo anterior debido a que dicha porción normativa vulneraba los artículos 1 y 4 de la Constitución Federal, el derecho a la dignidad humana, así como los principios de igualdad y no discriminación, y protección a la organización y desarrollo de la familia⁷⁴. Así, en esta oportunidad la Suprema Corte sostuvo que:

“la porción impugnada del artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco es inconstitucional ya que atenta contra la autodeterminación de las personas y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo y, de manera implícita genera una violación al principio de igualdad, porque a partir de ese propósito se da un trato diferenciado a parejas homoparentales respecto de las parejas heterosexuales, al excluir de la posibilidad de contraer matrimonio a personas del mismo sexo”.

De esta manera, la Corte resuelve declarar la invalidez de dicha porción normativa del artículo 260 del Código Civil de Jalisco y, *por vía de consecuencia*, extiende dicha declaratoria de invalidez a los artículos 258⁷⁵ y 267 bis⁷⁶ del Código Civil de Jalisco frente a la porción que establece “el hombre y la mujer”. Sin embargo, esta decisión judicial ha enfrentado varios problemas en su aplicación, puesto que su materialización se encuentra supeditada a una reforma legislativa del Código Civil que actualmente está suspendida⁷⁷.

En Chiapas, el 11 de julio de 2017 el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 32/2016 contra el artículo 145 en la porción normativa “el hombre y la mujer” del Código Civil para el Estado de Chiapas, y en vía de consecuencia, el artículo 144 en la porción normativa “a la perpetuación de la especie o” del mismo Código. Esto debido a que, vulneraba los artículos 1 y 4 de la Constitución Federal, los artículos 1, 11, 17 y 24 de la CADH, los artículos 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Frente a esto, la Corte declaró la invalidez de la porción normativa del artículo 144 y 145 del Código Civil. Asimismo, estableció que “en la interpretación y

⁷³ “Artículo 260.-Para contraer matrimonio, el hombre y la mujer necesitan haber cumplido dieciséis años. Los jueces de la residencia de los interesados pueden conceder dispensa de edad por causas graves y justificadas”.

⁷⁴ Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 28/2015. [Disponible en línea]: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2015_28_Demanda.pdf

⁷⁵ “Artículo 258.- El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia”.

⁷⁶ “Artículo 267 bis.- El hombre y la mujer, acreditarán ante el Oficial del Registro Civil, el haber recibido el curso prematrimonial que no será menor de dos horas, cuyo contenido versará sobre la igualdad del varón y la mujer ante la ley y la equidad de género en el matrimonio, el significado legal del matrimonio, los fines del matrimonio, el derecho de todo ser humano de ejercer la actividad profesional que desee y todos los derechos y deberes que nacen del matrimonio de acuerdo a los capítulos correspondientes de este Código. (...)”.

⁷⁷ Reporte Índigo. *Matrimonio igualitario en el olvido*. 4 de febrero de 2019. [Disponible en línea]: <https://www.reporteindigo.com/reportes/matrimonio-igualitario-en-el-olvido-jalisco-sentencia-scjn-codigo-civil/>

aplicación de las normas generales del orden jurídico del Estado de Chiapas, que se refieran a la institución del matrimonio, deberá entenderse que éste corresponde a los celebrados por dos personas de diferente o del mismo sexo”⁷⁸.

A similar decisión llegó la Suprema Corte el 1 de agosto de 2017, fecha en la que resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 29/2016 en contra del artículo 300 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla. En esta decisión la Corte decide –entre otras cosas– expandir la declaración de invalidez a los artículos 294 y 297 del Código Civil, y ordena la interpretación y aplicación de dicha providencia a diversos preceptos del Código y “otros ordenamientos estatales vinculados tanto con el matrimonio como con el concubinato (comprendido dentro del Capítulo Segundo, “Matrimonio”, del Código Civil)⁷⁹”. Lo anterior con el fin de que cualquier norma relacionada con el matrimonio o concubinato deba aplicarse, en igualdad de condiciones, a parejas del mismo sexo.

Por su parte, en Nuevo León, el 19 de febrero de 2019 se resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 29/2018 en contra de los artículos 140 y 148 en la porción normativa “el hombre y la mujer” del Código Civil para el Estado de Nuevo León. En esta sentencia, la Suprema Corte recoge los argumentos utilizados en sus decisiones anteriores y resuelve declarar la invalidez de los artículos demandados, así como el artículo 147 en su parte “un solo hombre y una sola mujer” y “perpetuar la especie”. Aunado a esto, decide en aquellas normas consignadas en el Código Civil y otros ordenamientos estatales que se refieran al matrimonio y concubinato, las porciones normativas que se refieran a relaciones entre “un solo hombre y una sola mujer” o “marido y mujer” deberán entenderse extensivas a parejas del mismo sexo⁸⁰.

Finalmente, en Aguascalientes, el 2 de abril de 2019 la Suprema Corte resolvió la Demanda de Acción de Inconstitucionalidad 40/2018 contra varios artículos de la Ley de Seguridad y Servicios Sociales para los Servidores Públicos del Estado de Aguascalientes, que vulneraban los derechos a la igualdad, a la salud, a la seguridad jurídica y a la seguridad social de los servidores públicos. Así, la Suprema Corte resolvió, entre otras cosas, invalidar la disposición que “excluía de la protección de seguridad social a las personas que tuvieran pareja del mismo sexo”, así como “declarar inconstitucionales todos los artículos del Código Civil, así como todos los ordenamientos del Estado de Aguascalientes que impedían el matrimonio y el concubinato entre dos personas del mismo sexo”⁸¹.

⁷⁸ Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 32/2016. Pág. 29. [Disponible en línea]: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc-Inc-2016-32-Demanda.pdf>

⁷⁹ Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 29/2016. Párr. 94 [Disponible en línea]: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2016_29_Demanda.pdf

⁸⁰ Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad 29/2018. [Disponible en línea]: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2018_29_Demanda.pdf

⁸¹ Comisión Nacional de Derechos Humanos. *Celebra CNDH resolución de la SCJN para permitir el matrimonio igualitario y para garantizar los derechos de personas trabajadoras en activo y pensionadas, y de quienes viven con discapacidad en el estado de Aguascalientes*. Comunicado de Prensa DGC/128/19. [Disponible en línea]: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2019/Com_2019_128.pdf

Con todo, el caso de México es un ejemplo relevante sobre cómo un Tribunal Constitucional ha incidido y reconocido el matrimonio en parejas del mismo sexo. Así, a pesar de que la mitad de los Estados siguen sin legalizar el matrimonio igualitario, la Corte ha sido un agente efectivo para lograr su legalización a través de sus pronunciamientos. De esta manera, este precedente resulta útil en el caso de Ecuador, en tanto da luces sobre cómo las decisiones judiciales sí han logrado legalizar el matrimonio en parejas del mismo sexo, sin necesidad de recurrir a un trámite legislativo o adoptar una decisión de forma gradual.

