



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

ESCUELA DE DERECHO

LA INSTITUCION JURIDICA DEL MATRIMONIO:
ANÁLISIS DE CASO PARADIGMATICO.

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del
Ecuador.

AUTOR: MANUEL AGUSTÍN ORELLANA JARA.

DIRECTOR: DOCTOR JORGE MORALES ALVAREZ.

CUENCA-ECUADOR

2014

AGRADECIMIENTOS:

Desde pequeño he escuchado constantemente, “siempre te ayudaré en todo lo que pueda” palabras en hechos que no me han defraudado, menos aún en un punto tan crucial en la vida de una persona como es en la obtención de un título de grado universitario; y, a quien agradezco de tal apoyo incondicional es a mi padre y a mi madre, que con sus enseñanzas de correcto caminar, lealtad y ante todo honestidad, me han impulsado durante la realización de este trabajo y a la conclusión del mismo.

INDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS:	ii
INDICE DE CONTENIDOS	iii
RESUMEN	v
ABSTRACT.....	vi
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	2
EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA	2
1.1 La Familia como antecedente previo a la institución del matrimonio.	2
1.2 El Matrimonio antecedentes históricos.	3
1.3 Matrimonio varias concepciones.	9
1.4 Matrimonio y su regulación en la legislación Ecuatoriana.	12
CAPITULO II	23
EL MATRIMONIO: ¿INSTUTICION JURIDICA QUE PUEDE SER REVISADA?	23
2.1 Breve reseña del primer país en regular y aceptar el matrimonio igualitario.	24
2.2 EL matrimonio igualitario contexto a nivel mundial.	25
2.3 Países que aceptan el matrimonio igualitario en Sudamérica.	29
ARGENTINA:	29
URUGUAY.....	31
BRASIL	33
2.4 Situación actual de los grupos (GLBTI)	34
Casos notorios.....	38
2.5 Sentencias relevantes para la lucha y aceptación del matrimonio Igualitario en Estados Unidos.....	52
CAPITULO III:.....	54
CASO PARADIGMATICO: Fallo del Tribunal Constitucional de España ante el recurso de inconstitucionalidad de la ley 13-2005 que reforma el Art. 44 del Código Civil español que preceptúa: “El matrimonio tendrá los mismo requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.....	54
3.1 Antecedentes preliminares.	54
3.2 Recurso de Inconstitucionalidad núm. 6864-2005.....	56
3.3 Alegatos del abogado del estado español.....	63

3.4 Resolución del tribunal constitucional de España.....	68
3.5 Fallo del Tribunal Constitucional de España.	73
CONCLUSIONES.....	74
RECOMENDACIONES.....	76
BIBLIOGRAFIA	78

RESUMEN

Los Romanos plantearon como requisito indispensable la *Afectio Maritalis*, o afecto entre el hombre y la mujer que contrajeran matrimonio, sin embargo pese a que la ideología tradicional de la diferencia de sexo entre los contrayentes que ha venido primando desde la historia, la sociedad ha evolucionado al punto que los miembros de los grupos GLBTI a través del consentimiento y deseo de contraer matrimonio, han logrado legalizar ya en quince países a nivel mundial sus relaciones sentimentales a través de la institución jurídica; y, de la misma forma obtener distintos beneficios ya sea por parte de la sociedad como también del estado que otorga a las personas que lo contraen. Uno de estas legislaciones que ha aprobado es la española que a través de un fallo bastante discutido por los defensores del concepto tradicional y los que defienden el concepto innovador del matrimonio, han llegado a la conclusión de los homosexuales pueden en igualdad de derechos y obligaciones contraer matrimonio.

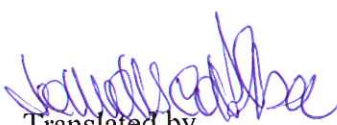
ABSTRACT

The Romans established as a prerequisite for marriage the *Afectio maritalis* or affection between man and woman. Lawyers have defended the sex difference between parties as a requirement for marriage.

However, although the traditional ideology of gender difference has been historically prioritized, this concept has been relativized as society has evolved to the point that members of the GLBTI groups, through consent and desire to marry, have legalized their relations in fifteen countries worldwide, and in the same way obtained the various benefits that society and state give to people who get married.

One of the legislations that have approved same sex marriage is the Spanish, which through a very controversial judgment from advocates of the traditional concept, and defenders of the innovative concept of marriage, have concluded that homosexuals can get married on equal rights.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCION

El matrimonio desde épocas inmemorables, tradicionalmente, ha sido una figura que ha caracterizado a la sociedad por ser un vínculo entre las personas que por el mutuo consentimiento de contraerlo, auxiliarse mutuamente, permiten la prolongación de la especie humana, sin embargo la evolución de la sociedad ha permitido que parejas conformadas por personas de diferente orientación sexual como los homosexuales o diferentes miembros de los grupos GLBTI, hayan ganado espacio en distintas legislaciones en el mundo para contraer matrimonio en igualdad de derechos que parejas heterosexuales, creándose de esta manera un espacio de discusión y controversia sobre quienes sostienen que el matrimonio debe ser mantenido en su ámbito tradicional donde un hombre y una mujer se unen con distintas finalidades y requisitos; en contra de los argumentos que presentan quienes defienden la evolución social en este aspecto, donde la igualdad de derechos prima ante todo. El objetivo esencial de este trabajo es a través de los estudios realizados para la investigación del mismo, incluso a través de un fallo dictaminado en el año 2012, llegar a resultados que nos permitan asimilar una conclusión similar a cualquiera de los puntos de vista que actualmente se sostienen.

CAPITULO I

EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

1.1 La Familia como antecedente previo a la institución del matrimonio.

El derecho de familia, mismo que se encuentra situado en el Derecho Civil, ha generado un gran nivel de discusión sobre si tal derecho debería ser tomado como éste, dentro del derecho privado o dentro del derecho público, llegando Guillermo Borda a la conclusión de que definitivamente deberíamos renunciar a la división bipartita del derecho en público y privado, dando paso a un derecho intermedio donde encaja el derecho de familia (Borda, 1993) debido a que los intereses de la familia como tal, son muy diferentes a los intereses individuales de cada uno de sus integrantes así como también es diferente de los intereses públicos como lo son del estado por ejemplo; siendo clara entonces la afirmación planteada.

La familia, tradicionalmente como la conocemos, con el pasar del tiempo se ha venido quebrando hasta la actualidad, pero, ¿en qué sentido refiero a esto?

Toda la solidez económica, fuerza moral, ese núcleo social primario, la disciplina familiar, todos estos aspectos que han fortalecido al núcleo familiar desde tiempos remotos, han venido resquebrajándose al dar paso a lo que conocemos como los divorcios, volviendo ahora una imagen tan débil de lo que antes se lo conocía como un ejemplo de fuerza del entorno familiar.

Ante estos brevísimos antecedentes, revisemos lo que se nos puede decir sobre el concepto jurídico de la familia.

La familia está constituida por Padre, Madre, e hijos, y que tales miembros vivan bajo un mismo techo, y será considerada como familia cuando mantenga asentada su estructura sobre el matrimonio, aunque también no podemos descartar que también son consideradas familias las uniones libres; así como es también de cabal importancia destacar que como núcleo social que es considerada la familia, sobresalen las necesidades humanas como la unión sexual, la procreación, asistencia mutua, etc.

La familia a nosotros, como es natural, nos genera un estado, es decir una posición jurídica que ocupamos en la sociedad para configurar nuestros deberes, obligaciones, por ende, nuestra capacidad como sujetos de derecho (soltero, casado, padre, hijo). Obviamente el estado de familia está revestido de distintos caracteres propios de la misma, como ser inalienable, imprescriptible.

Como se indica en el texto de Borda, la familia debe estar asentada en una estructura fundamental que la mantenga en todos sus ámbitos; estamos hablando por supuesto de la institución jurídica del matrimonio (Borda, 1993).

1.2 El Matrimonio antecedentes históricos.

Históricamente, el matrimonio ha venido consolidada como la institución posiblemente más antigua dentro del derecho. Proveniente de los vocablos latinos: *matris* y *munium* que exactamente no nos brinda un significado, pero que al relacionarlo de alguna manera vendría a equipararse a una suerte de “carga para la mujer”, dando por supuesto a

entender que es ella quien lleva el mayor peso tanto antes como después del parto.
(Enciclopedia OMEBA, Tomo XIX, 1991)

Ha sufrido una serie de cambios dicha institución, comenzando en aquellas épocas cuando la poligamia hacía presencia como una celebración matrimonial consecutiva con el pasar del tiempo entre varias personas, haciendo de ésta, una institución completamente legal, misma que al evolucionar conjuntamente con la sociedad, finalmente adopta una manera de institución donde los contrayentes (hombre y mujer) se unen entre sí, conocida como la monogamia de hoy en día.

El significado etimológico de “matrimonio” revela la verdadera naturaleza del mismo, cuya idea predominante, como ya lo mencionamos es en referencia a la madre lo que obviamente presupone un engendramiento, una unión sexual entre el hombre y la mujer contrayentes, lo que concluye como un vínculo jurídico entre personas heterosexuales.

Según las investigaciones de (Borda 1993; OMEBA, Tomo XIX 1991) históricamente el matrimonio ha sufrido una serie de cambios que para nosotros actualmente podrían parecernos bárbaros en el sentido de que nuestra sociedad se encuentra ya evolucionada respecto del tema y hemos nos hemos acoplado a esta evolución. Guillermo Borda nos menciona por ejemplo acerca de la poliandria, o vínculo simultáneo de una mujer con varios hombres, de lo cual se conocen muy pocos ejemplos. Posteriormente se conoce mucho más acerca de la poligamia, como ya lo indicamos anteriormente, lo cual incluso como lo menciona Borda, es mucho más de acuerdo a la naturaleza debido a que el hombre podía seguir satisfaciendo sus apetitos sexuales y engendrando hijos durante el

largo período de embarazo, lo cual tiene sentido frente a lo que se daba en la poliandria donde lo único que se podía obtener es una incertidumbre sobre la paternidad.

De la evolución del matrimonio se conocen una gran cantidad de ejemplos a través de las civilizaciones que han habitado en nuestro planeta y su manera de manejar el tema del que estamos tratando.

María Núñez Paz (1998) en su obra titulada “Consentimiento Matrimonial y Divorcio en Roma” afirma que la civilización Hindú, ha revelado que la mujer era considerada un ser muy des privilegiado, quien tenía hasta la obligación misma de reverenciar al marido prácticamente como a un dios; y, que la institución del matrimonio para esta sociedad significaba únicamente la procreación de varones para que se pudiese asegurar la descendencia del marido.

Por otro lado acorde a las investigaciones de (Paz 1998; OMEBA, TOMA XIX 1991) los egipcios, conocida como una sociedad tan organizada, ubicaron al matrimonio como institución de igual manera donde los contrayentes eran hombre y mujer, y las obligaciones asignadas a ellos venían consigo una vez que se casaban, estas eran, tanto para la mujer ejercer el comercio, y para el hombre, permanecer en el hogar para realizar los tejidos en telas, dándose así vestigios de una sociedad fundamentada en un matriarcado.

Los persas dieron un concepto de matrimonio basado en un predominio absoluto del hombre sobre la familia, otorgándole al marido un poder extremo, de tal manera que en caso de suscitarse, al momento de separación de la mujer, era él quien decidía sobre la vida tanto de la mujer como de los hijos. Lo interesante de esta civilización era lo

podríamos llamar el matrimonio a plazos, mismo que obviamente lo entendemos como aquel que los contrayentes pueden renovarlo o no.

Los hebreos, en cambio experimentaron una evolución del matrimonio con el pasar del tiempo distinguiendo los matrimonios por captura, así se los consideraba a aquellos que se celebraban con mujeres cautivas de guerra; el matrimonio donde los hijos se criaban en el clan de la madre, además de que también fueron parte de la poligamia pero de igual manera evolucionando a una monogamia estable a finales del siglo IX.

En la antigua civilización griega, como se lo ha hecho históricamente en sociedades muy primitivas y en diferentes ámbitos, a la mujer se la estableció en un lugar de igual manera, muy des privilegiado, respecto del género, quien se encontraba en un plano muy inferior al marido, pero así también establecieron el mínimo de edad para contraer matrimonio tanto de 30 años para los hombres y 20 años para las mujeres en Esparta, 35 años para los hombres y 25 años para las mujeres en Atenas.

En Roma por otro lado, el hombre y la mujer contrayentes debían gozar del *Ius Connubii*, estableciéndose como mínimo de edad de 12 años para la mujer y 14 para el hombre, siendo sumamente esencial el *affectio maritalis*. Una serie de formalidades afirmaron la institución matrimonial como la “*confarreatio*” siendo considerado un símbolo de la vida en común que se iniciaba, la “*coemptio*” conocida como la venta de la mujer por parte de quien tenía la potestad sobre ella. Estas formalidades básicamente lo que buscaban es que la mujer quedase bajo la potestad del marido “*cum manu*” para posteriormente quedase en un matrimonio “*sine manu*”, debido a que se fueron abandonando dichas solemnidades. Se puede verificar entonces de la civilización

romana que predominó en sus años de existencia, una clara monogamia respecto de la institución matrimonial.

Por otro lado en otras civilizaciones se establecía como en el Alcorán, libro sagrado de los musulmanes, una muy marcada poligamia, aunque en otros pasajes del mismo se establece que el matrimonio se encontraba asentado en la potestad marital, dejando por lo tanto a la mujer en un plano muy inferior al del marido, incluso atribuyéndole derecho de repudiación.

