

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La implementación de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo en  
Ecuador como ejercicio de igualdad del colectivo LGBT**

**Edgar Andrés Buitrón Vaca**

**Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título Abogado**

**Quito Diciembre de 2009**

©Derechos de autor  
Edgar Andrés Buitrón Vaca 2009

*Mis agradecimientos van para el Infinito Creador por ser mi soporte fundamental, a mi familia por su interminable apoyo incondicional en todos estos años, a mis profesores por ser mi ejemplo a seguir, y finalmente quiero dedicar esta tesina a todas las personas cuyas historias me inspiraron a transitar por la travesía de aportar a su comprensión y protección, a esas minorías que piensan diferente, y a todos aquellos que encuentran su esperanza en la lucha por reivindicar sus derechos.*

## **Resumen**

La implementación de las uniones de hecho para las parejas del mismo sexo en Ecuador plantea varios retos legales. Con la aprobación de las uniones de hecho para las parejas del mismo sexo del art. 68 de la nueva Constitución se abre la posibilidad del reconocer legalmente a las parejas del mismo sexo. Primeramente habrá que analizar cómo ha sido tratado el tema en otras jurisdicciones del mundo, y tomarlas como referencia. Entonces se analizará cuál es la normativa legal tanto nacional como internacional que protege al denominado colectivo LGBT como titulares de este derecho (entendido como acrónimo de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, travestis, e intersexuales). Finalmente se deberá someter las normas jurídicas referentes a los derechos de sociedad de bienes, sucesión, tratamiento tributario, seguro social, alimentos, derechos migratorios, además de las obligaciones como inhabilidades generales y protección del maltrato familiar, a una metodología que permita medir la discriminación de estas para entender cómo se debe aplicar un estándar de protección igualitario a las parejas del mismo sexo, y por ende entender como implementar la unión de hecho homosexual en Ecuador.

### **Abstract**

The implementation of the same sex civil partnerships in Ecuador has challenged the Ecuadorian legal system. The passing of the Section 38 of the new Constitution about the recognition of the same sex couples sets out some challenges for the equal treatment. First of all, there is the necessity to analyze how other countries have treated this topic as reference. Therefore, there is the necessity to understand the law of the LGBT people (acronym used for gays, lesbians, bisexuals, transsexual, travesties, and intersexual people). Finally, 7 laws about a civil partnership, inheritance, social security, nourishment, immigrations rights are going to be analyzed to get an understanding about the application of an equal standard of protection for the same sex couples, and how to implement it in Ecuador.

### Abreviaturas

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
Art. o Arts	Artículo o Artículos
CA	Comunidad Andina
CADH	Carta Andina de Derechos Humanos
CADH o Convención	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Código Civil
CDESC	Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales
CDH o Comité	Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CdN	Comité de los Derechos del Niño
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
CIDH o Comisión	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNA	Código de la Niñez y Adolescencia
Comité CEDAW	Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
Comité CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
Convención Belém do Pará	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
CP	Código Penal
CR	Constitución de la República del Ecuador, la Constitución de la República o simplemente la Constitución
Convención	Convención Americana de Derechos Humanos

Corte o CrIDH o Corte	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DCP	Derechos Civiles y Políticos
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECOSOC	Consejo Económico y Social de Naciones Unidas
IR	Impuesto a la Renta
LGBT	Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales, Travestis, Intersex u otras minorías sexuales
OC	Opinión Consultiva
OEA	Organización de Estados Americanos
OG	Observaciones Generales
ONG	Organismo No Gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
OUA	Organización de la Unidad Africana (OAU)
PE	Parlamento Europeo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
Protocolo de San Salvador o Protocolo	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RO	Registro Oficial
UE	Unión Europea
YOGYAKARTA	Principios de Yogyakarta

## CONTENIDO

Contenido .....	viii
Introducción .....	2
Capítulo I .....	5
ANÁLISIS HISTORICO DE DERECHO COMPARADO EN RELACIÓN CON LAS UNIONES DE HECHO.....	5
1.1 Referencia histórica de la institución jurídica de la unión de hecho y del concepto de unión de hecho de parejas del mismo sexo .....	6
1.2 Definición, importancia y características .....	9
1.3 Argumentos a favor y en contra discutidos para la legalización: aproximaciones sociológicas, antropológicas y legales de la familia .....	12
1.3.1 Argumentos de Oposición.....	12
1.3.2 Argumentos de Apoyo .....	13
1.4 Tratamiento de la unión de hecho de parejas del mismo sexo en el Derecho Comparado.....	19
1.4.1 Europa.....	20
1.4.2 África: Sudáfrica.....	23
1.4.3 América del Norte.....	24
1.4.5 Latinoamérica .....	26
1.5 Tratamiento en los sistemas subsidiarios: Sistema Europeo de Derechos Humanos .....	30
Capítulo II.....	6
DERECHO A LAS UNIONES DE HECHO EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS LGBT PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO EN LA	