4.4 La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos abordó el tema del matrimonio entre parejas del mismo sexo en dos fallos. El caso Windsor y el caso Obergefell. El primero se encargó de resolver la situación del reconocimiento federal para temas tributarios, beneficios y otros elementos, donde la Ley Federal definía el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, y esta genera efectos adversos para los matrimonios de parejas del mismo sexo celebrados en varios Estados cuyas leyes, a nivel estatal, lo reconocían. El caso Obergefell que busca resolver la pregunta sobre si la Catorceava Enmienda, sobre debido proceso ante la Ley y la igualdad de protección ante la Ley, obliga a un Estado a celebrar matrimonios entre parejas del mismo sexo.

4.4.1 El caso Windsor

En el año 1996, el Congreso de los Estados Unidos aprobó el Estatuto de Defensa del Matrimonio (Defense of Marriage Act – DOMA), donde definió a nivel federal las palabras matrimonio y cónyuge (spouse en inglés) bajo el concepto de las uniones legales entre un hombre y una mujer. A pesar de lo anterior, varios estados federales habían aprobado el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Edith Windsor fue la viuda y heredera de su esposa Thea Clara Spyer, quien murió en 2009. La pareja había celebrado matrimonio en Canadá y este había sido reconocido en el Estado de Nueva York. Como consecuencia del fallecimiento de Spyer, Windsor había heredado sus bienes. Sin embargo como a nivel federal no se reconocía el matrimonio entre parejas del mismo sexo, el traspaso de los bienes causó una obligación tributaria en cabeza de Windsor. De haberse reconocido el matrimonio entre ambas, habría existido una exención federal por causal de matrimonio, y ningún impuesto habría sido cobrado. Como consecuencia de lo anterior, Windsor solicitó judicialmente que se declarase inconstitucional el DOMA. Las cortes de instancia concedieron la declaración y luego el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia.

Al analizar el caso, la Corte planteó una serie de preguntas⁸², pero para el presente caso se destaca el tercer problema jurídico, este se formula mediante la siguiente pregunta: ¿El Estatuto de Defensa del Matrimonio (DOMA), que define el término matrimonio en la ley federal como la “unión legal entre un hombre y una mujer” priva a las parejas del mismo sexo que están casadas bajo la ley de los estados de sus derechos de la Quinta Enmienda a la igualdad de protección bajo la ley federal?⁸³

La Corte consideró que sí. En ese sentido, la Corte establece que “(...) *el propósito principal y el efecto necesario de esta ley es humillar a todas esas personas que contraen el matrimonio entre parejas del mismo sexo de una forma legal. Esto obliga a la Corte a establecer, como lo hace en este momento, que DOMA es inconstitucional pues priva a la persona de la libertad protegida por la Quinta Enmienda de la Constitución*”⁸⁴. De igual forma sobre el efecto de la misma, la Corte Suprema consideró que “*El propósito declarado y el efecto práctico de la ley aquí cuestionada es imponer una desventaja, un estatus separado, y de esa forma un estigma a todos aquellos que celebren matrimonios del mismo sexo reconocidos legalmente por la incuestionable autoridad de los Estados*”⁸⁵. Por último, se destaca que uno de los elementos que tuvo la Corte en cuenta en esta decisión fue el impacto, concretamente en la negación de beneficios que se constituía para parejas del mismo sexo casadas que su unión no fuera reconocida a nivel federal⁸⁶.

⁸² La Corte Suprema de Justicia planteó otros dos problemas jurídicos: (i) Si el hecho de que el Gobierno Federal (ejecutivo) estuvo de acuerdo con las cortes inferiores sobre la inconstitucionalidad de DOMA daba lugar a que la Corte Suprema perdiera competencia para analizar el asunto. (ii) Si el Grupo de Asesoría Legal Bipartidario de la Cámara de los Representantes de los Estados Unidos tenía legitimación para actuar en el caso. Ver: Oyez. *United States v. Windsor*. [Disponible en Línea] <https://www.oyez.org/cases/2012/12-307>.

⁸³ Ver: Oyez. *United States v. Windsor*. [Disponible en Línea] <https://www.oyez.org/cases/2012/12-307>.

⁸⁴ Supreme Court of the United States of America. *United States v. Windsor*. 570 U.S. __ (2013). Pág. 21. [Disponible en Línea] <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/12-307.pdf>. Traducción de: “What has been explained to this point should more than suffice to establish that the principal purpose and the necessary effect of this law are to demean those persons who are in a lawful same-sex marriage. This requires the Court to hold, as it now does, that DOMA is unconstitutional as a deprivation of the liberty of the person protected by the Fifth Amendment of the Constitution.”

⁸⁵ *Ibíd.* Traducción de: “The avowed purpose and practical effect of the law here in question are to impose a disadvantage, a separate status, and so a stigma upon all who enter into same-sex marriages made lawful by the unquestioned authority of the States.”

⁸⁶ *Ibíd.* “Under DOMA, same-sex married couples have their lives burdened, by reason of government decree, in visible and public ways. By its great reach, DOMA touches many aspects of married and family life, from the mundane to the profound. It prevents same-sex married couples from obtaining government healthcare benefits they would otherwise receive. See 5 U. S. C. §§8901(5), 8905. It deprives them of the Bankruptcy Code’s special protections for domestic-support obligations. See 11 U. S. C. §§101(14A), 507(a)(1)(A), 523(a)(5), 523(a)(15). It forces them to follow a complicated procedure to file their state and federal taxes jointly. Technical Bulletin TB-55, 2010 Vt. Tax LEXIS 6 (Oct. 7, 2010); Brief for Federalism Scholars as Amici Curiae 34. It prohibits them from being buried together in veterans’ cemeteries. National Cemetery Administration Directive 3210/1, p. 37 (June 4, 2008). For certain married couples, DOMA’s unequal effects are even more serious. The federal penal code makes it a crime to “assaul[t], kidna[p], or murde[r] . . . a member of the immediate family” of “a United States official, a United States judge, [or] a Federal law enforcement officer,” 18 U. S. C. §115(a)(1)(A), with the intent to influence or retaliate against that official, §115(a)(1). Although a “spouse” qualifies as a member of the officer’s “immediate family,” §115(c)(2), DOMA makes this protection inapplicable to same-sex spouses. DOMA also brings financial harm to children of samesex couples. It raises the cost of health care for families by taxing health benefits provided by employers to their workers’ same-sex spouses. See 26 U. S. C. §106; Treas. Reg.

4.4.2 El caso Obergefell et al v. Hodges

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América resolvió el asunto relacionado con el matrimonio entre parejas del mismo sexo en el caso *Obergefell et al v. Hodges*, donde se consideró que el derecho fundamental al matrimonio es garantizado a las parejas del mismo sexo bajo la luz del derecho al debido proceso y el derecho a la igualdad.