Se tiene conocimiento que el Derecho Canónico influye mucho dentro de ciertos aspectos en el derecho actual, entre estos tenemos la institución del matrimonio, donde a principios del siglo IX el Derecho Canónico impone los que eran considerados Tribunales Eclesiásticos, quienes eran los únicos competentes en la materia. Se establece que incluso podría haberse tomado más bases propiamente del derecho canónico que del mismo derecho romano para cuestiones de la institución jurídica del matrimonio, además de que, las leyes francesas, no ha hecho más que reproducir lo que se indica en el derecho canónico. Entendemos que el cristianismo lo único que buscaba con el matrimonio era fundamentalmente dignificar la institución, contrariando totalmente a la falta de consentimiento entre los contrayentes cuando el matrimonio de éstos era arreglado por sus padres, casos que eran muy comunes en las épocas, y, cuando la iglesia finalmente tomó el control y el poder necesario, se consolida el matrimonio monógamo definitivo e indisoluble, tema muy defendido por la iglesia.

Posteriormente la iglesia pierde poder, excepto en España y por supuesto en Francia, donde se conoce que continuó imperando el Derecho Canónico hasta el siglo XVI

cuando empieza a sentirse la coexistencia de dos legislaciones, una civil y una religiosa, y por lo tanto una leve pugna entre las mismas en ciertas ocasiones y situaciones que se podían llegar a presentar como lo era en materia de matrimonio; pero hasta el siglo XVIII con Montesquieu, Rousseau y Voltaire, con quienes la institución matrimonial da un giro en toda Europa, donde aquellos juristas, llegaron a equiparar a la institución con un contrato, donde los contrayentes que iban a celebrar sus matrimonio debían tener el consentimiento para contraerlo, y de la misma manera, para rescindir. Entonces es en este punto cuando se entra en discusión sobre el tema de la indisolubilidad y el matrimonio como un contrato civil, finalmente con el Código civil francés, se llega a la admisión de un divorcio por mutuo consentimiento.

Debido a estos puntos chocantes entre el derecho civil y el derecho canónico en materia de matrimonio, es que se buscaba un punto de equilibrio entre los mismos, cuando hasta que en 1865, en el primero código civil italiano, se establece el matrimonio civil, y que el mismo derecho amparaba a los contrayentes que fuesen bendecidos matrimonialmente por un sacerdote para efectos religiosos, dando también entonces el espacio y la importancia necesaria al derecho canónico, mientras que en España, su legislación civil permitía tanto un matrimonio civil así como también un matrimonio canónico.

En el siglo XIX se suscitaron muy importantes alteraciones en la institución a raíz de las guerras mundiales, desestabilizando a la misma con la principal tesis divorcista y demás teorías disolutivas, adoptadas por el régimen nazi y la comunidad rusa. Hitler sostenía que el matrimonio era meramente temporal, solo hasta asegurar el embarazo de la mujer. Toda esta teoría de una u otra manera debe haber estado relacionada con la ideología de la raza pura que sostenía su régimen.

Finalmente el matrimonio llega al punto cúspide de la evolución fundamentándose en las siguientes características:

- a. Monogámico, manteniéndose la poligamia únicamente en los pueblos mahometanos mismo que es tendiente a desaparecer.
- b. Permanente, significado que es para toda la vida, excepciones como Persia donde el matrimonio se mantiene con tiempo indeterminado.
- c. Excepcionalmente disoluble, debiendo cumplirse con una serie de requisitos para poder incurrir en un divorcio absoluto.
- d. Civil, siendo el Estado el que ejerce jurisdicción y competencia en la materia.

(Enciclopedia OMEBA, Tomo XIX, 1991)

1.3 Matrimonio varias concepciones.

Analizada así la evolución histórica del matrimonio, actualmente lo conocemos con las características descritas las mismas que encajan en los conceptos en las diferentes fuentes doctrinarias que tenemos a nuestro alcance; así Guillermo Cabanellas indica:

“Una de las instituciones fundamentales de Derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizá ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores Estados.” (Cabanellas de Torres, 2008, pág. 238)

El diccionario de la Real academia de la Lengua simplemente confirma lo analizado indicando que se trata de “la unión entre el hombre y la mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales”. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 1992, pág. 947).

Como lo indica Guillermo Borda, El matrimonio podría ser considerado como una sociedad entre el hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, ayudarse, socorrerse mutuamente, llevar el peso de la vida y finalmente compartir un destino común. (Borda, 1993)

Además se señala que el matrimonio se propone fundar una familia, crear una comunidad, concebir hijos, educarlos, en fin, concluye que el matrimonio es una institución, estableciendo claramente la diferencia del contrato:

1. El contrato es una especulación, mientras que la institución es un consortium.
2. La igualdad es la ley del contrato mientras que a la institución la rige la disciplina y la organización.
3. El contrato como una relación solamente produce efectos entre las partes, mientras que la institución es una entidad que genera efectos tanto a las partes como a terceros.

4. El contrato se equipara a un acuerdo entre las partes en una pugna entre sus derechos individuales mientras que la institución tiene como objeto un destino compartido entre sus miembros.

5. La obligación del contrato se extingue con el pago, la institución está destinada a durar perpetuamente.

Podemos concluir indicando entonces de que el matrimonio es indudablemente una institución jurídica. (Morales, 1992)

En la actualidad la concepción clásica de matrimonio como institución jurídica a sufrido una serie de alteraciones que van de la mano con los cambios éticos y morales de las sociedades modernas concretamente nos referimos para aquellos casos en los cuales ya no es un requisito de validez la diferencia de sexo entre los contrayentes lo que implica la posibilidad de un vínculo matrimonial igualitario.

Para explicar de mejor manera lo citado concurrimos al caso argentino cuya legislación permite el matrimonio entre personas de un mismo sexo concretamente citamos el artículo 172 del Código Civil Argentino el cual expresa:

Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Este tema actualmente dentro del mundo jurídico es uno de los más polémicos y controvertidos cuyo análisis se realizara de manera más detallada en el siguiente capítulo.

1.4 Matrimonio y su regulación en la legislación Ecuatoriana.

Los elementos del matrimonio en nuestra legislación los podemos desmembrar partiendo de un concepto básico establecido en nuestro Código civil, el mismo que dice:

“El 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.” (Código Civil , 2003, pág. 19)

- El primer elemento a analizar es el hecho que indica que el matrimonio es un contrato. El contrato debería ser considerado como un acuerdo de voluntades que sirve para crear, modificar o extinguir obligaciones, resulta así fácil equipararlo al matrimonio al “crear” las obligaciones que nacen entre los cónyuges, “extinguir” las que tenían como solteros y para “modificar” las que tuvieron de su estado civil que ha cambiado; cambiando completamente lo que establece nuestro código civil mismo que establece que contrato o convención es una acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.”, surgiendo una serie de inconvenientes al momento del análisis de este concepto, quedándonos definitivamente con el analizado al inicio del párrafo.
- El segundo elemento a analizar es el hecho de que el matrimonio es un contrato solemne. Se pondrían entender a las solemnidades desde un doble punto de vista:

Pueden en primer lugar las que deben cumplirse necesariamente para la existencia del acto o contrato, siendo esto de tal importancia que, incluso es considerado un caso de nulidad absoluta la omisión de solemnidades cuando estas son necesarias para la validez del acto. Y pueden ser también cuando la ley prevé que la solemnidad es la única manera de probarla existencia del contrato. Todas estas formalidades están sobre materia de matrimonio están señaladas en nuestro código civil.

- Como tercer elemento que podemos obtener el concepto de matrimonio, es sobre que el matrimonio es un contrato por el que un hombre y una mujer se unen. Los tratadistas civilistas han determinado que es indispensable la aclaración acerca de que el matrimonio tiene que ser celebrado exclusivamente entre un hombre y una mujer excluyendo totalmente cualquier posibilidad de que pudiesen celebrarse matrimonios asentados en una estructura poligámica o tanto matrimonios que se han venido aceptando en distintas legislaciones de nivel comparado en la actualidad como los que se llevan a cabo entre personas de un mismo sexo. Se entendería que dentro de nuestra legislación, como ya lo hemos indicado, en lo referente al sexo de los contrayentes, no habría ningún problema que pudiese suscitarse debido a que se encuentra señalado que las personas contrayentes, mismas que deberán ser dos serán identificados como un hombre y una mujer.
- El cuarto elemento que podemos desmembrar del concepto de matrimonio es respecto de las finalidades que debe cumplir el mismo. Nuestro código civil indica claramente su concepto: “El 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. “Se considera que estos fines que busca el matrimonio

son “normales” debido a los casos extremos como por ejemplo un matrimonio entre ancianos el mismo que no podría cumplir la finalidad de procreación.

Una vez analizados cada uno de los elementos que integran el concepto de la institución jurídica del matrimonio, obviamente necesitamos para el desarrollo y estudio de este trabajo conocer lo que determina nuestra legislación sobre los requisitos que deben cumplirse para que los contrayentes lleguen a celebrar matrimonio entre ellos.

En materia de nulidad del matrimonio se establece que no podrá nulitarse sin que exista una disposición expresa por parte del legislador que lo establezca. Entonces se abre a debate el tema de que ninguna legislación sanciona con la nulidad a matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, llegando incluso al punto, como lo analizaremos posteriormente, de legislaciones extranjeras aprobar el matrimonio homosexual; mientras que en nuestro ordenamiento jurídico, al atentar con esta teoría que se está volviendo práctica, a la primera finalidad del matrimonio que es la procreación, la institución del matrimonio se vuelve inexistente; por lo tanto, concluimos que los requisitos de existencia del matrimonio será en primer lugar indudablemente que exista la diferencia de sexo entre los contrayentes.

El Doctor Jorge Morales en su obra titulada “Derecho Civil de las Personas” (1992) hace mención al tratadista Meza Barros, quien defiende la teoría tradicional que hemos venido analizando. Únicamente vendría a ser como una mera hipótesis teórica el hecho de que personas del mismo sexo contraigan matrimonio, aunque la realidad social en la actualidad no está reflejando lo mismo, pero lo que sí es aceptable, lo dudoso que podría volverse el sexo de una persona debido a la mala conformación de los mismos en el

cuerpo de una persona. La vía correcta de suprimir esa apariencia de matrimonio es a través de la nulidad.

Los primeros años de nuestra vida universitaria se enfocaron a que en materia civil sepamos que el consentimiento es un requisito indispensable para la celebración de un contrato. Equiparémosle al matrimonio. Los contrayentes simplemente deben estar conscientes y brindar su total consentimiento sobre la celebración del mismo, de manera que sin problema alguno, la institución exista. Ante la autoridad competente, marido y mujer deben expresar su voluntad de recibirse el uno al otro como marido y mujer, caso contrario no habrá matrimonio.

En materia civil, el matrimonio queda consumado y perfeccionado cuando se ha dado el consentimiento sobre el mismo.

Una vez considerados los requisitos de existencia del matrimonio, tomemos en cuenta los requisitos de validez del mismo:

Podemos clasificarlos de la siguiente manera:

- a) Consentimiento libre y espontáneo
- b) Capacidad o ausencia de impedimentos
- c) Observancia de formalidades legales.

- a. *El primero hace referencia al Consentimiento Libre y Espontáneo por parte de los contrayentes. Esto quiere decir que no se cause nulidad por falta de consentimiento libre y espontáneo al momento de celebrarse el matrimonio; ya sea, por: error sobre la identidad del otro contrayente,*

enfermedad mental que pudiese de una u otra manera privar del uno de razón, el rapto de la mujer que no haya recobrado la libertad al momento de contraer matrimonio y finalmente que el contrayente no se encuentre bajo amenazas graves de algún tipo que pudiesen infundir temor en la persona.

- b. *El segundo requisito de validez del matrimonio es la capacidad o ausencia de impedimentos.* Es claro que mientras la ley no declare incapacidad, cualquier persona puede contraer matrimonio. La incapacidad la entendemos como la excepción:

Los impedimentos dirimentes absolutos, comprendidos entre estos:

- *Impúberes*, quienes por su aptitud para la procreación, simplemente quedan apartados de los capaces para contraer matrimonio. Se entiende que cuando se haya llegado a un desarrollo suficiente hasta poder engendrar y procrear, se podrán llamar púberes, es decir ya entrarían en capacidad de contraer matrimonio.
- *Las personas que se encuentran ligadas por vínculo matrimonial no disuelto*, incluso existiendo una causa de nulidad en el primer matrimonio, no podrá contraerse nuevo matrimonio mientras esas causas no sean declaradas en sentencia ejecutoriada por la autoridad competente; y, en el caso extremo de que por algún motivo llegase a celebrarse el segundo matrimonio, sería nulo a causa

de que no se encuentra disuelto el primero. Entendemos entonces que es un impedimento universal.

- *Los impotentes*, debido a que caen una situación donde se genera una suerte de incapacidad para engendrar, concebir y por lo tanto de procrear, por lo tanto no se cumple una de las finalidades de la institución.

La impotencia puede ser tanto generandi como coeundi; y, finalmente

- *Los dementes*. Hemos dicho que el consentimiento de contraer matrimonio supone que la persona está dotada de la suficiente capacidad y facultades mentales para el momento de la apreciación del acto. Además de que los dementes se encuentran encasillados entre los incapaces absolutos, mal podría decirse que podría validarse un matrimonio celebrado por una persona que carezca de esta capacidad.

Impedimentos dirimentes relativos

Entre los impedimentos dirimentes relativos tenemos:

- *El homicidio o asesinato del cónyuge*; y
- *El parentesco* haciendo referencia a los vínculos de parientes colaterales en segundo grado de consanguinidad; es decir, matrimonio entre hermanos, el parentesco por consanguinidad en toda la línea recta y el posible matrimonio q entre parientes en segundo grado de afinidad.