CONSTITUCION, EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LA DOCTRINA .....	6
2.1 Regulación de las parejas del mismo sexo y normativa LGBT en Ecuador. ....	6
2.1.1 Constitución Política: Principios aplicables a las uniones de hecho de parejas del mismo sexo y contradicción con el Código Civil. ....	37
2.1.1.1 Estado Constitucional de Derechos .....	38
2.1.1.2 Principios Constitucionales Aplicables .....	42
2.1.1.3 Principio de Supremacía .....	42
2.1.1.4 Principio de Aplicación Directa de los derechos.....	43
2.1.1.5 Prohibición de no restricción normativa .....	44
2.1.1.6 Principio “Pro Hominem” o de aplicación más favorable .....	44
2.1.1.7 Principio de Progresividad.....	45
2.2 Otros derechos constitucionales LGBT relacionados .....	47
2.3 Características de los Derechos .....	49
- Irrenunciable .....	51
- Indivisible .....	51
- Interdependiente.....	51
- De Igual jerarquía .....	52
2. 4 La Homosexualidad en la Historia .....	52
2. 5 Terminología LGBT: Sexo, Género, Orientación e Identidad.....	54
Sexo .....	55
Orientación sexual.....	55
Homosexual .....	55
Heterosexual .....	55
Bisexual.....	55

Género .....	55
Identidad sexual.....	56
Transgénero .....	56
Transexual .....	56
2.6 Otra normativa nacional relacionada a la temática LGBT .....	59
2.7 Regulación Internacional de la temática LGBT: Instrumentos Internacionales y los Principios de Yogyakarta.....	62
Capítulo III .....	69
Principio de igualdad y no discriminación para personas lgbt como equiparación de derechos para parejas del mismo sexo .....	69
3.1 Principio de igualdad y no discriminación.....	70
3.2 La Discriminación en el Sistema Interamericano.....	75
3.3 Jus Cogens y Erga Omnes .....	78
3.3.1 Discriminación de Jure y de Facto.....	79
3.4 No Discriminación por Orientación Sexual:.....	80
3.5 Discriminación LGBT en el Ecuador .....	91
3.5.1 Historia de las Uniones de Hecho para parejas del mismo sexo en Ecuador:.....	95
3.6 Igualdad Formal y Material:.....	97
3.7 Excepciones al Principio de Igualdad .....	99
3.7.1 Acción Afirmativa .....	99
3.7.2 La diferenciación no discriminatoria .....	103
3.7 Normas sometidas al Test del Trato Discriminatorio.....	105
1. Efectos Alimentarios .....	109
2. Derecho a conformar una sociedad de bienes.....	112
3. Efectos Sucesorios y a la Porción Conyugal: .....	115

4.	Efectos Tributarios:.....	117
5.	Efectos Relacionados con la Seguridad Social y beneficios sociales..	119
6.	Derecho a adoptar para parejas del mismo sexo .....	121
7.	Derechos migratorios.....	126
8.	Generación de obligaciones relativas a la Violencia Intrafamiliar e inhabilidades generales.....	129
	3.8 Otra Normativa discriminante no sometida al Test de la Proporcionalidad .....	132
	Conclusiones y Recomendaciones:.....	135
	Bibliografía.....	143
	ANEXOS.....	160
	Escritura Declaración Juramentada Primera Unión de Hecho .....	160
	Artículo La Hora .....	168
	Artículo Vistazo.....	171
	Principios de Yogyakarta.....	174

## INTRODUCCIÓN

En el último siglo se ha estudiado profundamente varios temas de derechos humanos como los derechos de la mujer, el sufragio universal, los derechos de los niños, la protección de las minorías raciales, la integración de los discapacitados, los alcances del debido proceso, la protección al medio ambiente, la autodeterminación de los pueblos indígenas, pero los derechos de las minorías sexuales no han sido estudiados en la misma medida. Un tema de estudio es precisamente la unión de hecho de parejas del mismo sexo. Hace aproximadamente dos décadas en la mayoría de ordenamientos jurídicos del mundo, la situación de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo no estaba regulada. Ello la convierte en uno de los temas más novedosos y de mayor debate en la actualidad por tratar temas polémicos como el respeto a la diversidad sexual sobre las tradiciones culturales discriminatorias. Las situaciones planteadas en el ámbito de la convivencia de estas relaciones no tenían respuesta en el ámbito legal en Ecuador hasta antes de que se aprobase la nueva Constitución, la cual marca el punto de partida para la protección jurídica de las parejas del mismo sexo. Por ello hay que reinterpretar esta institución desde un enfoque de género y derechos humanos bajo el paraguas de la nueva Constitución y sus principios, así como los estándares internacionales establecidos en los diferentes instrumentos internacionales. Ello permitirá constituir el mecanismo de protección adecuado para el