La Corte Suprema de Justicia de EEUU fundamentó su decisión en varios elementos: “(i) *este derecho forma parte de la autonomía personal de cada individuo; (ii) los precedentes de la Corte Suprema han reconocido que el derecho al matrimonio es fundamental; (iii) el matrimonio da eficacia a otros derechos conexos como lo son la crianza, procreación y educación de los niños, de manera que los menores que hacen parte de estas familias sufren el trato diferenciado de ser criados por padres que no están casados; (iv) el matrimonio es un pilar fundamental de la nación y los estados parte de la unión han aprobado muchos beneficios a quienes contraen dicho vínculo, por lo que las parejas homosexuales se ven injustificadamente excluidas de los mismos, y (v) el derecho a contraer matrimonio aplica a los estados de la unión en virtud de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal*”⁸⁷.

Dentro de los argumentos que presentó la Corte Suprema de Justicia, se resalta lo relacionado con el debate sobre la competencia del legislador para regular la materia. Nuevamente argumentos de esta naturaleza son frecuentes en todos los debates constitucionales sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Como lo hemos venido estableciendo, consideramos que los tribunales de cierre tienen la potestad, en virtud del control constitucional abstracto o difuso, y del control convencional, la posibilidad de materializar estos derechos fundamentales sin necesidad de supeditar los derechos al accionar del Legislador.

A propósito de este punto, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que:

“La dinámica de nuestro sistema constitucional es que los individuos no tienen por qué esperar acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental. Las cortes nacionales están abiertas para individuos afectados quienes llegan a ellas para vindicar sus intereses personales y directos contenidos en nuestra carta más básica. Un individuo puede invocar un derecho a la protección constitucional cuando él o ella se ven perjudicado o perjudicada, incluso si el público más amplio no está de acuerdo

§1.106–1, 26 CFR §1.106–1 (2012); IRS Private Letter Ruling 9850011 (Sept. 10, 1998). And it denies or reduces benefits allowed to families upon the loss of a spouse and parent, benefits that are an integral part of family security. See Social Security Administration, Social Security Survivors Benefits 5 (2012) (benefits available to a surviving spouse caring for the couple’s child), online at <http://www.ssa.gov/pubs/EN-05-10084.pdf>

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-214 de 2016. M.P: Alberto Rojas Ríos. Referenciando a Obergefell et al. vs Hodges. [Disponible en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>

e incluso si la legislatura se niega a actuar. La idea de la Constitución “fue” retirar” ciertos” temas” de” las” vicisitudes de las controversia política, para colocarlos fuera del alcance de las mayorías y de los funcionarios y establecerlos como principios legales a ser aplicados por las cortes”⁸⁸.

Por último, la Corte Suprema concluye con esta afirmación que resalta, no solo el valor jurídico del matrimonio, sino también el valor social y simbólico:

“No hay unión más profunda que el matrimonio, pues este encarna los ideales más altos de amor, fidelidad, devoción, sacrificio y familia. Al formar una unión matrimonial, dos personas se convierten en algo más grande de lo que alguna vez fueron. Como algunos de los peticionarios en estos casos lo demuestran, el matrimonio encarna un amor que puede perdurar más allá de la muerte. Sería incomprender a estos hombres y mujeres decir que ellos irrespetan la idea del matrimonio. Su petición es que si lo respetan, y lo respetan tan profundamente que buscan encontrar su realización para ellos mismos. Tienen la esperanza de no ser condenados a una vida de soledad, excluida de una de las instituciones más antiguas de la civilización. Ellos solicitan igual dignidad ante los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho”⁸⁹.

4.4 La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

El caso de Costa Rica es inmediatamente a la expedición de la Opinión Consultiva # 24 por parte de la Corte IDH. En Costa Rica, la resolución que se pronunció sobre la legalidad del matrimonio se dio como consecuencia de una demanda que buscaba se declarará inconstitucional el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia donde se establece que “Es legalmente imposible el matrimonio: 6. Entre personas de un mismo sexo”⁹⁰.

⁸⁸ Supreme Court of Justice of the United States of America. *Obergefell et al v. Hodges*. 26 de junio de 2015. 576 US _ (2015). Pág. 24-25. “The dynamic of our constitutional system is that individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right. The Nation’s courts are open to injured individuals who come to them to vindicate their own direct, personal stake in our basic charter. An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act. The idea of the Constitution “was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts.” *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 638 (1943). This is why “fundamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections.” [Disponible en Línea]: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Traducción Óp. Cit. Sentencia SU-214 de 2016.

⁸⁹ *Ibíd.* Traducción de: “No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization’s oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right.”

⁹⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley No. 5476 - Código de Familia. [Disponible en Línea] http://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_Familia_costa_rica.pdf.

La Sala Constitucional de Costa Rica inició por considerar su propia jurisprudencia, como también la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), la de la Corte Interamericana y por supuesto la opinión consultiva número 24. Dentro de su análisis la Corte resolvió la cuestión de la relación entre el derecho internacional y los estándares fijados por la Corte IDH y su relación con el derecho nacional. Al igual que el caso de Ecuador hoy analizado, el ordenamiento jurídico de Costa Rica, contaba con jurisprudencia y normas de rango Constitucional que reconocían el valor jurídico de la Opinión Consultiva 24/17, al enmarcarse en la interpretación de un instrumento de derechos humanos, tenía el mismo rango de la Constitución.

En ese sentido, sobre este punto, consideró la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que la Constitución establece una norma especial para instrumentos de derechos humanos que les otorga fuerza del propio nivel constitucional. Y que incluso cuando estos otorgan mayores derechos o garantías, priman sobre la propia Constitución⁹¹. De esa manera, la Corte resuelve este punto concluyendo que:

“Según se expuso, en el sub judice se trata de otorgar mayores derechos a una minoría que es objeto de discriminación. En ese tanto, este Tribunal respalda la doctrina fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y valida su aplicación al sub examine.

(...) en caso de conflicto jurídico-positivo con normas del derecho internacional, invariablemente se impondrá aquella normativa que, en el caso concreto, brinde mayor protección a los derechos humanos. De esta forma, las garantías y derechos reconocidos en la Constitución siempre prevalecerán, cuando su contenido protector sea más amplio que el previsto en cualesquiera instrumentos internacionales, toda vez que estos son la base mas no el techo de la evolución de los derechos humanos (Castilla Juárez, 2012; Sáiz Arnaiz, 1999). En tal sentido, se subraya que este Tribunal está en la obligación de velar por que el núcleo esencial de los derechos fundamentales resguardados en nuestra Carta Magna sea respetado, aunque, ciertamente, en esa tarea se debe procurar una interpretación armoniosa con el derecho internacional de los derechos humanos”.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución N° 12782 - 2018 del 8 de Agosto de 2018. Exp. 15-13971-0007-CO. Pág. 12 (PDF). [Disponible en Línea] <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-875801>. “X.- Finalmente, este Tribunal retoma la doctrina establecida en la sentencia N° 1995-2313 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995: “Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución...”.