- *El impedimento dirimente relativo que refiere al matrimonio que pretendería el autor, cómplice del homicidio o asesinato del marido o mujer con la viuda o el viudo.*

Impedimentos impeditivos o prohibiciones

Estos impedimentos los consideramos de la siguiente manera:

- La prohibición de un menor de edad, mismo que del cual no se podrá contar como contrayente para la celebración del matrimonio a menos que se cuente con la autorización y consentimiento en conclusión licencia de otras personas.
- Prohibición de las guardas, haciendo referencia a la prohibición que se mantiene de que los pupilos y los guardadores pudiesen contraer matrimonio para evitar una administración de los bienes arbitraria y a mera discreción del guardador.
- Finalmente la prohibición respecto del progenitor soltero viudo o divorciado que no hubiese realizado el inventario solemne de los bienes que administra y les pertenezca a los herederos de su cónyuge, incluso siendo sancionado cuando no se lo realiza a tiempo en caso de realizarlo. Se entiende a esta como una prohibición patrimonial, lo único que busca es una protección del patrimonio de los hijos y evitar su perjuicio.

Una vez analizado todo lo referente a los impedimentos, sus generalidades y clases pasamos al análisis del:

c. **Cumplimiento de las solemnidades legales** como tercer requisito de validez del matrimonio.

Al matrimonio se le define como un contrato solemne en nuestro código civil; es decir, está sujeto a observancia de ciertas formalidades que exige la ley, sin las cuales no podría surtir efecto alguno. Estas solemnidades deben ser tomadas en cuenta para la celebración del matrimonio en tres diferentes ocasiones:

1. En primer lugar el matrimonio celebrado según las leyes ecuatorianas dentro del Ecuador, ya sea ecuatorianos entre sí, extranjeros entre sí o ecuatorianos y extranjeros entre sí.

Para los tres casos que tenemos presentes que pudieran suscitarse, deberán cumplir las formalidades establecidas en nuestra legislación como la comparecencia de las partes o a través de apoderados especiales ante la autoridad competente; carecer de impedimentos dirimentes; consentimiento libre y voluntario; testigos hábiles; otorgamiento del acta; además de otros requisitos establecidos por la ley de registro civil.

2. En segundo lugar tenemos el caso del matrimonio celebrado conforme a las leyes ecuatorianas fuera del Ecuador. El caso en que ecuatorianos y extranjeros desearan contraer matrimonio en el extranjero con sujeción a las leyes ecuatorianas, deben acudir ante un agente consular o diplomático mismo que ejerce funciones notariales ya que se entiende que se encuentra dentro del territorio nacional por la ficción de territorialidad.

3. Finalmente el matrimonio celebrado en el extranjero ya sea entre extranjeros, entre ecuatorianos y entre ecuatorianos y extranjeros. Hace referencia al caso de los extranjeros que hayan contraído matrimonio en el extranjero y que desean validarlo en el Ecuador. Es el mismo caso de los ecuatorianos que se casan con extranjeros.

Indicados estos casos de celebración de matrimonio y finalizado el estudio del tercer requisito de validez del matrimonio, pasaremos a la determinación de:

Las causales para que un matrimonio se dé por terminado, además de establecer una distinción entre la nulidad y la anulabilidad del matrimonio y las causas de nulidad del mismo.

Para facilitar la comprensión de lo antes mencionado es preciso dar un concepto concreto de lo que se entiende por nulidad y anulabilidad para ello nos remitimos a Guillermo Cabanellas de Torres (2008, pág. 216) quien a través de su diccionario Jurídico expresa:

Nulidad: “Carencia de valor. Falta de eficacia. Incapacidad. Ineptitud. Persona inútil. Inexistencia. Ilegalidad absoluta de un acto. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. Puede resultar también de una ley. Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las expresamente establecidas en los códigos. ABSOLUTA. La del acto que carece de todo valor jurídico, con excepción de las reparaciones y consecuencias que por ilícito o dañoso puede

originar. DEL MATRIMONIO CIVIL. Declaración hecha por un juez o tribunal, por la cual se decide que un matrimonio supuesto es inexistente, por adolecer de alguno de los vicios que lo invalidan, que le impiden crear el nexo conyugal. El estado matrimonial que carece de validez. Causa que determina tal ineficacia.”

Anular: “Invalidación, abolición o abrogación de algún tratado, privilegio, testamento o contrato, que queda sin ningún valor o fuerza, siempre que tenga competencia para hacerlo quien así lo declare; pues, en caso contrario, la disposición anuladora carecería de efecto.”

Mientras tanto que la nulidad y anulabilidad del matrimonio pueden únicamente ser distinguidas a través de lo ya analizado en párrafos anteriores donde se revisó los impedimentos dirimientes absolutos y relativos siendo los primeros las causas de nulidad absoluta del matrimonio y , los segundos causas de nulidad relativa, por lo tanto de anulabilidad del matrimonio. (Morales, 1992)

El matrimonio puede terminar ya sea por la muerte de uno de los cónyuges, por sentencia ejecutoriada, misma que declare la nulidad del matrimonio, o por sentencia también que declare la posesión definitiva de los bienes del desaparecido y finalmente por el divorcio.

La familia, misma que se conforma por padre madre e hijos, nos genera una posición en la sociedad, y aunque no es requisito, tradicionalmente el matrimonio ha sido un elemento de suma importancia para que se constituya la misma. A lo largo de la historia, como los romanos, griegos, demás sociedades, el matrimonio se ha considerado que la institución jurídica es conformada por hombre y mujer, hasta la actualidad donde juristas

como Guillermo Borda, Larrea Holguín, Guillermo Cabanellas, etc., defienden la posición tradicional del matrimonio en todos los aspectos, y por supuesto los requisitos, beneficios y obligaciones que derivan de él; perspectivas que se han venido manejando incluso en la legislación ecuatoriana.

CAPITULO II

EL MATRIMONIO: ¿INSTITUCION JURIDICA QUE PUEDE SER REVISADA?

Concepto de Homosexualidad.

El tema del matrimonio en la actualidad es uno de los más debatidos dentro del mundo jurídico, por la razón de que su concepción tradicional sugiera una serie de nuevos cambios adaptados a la actual realidad social.

Estos cambios que en varias legislaciones se han implementado sugieren suprimir como requisito fundamental para la validez del vínculo matrimonial la diferencia de sexos en sus contrayentes, abriendo la posibilidad de que personas de un mismo sexo puedan acceder a contraer matrimonio de manera legal.

Es preciso acotar para el tema presente el concepto de homosexualidad el cual la Enciclopedia Jurídica OMEBA al referirse a la misma señala lo siguiente “La homosexualidad se define, esencialmente, como la atracción erótica experimentada por un individuo hacia otros de su mismo sexo. Puede ser exclusiva o sólo preponderante, y no excluye siempre la heterosexualidad” (pág. 465).

Nuevos estudios demuestran que el origen etimológico de la palabra “Homosexual” proviene de las voces griegas “homos” que quiere decir igualdad y no como se lo ha venido catalogando a lo largo de la historia jurídica refiriéndose al latín “homo” que significa hombre.

Países europeos, como Dinamarca, que ha legalizado el matrimonio homosexual desde el año 2012, Islandia desde 2010, Noruega y Suecia desde 2009, Bélgica desde el año 2003, España desde 2005, Francia desde 2013, Países bajos desde 2001, Portugal desde

2010, y muchos de los cuales no se han nombrado, han permitido en sus distintas legislaciones las Uniones entre personas del mismo sexo, con una prohibición constitucional de discriminación alguna contra estos grupos, han brindado un gran ejemplo a los legisladores latinoamericanos quienes también presionados por los constantes movimientos por parte de los grupos GLBTI, se han visto en la obligación de dar mayor apertura a las solicitudes de la sociedad que conforma estos grupos y ampararlos en las legislaciones de cada país en donde se ha legalizado las uniones y más aún los matrimonios entre personas del mismo sexo.

2.1 Breve reseña del primer país en regular y aceptar el matrimonio igualitario.

Los primeros pasos que se comenzaron dando a nivel mundial fue en Europa referente al tema del matrimonio homosexual por el parlamento holandés, el mismo que en el año de 1998 aprueba por primera vez como legislación en el mundo un tipo de contrato de convivencia de parejas del mismo sexo mismas que tendrían toda la libertad de registrarse en los distintos ayuntamientos. Este tipo de contrato, al cual nosotros equiparamos con las uniones de hecho aquí en nuestra legislación, en ese entonces se asemeja al matrimonio respecto de los efectos fiscales, derechos de herencia y posibilidades de adopción otorgados en Holanda. Es un contrato, una unión de la cual muchas personas homosexuales a nivel mundial hacen uso para que su unión sea lo más parecida a un matrimonio legítimo, pero, lo que los activistas y personas que apoyan y quienes serían beneficiados, buscan es la modificación de la ley matrimonial para que pudiesen como cualquier otro ciudadano hacer uso de la misma. Finalmente en septiembre del año 2000, el debate en el congreso, fue rastreado por la prensa, y por la sociedad en general sin mayor oposición cuando finalmente con 109 votos a favor y 37

en contra, se aprueba por primera vez en el mundo el matrimonio homosexual, por supuesto con la oposición total de la iglesia y de varios juristas a quienes se les consultó a nivel mundial que sostuvieron en términos generales que se devaluará el matrimonio civil con esta aprobación y que una nueva definición del matrimonio acarreará una confusión moral, social y legal ilimitada, de la que serán víctimas las familias, hijos de familias, personas en general y con el paso del tiempo en un futuro cercano o lejano, la sociedad entera.

Dada entonces la apertura al matrimonio entre personas del mismo sexo, es permitida también por consiguiente permitida la adopción únicamente de niños holandeses, ya que por cuestión de Tratados Internacionales no es posible la adopción de niños de otras nacionalidades. La enmienda tampoco reconoce el derecho de filiación a uno de los contrayentes sobre el hijo del otro.

Así es como finalmente se da el primer paso a nivel mundial para que las parejas conformadas por personas homosexuales puedan validar su matrimonio de igual manera como lo hacen las personas de orientación heterosexual. Posterior a Holanda y en cadena se han aprobado en catorce países más a nivel mundial los matrimonios igualitarios. (<http://www.aceprensa.com>, 2000)

2.2 EL matrimonio igualitario contexto a nivel mundial.

El contraste que puede llegar a generar un tema tan polémico como el del matrimonio igualitario es inmenso. Tan solo con darnos cuenta de que en catorce países a nivel mundial han legalizado el matrimonio homosexual, en otros la homosexualidad es incluso penada con prisión.

Hace ya doce años aproximadamente, los primeros que dieron el paso de dejar a un lado la idea de que el matrimonio es únicamente entre parejas heterosexuales, fueron los países bajos, descartando esa “unión libre entre un hombre y una mujer”. Desde aquel entonces, la idea de un matrimonio igualitario ha avanzado a nivel mundial a paso firme, en varios países europeos y en américa. En abril del 2013 pasó a formar parte de estas sociedades progresistas Uruguay, Nueva Zelanda y Francia, subiendo a catorce el número de países que tienen legalizado el matrimonio homosexual. Junto a éstos, diez estados dentro de los Estados Unidos, permiten de igual manera legalmente la unión de personas (no necesariamente de diferente sexo) a través del matrimonio. También en ciertas regiones en México y Brasil. Rea Carey, directora de ejecutiva del grupo de Trabajo Nacional para Gays y Lesbianas en New York afirma algo con lo que al parecer muchos están de acuerdo, indicando que para que el tema llegue a ser una verdadera revolución falta un trecho mucho más largo de lo que parece ser, al tener en cuenta que 14 países ahora han legalizado el matrimonio homosexual, en contraste a esto, todavía 75 países , incluyendo la mayoría de África tienen en sus legislaciones internas considerada a la homosexualidad como un delito, y que los activistas del movimiento antes de luchar por la legalización del matrimonio homosexual, deben luchar por la despenalización de la homosexualidad en sus estados.

Para plantear un ejemplo podemos mencionar el caso de Nigeria, estado al que condena a prisión a cualquier persona homosexual que pretendiere casarse.

Hemos podido presenciar a lo largo del tiempo que las minorías sexuales han venido siendo aceptadas cada vez más, y esto lo podemos confirmar con todos los ejemplos de los países a nivel mundial que han venido aceptado la legalización del matrimonio homosexual dentro de sus legislaciones internas. Cada vez se hace más frecuente que en

nuestra vida cotidiana lidiamos con personas homosexuales, ya sean compañeros de trabajo, compañeros de clases, incluso familiares; frente a ésta realidad, las personas han ablandado mucho más su manera de pensar en relación a las realidad que se vive en la sociedad llegando a acercarnos a una verdadera igualdad.

Aún con la resistencia de la iglesia católica, para la cual la homosexualidad es considerada un pecado, países que han aprobado y legalizado el matrimonio homosexual, el tema se ha llegado a entender en un punto de vista mucho más amplio respecto de los derechos humanos y la misma democracia de cada estado.