respeto de los derechos humanos de estas minorías sexuales que han visto tradicionalmente vulneradas. Por ello esta tesina busca equiparar los derechos de la unión de hecho de personas del mismo sexo con la protección dada a la anterior unión de hecho heterosexual y la protección que recibe el matrimonio, ambas fuentes de familia, y así encontrar el mecanismo de reivindicación los derechos del colectivo LGBT en Ecuador como ejercicio de igualdad.

Actualmente varios países han reconocido a las uniones civiles para las parejas del mismo sexo equiparándolas al matrimonio. Por ello habrá que hacer una reseña histórica que nos ayude a entender porqué surge la institución de la unión de hecho, y si esta institución podría garantizar los derechos que requieren las parejas del mismo sexo. En el primer capítulo se analizará los estándares de protección que han dado diferentes países para establecer una proyección de cómo ha tratado el Derecho Comparado a las uniones de parejas del mismo sexo, y por ende cómo deben ser tratadas por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Adicionalmente será interesante analizar cuál ha sido del criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha sido el único mecanismo subsidiario que se ha pronunciado sobre el tema. Será necesario entonces establecer parámetros de protección de específicamente de seis efectos jurídicos tradicionales que se han dado a parejas del mismo sexo en otras jurisdicciones: el régimen común de bienes, los derechos sucesorios, los derechos tributarios, los derechos migratorios, y los derechos de adopción.

Posteriormente debemos analizar cuál ha sido el tratamiento que reciben los titulares de este derecho, es decir el denominado colectivo LGBT (acrónimo con que se denominará a las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales, Travestis, Intersexuales). En el segundo capítulo se analizará como regula el ordenamiento jurídico ecuatoriano a los derechos del colectivo LGBT, donde se estudiará una variedad de regulaciones recientes que establecen la estructura adecuada para el tratamiento de la temática. Adicionalmente se hará una reseña de la principal jurisprudencia y también se hará una reseña del tratamiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables al caso. Se abordará la diversidad sexual y el uso adecuado de la terminología para entender las posibles combinaciones de los posibles titulares de la unión de hecho.

Finalmente en el tercer capítulo se podrá analizar la naturaleza misma del principio de igualdad, desde un enfoque doctrinario hasta los precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana. En este capítulo se podrá establecer en contraste con el Derecho Comparado cuáles efectos podrán ser efectivos para las uniones de hecho de parejas del mismo sexo aplicando la metodología del Test de Proporcionalidad a diversas normas ecuatorianas. Así, se puede tener certeza de cuáles normas podrán ser equiparables con las figuras familiar del matrimonio. Entonces ahí podremos ver si los efectos jurídicos del matrimonio son equiparables a las de la unión de hecho de parejas del mismo sexo.

## CAPÍTULO I

# ANÁLISIS HISTORICO DE DERECHO COMPARADO EN RELACIÓN CON LAS UNIONES DE HECHO

*“La respuesta es meridiana. Se trata de un asunto de justicia ordinaria. En Sudáfrica luchamos contra el apartheid porque se nos culpaba y se nos hacía sufrir por algo que no podíamos evitar [ser negros]; pues con la homosexualidad y el matrimonio gay pasa lo mismo. La orientación nos viene dada, no es una cuestión de elección. Sería absurdo que nadie eligiera ser gay con la homofobia que existe.”*

Respuesta del Arzobispo Desmond Tutu a la pregunta de por qué apoyaba abiertamente la igualdad de las minorías sexuales durante una entrevista concedida, según informaciones en 1998 durante la VIII Asamblea del Consejo Mundial de Iglesias<sup>1</sup>.