Con base en la aplicación de la CADH como de sus propias normas nacionales, en particular su jurisprudencia en materia de derechos humanos, la Sala Constitucional concluyó que el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia era inconstitucional. La Corte lo explicó en los siguientes términos:

“El impedimento estatuido en el inciso 6) del numeral 14 del Código de Familia, impugnado en esta acción, resulta inconstitucional por violación al derecho a la igualdad, cobijado en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por un lado, la norma cuestionada se traduce por sí misma en una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo, negándoseles con base en su orientación sexual el acceso a tal instituto; por otro, de manera refleja afecta la posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedan a la figura de la unión de hecho, toda vez que el ordinal 242 del Código de Familia se refiere a la “...aptitud legal para contraer matrimonio...”, con lo que remite a las imposibilidades legales del numeral 14, entre ellas la que es objeto del sub examine. Es decir, la norma cuestionada impide tanto la formalización de un matrimonio como el reconocimiento de una unión de hecho entre personas del mismo sexo por la sola razón de la orientación sexual, lo que contraría la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida que esta ha venido a expandir la cobertura de protección en esta materia”⁹².

Posteriormente, la Corte consideró que se presentaba un ‘estado de cosas inconstitucional’ donde la mera anulación de la norma demandada no restaura de forma automática el orden constitucional⁹³. Lo anterior se predica en virtud del gran número de normas, civiles, penales,

⁹² Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución N° 12782 - 2018 del 8 de Agosto de 2018. Exp. 15-13971-0007-CO. Pág. 12 (PDF). [Disponible en Línea] <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-875801>.

⁹³ *Ibíd.* “Concerniente a esta acción, distinguimos que, en el fondo, la inconstitucionalidad detectada trasciende la norma en sí, toda vez que, desde un enfoque sistémico, emerge un verdadero “estado de cosas inconstitucionales”, término por el que nos decantamos en consonancia con el constitucionalismo latinoamericano y conscientes de la permeabilidad de un concepto que está en plena evolución, y de que se trata de una adaptación conceptual acorde con las circunstancias propias del país (igual ha hecho el Tribunal Constitucional de Perú, verbigracia en sentencia del 14 de marzo de 2017). En efecto, el quid consiste en que la mera anulación de la norma impugnada no restaura en forma automática el orden constitucional, precisamente, por tratarse de un problema de naturaleza estructural y poliédrico, el cual se extiende allende las fronteras del acto o la norma individual y se convierte en un patrón discriminatorio que se configura de manera sistémica y se encuentra enraizado tanto en el ordenamiento jurídico como en las instituciones civiles y estatales.

Dentro de este contexto, el dogma del matrimonio exclusivo para parejas heterosexuales ha constituido un fundamento cultural e histórico de la estructura del sistema jurídico, por lo que el cambio de tal paradigma –esto es, la ampliación de su cobertura en favor de las parejas del mismo sexo– conlleva de manera inexorable una revisión general del ordenamiento jurídico vigente a los efectos de velar por la seguridad jurídica y una solución más integral, tarea que en razón de su naturaleza jurídica y en respeto al principio de división de poderes, en primera instancia compete al Poder Legislativo. Obsérvese que, en una situación de discriminación sistémica como la expuesta, la resolución judicial del caso concreto no representa un verdadero remedio para la cuestión de fondo, sino una medida paliativa, de manera que si tal problema no es resuelto (o por lo menos se da una solución más integral), se barruntan actuaciones o interpretaciones administrativas y de la jurisdicción ordinaria

laborales, entre otras, que encuentra la Sala Constitucional tendrían problemas en su aplicación en el caso del matrimonio entre parejas del mismo sexo⁹⁴.

En esa medida, la Corte identifica que no es suficiente con ordenar la eliminación de la norma demandada⁹⁵. Por lo anterior, la Corte exhortó a la Asamblea Legislativa, en el término de 18 meses regule todos los alcances y efectos derivados de la decisión, y mantiene la vigencia del inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia por el mismo plazo. De no realizarse una actividad legislativa en este sentido, el artículo demandado en su inciso 6 será eliminado, habilitando el matrimonio.

4.5 La Corte Constitucional de Taiwán

Taiwan fue el primer país en Asia en legalizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En este caso, el capítulo de matrimonio del Código Civil de Taiwán no permitía que dos personas del mismo sexo pudieran celebrar el matrimonio. Esta disposición vulneraba los artículos 7 (sobre igualdad) y 22 (sobre libertades, incluido el matrimonio) de la Constitución Política de Taiwán⁹⁶. En su análisis la Corte establece que la libertad de matrimonio incluye la posibilidad de decidir si casarse y con quién casarse. De acuerdo con la Corte *“Esa decisión de autonomía es vital para el profundo desarrollo de la personalidad y salvaguardar la dignidad humana, y por lo tanto, es un derecho fundamental protegido por el Artículo 22 de la Constitución”*⁹⁷.

En cuanto al argumento de que debía ser el Gobierno y el Legislativo quienes deben regular la materia, la Corte Constitucional de Taiwán consideró lo siguiente:

contradictorias, algunas acaso contrarias a la línea expuesta en este voto, lo que representa una seria amenaza a la seguridad jurídica.”

⁹⁴ *Ibíd.* Pág. 19. “Los anteriores son algunos ejemplos de las modificaciones o aclaraciones legislativas que resultan necesarias con motivo del rompimiento del paradigma objeto de esta acción, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico, desde sus orígenes, se edificó a partir del presupuesto jurídico (dogma) de que el matrimonio solo procede entre personas del mismo sexo, y a partir de ahí construyó todo un andamiaje jurídico-positivo, lo que se transforma sustancialmente con este pronunciamiento.”

⁹⁵ *Ibíd.* “IX.- Según se manifestó, la Sala concluye que la norma impugnada es inconstitucional por violación al derecho constitucional y convencional a la igualdad, la cual se expande sobre el sistema jurídico-positivo e impide el reconocimiento legal pleno de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. El análisis anterior permite razonar que la implementación cabal de un sistema de igualdad no puede limitarse a la simple anulación de la norma impugnada, debido a que deviene inexorable regular todos los alcances y efectos derivados del reconocimiento jurídico al vínculo entre parejas del mismo sexo.”

⁹⁶ Republic of China (Taiwan). National Assembly. Constitution of the Republic of China (Taiwan). 1 de enero de 1947. [Disponible en Línea] <https://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=A0000001>.