Entre algunos de los países que han legalizado el matrimonio homosexual, tenemos

- Uruguay: Que ha precedido a Francia con tan solo 24 horas en abril de 2013 llegando a ser el segundo país latinoamericano en permitir el matrimonio homosexual.
- Holanda: En abril del 2001, el primero en dar estos derechos incluso el derecho a la adopción.
- Argentina: Es el primero en Latinoamérica en autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo en el año 2010, además también de permitir la adopción.
- Bélgica: En el año 2003, entró en vigencia el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero la adopción llega a aprobarse en el año 2006.
- España: desde julio del año 2005, se aprobaron los matrimonios gay, y de igual manera las parejas pueden adoptar niños.
- Sudáfrica: a criterio de muchos, es muy importante el avance de este país al ser el primero en el continente africano en el año 2006 que legaliza la unión civil con la posibilidad también de la adopción.

- Noruega: en el año 2009, los homosexuales se equiparan a los heterosexuales en materia de matrimonio, y adopción.
- Suecia: Las parejas homosexuales desde el año 2009, pueden incluso a parte del tema civil, contraer matrimonio religioso. Lo interesante es que la adopción se encontraba legalizada desde el año 2003
- Portugal: Aprueba el matrimonio homosexual, pero no permite la adopción.

(El matrimonio igualitario cobra fuerza. El comercio, 2013, pág. 2)

A lo largo de los últimos tiempos, la comunidad GLBTI ha venido ganando territorio en los distintos estados con constantes luchas, movimientos que hasta cierto punto han llegado a concientizar primero a quienes han sido opositores rotundos a las posiciones de estos movimientos, que después se han puesto del otro lado de la moneda para incluso convertirse en activistas defensores de sus ideales, a los legisladores de los distintos estados en donde se han dado cambios radicales para que se amplíen los derechos de estas comunidades, logrando por lo tanto que se llegue a garantizar los derechos por los cuales han venido luchando durante tanto tiempo. Así en Europa principalmente donde ya son doce países en donde el matrimonio entre personas del mismo sexo se ha legalizado por completo se inició la verdadera igualdad y con ese ejemplo se pasó a los estados en Latinoamérica de los cuales los tres antes analizados con sus legislaciones ya han aprobado el matrimonio entre personas de sexo diferente y la igualdad de derechos con las parejas de distinto sexo.

2.3 Países que aceptan el matrimonio igualitario en Sudamérica.

Países a nivel sudamericano se han sumado a esta concepción innovadora permitiendo en sus legislaciones el matrimonio igualitario, citando a manera de ejemplo podemos recurrir a naciones como:

ARGENTINA:

Es así que en el año 2010, en el senado argentino tras una larga sesión y debate entre los miembros, para finalmente con una apretada votación a favor con 33 votos y 27 en contra y 3 abstenciones, aprueban la ley que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así como esta resolución dibujó muchas sonrisas en los rostros de los argentinos, generó al mismo tiempo polémica que se la esperaba en caso de que se resolviera favoreciendo el matrimonio homosexual.

La reacción de la ciudadanía ante la aprobación del tema debatido, generó que manifestantes que se encuentran a favor y en contra, salieran a las calles y desaten su euforia en la plaza de los Dos Congresos con pancartas y demás que decían “Sólo varón y mujer” o “Yo quiero un papá y una mamá” por parte de quienes se encuentran en contra de la aprobación, y, “Sácate la sotana” o “Saquen los rosarios de nuestros ovarios”, frases que se alzaban en las pancartas que sostenían quienes están a favor de la aprobación. La ley "supondría el reconocimiento de todos los derechos que implica el matrimonio y también el acceso a la igualdad ante la ley, que es una herramienta indispensable para lograr la igualdad social", sostuvo en declaraciones a la titular de la Federación de Lesbianas Gays Bisexuales y Trans (FALGBT), María Rachid; mientras tanto, Jorge Vertín opositor a la aprobación del matrimonio homosexual declara que “es

un pensamiento universal que sólo se puede casar un varón con una mujer. El matrimonio entre personas del mismo sexo se trata de una conducta desviada y que pervierte el orden natural". Así mismo el desacuerdo de la iglesia católica respecto del tema, impulsó a decenas de miles de creyentes a movilizarse en rechazo a la norma aprobada. (<http://www.elmundo.es>, 2010)

Finalmente con la LEY 26618 MODIFICACIONES AL CODIGO CIVIL SOBRE EL MATRIMONIO de fecha 15 de julio de 2010, el cambio esencial en la legislación argentina fue sobre el Art. 172 mismo que quedó redactado de la siguiente manera:

- El artículo 172 del Código Civil.

Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

(<http://abogadatrassens.fullblog.com.ar>, 2010) A más del artículo mencionado, hay varias modificaciones más referentes a la misma ley dentro del mismo código civil argentino, pero la indispensable es sobre el artículo redactado.

URUGUAY

Recogiendo argumentos y posiciones en el debate que se dio previo a la aprobación del matrimonio homosexual en Uruguay, se rescatan de parte y parte la posición de la iglesia por supuesto que desde un punto de vista histórico, natural de la misma, simplemente contraría totalmente la tesis defendida por una sociedad progresista. Por otro lado, concretamente el senador Jorge Larrañaga justifica su voto a favor indicando que como hombres liberales, no se permite regular un acto tan íntimo como el amor entre dos personas. Encontrándose en frente a una cuestión de derechos, el estado no debería cercar la autonomía de la voluntad de sus ciudadanos. El matrimonio civil es un acuerdo de voluntades entre dos personas, donde el tema del sexo es irrelevante.

Finalmente, desde un punto de vista de la justicia, el matrimonio homosexual tiene y goza exactamente de los mismos derechos y garantías que un matrimonio celebrado entre personas de diferente sexo; y, desde un punto de vista de los derechos de libertad individual, todas las personas, sin importar el sexo u otro tema personal, son iguales, y gozan de los mismos derechos.

En abril del año 2013, dos años y medio después de que argentina haya aprobado el matrimonio homosexual, la Cámara de Diputados uruguaya, con iniciativa del bloque oficialista de izquierda, Frente Amplio, e incluso con el apoyo de varios opositores, con una votación de 71 de 92 legisladores, se aprueba tras una sesión de cuatro horas en segunda ocasión en Latinoamérica el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Incluso antes de que se iniciara la sesión, activistas y defensores de los derechos homosexuales se reunieron a las afueras del recinto parlamentario para apoyar la decisión a favor de la igualdad en el matrimonio sosteniendo que la aprobación de la ley,

es la guinda de la torta, demostrando que la iglesia quien ha sido hasta ahora el mayor opositor de la aprobación de dicha ley, ya no tiene el peso que solía tener en Uruguay, incluso sosteniendo que uno de los primeros países en deslindar la iglesia del estado fue Uruguay trayendo como conclusión que se convierta a finales del siglo XIX en un Estado donde la educación es laica, gratuita y obligatoria.

Durante la sesión, las opiniones y posiciones de los diputados eran de lado y lado, quienes manifestaban por ejemplo que la ley se encontraba mal redactada, y que en los 90 días que se tiene para que entre en vigencia desde la promulgación de la misma, realizar las rectificaciones necesarias sobre los errores que se encontraban en la misma; además de que también sería necesario que se asista a la Asamblea General para llevar la votación, porque no se puede aceptar un proyecto de ley con defectos y errores que llevan a dudas que se encuentra mal redactado, por lo que la solución sería que haya el mayor apoyo de los legisladores en la asamblea general y sea dada una redacción adecuada. Aunque otros senadores respondían a esta posición que no existe garantía que consigan los dos tercios para corregir los errores que en lo absoluto modifican la esencia del tema que se ha tratado. El pensamiento de Frente Amplio es el mismo. Por lo tanto sostienen los senadores que se encuentran a favor del en ese momento proyecto que se corre un riesgo el de acudir a la instancia de la asamblea general, ya que puede que no se reúna la mayoría y el proyecto quedaría rechazado sin posibilidad de presentarse hasta el nuevo período. Sin embargo continuaban los discursos opositores haciendo mención a que sería mucho más conveniente la unión civil ya que como herramienta jurídica, garantiza muchos derechos que no se encuentran establecidos dentro de la legislación uruguaya. Finalmente luego de presentarse las distintas posiciones de los senadores, se

sometió a votación sobre el proyecto de discusión. (<http://www.parlamento.gub.uy>, 2013)

Posterior a la votación en el Parlamento uruguayo, se desató la euforia en las gradas del Palacio Legislativo, con tal intensidad que tuvieron que ser desalojadas por orden del presidente de la Cámara Baja. Una vez que fuesen dados a público los resultados de la votación mencionada anteriormente, la cual había generado desde ese momento un cambio trascendente en la sociedad uruguaya, se pudo escuchar en las afueras del parlamento en medio de los aplausos de quienes apoyaron, gritos unísonos que decían “igualdad”. En una rueda de prensa posterior, Ovejas Negras, organización activista a favor de los derechos de los grupos GLBTI, consideró que el país "ha dado un gran paso hacia una sociedad más justa e igualitaria"

Las variaciones diferentes en el Código Civil se deben entonces a la Ley N° 19.075, MATRIMONIO IGUALITARIO, que lo dejan redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 83.- El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo.

Las demás normas que varían son en relación al cambio esencial sobre el artículo antes redactado.

BRASIL

A tan solo un mes de diferencia de aprobada la ley en Uruguay, sigue el ejemplo el tercer país que aprobaría el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero con una diferencia fundamental con Argentina y Uruguay, de los cuales fue el parlamento de

cada estado el que generó la iniciativa para que se apruebe el tema mientras que en Brasil, la iniciativa surge de la justicia cuando el Consejo Nacional de Justicia aprobó una resolución que dio origen a que se permitieran los matrimonio entre personas del mismo sexo en todo el territorio brasileño. Por lo tanto, se podría decir que en la práctica ya se podían celebrar, pues con la aprobación del CNJ brasileño, adoptada por 14 votos contra uno, los registros civiles quedaron prácticamente obligados a que se permitieran la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. (<http://www.elmundo.es/america>, 2013)

La nueva norma señala que la institución del matrimonio "implicará la unión de dos contrayentes, cualquiera sea la identidad de género u orientación sexual de estos, en los mismos términos, con iguales efectos y formas de disolución que establece hasta el presente el Código Civil".

2.4 Situación actual de los grupos (GLBTI)

- Previo al referéndum del proyecto de nueva constitución de 28 de septiembre de 2008, finalmente se llega a ser el eje de este nuevo proyecto el tema del matrimonio y la familia. Teniendo en cuenta que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener una familia, disfrutar de esa convivencia familiar, el proyecto de ley en aquel entonces contemplaba que se consideran los diversos tipos de familia, incluso más allá de la tradicionalmente conocida considerada por padre, madre e hijos, sino también madres solteras con hijos, familias desintegradas por cuestiones de migración, padre con hijos, abuelos con nietos, con hijos adoptivos, uniones de hecho de parejas heterosexuales, o del mismo

sexo, transformando el concepto de familia; pero, así como se da apertura a los nuevos tipos de familia, considerados en el nuevo proyecto de constitución de ese año; así también sostenía por otro lado que el matrimonio únicamente es considerado como la unión monogámica entre un hombre y una mujer. Es decir, la única diferencia con las personas amparadas por la unión de hecho es que los unidos por matrimonio si se encuentran en posibilidad de adoptar niños, las madres no pueden ser despedidas por embarazo y la licencia por paternidad.

Art. 67: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”.

Obviamente, la iglesia se encontraba en contra del Art. 67, sosteniéndose en que el artículo deja abierta la posibilidad de una amplia interpretación al no indicar cuales son los tipos de familia que reconocería la ley. Por supuesto la peor preocupación para la iglesia es la formación de familias entre parejas homosexuales. Por otro lado, para los defensores, integrantes del movimiento GLBTI, los artículos constituyen un avance sobre los derechos de la diversidad sexual. Debía tenerse claro que en el aquel entonces proyecto de ley, no se aprobaba legalmente el matrimonio homosexual, sino que el gran cambio que implicaría es la garantía de derechos de las personas homosexuales como los de

herencia, división de bienes en un caso de separación, siendo considerada como una unión necesaria. Serían entonces considerados como familia, pero, en la carta de Montecristi, se deja muy claro que respecto de la adopción, la misma que corresponde únicamente a parejas de distinto sexo. Planteada esta situación de que la adopción no será permitida para las parejas homosexuales, nacen criterios a favor y en contra mismos que señalan lo siguiente: Niños que vivan con familias conformadas por homosexuales, constituye un riesgo para los mismos; opuesto a este criterio, se señala que la homosexualidad no es contagiosa, por lo tanto, y que el hecho de que los niños vivan en un ambiente familiar conformado por una pareja homosexual, no implica que influirá en su tendencia sexual, como han comprobado estudios.

Art. 38 (Constitución 1998): “La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial (...) que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo condiciones y circunstancias que señale la Ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”.

Art. 68: “la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, que formen un hogar de hecho por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala la Ley, generará los mismo derechos y obligaciones que tienen las familias constituías mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo”.

Finalmente se da un paso más para Latinoamérica respecto de los derechos que amparan la diversidad sexual aprobándose el proyecto de Constitución en nuestro país en Septiembre de 2008.

(Un giro en el concepto de familia, El Comercio, 2008, pág. 4)

- En todas las luchas sociales, no únicamente en la comunidad gay, se han dado los casos en que los activistas han tenido que sacrificar mucho por conseguir derechos para sus grupos a los que defienden. En nuestro país, las declaraciones del presidente Rafael Correa han sido sobre la renuncia definitiva a la promesa de cambio social y cultural, con la cual llegó al poder, según León Sierra, activista. Menciona también un tema que es de mucho interés al indicar que los derechos no se piden ni se conceden, sino que se los arranca y se ejercen. Eso es lo que ha sucedido en las distintas comunidades a lo largo de la historia a las que ahora se les garantiza derechos como a cualquier persona. Por eso se mencionó al inicio del presente párrafo que las luchas sociales han tenido que sacrificar mucho para que se les llegase a garantizar sus derechos, y la comunidad gay es mucho más grande de lo que se puede pensar. Finalmente es verdad si es que nos ponemos a pensar, que la humanidad todavía estaría situada en el oscurantismo si es que las distintas comunidades discriminadas se hubieran puesto a esperar que los derechos se les sean consagrados.