Este capítulo tiene por finalidad analizar cuáles han sido los logros alcanzados a nivel internacional en el reconocimiento de los derechos de las uniones de parejas del mismo sexo. Se trabajará desde el Derecho Comparado, reseñando las

---

<sup>1</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL. “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género”, disponible en <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLACT790012004> publicado el 30 de marzo del 2004 y consultado el 11 de agosto del 2009, p.1

leyes reformadas, creadas o derogadas que han marcado una protección efectiva de los derechos a favor de las parejas LGBT<sup>2</sup>. La definición de minorías sexuales o colectivo LGBT hace referencia a las personas que, de acuerdo con estudios poblacionales a nivel mundial, conforman el 10% de la sociedad<sup>3</sup>, es decir una cantidad aproximada de 1'200.000 habitantes para el caso ecuatoriano.

Este capítulo partirá desde un análisis histórico de las uniones de hecho, hasta un análisis actualizado del Derecho Comparado actual, basado en la regulación legal de las mismas en doce países. Adicionalmente se incluirá un análisis de los debates que han girado en torno a la legalización de las uniones de parejas LGTB. Los derechos que se analizarán serán: el régimen común de bienes, los derechos sucesorios, los derechos tributarios, los derechos migratorios, y los derechos de adopción.

### **1.1 Referencia histórica de la institución jurídica de la unión de hecho y del concepto de unión de hecho de parejas del mismo sexo**

La unión de hecho es una institución del Derecho de Familia que regula las relaciones familiares paralelamente al matrimonio, difiriendo solo en sus aspectos formales “que le dan a este último un clásico carácter jurídico civil”<sup>4</sup>. Las uniones de hecho se han presentado de diversas formas y denominaciones, dependiendo de la cultura y el país donde se presenten<sup>5</sup>: uniones civiles (*civil partnerships*), uniones registradas (*registered partnerships*), uniones domésticas (*domestic partnerships*), relaciones significantes (*significant relationships*), relaciones de beneficios recíprocos (*reciprocal beneficiary relationships*), matrimonios diferentes reconocidos consuetudinariamente (*common-law marriage*), relaciones de adultos independientes (*adult interdependent relationships*), uniones estables (*stable unions*), ó los Pactos de Solidaridad Civil (*civil solidarity pacts*) como se han denominado alrededor de las jurisdicciones del mundo.

---

<sup>2</sup> Se utilizará las siglas LGBT como mecanismo de inclusión femenina de reivindicación real que no siga las tendencias heteropatriarcal, para ser utilizado como genérico de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales, Transgénero, Intersex o Queers. Es decir será sinónimo de GLBT, GLBTI, GLBTII, ó GLBTIIQ.

<sup>3</sup> A. KINSEY, *Sexual Behavior in the Human Male*, Saunders, Philadelphia, 1948, p. 610

<sup>4</sup> L. PARRAGUEZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, 1998, p. 221

<sup>5</sup> R. MÁRQUEZ, “Concubinato”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006. pp. 518-520

La unión de hecho aparece como la figura del concubinato en la antigüedad. El concubinato estuvo regulado por el Derecho Romano en las *Institutas de Gayo*, la *Ley Julia* y el *Corpus Juris Civile*. Estas leyes no le confirieron un carácter peyorativo. Ese carácter peyorativo le fue conferido posteriormente con la figura de la *barraganía* en el Derecho Español. Es decir que históricamente se crearon las uniones de hecho para regularizar las relaciones que no estaban contempladas para el matrimonio, dándoles plenos derechos a los hijos considerados ilegítimos. Como dato interesante, el concubinato fue aumentando progresivamente en Roma porque la legislación de las leyes de *Papia Poppae* y *Iulia de Aulterris* prohibieron “el matrimonio entre senadores y mujeres libertas y de teatro, como asimismo entre ingenuos y mujeres ignominiosas”<sup>6</sup>, y en consecuencia el concubinato era el único mecanismo de reconocimiento legal para las relaciones de estas mujeres. Así, a la época del emperador Justiniano se vuelve necesario que se deroguen las limitaciones del concubinato y se permita las uniones de personas de diferentes clases. De hecho, el mismo Justiniano tuvo una concubina la cual tuvo una amplia aceptación social: “mayor todavía estimándosele como *inaequale coniugium*”<sup>7</sup>. Finalmente en la época de Constantino se empezó a abolir esta figura por considerarla contraria a la moral cristiana, aunque no fue sino hasta la época de “los emperadores cristianos Basilio y León cuando pudo ser proscrita”<sup>8</sup> de manera formal. Para el Derecho Romano la unión de hecho tenía un rango inferior al matrimonio *iusta nuptiae*, en virtud de que no se realizaban todas las formalidades necesarias, frecuentemente porque uno de los miembros de la pareja carecía de la calidad de ser ciudadano romano como las mujeres “púberes, esclavas o manumitidas”<sup>9</sup>. Es interesante analizar como la mujer del concubinato no tenía los mismos derechos que las mujeres casadas con los ciudadanos romanos pues, “la concubina no participaba de las dignidades de su compañero, no existía el dote, ni tampoco había lugar a la donación por causad de nupcias... y la disolución no tenía carácter de divorcio” y en general su derecho de suceder era sumamente restringido.<sup>10</sup> Sin embargo el Derecho

---

<sup>6</sup> J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 563

<sup>7</sup> J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, Óp., Cit., p. 567

<sup>8</sup> R. PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 304-306.