⁹⁷ United States of America. Library of Congress. Global Legal Monitor: Taiwan: Constitutional Court Rules Same-Sex Marriage Prohibition Unconstitutional. 5 de junio de 2017. Citando y traduciendo el fallo de la Corte Constitucional de Taiwan. [Disponible en Línea] <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/taiwan-constitutional-court-rules-same-sex-marriage-prohibition-unconstitutional/>.

Traducción de: “Such decisional autonomy is vital to the sound development of personality and safeguarding of human dignity, and therefore is a fundamental right to be protected by Article 22 of the Constitution.”

“Por más de tres décadas, la Peticionaria Chia-Wei Chi ha estado solicitando a los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial por el derecho a un matrimonio de parejas del mismo sexo. Después de más de una década, el Yuan Legislativo no ha podido completar su proceso legislativo en los proyectos relacionados con el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Este caso involucra un asunto muy política y socialmente controversial sobre si los homosexuales deberían gozar de igual protección de la misma libertad de matrimonio que los heterosexuales. El órgano representativo debe revisar o establecer leyes relevantes en un tiempo adecuado. Sin embargo, la planificación de tiempo para una solución legislativa es difícilmente predecible y aún así estas peticiones involucran la protección de los derechos fundamentales de la gente. Es entonces el deber constitucional de esta Corte dar lugar a una decisión judicial vinculante, a tiempo, en decisiones que conciernen la salvaguarda de los valores básicos constitucionales como es la protección del derecho de las personas de sus derechos constitucionales y el orden constitucional democrático y libre.”⁹⁸

De igual forma, la Corte entendió que si bien la orientación sexual no se encontraba como categoría expresamente incluida en la redacción del artículo 7 de la Constitución, tanto la discapacidad como la orientación sexual están gobernadas por el derecho a la igualdad establecido en ese artículo⁹⁹.

Por último resaltamos también que la Corte consideró la importancia de establecer el matrimonio para parejas del mismo sexo como algo que no afectaría el orden social y por el contrario, constituirá una base colectiva para que juntos, con el matrimonio entre parejas del mismo sexo, se construyera una sociedad estable. En ese sentido, la Corte resaltó que las disposiciones actuales del Capítulo de Matrimonio del Código Civil que excluyen a las parejas del mismo sexo de acceder al matrimonio constituye una grotesca falla legislativa. “En esa medida, las provisiones del Capítulo de Matrimonio son incompatibles con el espíritu y

⁹⁸ Focus Taiwan News Channel. Full text of Constitutional Court ruling in favor of same-sex marriage. 24 de mayo de 2017. [Disponible en Línea] <http://focustaiwan.tw/news/aip/201705240015.aspx>.

“(1) For more than three decades, Petitioner Chia-Wei Chi has been appealing to the legislative, executive, and judicial departments for the right to same-sex marriage. After more than a decade, the Legislative Yuan is still unable to complete its legislative process on those bills regarding same-sex marriage. This case involves the very controversial social and political issues of whether homosexuals shall enjoy the equal protection of the same freedom of marriage as heterosexuals. The representative body is to enact or revise the relevant laws in due time. Nevertheless, the timetable for such legislative solution is hardly predictable now and yet these petitions involve the protection of people's fundamental rights. It is the constitutional duty of this Court to render a binding judicial decision, in time, on issues concerning the safeguarding of constitutional basic values such as the protection of people's constitutional rights and the free democratic constitutional order.

⁹⁹ Op. Cit. Global Legal Monitor: Taiwan: Constitutional Court Rules Same-Sex Marriage Prohibition Unconstitutional.

significado de la libertad de matrimonio como es protegida por el artículo 22 de la Constitución”¹⁰⁰.

Finalmente, la Corte Constitucional de Taiwán deferió su decisión a dos años dentro de los cuales las autoridades tendrían autonomía sobre cómo materializar los efectos del fallo. Cumplidos los dos años, las parejas del mismo sexo podrían casarse y podrían tener su matrimonio registrado por las autoridades encargadas del Registro de Hogares, de acuerdo a lo establecido por el Capítulo de Matrimonio.

4.6 El Supremo Tribunal Federal de Brasil

En Brasil, de acuerdo con el Estatuto de los Empleados Públicos del Estado de Río de Janeiro, las parejas del mismo sexo no podían obtener los mismos derechos y beneficios de las parejas heterosexuales. Además, el artículo 1723 del Código Civil Brasileiro establecía que “[e]s reconocida como entidad familiar la unión estable entre hombre y mujer, de conocimiento público, continua y duradera y establecida con el objeto de constituir una familia”¹⁰¹. Por esta razón, la Procuraduría General de la República y el Gobierno de Río de Janeiro interpusieron una Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI 4277) y una Impugnación por Incumplimiento del Precepto Fundamental (ADPF 132), con el fin de argumentar que debería ser posible igualar la unión entre personas del mismo sexo a la entidad familiar establecida en el artículo 1723 del Código Civil¹⁰².

De esta forma, el 5 de mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal declaró procedente las dos acciones interpuestas para darle una nueva interpretación al mencionado artículo del Código Civil. Así pues, el Tribunal argumentó –entre otras cosas– que una interpretación armónica con la Constitución Federal debía excluir “cualquier significado que impida el reconocimiento de una unión continua, pública y duradera entre personas del mismo sexo como ‘entidad familiar’

¹⁰⁰ Óp. Cit. Full text of Constitutional Court ruling in favor of same-sex marriage. “(4) Creation of a permanent union of intimate and exclusive nature for the committed purpose of managing a life together by two persons of the same sex will not affect the application of the Marriage Chapter to the union of two persons of the opposite sex. Nor will it alter the social order established upon the existing opposite-sex marriage. Furthermore, the freedom of marriage for two persons of the same sex, once legally recognized, will constitute the collective basis, together with opposite-sex marriage, for a stable society. The need, capability, willingness and longing, in both physical and psychological senses, for creating such permanent unions of intimate and exclusive nature are equally essential to homosexuals and heterosexuals, given the importance of the freedom of marriage to the sound development of personality and safeguarding of human dignity. Both types of union shall be protected by the freedom of marriage under Article 22 of the Constitution. The current provisions of the Marriage Chapter do not allow two persons of the same sex to create a permanent union of intimate and exclusive nature for the committed purpose of managing a life together. This is obviously a gross legislative flaw. To such extent, the provisions of the Marriage Chapter are incompatible with the spirit and meaning of the freedom of marriage as protected by Article 22 of the Constitution.”

¹⁰¹ Secretaría General de Capacitación. Ministerio Público de la Defensa. Jurisprudencia: Acción directa de inconstitucionalidad 4277-Supremo Tribunal Federal de Brasil. S.F. [Disponible en línea]: https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1887&RootFolder=*

¹⁰² Ibíd. Ahora, si desea conocer la sentencia completa, puede entrar a https://issuu.com/verseau_000/docs/adi_4277

entendida como sinónimo perfecto de ‘familia’¹⁰³. Esta argumentación resulta similar a la que proponemos para el caso de Ecuador, puesto que una interpretación integral y armónica del texto Constitucional es la que permite garantizar la protección –y *no vulneración*– de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas. Con esto en mente, el Supremo Tribunal Federal concluyó que se debe reconocer a las parejas del mismo sexo que han conformado uniones estables como una entidad familiar y, por lo tanto, deben tener los mismos derechos de las parejas heterosexuales que conforman estas mismas uniones¹⁰⁴.