Ahora la comunidad GLBTI se encuentra en un estado de desconcierto al observar las declaraciones del presidente quien en un primer lugar sugiere que sea a través de plebiscito como se decida sobre el tema del matrimonio igualitario y en segundo lugar dice estar en desacuerdo de otorgar la adopción de menores a parejas del mismo sexo alegando de que “la naturaleza algo de razón debe tener y que los niños deben estar en una familia tradicional”. Sin embargo en una carta enviada al presidente en mayo del año 2013, la identidad de género consagrada

en la Constitución es el tema principal al indicar que ésta, no es de patrimonio de lo GLBTI sino de todo el que se considera ser humano; es decir, a través de este escrito, no se busca una confrontación, sino que más bien se busca sensibilizar el pensar de muchos, incluyendo el del Primer Mandatario.

La discriminación a las comunidades de la minoría se ha dado en puntos radicales como es el caso de Karen Barba, lesbiana activista, entrevistada en la revista Vanguardia, quien a sus 18 años, cuando cursaba aún el colegio Manuela Cañizares, pudo verificar los primeros indicios de una discriminación hacia los estudiantes. Dos de sus compañeras estaban para la época en estado de embarazo, y para que se mantenga el buen nombre de la institución, fueron cambiadas a los horarios nocturnos del colegio.

(La Promesa Fallida por la Igualdad, Vanguardia, 2013, págs. 14-19)

Casos notorios

PESE AL RECHAZO, LAS PAREJAS DE IGUAL SEXO YA SE MUESTRAN.
MAYO DE 2008

- Las uniones entre personas del mismo sexo, se han acrecentado conjuntamente con sus metas que ya no son únicamente las de vivir juntos, sino que al ver mucho más allá, comparten una vida, intimidad, gastos, como comprar una casa. Estas uniones son un hecho en el Ecuador. En aquellas épocas estas parejas reclamaban lo que hoy ya es un hecho, la unión de hecho entre ellos, en ese entonces era permitida únicamente entre parejas heterosexuales, buscando llegar a beneficiarse de esas ventajas que se les garantizaba a las parejas unidas

conformantes entre un hombre y una mujer que no han llegado a contraer matrimonio. Como en esas épocas, al no haberse permitido aun las uniones de hecho entre homosexuales, se demuestra que buscaban beneficiarse de alguna manera y legalizar su estado como pareja creando sociedades mercantiles, para poner a nombre de ambos los bienes que se llegaren a adquirir durante su relación. Caso concreto en la ciudad de Guayaquil, Carlos (43) y Sebastián (40), en el año de 2008 aplicaron este recurso para poner a nombre de ambos el gabinete de belleza que era de uno de ellos, una casa residencial, automóvil y electrodomésticos. En otros casos ejemplos como Julio y Mateo, quienes en el mismo año de 2008, aun no garantizados por la nueva constitución indican que su objetivo no era contraer matrimonio como pareja homosexual, sino que buscaban un amparo como el resto de ecuatorianos haciendo referencia a la unión de hecho, sin discriminación alguna. Es de tener en cuenta, la evolución incluso en el ámbito legislativo sobre el tema, cuando hace quince años el código penal en su Art. 516 in. 1ro, castigaba con reclusión de cuatro a ocho años las relaciones homosexuales consentidas entre adultos. En ese tiempo, las minorías, mismas que eran conformadas por el grupo GLBT, negros e indígenas, se unieron para proponer la no discriminación frente a la constitución de 1998. Frente a esta petición, la asamblea constituyente acogió la misma, y en el Art. 23 núm. 3, sobre los derechos civiles, indica que todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, sin discriminación en razón de nacimiento, etnia, edad, sexo, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual o salud. Se podía notar que a nivel de América Latina, la lucha se concentraba en las uniones de hecho,

misma que ya era una realidad en la ciudad de México, en el estado de Rio Grande do Sul, Brasil, en Buenos Aires, y en ciertas partes de Uruguay.

En Mayo del 2008, el polémico tema creó incluso distanciamientos dentro del mismo bloque de Alianza País dentro de la Asamblea Nacional, además de marchas por parte de la iglesia evangélica, así como también comunicados por parte de la iglesia católica, mismo que sostenían y aun lo siguen haciendo hasta la actualidad, que la moral cristiana considera la práctica homosexual como como un grave desorden moral incompatible con la vida de fe, porque contrasta con la ley natural y los mandamientos de la ley de Dios.

Aquellos distanciamientos que se dieron entre los asambleístas que se desafilieron de PAIS en el año de 2008, tenían argumentos significativos como por ejemplo el de Roxana Queirolo y Diana Acosta, quienes sostuvieron hasta el final que se haga lo que el pueblo quiere, no desfigurar el concepto de familia, mismo que consiste en la unión de hecho entre un hombre y una mujer, además de otros integrantes consideraban la homosexualidad como antinatural. Pero, así como hay argumentos en contra del tema, también hubieron argumentos que defendían el mismo indicando que debe darse un amparo legal a este tipo de uniones, porque, el Estado está obligado a garantizar los derechos civiles de todos sus ciudadanos, sosteniendo además que el derecho debe pesar más allá del calificativo moral o inmoral que la sociedad le dé o incluso la misma iglesia.

Otro caso concreto en la ciudad de Guayaquil, una pareja de lesbianas, en el mismo año de 2008, vivían en el norte de la ciudad con un hijo que ambas decidieron tener, producto de una inseminación artificial. Obviamente la pareja

en el mismo año, época de cuando no se legalizaba aún la unión de hecho, se sostenía del tema de su hijo para solicitar que se tome en cuenta la legalización de la unión de hecho entre personas homosexuales; porque era de preocupación de ellas el destino de su hijo en caso de que algo le pudiese suceder a una de ellas. Buscando abogados que de alguna manera les pudiesen asesorar respecto de la patria potestad del niño, de manera un tanto inútil porque simplemente la constitución no les amparaba aún en ese sentido. A parte del tema de su hijo, también como se puso en conocimiento sobre el caso de los otros ejemplos de parejas, que para poder poner bienes en común, esta pareja de lesbianas también acudió al recurso de la sociedad mercantil como poder hacerlo y de igual manera poder obtener ciertas garantías sobre sus bienes.

- Karen Barba, fue testigo de ese tipo de discriminación en ese entonces. Esta situación la impulsó a una rotunda oposición, repartiendo volantes indicando la inconstitucionalidad de lo determinado en el colegio en contra de sus compañeras. Finalmente fue expulsada. Después de debates y la gestión realizada por la ministra de educación, ella junto a sus compañeras embarazadas regresaron a sus aulas. Ahora, como ya se mencionó anteriormente, es una lesbiana activista que tiene que luchar no solamente a la magnitud de una institución educativa sino a magnitud de una sociedad entera que discrimina a la minoría. Karen, además es la representante de la fundación Causana, organización ciudadana por los derechos de las mujeres lesbianas, y en el presente se encuentran en la lucha contra las supuestas clínicas que curan la homosexualidad. Solo analizando estas últimas palabra podemos darnos cuenta

del estado de discriminación a estas comunidades minorías, afirmando que su orientación sexual, pasa a ser para la sociedad “sana” una enfermedad más que simplemente debe ser curada en un centro especializado.

Una noticia muy preocupante salió en julio de 2013 haciendo referencia justamente a estas supuestas clínicas de “deshomosexualización” cuyo título fue “Con el maltrato se intenta cambiar la orientación sexual”. Por medio del recurso de Habeas Corpus la Fundación Equidad localizaron a un joven que fue encerrado en una de estas clínicas por su familia en Quito para que sea “curado”. Este sistema de ubicación a estas personas que han sido encerradas en contra de su voluntad en estas supuestas clínicas de deshomosexualización en contra de su voluntad debido a su orientación sexual, se ha facilitado desde la aprobación de la Constitución. A través de un Juez, se obligaría prácticamente a la familia de la persona que se encuentra privada de su libertad en estos centros, a dar a conocer el paradero de los desaparecidos y sacarlos de estos lugares. En este proceso interviene el Centro de Equidad y Justicia y el Consejo Metropolitano de Protección de la niñez y Adolescencia. El caso de Zulema Constante de 22 años de edad quien al conocer sus padres de que es lesbiana, fue encerrada en contra de su voluntad en el centro de recuperación femenina La Esperanza, donde sufrió 15 días de maltrato para curar su lesbianismo. Finalmente escapa para hacer pública su denuncia.

En las mismas oficinas de la Fundación Equidad hay terapias psicológicas, atención médica en caso de haber sido víctimas de agresiones dentro de estos centros o haber sido discriminada por su tendencia sexual. Efraín Soria,

coordinador de Programas de la Fundación Equidad, indica que la primera que violenta los derechos de los hijos víctimas de la homofobia, es la propia familia. Según las denuncias que se han presentado en la Fundación, lo primero que hacen las familias cuando descubren que sus hijos son gay o lesbianas, los amenazan u obligan a cambiar, y después de esto, viendo que no logran cambio alguno, los encierran en contra de su voluntad en estas Clínicas de deshomosexualización, o incluso hay casos en los que los jóvenes recluidos son sedados para poder evitar cualquier tipo de resistencia, y al momento que despiertan, se encuentran ya en estos centros. Una vez aquí, se vuelven víctimas de violencia física, psicológica, se les priva de sus alimentos, incluso lamentablemente hay casos extremos en los que son víctimas de abusos sexuales, pero tal como lo dice Soria, lo más importante de todo, se les priva de su libertad. Las terapias que se utilizan son técnicas psicológicas que influyen a dejar ciertas conductas; sin embargo como lo indica Efraín Soria, no hay terapia en el mundo que cure la homosexualidad, puesto que la homosexualidad no es una enfermedad. Por otro lado se conoce que la Fiscalía General del Estado conjuntamente con el Ministerio de Salud, han iniciado las investigaciones pertinentes sobre estas clínicas. El problema se sitúa al momento de determinar cuántas son exactamente, puesto que hay tres razones que no permiten esta contabilización con exactitud. En primer lugar no todas están inscritas en el Ministerio de Salud Pública debido a su clandestinidad. Segundo el Ministerio no tiene la suficiente capacidad para supervisar a todas que por supuesto concluye en una falta de control y tercero no todas funcionan necesariamente como clínicas, sino también son centros de recuperación. De todas maneras las cifras

de los centros y clínicas no cuadran según el informe del Taller de Comunicación Mujer, mismo que indica que el Ministerio de Salud Pública hasta el años 2012 existían 146 centros de rehabilitación, sin embargo en un compilación realizada por el mismo taller, confirman la existencia de 314 centros de rehabilitación, lo que concluye en que el Ministerio de Salud no informa sobre el 46% de los centros mencionados.

Si lo vemos desde la perspectiva del lado humano, los homosexuales son ciudadanos al igual que nosotros, que buscan que sus derechos les sean reconocidos, y, no porque sean diferentes respecto de su identidad sexual son acreedores a este tipo de discrimen, abusos y maltratos físicos o psicológicos.

(Los derechos no son dádivas de las mayorías, Vanguardia, 2013, pág. 16)

- En la misma entrevista realizada con la revista Vanguardia, Gonzalo Abarca, aclara la petición de la comunidad GLBTI. Lo que buscan, no es un matrimonio eclesiástico sino un matrimonio reconocido por las leyes ecuatorianas, porque realmente en ese punto es donde se podrá ser testigo de una verdadera igualdad. Simplemente las declaraciones del Primer Mandatario hacen que activistas como el presente entrevistado concluya que no es más que desconocimiento del Presidente sobre el tema porque ellos no son personas inmorales sino que son ciudadanos iguales a él, con los mismo deberes y derechos . Además al hacer referencia a la unión de hecho, indica que es una herramienta de la que no se puede sacar el provecho como lo consagra la Constitución en vista de que en las notarías simplemente no quieren hacerlo. Realmente según las declaraciones vertidas en esta entrevista, lo único que nos pueden demostrar es la falta de

seriedad en el asunto discriminando a la comunidad GLBTI de nuestro país. Con mucha razón indican que no son ciudadanos de segunda clase que están pidiendo favor alguno, sino que son ciudadanos como nosotros y que lo que buscan no es un referéndum sino que se reconozcan los derechos que tienen. Simplemente en la práctica, no existe la igualdad sin discriminación que consagra la Constitución.

Debido a las declaraciones del Presidente de la República, se han creado “pautas” como lo señala Gonzalo Abarca para que grupos fundamentalistas hayan puesto obstáculos en cualquier sentido para ellos, creando una homofobia por parte de estos grupos simplemente exponiéndolos a una completa discriminación. Lo que buscan en la legalización del matrimonio homosexual es la simple protección entre la pareja como lo indica el entrevistado, debido al momento del fallecimiento de uno de los dos.