<sup>9</sup> R. MÁRQUEZ, “Concubinato”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Óp. cit., p. 519

<sup>10</sup> R. MÁRQUEZ, “Concubinato”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Ibíd. p. 519

Romano consideraba al concubinato como una relación caracterizada por “la continuidad para contraer matrimonio de dos personas que aparentan vivir ligadas por un acto legalmente reconocido”<sup>11</sup>, es decir el derecho de acudir a una institución sin transgredir la ley para que se les reconozcan derechos como es el caso de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo.

Posteriormente en la Edad Media, con la influencia de la Iglesia cobra importancia el matrimonio como sacramento, lo cual produce una disminución en el reconocimiento de las uniones de hecho. En el Código de Derecho Canónico se definió al matrimonio como un sacramento en que se unían un hombre y una mujer para formar una familia:

1055 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento.

En esta época Santo Tomás de Aquino dejó plasmado su pensamiento contra las uniones de hecho al considerar que sólo el matrimonio está instituido por Dios para el bien de la prole, pues sirve “no sólo para engendrar... sino también para conducirlo a su estado perfecto”<sup>12</sup>. El arribo del Cristianismo cambia la visión de concubinato considerándole inmoral, por lo que “el año 887 después de la era de Cristo, el emperador Cristiano León dejó sin vigencia las leyes que permitían el concubinato”<sup>13</sup>. Posteriormente en 1563 el Concilio de Trento reglamentó penas severas contra las amancebas tales como la excomunicación<sup>14</sup>, quedando totalmente abolido el concubinato.

El concubinato o la unión de hecho reaparece en el Derecho Español como influencia del Derecho Romano justiniano bajo la figura de la *barraganía* en las *Siete Partidas*. De hecho se corrobora la existencia de esposas ilegítimas en los testamentos

---

<sup>11</sup> M. OSORIO, “Concubinato”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. 2, Buenos Aires: Driskill, 1998, pp. 619-623.

<sup>12</sup> R. MÁRQUEZ, “Concubinato”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Óp. cit., p. 205

<sup>13</sup> M. MONROY, *Derecho de Familia y de Menores*, Librería Jurídica Wiches, Bogotá, 1996, p. 328

<sup>14</sup> M. MONROY, *Derecho de Familia y de Menores*, *Ibíd.*, p.328

de Alfonso XI, Enrique II, Enrique III, y Juan II, que “beneficiaron a concubinas y a bastardos”<sup>15</sup>.

La influencia de la Iglesia conllevó a que la unión de hecho no sea reconocida, incluso en procesos históricos de reivindicación de derechos como la Constitución de la Revolución Francesa. La Constitución de 1791 reglamentó al matrimonio como un mero contrato civil, y se eliminó toda la reglamentación del concubinato con el Código Civil Napoleónico de 1843<sup>16</sup>.

En Ecuador el concubinato se relacionaba “como circunstancia habilitante para efectos de investigación de la paternidad”<sup>17</sup>, modelo que aparece desde su primera reseña de la Constitución de 1978. Las uniones de hecho se reglamentan recién en el año de 1982 con la expedición de la Ley 115<sup>18</sup> hoy codificada en los artículos 222 y siguientes del Código Civil. Esta ley reformó los delitos relacionados al concubinato contenidos en el Código Penal para esa época<sup>19</sup>.

Finalmente a partir de los años noventa se va reconociendo las uniones de hecho para parejas del mismo sexo en el mundo<sup>20</sup>. Este reconocimiento empieza en 1989 con Dinamarca, y le han seguido la mayoría de países europeos, los cuales han garantizado los mismos derechos que los convivientes de uniones heterosexuales<sup>21</sup>. En Ecuador recién con la CR<sup>22</sup> de 2008 se permite el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin que se haya reformado el ordenamiento jurídico inferior para su implementación hasta la actualidad.