A raíz de esto, en junio de 2011 la primera unión estable homosexual se convirtió en un matrimonio en Jacareí, Sao Paulo, lo que llevó a que más parejas del mismo sexo presentaran solicitudes para el cambio de unión estable a matrimonio¹⁰⁵. Además, el 25 de octubre de 2011, la Corte Superior de Justicia (STJ) reconoció que las uniones estables deberían convertirse en matrimonios, e instó al Congreso a que regulara al respecto¹⁰⁶. Con todo, el 14 de mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) aprobó la Resolución 175 autorizada por el Ministro Joaquim Barbosa, que obliga a los notarios de todo el país a celebrar matrimonios civiles y convertir las uniones estables de parejas del mismo sexo a matrimonios¹⁰⁷.

5. RECONOCIMIENTO GRADUAL DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA: UN CAMINO LENTO Y TORTUOSO HACIA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS

Colombia ha recorrido un camino gradual, lento y tortuoso hacia el reconocimiento de los derechos individuales de las personas LGBT, sus derechos familiares y los derechos de las parejas del mismo sexo. La jurisprudencia de la Corte Constitucional protege el matrimonio de las parejas del mismo sexo y su acceso a un régimen de protección patrimonial y personal de su vida en común, que incluye los derechos sociales y civiles a la salud, pensiones, alimentos y sucesiones. Los derechos de las parejas del mismo sexo han sido protegidos por la Constitución Política de Colombia y por la jurisprudencia más reciente de la Corte Constitucional (2016) con base en tres principios: la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad¹⁰⁸.

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ Supremo Tribunal Federal. Destakes. Supremo Reconoce la unión civil homoafectiva. S.F. [Disponible en línea]:

http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destakesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_es_es&idConteudo=179497

¹⁰⁵ Jusbrasil. *União estável e casamento entre pessoas do mesmo sexo*. 2017. [Disponible en línea]: <https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/496272286/uniao-estavel-e-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ Presidencia. Resolución N° 175, de 14 de mayo de 2013. [Disponible en línea]: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf

¹⁰⁸ En este sentido, la sentencia SU-214 de 2016, MP. Alberto Rojas Ríos, establece que desde la sentencia C577 de 2011 la Corte Constitucional reconoció a las parejas del mismo sexo sus derechos fundamentales a la dignidad

El camino colombiano hacia el reconocimiento de los derechos individuales, familiares y en pareja de las personas LGBT se ha caracterizado por suscitar distintos debates jurídicos los cuales han terminado en decisiones judiciales sobre la protección de la dignidad e igualdad de las personas LGBT y de las parejas del mismo sexo así:

1. En definitiva para el caso colombiano, las parejas del mismo sexo constituyen una familia, de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia constitucional.
2. “*Crear un régimen diferente para las parejas del mismo sexo configura un régimen de discriminación*”¹⁰⁹. En este sentido, la idea de exigir que exista una figura jurídica distinta para garantizar el reconocimiento de derechos patrimoniales de parejas del mismo sexo vulnera la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad – en la concepción de la autodeterminación sexual – y es una transgresión de la proscripción de discriminación por razón de la orientación sexual del individuo.
3. Si no existe una justificación razonable no es constitucional hacer una diferenciación entre parejas heterosexuales y homosexuales. De presentarse una diferenciación carente de justificación se configura un déficit de protección para las parejas del mismo sexo. La justificación de cualquier diferenciación entre parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales debe superar un test estricto de igualdad en el cual se considere que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación.

Para lograr la protección plena e igualitaria de las parejas del mismo sexo como parejas y familias constitucionalmente protegidas, fue necesario un trabajo progresivo¹¹⁰ de varias organizaciones sociales por el reconocimiento de la igualdad, frente a cada uno de los derechos que se garantizan a las parejas heterosexuales y cuya no garantía a las parejas del mismo sexo, no se encontraba justificada a la luz de la Constitución.

humana, la libertad personal y la igualdad y que “los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual”.

¹⁰⁹ En este sentido, véase la sentencia SU-214 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

¹¹⁰ En un primer momento (2007-2011), desde la sentencia C-075 de 2007, Corte reconoció que el régimen de protección de la unión marital de hecho y el régimen patrimonial de los compañeros permanentes son aplicables a las parejas del mismo sexo. En esa ocasión, la Corte fundamentó su posición en los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. Concretamente, resaltó que “[...] la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscribida por la Constitución”. Asimismo, la Corte reiteró su línea jurisprudencial según la cual “está proscribida toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual”. En un segundo momento (2011-2014), a partir de la sentencia C-577 de 2011, la Corte reconoció además un déficit de protección que carecía de una justificación objetiva y razonable respecto a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Por último, en una etapa más reciente (2014-2016) la Corte ha estudiado la posibilidad que tienen las parejas del mismo sexo de adoptar, reconocer sus hijos y casarse. En estas sentencias, la Corte ha dado un paso adelante al reconocer “el derecho fundamental a la autonomía familiar y a acceder a una familia”

Las parejas del mismo sexo en Colombia han sufrido exclusión, discriminación y violencia – incluyendo violencia estatal –, que las ha condenado a la marginalización en muchos espacios. En un contexto de prejuicios sociales constantes, en el ámbito privado y público, y frente a la inexistencia de normas legales expresas que protegieran la orientación sexual y la identidad de género, no solo las personas LGBT se vieron afectadas en la protección de sus derechos de manera individual, además la desprotección se extendió hasta las parejas del mismo sexo¹¹¹. A partir de un contexto en el que los “*actos homosexuales*” eran condenados como delito¹¹², los movimientos sociales encontraron en la vía judicial el camino para desmontar el sistema normativo discriminatorio y llenar los vacíos normativos que perpetuaban la desprotección de derechos de las parejas del mismo sexo.