(Tenemos los mismos derechos que el Presidente, Vanguardia, 2013, pág. 17)

- Un transexual es una persona que básicamente ha roto los estereotipos sociales, llegando a ser parte de un proceso de transición buscando la identificación del género de preferencia. Es testimonio de un activista de esta comunidad la que indica que la discriminación que reciben, se proporciona desde un inicio en la misma familia, a través de maltratos y exclusiones. Posteriormente en el colegio, la universidad de igual manera una discriminación notoria debido a la apariencia de hombre pero actitud femenina. Lo peor que puede causar tal denigración, es haber nacido hombre y tener conducta de mujer en una sociedad patriarcal y extremadamente conservadora. Aunque no necesariamente los transexuales

necesitan ser intervenidos en sus órganos sexuales para ser considerados como tales, aun así, es muy difícil para ellos según las declaraciones de una persona perteneciente a esta comunidad, conseguir trabajo, ya que ni siquiera el valor académico es tomado en cuenta para cualquier empleo, por lo que lo más accesible para ellos es ser trabajadoras sexuales, volviéndose necesario huir de los hogares y después ser bien remunerado por las clases sociales altas. El análisis de la ley de identidad de género en la asamblea, más no la del matrimonio. La primera reconoce un cambio de sexo en la cédula de ciudadanía de una persona, pero no en la partida de nacimiento de una persona. Al momento de contraer matrimonio, obviamente serán necesarios ambos documentos, y es allí donde surge el problema ya que la persona tiene dos identidades diferentes de sexo. Se entiende entonces que la aprobación de lo uno, involucra a lo otro. Es un punto muy bien defendido alegando que activistas defienden el matrimonio, lo cual podría estar bien, pero no se dan cuenta que la población transexual se encuentra en desventaja porque ellos primeramente necesitarían una ley que consagre la identidad sexual de ellos y pudieran entonces ejercer el derecho al matrimonio que pretende el resto de la comunidad GLBTI. (La población transexual es la más vulnerable, Vanguardia, 2013, pág. 18)

- Según la Organización Mundial de la Salud, una de cada 2000 personas, debido a discrepancia en su sexo cromosómico, nacen con alguno de los varios síndromes relacionados con la intersexualidad estableciéndoseles de una manera natural características propias de los órganos reproductivos de un hombre y una mujer en

una sola persona. Por ejemplo una persona intersexual puede tener tanto una vagina como también un órgano eréctil pronunciado. Visto este tema, es de vital importancia que en nuestra legislación se tenga en cuenta la identidad sexual para que de esta manera puedan estas personas, de ser el caso, reclamar al estado temas como la responsabilidad médica y el alcance de la potestad paterna. Es el caso por ejemplo en el 1956 en New Jersey nació Cherly Chase, con uno de los síndromes que no definieron su órgano sexual. Nació como hermafrodita auténtica. Al decidir entre los médicos y los padres de ella, fue criada como niña teniendo que ser intervenida quirúrgicamente para que le sea extirpado su desmesurado clítoris. Fue con el tiempo, fundadora de la Sociedad de Personas Intersexuales de América del Norte, misma que en la actualidad ha llegado a formarse por más de 1400 integrantes.

La comunidad GLBTI tuvo en el país una de sus primeras reivindicaciones cuando con el Colectivo Igualdad de Derechos Ya!, planteó acciones administrativas y judiciales en contra de Nelson Zavala, candidato por el PRE a elecciones presidenciales, mismo que durante su campaña profirió un sinnúmero de insultos y agresiones verbales en contra de la comunidad Gay extremadamente discriminatorios tales como “pecadores”, “inmorales”, “antinaturales”, “aberraciones”, “desorientados”, “si un hombre utiliza su aparato digestivo para tener relaciones sexuales, algo está mal”, “no es posible que a una persona desorientada sexualmente se le otorgue un puesto de trabajo”, “usted no le puede entregar un Ministerio de Salud a una persona que tenga una desorientación sexual”, haciendo referencia a la Ministra de Salud Carina Vance Mafla, a quien

se le entregó el Ministerio en enero de 2012, pese al temor de su familia a la reacciones que pudiesen haber socialmente hablando, respecto de cuando las personas jóvenes deciden vivir su vida libre y abiertamente. Cabe recalcar que Carina Vance desde su adolescencia ha tenido clara su identidad sexual. Finalmente luego de estas ofensivas declaraciones, Nelson Zavala fue sancionado con la pérdida de sus derechos de ciudadanía y una multa equivalente a diez salarios mínimos vitales. (Una historia de ocultamiento y fallas médicas, Vanguardia, 2013, pág. 19)

- Una vez más, en un editorial de uno de los diarios publicado en nuestra ciudad, se vuelve a dar un concepto muy explicativo acerca de lo que representa el matrimonio incluso desde el punto de vista de su significado mismo como lo habíamos analizado en páginas anteriores. Tiene su origen en “matris”, órgano femenino, destinado a la “maternidad”; entonces, en su sentido clásico entendemos que el matrimonio es una institución que implicaría que la pareja heterosexual procrea y esta sería la base fundamental de la sociedad.

Las sociedades cambian pero los conceptos de la institución siguen siendo los mismos. Por lo tanto fundamentándose en esto, concluiríamos que las parejas homosexuales no podrían contraer matrimonio, así como tampoco que se les reconozca a través la figura de la unión de hecho puesto que las condiciones y derechos de ésta, son equiparables a las del matrimonio. La unión de hecho se la conoce por la sencillez de que una pareja heterosexual se une, procrean, tienen derechos en común así como en el matrimonio, pero, con la diferencia de que no

buscan complicarse con papeles ni formalismos, pero aun así tienen un compromiso que de alguna manera genera estabilidad.

Nuestra ley exige que esta unión de hecho sea permanente o prolongada, más no solo temporal. La ley no tutela este tipo de compromisos. Lo que sí, este tipo de relaciones entre personas homosexuales deben respetarse, comprenderlas, puesto que la ley no puede regular sus sentimientos, pero aun así no son para nada equiparables a los conceptos ya establecidos desde un inicio. Debido a esto, no es ni siquiera posible una unión de hecho para estas parejas, sino más bien para darles facilidades en su interrelación, lo más factible, según se indica en el editorial, sería que se les pudiera otorgar el derecho a una unión civil, donde puedan compartir bienes, vivir juntos, auxiliarse, tener sus derechos económicos juntos, pero no sería ni parecido a una unión de hecho. (¿ Matrimonio Gay?, El Mercurio, 2013, pág. 4)

Esto es lo que indica el editorial publicado en junio de 2013, donde podemos a simple vista darnos cuenta que se tiene todavía un modo de ver la situación de una manera tan conservadora que no importaría si se les está o no privando de los derechos que les corresponde a estas personas siempre y cuando las relaciones tanto matrimoniales como en las uniones de hecho estén de acuerdo a los conceptos que se encuentran establecidos desde tiempos históricos, cayendo a mi manera de ver, en un hoyo en donde se encuentran todos los pensamientos cerrados, si es posible decirlos así, porque no se está viendo más allá de lo que se “quiere ver”.

La sociedad en la que vivimos ahora, sea o no de nuestro agrado está evolucionando en todos los aspectos y uno de estos son las relaciones homosexuales como relaciones naturales que para muchos aún es chocante, así como fue la revolución en épocas

pasadas cuando la discriminación azotaba a las mujeres, a los negros a quienes posteriormente se les otorgó los derechos que tenían desde un inicio sino que por una visión tontamente conservadora de la sociedad que se creía “normal”, no fueron conferidos desde un inicio sino que más bien tuvieron que esperar que esos derechos fueran arranchados y ejercidos de una forma que no muchos la esperaban , pero que sirvió para que la sociedad actual abra los ojos y simplemente de un paso adelante en estos aspectos y no se quede estancada como se pretende en la nuestra con este tipo de pensamientos que lo único que hacen es provocar discrimen y represión en contra de estos grupos sociales que son minoría.

A manera de conclusión referente a la situación actual en nuestro país es preciso acotar que el mencionado grupo GLBTI ha sido víctima de una discriminación constante a pesar de que la Constitución expedida en el año 2008 en su artículo 11 numeral 2 expresa lo siguiente:

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

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

De la misma manera el artículo 66 de la Constitución Ecuatoriana en su numeral cuarto, noveno y onceavo indica lo siguiente:

Numeral cuarto:

“Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

Numeral noveno expresa:

“El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras”.

El numeral 11 del artículo en mención:

“El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político, ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención Médica”.

Sin embargo pese a la regulación que tiende a proteger a los ciudadanos en el Ecuador, es preciso acotar que el grupo GLBTI ha sido profundamente discriminado a tal punto de ser considerada sus preferencias de índole sexual como una enfermedad y una adicción que puede ser tratada o curada, sin embargo como se mencionó en puntos anteriores la homosexualidad no es un trastorno mental sino una preferencia de índole sexual y por ende no puede ser tratado, pese a esto en el Ecuador existen centros que

pretenden curar o dar tratamiento a la Homosexualidad, los mencionados establecimientos lo único que realizan es vulnerar los derechos humanos y lo que garantiza nuestra propia constitución en los artículos antes mencionados, más bien promueven una discriminación e incrementan el odio y represión hacia este grupo social.

2.5 Sentencias relevantes para la lucha y aceptación del matrimonio Igualitario en Estados Unidos.

Ahora al hablar de igualdad de derechos entre las parejas homosexuales como de las parejas heterosexuales, a finales de junio del año 2013, la comunidad GLBTI en Estados Unidos celebró dos fallos de la Corte Suprema.

El primer caso la Corte Suprema derogó una ley que negaba los beneficios federales a las parejas homosexuales y en el segundo caso, allana el camino para que las parejas conformadas por personas del mismo sexo, continúen contrayendo matrimonio entre sí.

En el primero, una viuda en el estado de New York, Edith Windsor de 83 años de edad, enviudó en 2007 de quien habría sido su esposa Thea Spyer con quien contrajo matrimonio en Canadá, 44 años de convivencia y recibió una herencia motivo por el cual tuvo que pagar \$350.000 en impuestos por la ley de 1996 de defensa del matrimonio en definirlo a éste como la unión entre un hombre y una mujer. La deferencia radica en que si el matrimonio hubiera sido válido a nivel Federal, no hubiese tenido que pagar nada. Es éste el motivo que llevó el caso de Edith Windsor a las autoridades en donde se cataloga a dicha ley como inconstitucional, ya que negaba a las parejas casadas homosexuales los mismos derechos y beneficios de las parejas heterosexuales. Por lo tanto esta decisión permite que las parejas homosexuales casadas en los doce de los

cincuenta estados y en la capital de Washington DC tengan los mismos beneficios de las parejas heterosexuales.

De las resoluciones acotadas podemos concluir que la comunidad GLBTI en países como los Estados Unidos se les han confirmado el reconocimiento de sus derechos, regulando aspectos vitales para los interés de las parejas que poseen esta inclinación, lo conlleva a una aceptación y una verdadera igualdad tanto jurídica como social.

(La Comunidad GLBTI celebra dos fallos de la Corte de Estados Unidos, El Hoy, 2013, pág. 2)

CAPITULO III:

CASO PARADIGMATICO: Fallo del Tribunal Constitucional de España ante el recurso de inconstitucionalidad de la ley 13-2005 que reforma el Art. 44 del Código Civil español que preceptúa: “El matrimonio tendrá los mismo requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”

3.1 Antecedentes preliminares.

El tercer capítulo de mi trabajo de grado hace alusión principalmente a lo siguiente:

- Se trata de la sentencia dictada por el tribunal constitucional de España ante el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley 13-2005 del 1 de julio del años 2005, publicada en el registro oficial el día 2 de julio del mismo año, por la que se modifica el código civil en materia del derecho de contraer matrimonio.
- La ley 13-2005, que modifica el art 44 del Código Civil español del derecho a contraer matrimonio se añade un segundo párrafo al art 44 de dicho código.

El Art 44 del citado código dice:

“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme las disposiciones de éste Código.

El matrimonio tendrá los mismo requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”

Tal como se puede apreciar de lo antes acotado, la reforma consiste en el segundo inciso que se añade a dicho artículo y que dice lo siguiente:

“El matrimonio tendrá los mismo requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo sexo o de diferente sexo”.

Los demás apartados como lo son dentro del mismo cuerpo legal el Art. 66, Art. 67 Núm. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, Art. 46, Art. 48, Art. 53 obviamente van adoptando terminológicamente diversos preceptos sustituyendo expresiones como “marido y mujer” por la de “cónyuges”, “consorte”, el “padre o madre” por los “padres”.

- Es necesario en este punto del capítulo a tratarse y, una vez detallado los puntos anteriores respecto de la reforma mencionada al Código Civil Español, hacer un análisis general de los que indica la Carta Magna Española en su Art. 32 :

“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y los deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

Con esta mención del articulado de la Constitución de España podemos a simple vista darnos cuenta de la facilidad con la que se puede simplemente se puede plantear una reforma a un cuerpo normativo debido a la gran apertura del artículo mismo.

Ahora dentro del mismo tema hago alusión a lo que reza nuestra Carta Magna en su Art. 68 el cual me permito transcribir:

“Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo

matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”

Es un tema que se ha discutido mucho incluso previo a la aprobación de la Constitución en el año 2008 y que claramente podemos concluir que este artículo ampliamente redactado indica la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan acceder a la unión de hecho como la conocemos nosotros y pues que simplemente se deje de un lado el conservadorismo tradicional que se venía adoptando anteriormente, aun así sin la posibilidad de que se pueda contraer matrimonio entre personas del mismo sexo así como tampoco la posibilidad de la adopción de menores por parte de parejas homosexuales; pero lo que si podemos sacar como conclusión de lo que indica cada normativa en sus articulados respectivamente es la real apertura a la que se prestan sus redacciones y pues simplemente sean para que las personas quienes se sientan beneficiadas de dichas nuevas redacciones ejerzan sus derechos como crean conveniente, pero este es el primer paso que ha dado nuestra legislación frente al tema esencial del trabajo de grado.