## 1.2 Definición, importancia y características

La unión de hecho tiene su origen etimológico del latín “*concubinatus*” del cual deriva la palabra concubina. Esta palabra está formada por las raíces latinas “*cum*” y

<sup>15</sup> J. BENEYTO, *Una historia del Matrimonio*, Eudema, Madrid, 1993, p. 14

<sup>16</sup> M. MONROY, *Derecho de Familia y de Menores*, Óp. Cit., p. 328

<sup>17</sup> L. PARRAGUEZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, Óp. Cit., p. 236

<sup>18</sup> Ley 115. Decreto N° 2636, RO N° 621 del 4 de Julio del 1978 (Codificada CC).

<sup>19</sup> L. PARRAGUEZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, Óp. Cit., p. 225

<sup>20</sup> Posteriormente vino Noruega (1993), Suecia (1995), Hungría (1996), Islandia (1996), Holanda (1998), Francia (1999), Bélgica (2000), Finlandia (2002), Portugal (2001), Alemania (2001), Luxemburgo (2004), Andorra (2005), Reino Unido (2005), República Checa, Eslovenia (2006), y Suiza (2007).

<sup>21</sup> INTERNATIONAL LESBIAN AND GAY ASSOCIATION (ILGA), *Mapa Histórico actualizado al 2008*, Óp. Cit., disponible en <http://www.ilga.org/countries.asp> consultado el 11 de octubre del 2009

<sup>22</sup> Constitución de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 0, publicado en el RO 449 del 20 de Octubre del 2008.

“*cupare*” que significan comunidad de lecho, y por el cual etimológicamente se la define como el trato que un hombre le da a su concubina<sup>23</sup>. A esta figura se la ha referido como la “cohabitación más o menos prolongada y permanente de un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos”<sup>24</sup>. En este sentido el art. 68 de la CR la define como:

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.

Históricamente el matrimonio ha sido garantizado como el pilar de la mayoría de sociedades occidentales, sin embargo, también existen uniones de hecho que “no cumplen con la formalidad del matrimonio” como es precisamente el caso de las parejas del mismo sexo. Por ello, a pesar de que el matrimonio ha sido la forma tradicional de convivencia, desde la antigüedad se ha desarrollado paralelamente la unión de hecho como un tipo matrimonio porque “en esencia se estructura sobre las mismas bases de afecto, solidaridad, y proyectos comunes”<sup>25</sup> estableciendo así su importancia.

La unión de hecho al tener las mismas bases de afecto, solidaridad y proyecto comunes, se convierte en un contrato social y por ende en una fuente de relaciones de familia, que consiste en una “situación jurídica en la que se encuentran (personas) que, sin matrimonio pero imitándolo conviven establemente”<sup>26</sup>. Entonces la importancia de esta figura está establecida sobre la vida en común que emprenden las personas, las cuales “comparten una casa y una vida como si fueran esposos, sin haber contraído ninguna especie de matrimonio, ni religioso ni civil”<sup>27</sup>, y que en resumen comparten un proyecto de vida. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) ha establecido que el proyecto de vida se asocia a la realización personal, la cual se sustenta en “las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el

---

<sup>23</sup> S. SEGURA MUNGUÍA, *Diccionario por Raíces del Latín y de las Voces Derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, p. 24

<sup>24</sup> Cfr. R. MÁRQUEZ, “Concubinato”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Óp. cit., pp. 518-520

<sup>25</sup> I. BOLAÑOS, Óp. Cit., p.40

<sup>26</sup> J. PARRA, *Manual de Derecho Civil*, Temis, Bogotá, 1997. p. 314

<sup>27</sup>J. PARRA. *Ibíd.*, p. 315

destino que se propone”<sup>28</sup>. Para la Corte precisamente se deben tomar en cuenta estas condiciones como las aptitudes propias, y que en el caso de las parejas del mismo sexo se pueden cumplir a través de una institución como la unión de hecho.

Doctrinariamente se conocen diferentes clasificaciones de la unión de hecho como: simple y calificado, perfecto e imperfecto, de hecho-hecho y de derecho, entre otras. Se lo denomina simple cuando se trata de personas libres (solteras o viudas) que están en posibilidad de poder casarse como el caso de la unión de personas de sexos opuestos. En cambio, la unión es calificada cuando a la “pareja no le es posible contraer matrimonio” como es el caso de las parejas del mismo sexo<sup>29</sup>. La unión es de derecho cuando cumple con los requisitos legales, y la unión de hecho es de hecho cuando no cumple los requisitos establecidos en la legislación<sup>30</sup>. Por ejemplo, las parejas del mismo sexo antes de la CR del 2008 calificaban como uniones de hecho-hecho por no cumplir con el requisito de diferencia de sexos, y posteriormente con el cambio constitucional se establecen como uniones de derecho.