Durante la primera década de trabajo de la Corte Constitucional (1991-1998) la protección de las personas LGBT fue débil y contradictoria. Si bien la orientación sexual estaba protegida por la Constitución, la Corte estableció que esta podía ser limitada por los derechos de los terceros si excedía la órbita íntima¹¹³. La jurisprudencia de la Corte Constitucional mantuvo,

¹¹¹ Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América* (OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc 36, 12 de noviembre de 2015) señala que “[L]a Comisión Interamericana ha recibido información de casos de parejas del mismo sexo atacadas por demostrar su afecto en público, como tomarse de la mano, acariciarse, abrazarse o besarse. También se ha conocido de guardias de seguridad privada en centros comerciales que expulsan a parejas del mismo sexo en respuesta a demostraciones públicas de afecto [...] En Colombia, organizaciones alegan que las parejas del mismo sexo continúan siendo perseguidas y hostigadas, incluso con posterioridad a una decisión de la Corte Constitucional que estableció que la expulsión de una pareja gay de un centro comercial por dos guardias de seguridad con base en demostraciones de afecto en público constituyó un acto de discriminación. Las parejas del mismo sexo que demuestran afecto en público también son frecuentemente blanco de abuso policial y detenciones arbitrarias por parte de agentes estatales-con frecuencia mediante uso excesivo de la fuerza o abuso verbal-, motivados por lo que consideran ‘comportamiento inmoral’ en espacios públicos”. pp.87-88.

¹¹² La sentencia SU-214 de 2016 de la Corte Constitucional, MP. Alberto Rojas Ríos, señala que “a pesar que en los últimos dos siglos la humanidad, como consecuencia de la aplicación constante de las diversas cartas de derechos humanos ha despenalizado las relaciones entre personas del mismo sexo, no obstante, sobre todo en los países que aún preservan estructuras jurídicas teocráticas, los actos sexuales consensuados entre personas del mismo sexo son ilegales. Es por esto que en setenta y nueve (79) países, las relaciones homoafectivas están tipificadas con penas privativas de la libertad que oscilan entre un año de cárcel y la cadena perpetua, entre estos se encuentran: Argelia, Libia, Nigeria, Marruecos, Túnez, Gambia, Guinea, Senegal, Togo, Camerún, Santo Tomás y Príncipe, Burundí, Comoras, Yibuti, Eriterea, Etiopía, Mauricio, Uganda, Tanzania, Botsuana, Namibia, Bahréin, Kuwait, Líbano, Omán, Qatar, Siria, Afganistán, Bangladesh, Bután, Maldivas, Pakistán, Sri Lanka, Corea del Norte, Brunéi, Indonesia, Malasia, Myanmar, Papúa Nueva Guinea, Islas Salomón y Samoa. En siete (7) países de manera extrema y contraria a la vida y a la dignidad humana es causal de pena de muerte, estos son: Arabia Saudita, Emiratos Árabes, Irán, Mauritania, Somalia, Sudán del Sur y Yémen. El derecho comparado ofrece elementos de juicio que permiten a esta Corte constatar que toda sanción, restricción, discriminación o trato diferenciado fundado en la orientación sexual, tienen un origen o arraigo eminentemente cultural, teocrático, dictatorial o religioso, no justificado en postulados, principios o cánones de orden jurídico y, así mismo, evidenciar que en los estados de derecho se ha convertido en una tendencia global el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo”.

¹¹³ Un ejemplo del precedente débil y ambiguo de la Corte Constitucional respecto de las parejas del mismo sexo, es la sentencia C-098 de 1996, en la que aunque reconoció la protección constitucional a la orientación sexual en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16, Constitución Política de Colombia) y del derecho a la igualdad (artículo 13, CP), no amplió la protección legal de la Unión Marital de Hecho a las parejas del mismo sexo. A partir de una interpretación limitada de la Constitución, según la cual ésta solo protege a las

durante la siguiente década, particularmente hasta 2007, una línea de protección débil de los derechos de las parejas del mismo sexo, aunque fue un período en el que fortaleció su doctrina constitucional en lo referente a la protección individual de las personas LGBT. La protección individual se desarrolló hasta el punto en el que la Corte estableció que toda diferencia de trato que se basara en la orientación sexual de los individuos debería ser examinada con un test estricto de igualdad, por tratarse de un criterio sospechoso de discriminación¹¹⁴.

Así, de forma paralela a la protección individual de las personas LGBT por vía judicial, se consolidó un precedente jurisprudencial de desprotección de los derechos de las parejas del mismo sexo. Bajo el argumento de la inexistencia de un imperativo constitucional que permitiera dar igual trato a las parejas del mismo sexo, varias sentencias negaron el derecho a afiliación al sistema de seguridad social en salud (sentencia SU-623 de 2001), a la pensión de sobreviviente (sentencia T-349 de 2006), derecho de residencia a uno de los integrantes de una pareja del mismo sexo (sentencia T-725 de 2004) y restricción del derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar (sentencia C-814 de 2001). Este precedente, sumado a la invisibilización y discriminación de las parejas del mismo sexo, ralentizó el proceso de reconocimiento de sus derechos patrimoniales y tuvo como consecuencias, entre otras, que la cuestión de discriminación basada en la orientación sexual no estuviera incluida dentro de la agenda del constitucionalismo colombiano¹¹⁵, que se hubiera privilegiado una visión de familia tradicional heterosexual y que las parejas del mismo sexo se vieran obligadas a “*acudir al principio de autonomía de la voluntad privada para diseñar y celebrar contratos civiles que cumplieran algunas de las funciones de la Unión Marital de Hecho*”¹¹⁶.

Este precedente de la Corte Constitucional colombiana se hizo insostenible, al crear un verdadero *apartheid* legal. De hecho, este precedente constitucional llevó a que Colombia fuera condenada tanto por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹¹⁷, en el caso X contra Colombia, por discriminación en cuanto al otorgamiento de sustitución de pensiones en el caso de parejas homosexuales, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁸,

familias conformadas por parejas heterosexuales, la Corte invocó la ausencia de un imperativo constitucional para justificar por qué no extendía la protección de la Unión Marital de Hecho a las parejas del mismo sexo.

¹¹⁴ En este sentido, por ejemplo la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional, MP. Rodrigo Escobar Gil, se refirió a la orientación sexual como criterio sospechoso de discriminación al decir que “(...) *los homosexuales han sido un grupo tradicionalmente discriminado, pero que a la luz del ordenamiento superior toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto*”.

¹¹⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego. *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Legis Editores S.A., 2016. pp. 2.

¹¹⁶ *Ibíd.* pp. 4.

¹¹⁷ Comité de Derechos Humanos. X contra Colombia. Comunicación N° 1361/2005: Colombia. 14/05/2007. CCPR/C/89/D/1361/2005.

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas

en el caso *Duque vs. Colombia* por no reconocer la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo.

En Colombia no fue necesaria la creación de una figura jurídica que regulara los vínculos entre parejas del mismo sexo pues bajo la garantía del derecho a la igualdad de toda persona, la Corte Constitucional ha reconocido paulatinamente que no hay justificación razonable para no garantizar los derechos patrimoniales, ya reconocidos a las parejas heterosexuales, a las parejas del mismo sexo y que “*crear un régimen jurídico diferente para las parejas del mismo sexo configura un acto de discriminación*”¹¹⁹.