3.2 Recurso de Inconstitucionalidad núm. 6864-2005

Quien presenta el recurso de inconstitucionalidad a tratar es Don Ignacio Astarloa Huarte-Mendioca, representante del Grupo Popular del Congreso Español contra la ley 13-2005

En este recurso se presentan las siguientes alegaciones:

- Se indica que aprobar la ley reformativa 13-2005 no está haciendo más que modificar la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer.

Acompañando a este alegato por parte del proponente del recurso, se hace un breve análisis de como se ha concebido al matrimonio en la historia en distintas legislaciones históricas:

Comenzando por los mismos Romanos, quienes prácticamente adoptaron las mismas leyes y procedimientos legales a Grecia indican que se podían dar dos clases de uniones entre libres:

La primera es la IUSTAE NUPTIAE, tal como lo trataron los romanos es la unión de dos personas de distinto sexo obviamente con la intención de ser marido y mujer, fundada en la convivencia conyugal y en lo que ellos llamaban el AFFECTIO MARITALIS, sin necesidad incluso de que vivan en la misma casa siempre y cuando se guarden la consideración y el respeto debido. A más de todo esto, inclusive sobre el elemento material de la convivencia carnal prevaleció para ellos el elemento de la afección y la intención, así podemos equiparar o mantener relación con dos refranes jurídicos o aforismos romanos: *“nupcias non concubitus sed consensus facit; non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio”* lo que significa que el matrimonio no lo hace la convivencia carnal sino el consentimiento; no lo hace el coito sino la intención de ser marido y mujer.

En la edad media continuando con el comentario sobre el alegato del diputado que propuso el recurso, la iglesia perdió la importancia de que se contrajera matrimonio en las clases bajas sino que más bien se concentraron en hacerlo con las clases altas ya que lo que más importaba era la situación económica. Pues entonces solo con saber que era la iglesia la única que manejaba a situación de los matrimonios es simple entender que los mismo únicamente eran contraídos entre parejas formadas por un hombre y una mujer y pues hasta la actualidad la iglesia ha sido la principal opositora al matrimonio homosexual así como lo han sido muchas legislaciones que se han cerrado a dicha posibilidad tales como algunas americanas como Colombia, Centroamérica y podríamos establecer que hasta cierto punto también la nuestra que como ya lo revisamos anteriormente ha propuesto como inicio un primer paso haciendo referencia las uniones de hecho.

Continuando con el análisis de los alegatos presentados por el Diputado Español en su recurso de inconstitucionalidad tenemos lo siguiente:

- En el mismo alegato se dice que la reforma afecta a las normas que se refieren a la institución del matrimonio y en general a todo el sistema normativo de la familia que se apoya en conceptos jurídicos seculares como el de padre madre esposo esposa y que se dé una total confusión por la posibilidad de que los matrimonio en que los cónyuges pertenecen al mismo sexo, adopten a menores

Efectivamente el concepto tradicional de matrimonio como institución está reflejado en la teoría del Dr. Guillermo Borda que en su enciclopedia de derecho civil primer libro sostiene que el matrimonio es una institución, más que un contrato.

El Dr. Morales en su obra Derecho Civil de las Personas, en su tesis 44 indica específicamente la diferenciación del matrimonio como contrato y el matrimonio como institución jurídica de las cuales ya había mencionado en el primer capítulo de este trabajo pero vale la pena volver a hacerlo para completar el comentario sobre el alegato antes expuesto.

La doctrina clásica según el texto del Dr. Jorge Morales hace alusión a que el matrimonio es un contrato debido a que se necesita del consentimiento de las partes contrayentes, teoría sostenida incluso por los canonistas para que se pudiese dignificar la unión entre un hombre y una mujer, pero al mismo tiempo fueron los liberales de la revolución francesa los que vieron esta teoría mas como un apoyo para el divorcio, puesto que los contrayentes, de tratarse de un contrato pueden dar por terminado el matrimonio por común acuerdo, y pues pese a todos estos puntos de vista, se llega a la conclusión de que el matrimonio es más bien una institución ya que propone fundar una familia, crear una comunidad, procrear, educar a sus hijos, es decir constituye un elemento vital para la sociedad.

Se plantean incluso algunas diferencias de suma importancia entre el contrato y la institución. Una de ellas es que el contrato es una especulación donde comprador y vendedor buscan lo mejor para sus intereses mientras que la institución es un “consortium” es decir donde los intereses son coincidentes; o también que el contrato genera efectos entre las partes mientras que la institución como entidad misma produce efectos también para terceros, y, pues una de las más importantes es que el contrato se ha creado para extinguirse con el cumplimiento por una de las partes mientras que la

institución existe para su prolongación y perpetuación concluyendo entonces que el contrato es rígido y la institución es adaptable.

- El alegato de impugnación dice por ejemplo que: “existen pocas instituciones en la historia de la humanidad con la tradición, solidez e importancia social del matrimonio, institución que responde a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie así como a su perpetuación”

Podemos acotar el siguiente comentario frente al alegato que se ha presentado haciendo alusión a lo que indica el Art. 67 de nuestra Carta Magna mismo que indica lo siguiente:

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

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

En el primer inciso se protege justamente lo que había señalado anteriormente la familia en sus diversos tipos, podemos decir que estas familias en sus diversos tipos podrían incluso ser aquellas conformadas en uniones de hecho por personas que pertenezcan a un mismo sexo; pero así como es claro también en el segundo inciso del mismo Artículo, queda muy clara plasmada la intención del legislador respecto del matrimonio el mismo que únicamente es conformado por personas de distinto sexo, eliminando por completo la posibilidad de que se varíe de alguna manera lo que indica Ignacio Astarloa Huarte-

Mendioca en la posición que señala ante la Corte Constitucional española acerca de la tradición, solidez e importancia social del matrimonio e incluso haciendo referencia a una institución que responde a la lógica de las necesidades naturales y sociales de nuestra especie así como a su perpetuación; por lo tanto nuestra Constitución defiende dicho alegato al mantener a la institución jurídica del matrimonio en la vía tradicional como se la ha mantenido durante toda la historia.

- Dice también dicho alegato que “respetar la institución del matrimonio no es incompatible con la plena equiparación de los derechos civiles de las personas homosexuales”

Precisamente entre los derechos que concede la ciudadanía está el Ius connubium planteado por el derecho Romano dentro del Ius Civitatis, es decir del derecho civil romano se encuentran los derechos de orden público y los derechos de orden privado, y dentro de estos últimos se encuentra el Ius Connubium más conocido como la aptitud para contraer matrimonio de derecho civil mismo que se lo conocía como Iusta Nuptia, que ya lo desarrollé en párrafos anteriores y pues era el único que produce entre el padre y los hijos el poder paternal y la agnación y que permitía únicamente el matrimonio entre hombre y mujer.

- Se argumenta también en el alegato que se debe tomar una posición respecto al art 32 de la Constitución Española.

Para entender a plenitud el argumento que se presenta aun por parte del diputado español que presenta el recurso de inconstitucionalidad me permito transcribir nuevamente el Art. 32 de la Constitución española:

Art. 32

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y los deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

Claramente podemos ver que existe una apertura como lo habíamos indicado anteriormente en el texto mencionado pero así mismo deja también muy claro que son el hombre y la mujer los que tienen derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica, por lo tanto el alegato del jurista se guía más bien por el lado que la inconstitucionalidad del tema recae sobre el primer numeral del Art. 32 mismo que hace referencia a la diferenciación de sexo entre los contrayentes.

- Efectivamente según la interpretación literal el matrimonio viene de la etimología latina “matris” que presupone “engendramiento”. Las palabras “hombre y mujer” se refieren a parejas heterosexuales. No es una creación de la institución matrimonial sino que se remite a la concepción del matrimonio que está de acuerdo con la tradición jurídica española.

Es claro como ya lo hemos acotado anteriormente que la Constitución Política del Ecuador ha abierto una primera puerta para la unión de hecho de dos personas del mismo sexo en la que se trata de respetar la igualdad de los derechos civiles:

pensiones de viudez, disolución de la sociedad de bienes, herencia, etc., pero respecto del tema que plantea Ignacio Astarloa Huarte-Mendioca, referente a la etimología misma de la palabra matrimonio, no es concebible que se pudiese tratar de matrimonio entre personas del mismo sexo puesto que desde el mismo significado de la palabra pierde su naturaleza y por lo tanto se lo estaría degenerando.

- Finalmente El alegato sostiene que el art 32 de la Constitución Española reconoce el derecho constitucional al matrimonio heterosexual pero no a las parejas del mismo sexo y referente al tema sostiene de igual manera que la ley impugnada es completamente innecesaria para los objetivos perseguidos y en todo caso vendrían a ser desproporcionados sin que se atienda a una debida ponderación de los bienes derechos y valores en juego.

3.3 Alegatos del abogado del estado español.

Por otro lado en la segunda parte de este recurso planteado, tenemos los argumentos presentados por parte del abogado del estado en contestación a los antes mencionados mismos que me permito resumirlos a continuación:

- Sostiene en su alegato que: “el legislador puede adoptar dos decisiones igualmente constitucionales:
 - Establecer un matrimonio heterosexual y una unión civil homosexual de idéntico contenido o;
 - bien admitir un matrimonio que dé cabida a parejas heterosexuales y homosexuales en condiciones de plena igualdad.

Lo que sería inconstitucional es no establecer ningún cauce jurídico para las uniones homosexuales que sea semejante al matrimonio en derechos y obligaciones; la prohibición de discriminación y el principio de libre desarrollo de la personalidad determinan la obligación de regular las uniones homosexuales. La orientación sexual es un factor unido al libre desarrollo de la personalidad.

Y, pues este tema argumentado por el abogado del estado no es algo que se aleja de nuestra realidad social puesto que nuestra Carta Magna en su Art. 66 nos indica específicamente en el numeral cuarto y quinto el cual me permito transcribir para mayor comprensión el tema del desarrollo de la personalidad.

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.”

Si analizamos el artículo mencionado respecto del tema, vemos que el texto mismo indica la libertad sobre el desarrollo de la personalidad que el Abogado del Estado al plantear su argumento indica que la orientación sexual es un factor unido a dicho libre desarrollo de la personalidad y más aún cuando nuestra Constitución aclara que el libre desarrollo de la personalidad será garantizado sin limitación de ningún aspecto.

- En la comunidad científica existe consenso en que lo determinante en el desarrollo de los niños no es la estructura de la familia sino la dinámica de las relaciones dan en su seno.

Efectivamente podemos acotar lo siguiente respecto del tema que alega el Abogado del Estado. Primeramente la adopción es un acto voluntario de amor y decisión por cuidar niños y niñas con riesgo de exclusión que lo necesitan, dándoles esa oportunidad de crecer felices en un seno familiar.

Estadísticas indican que el 15% de las parejas homosexuales, tienen hijos biológicos o adoptados, esto quiere decir que las parejas de esta orientación sexual están en busca del derecho de adopción en el caso de no tener hijos biológicos y como lo indica igual estadísticamente, esta cifra va en aumento, incluso se calcula que el 4% de los niños adoptados en Estado Unidos, han sido por parejas homosexuales. Ahora el problema surge con la oposición de que parejas homosexuales adopten niños debido a que se presenta la polémica respecto de que si los niños adoptados por dichas parejas tengan el mismo desarrollo cognitivo e intelectual que los hijos de parejas heterosexuales. Es necesario plantear, creo yo, que debemos tener claro que los niños dispuestos a ser adoptados provienen de hogares destruidos además de venir arrastrando también historias de malos tratos, abusos, y demás vivencia que pudieron haber causado algún trauma en el menor, por lo tanto lo que consideran quienes se oponen al tema de adopción de menores por parte de parejas homosexuales, respecto de cómo se adaptan los menores a hogares de dos padres o dos madres, o como ellos lo consideran hogares “atípicos”, va perdiendo base argumental.

La Universidad de California realizó los estudios respectivos acerca del tema para la averiguación del tipo de repercusión en caso de existir la existe en los menores adoptados por parejas homosexuales y la educación que han recibido de sus hogares y una comparación con los mismos parámetros de aquellos adoptados por parejas

heterosexuales. Las conclusiones fueron que de 82 niños de entre 4 y 8 años de edad que fueron adoptados por parejas heterosexuales y homosexuales sus capacidades intelectuales y la adaptación al hogar fueron iguales. Tras el seguimiento respectivo a las familias adoptantes conjuntamente con el niño adoptado, y haberse realizado estudios psicológicos a los menores y entrevistas a los adoptantes sobre el comportamiento de los niños, se llegó a la conclusión de que Tanto los hijos acogidos por heterosexuales como por homosexuales, hombres y mujeres, aumentaron 10 puntos sus capacidades intelectuales y se estabilizaron sus problemas de conducta. Lo que sí se pudo informar concretamente es que los niños demuestran necesitar el estímulo de sentirse queridos. A parte de esto, los niños adoptados necesitan ayuda psicológica para adaptación a su nuevo hogar, sin tener este tema nada que ver con la orientación sexual de los adoptantes. Así lo señalaba recientemente en un informe la Academia Estadounidense de Pediatría.