Sus requisitos son: 1) una unión monogámica, entendida como el estado en que los compañeros están libres de vínculo matrimonial, 2) debe ser estable, entendida como una relación que se exterioriza frente a terceros como matrimonio, 3) debe dar origen a un hogar de hecho, como un entorno material en que los compañeros viven juntos con el fin de enmarcar su proyecto de vida común, y, 4) subsistir por un tiempo mínimo de dos años<sup>31</sup>. Anteriormente constituía un requisito la diferencia de sexos, lo cual no está vigente por la modificación constitucional en mención.

Para el tratadista VALENCIA ZEA<sup>32</sup>, la unión de hecho se caracteriza por tener:

a) Un carácter de institución jurídica, que le otorga el ordenamiento legal, el cual suprime las connotaciones despectivas, degradante y que en algunos casos de manera intransigente llegaron a tildar de contrarias a la moral social.

---

<sup>28</sup> CIDH, Caso Loayza Tamayo versus Perú (Reparaciones), Sentencia de 27.11.1998, Serie C, n. 42, párr. 147-150.

<sup>29</sup> Cfr. J. PARRA. *Manual de Derecho Civil*. Óp. Cit., 1997. p. 315

<sup>30</sup> L. PARRAGUEZ. Apuntes de clase Derecho de Familia 2006.

<sup>31</sup> Cfr. L. PARRAGUEZ, *Manual de Derecho Civil: Personas y Familia*, Óp. Cit., p. 221

<sup>32</sup> A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil*, Temis, Bogotá, 1997, p. 447

- b) Se la define como una unión marital, con un carácter vinculatorio, por tener un significado legal.
- c) Define los sujetos de esa unión como compañeros permanentes ó convivientes; y,
- d) Consecuentemente las denominaciones de la unión de hecho y sus miembros no deben contener connotaciones de concubinato, que traían aparejado un sentido despectivo. Es decir se debe utilizar los términos legales “unión de hecho, compañero permanente” o conviviente para evitar dicha connotación.

Para el tratadista LAFONT PIANETA las personas en la unión de hecho deben comportarse como si fueran cónyuges, es decir que deben exteriorizar conductas que reflejen el trato de pareja:

exteriorizaciones fácticas que subjetiva y objetivamente hacen que la pareja sea el uno para el otro como una sola cosa. Lo primero significa la concesión personal y recíproca del cuerpo y del alma, con a la reciprocidad de sus esfuerzos personales y económico. Y lo segundo señala la unidad de vida o la vida junta de la pareja, mediante la disposición permanente y recíproca de cada uno para compartir su vida con el otro, y que se desarrolla variadamente de acuerdo con las circunstancias temporales, territoriales y morales que sean del caso<sup>33</sup>

De la definición se puede concluir que la unión de hecho ya no entabla el carácter despectivo del concubino, lo cual es plenamente aplicable a las parejas del mismo sexo, ya que al ser relaciones que califican como uniones de derecho no entablan una connotación peyorativo.

### **1.3 Argumentos a favor y en contra discutidos para la legalización: aproximaciones sociológicas, antropológicas y legales de la familia**

Las uniones de parejas del mismo sexo han sido reconocidas en diferentes jurisdicciones de todo el mundo, donde la polémica por su reconocimiento ha sido ampliamente debatida en sus respectivos órganos legislativos. Sus discusiones se han centrado en la protección de la familia como institución básicamente.

#### **1.3.1 Argumentos de Oposición**

Los opositores han argumentado que las uniones de parejas del mismo sexo no pueden tener los mismos derechos que los derechos reconocidos para el matrimonio básicamente en tres puntos: se abriría la posibilidad de legalizar relaciones poligámicas,

---

<sup>33</sup> P. LAFONT PIANETA, *Derecho de Familia*, Librería del Profesional, Bogotá, 1997, p. 135

se desgastarían varios principios religiosos como la concepción de homosexualidad como pecado, y se dejaría sin un referente de paternidad y/o maternidad a los niños<sup>34</sup>. Su mayor detractor es la Iglesia, una de las mayores protectoras del *statu quo* social, la cual asume una posición ultraconservadora resumida en las declaraciones de la Congregación para la Doctrina de la Fe:

La enseñanza de la Iglesia sobre el matrimonio y la complementariedad de los sexos proponen... (que) el matrimonio no es una unión cualquiera entre personas humanas. Ha sido fundado por el Creador, que lo ha dotado de una naturaleza propia, propiedades esenciales y finalidades. Ninguna ideología puede cancelar del espíritu humano la certeza de que el matrimonio en realidad existe únicamente entre dos personas de sexo opuesto, que por medio de la recíproca donación personal, propia y exclusiva de ellos, tienden a la comunión de sus personas. Así se perfeccionan mutuamente para colaborar con Dios en la generación y educación de nuevas vidas<sup>35</sup>.