En lo que respecta al acceso de las parejas del mismo sexo a la institución jurídica del matrimonio, el debate apareció de manera directa en la sentencia C-577 de 2011 en la que la Corte Constitucional exhortó al Congreso para que en el plazo de dos años legislara “*de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con el fin de eliminar el déficit de protección*”¹²⁰ que afecta a las parejas del mismo sexo. De no cumplir el Congreso con tal mandato, la Corte Constitucional previó que correspondería a jueces y a notarios formalizar y solemnizar el vínculo contractual de las parejas del mismo sexo. Tal déficit de protección se refleja en las barreras tanto jurídicas como sociales que encuentran las parejas del mismo sexo para formalizar su vínculo a través del matrimonio y por ende limita su acceso únicamente a la unión marital de hecho. La ambigüedad de los términos usados por la Corte dio lugar a diversas interpretaciones por parte de jueces y notarios frente a la figura jurídica bajo la cual se formalizaría el vínculo entre parejas del mismo sexo, pues no era claro si se trataba del contrato de matrimonio o si por el contrario se hacía referencia a una figura jurídica nueva.

El debate que llevó a la sentencia SU-214 de 2016 surgió a partir de dos demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil colombiano según el cual: “[E]l matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. Frente a tal artículo, los demandantes presentaron argumentos según los cuales resultaba inconstitucional una interpretación restrictiva del artículo 113 del Código Civil a la luz del artículo 42 de la Constitución que contenía la definición de familia, pues esta última no debía interpretarse como una institución exclusiva para las parejas heterosexuales para desproteger a los muchos otros tipos de familia que no aparecían expresamente en el artículo. En esta ocasión, la Corte optó por una lectura que permitiría entender que hay por lo menos tres tipos de familia: la que “*se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*”¹²¹. En esa ocasión, la Corte señaló que “*es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne deban hacerlo recurriendo a una figura*

¹¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

¹²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-511 de 2007. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹²¹ Constitución Política de Colombia, Artículo 42.

jurídica no solo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste”¹²².

En definitiva, si bien actualmente nuestro ordenamiento jurídico reconoce la igualdad entre parejas homosexuales y heterosexuales el camino hacia ese reconocimiento ha supuesto una carga excesiva e injustificada para las personas LGBT que ningún ciudadano ni ciudadana debería asumir, menos uno que hace parte de una población históricamente discriminada. Entonces si bien la doctrina constitucional actual es garantista, el camino gradual que siguió Colombia para el reconocimiento de los derechos de las parejas LGBT ha sido un camino que por sus características ha supuesto discriminación judicial, estatal y personal para un grupo históricamente vulnerado y marginado como son las personas LGBT. Debemos resaltar la afirmación de la Corte Constitucional colombiana que llevo al reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo: hombres y mujeres igualmente dignos. Así lo reconoce también la Constitución de Ecuador y en consecuencia es armónico con el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

6. RESPUESTA A LA CONSULTA DE LA JUEZ EN EL CASO DE LA REFERENCIA Y SOLICITUD A LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR

Conforme a lo expuesto y con el fin de contribuir al debate judicial, desde Colombia Diversa y Dejusticia respetuosamente damos la siguiente respuesta a la consulta elevada por la juez en el proceso de la referencia a la Corte Constitucional de Ecuador respecto de la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, frente a lo dispuesto en la Constitución ecuatoriana, en la CADH y en la opinión consultiva OC-24/17 que interpreta esta última. La Corte Constitucional de Ecuador está frente a dos interpretaciones de los mencionados artículos a la luz del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana: una interpretación que es constitucional y una que es inconstitucional.

La interpretación inconstitucional de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles es aquella en la que se entiende que el matrimonio está previsto únicamente para formalizar el vínculo entre una pareja heterosexual. Esta lectura surge a partir de una lectura aislada y exegética de estos artículos y del inciso del artículo 67 de la Constitución correspondiente al matrimonio. Esa lectura aislada niega los derechos a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana y seguridad jurídica que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha reconocido para las personas LGBT. Esta

¹²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-214 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

interpretación aislada no solo es inconstitucional sino que genera un déficit de protección jurídica para las parejas del mismo sexo.

Por otro lado, también hay una interpretación constitucional que hemos demostrado a lo largo de este *amicus*. Es importante destacar que esta interpretación no surge a partir de la OC 24/17 de la CIDH sino que es una interpretación que surge de los pilares contenidos en la Constitución ecuatoriana. Concretamente, del principio de igualdad y no discriminación, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la seguridad jurídica y reconoce desde su artículo 67 la protección a la diversidad de familias que conforman su sociedad. De una lectura armónica del artículo 81 del Código Civil y el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles y del último inciso del artículo 67 de la Constitución, con el resto del artículo y con el resto del texto constitucional, es posible afirmar que, si bien la Constitución ecuatoriana protege el matrimonio heterosexual, de una lectura sistemática y armónica es posible afirmar que el matrimonio entre parejas del mismo sexo que constituye familias diversas también es reconocido y protegido por la Constitución. A partir de una lectura armónica de estos artículos a la luz de la Constitución ecuatoriana y de la CADH es posible afirmar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Entonces, es posible afirmar que la constitucionalidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo se encuentra en el mismo ordenamiento jurídico ecuatoriano. Tanto la Constitución ecuatoriana como la CADH reconocen la igualdad de las personas LGBT como ciudadanas y ciudadanos, y protegen la diversidad de las familias y el principio de no discriminación, estos son los pilares de la interpretación constitucional de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. En consecuencia, solicitamos a la Corte Constitucional de Ecuador que adopte una interpretación constitucional del artículo 81 del Código Civil ecuatoriano, del artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles de acuerdo con la cual, con fundamento en el principio de igualdad y no discriminación, se reconozca que el matrimonio de parejas del mismo sexo es constitucional.

7. NOTIFICACIONES

Recibimos notificaciones en:

- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia - en la Calle 35 No. 24-31, en la ciudad de Bogotá D.C. y a la dirección de correo electrónico malbarracin@dejusticia.org y geslava@dejusticia.org.
- Colombia Diversa en la Calle 30A #6 - 22. Edificio San Martin. Oficina 1102, en la ciudad de Bogotá D.C. y a la dirección de correo electrónico litigio@colombiadiversa.org y msanchez@colombiadiversa.org

Cordialmente,



Marcela Sánchez
Directora Ejecutiva
Colombia Diversa

Mauricio Albarracín
Subdirector (e)
Dejusticia

Juan Felipe Rivera
Abogado de Litigio Constitucional -
Colombia Diversa

Nina Chaparro
Coordinadora del área de Género -
Dejusticia

Maria Camila Arias.
Integrante Litigio Constitucional
Colombia Diversa

María Ximena Dávila
Investigadora de Género
Dejusticia

Gustavo Adolfo Pérez Rodríguez
Antropólogo-Área de Derechos Humanos
Colombia Diversa

Gabriela Eslava
Investigadora de Litigio
Dejusticia