<http://lesbianas.about.com/od/Maternidad/a/Ni-Nos-Adoptados-Por-Familias-Homoparentales.htm>

- La constitución no contiene una definición de matrimonio sino que se limita a reconocer el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica (parece ser que el contenido parecería el 68 de nuestra constitución al de la constitución española art 32)

Nuestra Constitución al respecto lo tiene definido dentro de ciertos parámetros en el segundo inciso del Art. 67 mismo que me permito transcribir:

Art 67, Inc. 2: El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Sin embargo como lo habíamos mencionado en líneas anteriores, nuestros legisladores han dejado abierta una puerta con lo mencionado en el Art. 68 de nuestra Constitución mismo que no podemos decir que se asemeja, pero si así como en el Art. 32 de la Constitución española se ha hecho uso de esa apertura para la aprobación del matrimonio entre parejas del mismo sexo, nuestro Art. 68 debido a la apertura que presenta, se ha legalizado las uniones de hecho entre parejas homosexuales.

Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

Finalmente queda claro en el segundo inciso del mismo artículo que la adopción únicamente será para las parejas heterosexuales.

3.4 Resolución del tribunal constitucional de España

Matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes que encuentran cabida en preceptos distintos de la constitución de modo que el texto constitucional no hace depender el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio.

El Tribunal Constitucional de España analiza dos temas:

1. Si la reforma impugnada supone un menoscabo a la garantía institucional del matrimonio; y si;
 2. La reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio.”
- Lo que el constituyente se planteaba en 1978 respecto del matrimonio no tenía nada que ver con la orientación sexual de los contrayentes sino con la voluntad de desligar el matrimonio y la familia, de proclamar la igualdad de los cónyuges y de constitucionalizar la separación y la disolución.
 - La cultura jurídica no se construye solo desde la interpretación literaria sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante”

- La institución matrimonial se mantiene perfectamente reconocible como comunidad de afecto que genera un vínculo, y como sociedad de ayuda mutua entre dos personas que deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, notas esenciales del matrimonio presentes antes y después de la reforma.

Históricamente ha venido expuesto el tema del matrimonio desde el mismo derecho romano como ya lo había hecho mención anteriormente como la unión de dos personas de distinto sexo obviamente con la intención de ser marido y mujer, fundada en la convivencia conyugal y en lo que ellos llamaban el *AFFECTIO MARITALIS*. Fueron los romanos quienes aportaron con este elemento de cabal importancia para que se llegue a contraer matrimonio o *IUSTA NUPTIA* como lo consideraban ellos. Este elemento es la *AFFECTIO MARITALIS* o el afecto que exista entre los contrayentes, era el elemento esencial para que un hombre y una mujer pudiesen casarse, incluso lo que se nos indica es que la pareja podía incluso no vivir o compartir la misma vivienda pero permanecían casado siempre que exista este elemento de unión y afección y respeto entre ellos.

- El régimen jurídico del matrimonio y consecuentemente la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo, no se producen ninguna disfunción en la institución matrimonial por los hechos que a modo de ejemplo se exponen a continuación: por ejemplo de que el matrimonio formado por dos personas del mismo sexo tenga un régimen económico matrimonial, bien el pactado en capitulaciones matrimoniales, bien uno de los dispuestos por el código civil.

Las capitulaciones matrimoniales según no indica Guillermo Borda son las convenciones de carácter patrimonial que celebran los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de celebración, pudiendo pactarse una separación total de bienes, con características de duración indefinida, que obligan también a terceros que contratan con los esposos, no son condicionales que requieren de la existencia de matrimonio para que tengan vida jurídica, mas no se puede decir lo mismo del matrimonio que sin ellas no tuviera vida jurídica. Referente al consentimiento y capacidad de los contrayentes para celebrar las capitulaciones matrimoniales, sigue la regla general de los actos jurídicos aunque al ser menores, u otros incapaces, no cabría la representación legal. Con respecto a las solemnidades de las capitulaciones, la revocabilidad, modificaciones de las mismas y demás temas inmersos dentro del punto de la resolución, no variarían tampoco de ninguna manera así como tampoco lo han hecho en la legislación española una vez que se llegó a aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo que es lo que aclaran en el considerando mencionado.

- Tampoco el régimen de derecho sucesorio se violenta por la identidad de sexo de los componentes del matrimonio en lo relativo al orden sucesorio, régimen testamentario.

A modo de comentario y análisis de este tema que menciona el Tribunal en su resolución, podemos acotar de manera resumida que dentro de nuestra legislación en el tema que se está haciendo referencia no existiría tampoco violación alguna en lo relativo a los órdenes sucesorios; lo que Larrea Holguín indica en su texto sobre la Sucesión por causa de muerte. Hemos aprendido que en cualquier caso de herencia intestada, existe un orden de llamamiento que establece la ley, realizada por órdenes, de modo que los que

están en grado más próximo excluyen a los de grados posteriores. Los del orden que hubiesen sido llamados, tienen la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia. Hasta lo analizado, hemos podido constatar que no existe violación alguna en los órdenes sucesorios. Dentro de un mismo orden pueden encontrarse varias personas así como por ejemplo el Primer orden sucesorio mismo que comprende a los hijos y demás descendientes. En segundo orden sucesorio se encuentran tanto los ascendientes como el cónyuge del causante. En tercer orden sucesorio, en el caso de que el causante no hubiese tenido herederos mencionados en los casos anteriores, serán los hermanos personalmente o representados por sus hijos es decir los sobrinos del causante cuando no han recibido la herencia de su hermano en donde concurre también el Estado a heredar conjuntamente con los sobrinos, y también son parte de este orden sucesorio los medios hermanos recibiendo la herencia en partes iguales; y, finalmente en el cuarto orden es el Estado en heredar cuando no se han podido llamar a los órdenes anteriores.

Respecto en cambio del régimen testamentario en el Ecuador, siendo el testamento un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o parte de sus bienes, es decir total o parcial, para que tenga efecto después de sus días, con la facultad de revocar lo que ha dispuesto en su testamento mientras viva. Pues incluso dentro de la capacidad para testar, el libre consentimiento del testador, las causas de nulidad, vicios del consentimiento y demás temas que competen al régimen testamentario, no se violentaría en ningún aspecto ni punto de nuestra legislación si se llegase a aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo, que es lo que indica el Abogado del Estado, todo lo referente al orden sucesorio y régimen testamentario en la legislación española.

- Lo mismo se puede decir de normas que regulan aspectos personales derivados de la existencia del matrimonio entre dos personas como pueden ser la representación del ausente, la tutela o la curatela.

Nuevamente citando a Larrea Holguín respecto del tema que esta mencionando en la resolución del Tribunal Constitucional español, la curaduría y tutela con referencia a los ausentes, al igual que en la legislación española tampoco sufriría cambio alguno, puesto que nuestra legislación en la categoría de guardas hay especies de curadurías para la protección de bienes de quienes se encuentran ausentes y no pueden cuidarlos directamente que en ningún momento menciones una diferenciación de sexo por ejemplo en el caso que señala nuestro código civil que para las curadurías de bienes del ausente pueden ser nombrados los mismos que para la curaduría de bienes del demente es decir cónyuge, ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado. Finalmente podemos acotar que en este punto de resolución así como en los antes analizados, la diferencia de sexo es irrelevante en el tema que en nuestra legislación así como en la española no marca prohibición u obstáculo alguno para que en el caso extremo de que se llegase a aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestro país, pero, lo que si debemos en primer lugar antes que nada y antes de revisar cualquier otra ley, nuestra Constitución aun lo mantiene claro, el matrimonio será únicamente entre hombre y mujer, pero eso no descarta la posibilidad de que en algún momento se llegase reformar el tema.

.

Finalmente con todos los puntos que se han hecho mención respecto a la resolución del tribunal constitucional español sobre el recurso de inconstitucionalidad de la reforma a la ley 13-2005, se dictó el fallo que me permito transcribir:

3.5 Fallo del Tribunal Constitucional de España.

“En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA, ha decidido

Desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Publíquese esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a seis de noviembre de dos mil doce.

CONCLUSIONES

Para la conformación de una familia desde épocas históricas el matrimonio ha sido una figura de esencial importancia para la formación de la misma, incluso por el mismo hecho de que el matrimonio conformado por un hombre y una mujer permiten la procreación y por lo tanto la prolongación de la especie humana, la cual podríamos llamar una teoría tradicional del tema misma que abarca una institución jurídica fundamentada en una diferenciación de sexo entre los contrayentes. Sin embargo, en las últimas dos décadas, a nivel mundial, los que podríamos llamar miembros de la comunidad GLBTI han ganado espacio en las legislaciones de los distintos estados, comenzando por los europeos permitiendo que sus derechos sean tomados en cuenta en los distintos ámbitos legales, inclusive en la misma institución jurídica del matrimonio, tema que se llevó a un punto muy crítico de discusión entre legisladores de distintas asambleas y congresos a nivel mundial, sin embargo llegando a las conclusiones de que no se puede tener una verdadera igualdad de derechos si existe prohibición de ciertos otros, como es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo tanto legisladores inclusive ya en América Latina han optado por entrar en discusión sobre el tema finalmente dando paso a que fuese aceptado el tema legalmente.

Finalmente con el caso de si es o no constitucional la reforma a la ley 13-2005, misma que no da lugar a una inconstitucionalidad, validando el matrimonio homosexual en la sociedad española, se ha puesto a ojos del mundo entero que no es más que una realidad que se vive en cada comunidad que finalmente va madurando y dejando de un lado aquellas discriminaciones puesto que para tener una sociedad justa y equitativa de

verdad, primero debe despojarse totalmente de aquellas limitaciones con las que alguna vez se excluyó a la mujer, al negro, al indio, al blanco, al extranjero, al creyente, al ateo, y en general al que creíamos distinto. Y, pues si alguien busca una rotunda oposición al matrimonio de personas del mismo sexo esgrimiendo razones éticas y morales, que sea el primero en intentarlo, o como se lo podría decir en palabras bíblicas, “que lance la primera piedra”.

RECOMENDACIONES

A lo largo del desarrollo del estudio del tema planteado para este trabajo de grado puedo finalmente llegar a recomendar:

- Una mayor observación por parte de nuestros legisladores sobre los derechos que no se les consagran a las personas, estamos hablando propiamente de aquellas que tienen orientación sexual distinta dentro del tema del matrimonio a quienes se les encuentra aún prohibido que accedan legalmente al mismo, cuando nuestra Carta Magna del 2008 es sumamente garantista, y poniendo más énfasis aún en el tema de la igualdad de los derechos de las personas, mientras podemos todos ver en la realidad que no se da una práctica tal como lo reza nuestra Constitución.
- Respecto del tema de discriminación queda en manos únicamente de la sociedad rebajar o finalmente eliminar aquella segregación hacia las personas de orientación sexual distinta, puesto que nadie sabe que en algún momento nos podríamos ver involucrados con dichas personas en cualquier ámbito como por ejemplo el laboral, sino inclusive también podrían ser miembros de nuestra familia y no es ni ética ni moralmente posible una discriminación a personas que pudieren pertenecer a nuestro vínculo familiar ; y, a quienes se les ha garantizado los mismo derechos que a nosotros según nuestra Constitución.
- Finalmente como un apéndice del tema de discriminación pudimos ver en el segundo capítulo aquellos casos que salieron a la luz pública donde a las

personas de distinta orientación sexual se les ha ingresado contra su voluntad a centros de “deshomosexualización” donde se violan los derechos humanos de los supuestos pacientes, como si la homosexualidad fuese una enfermedad cuando en realidad está científicamente comprobado que no es así, por lo tanto lo que cabe preguntarse es: ¿Cómo es posible que se trate de curar un tema que médicamente no constituye una enfermedad?. Es por eso que la recomendación a la que hago alusión va directamente al Ministerio de Salud Pública para que se tenga un registro de los centros de rehabilitación con estricto manejo.

BIBLIOGRAFIA

Enciclopedia OMEBA, Tomo XIX. (1991). Buenos Aires: Driskill S.A.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (1992). Madrid: Espasa-Calpe S.A.

<http://www.aceprensa.com>. (20 de Septiembre de 2000). Obtenido de Aceprensa:
<http://www.aceprensa.com/articles/el-parlamento-holand-s-aprueba-un-matrimonio-para-/>

Código Civil . (2003). Quito: Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones.

Un giro en el concepto de familia, *El Comercio*. (4 de Septiembre de 2008). *El comercio*, pág. 4.

<http://abogadatrassens.fullblog.com.ar>. (22 de Julio de 2010). Obtenido de Abogados Mar del Plata.

<http://www.elmundo.es>. (17 de Julio de 2010). Obtenido de Elmundo.

www.rae.es. (2012). Obtenido de Real Academia Español: <http://www.rae.es/rae.html>

¿ Matrimonio Gay?, *El Mercurio*. (19 de Junio de 2013). *El Mercurio*.

El matrimonio igualitario cobra fuerza. *El comercio*. (9 de Mayo de 2013). *EL Comercio*, pág. 2.

<http://www.elmundo.es/america>. (5 de Mayo de 2013). Obtenido de Elmundo.

<http://www.parlamento.gub.uy>. (9 de Mayo de 2013). Obtenido de Republica Oriental del Uruguay .

La Comunidad GLBTI celebra dos fallos de la Corte de Estados Unidos, *El Hoy*. (27 de Junio de 2013). *El Hoy*, pág. 2.

La población transexual es la más vulnerable, *Vanguardia*. (2013). *Vanguardia*, 18.

La Promesa Fallida por la Igualdad, *Vanguardia*. (2013). *Vanguardia*, 14-19.

Los derechos no son dádivas de las mayorías, *Vanguardia*. (2013). *Vanguardia*, 16.

Tenemos los mismos derechos que el Presidente, *Vanguardia*. (2013). *Vanguardia*, 17.

Una historia de ocultamiento y fallas médicas, *Vanguardia*. (2013). *Vanguardia*, 19.

Morales, J. (1992). *Derecho Civil de Las Personas*. Cuenca: Talleres Gráfico Uda.