El tratadista ecuatoriano JUAN LARREA HOLGUÍN, antiguo referente de la materia civil en el Ecuador, sigue precisamente esta doctrina de la Congregación. Para él no eran válidas las uniones de hecho de parejas del mismo sexo porque “el hombre no altera en vano las leyes de la naturaleza; la venganza de ella es terrible... Ahí está la disminución de la natalidad, allí la pérdida de la autoridad de los padres, allí la criminalidad en auge”<sup>36</sup>. Esta posición imposibilitó el reconocimiento de las parejas del mismo sexo por varios años en Ecuador.

### 1.3.2 Argumentos de Apoyo

Sin embargo el mundo académico ha tomado la posición de que los Estados no deben interferir en las relaciones personales, y de hecho la Asociación Americana de Antropología manifestó desde el año 2004 que no existe “evidencia para que se mantenga al matrimonio como una institución exclusivamente heterosexual”, ya que las relaciones de parejas del mismo sexo contribuyen a formar sociedades estables y

---

<sup>34</sup> COALITION TO SAVE MARRIAGE IN NEW YORK, “*The Case Against Same-Sex Marriage and Civil Unions*”. 21 de Enero de 2008. Disponible en <http://www.savemarriageny.org/The%20Case%20Against%20Same-Sex%20Marriage%20and%20Civil%20Unions.pdf>. consultado 07 de octubre del 2009.

<sup>35</sup> JUAN PABLO II, en la audiencia concedida al Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, del 28 de marzo de 2003, aprobó las presentes Consideraciones, decididas en la Sesión Ordinaria de la misma, y ha ordenado su publicación. En la obra de R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Ediciones Abya Yala, Quito, 2009, p. 37.

<sup>36</sup> J. LARREA HOLGUÍN, *Derechos Civil del Ecuador*, t II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1995, p. 28

humanas<sup>37</sup>. Adicionalmente la Sociedad Americana de Psiquiatría estableció que no existe evidencia científica para discriminar a las parejas del mismo sexo en el reconocimiento de los derechos, obligaciones y beneficios conferidos por el matrimonio civil heterosexual<sup>38</sup>.

Con ello queda claramente establecido que el no reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo no tiene un fundamento científico. Además son diversas las perspectivas del tratamiento del tema como la teológica, filosófica, ética, histórica, antropológica, jurídica, etnológica, sociológica, entre otras. Sin embargo, las principales acepciones de la conformación de las uniones de hecho como fuentes válidas de familia vienen de las siguientes:

### 1.3.2.1 Aceptación Sociológica

La Sociología definió en un principio a la familia como “la acción social más significativa, más universal, más reconocida y más determinante”<sup>39</sup> bajo tres teorías que la consideran como: espacio de preparación de individuos (como mecanismo de socialización de los individuos), institución social (conjunto de comportamientos sociales que regulan los roles donde la familia impone valores) e institución cambiante (donde la familia se adapta a diferentes situaciones y circunstancias como la industrialización). Con esta última teoría, la sociología demostró que la familia y sus

---

<sup>37</sup> Traducción del texto original hecha por el autor: " "The results of more than a century of anthropological research on households, kinship relationships, and families, across cultures and through time, provide no support whatsoever for the view that either civilization or viable social orders depend upon marriage as an exclusively heterosexual institution. Rather, anthropological research supports the conclusion that a vast array of family types, including families built upon same-sex partnerships, can contribute to stable and humane societies", SOCIEDAD AMERICANA DE ANTROPOLOGÍA, *Statement on Marriage and the Family*, disponible en [http://web.archive.org/web/20080117075617/http://www.aaanet.org/press/ma\\_stmt\\_marriage.htm](http://web.archive.org/web/20080117075617/http://www.aaanet.org/press/ma_stmt_marriage.htm) y consultado el 11 de agosto del 2009.

<sup>38</sup> Traducción del texto original hecha por el autor: "There is no scientific basis for distinguishing between same-sex couples and heterosexual couples with respect to the legal rights, obligations, benefits, and burdens conferred by civil marriage.... Empirical research has consistently shown that lesbian and gay parents do not differ from heterosexuals in their parenting skills, and their children do not show any deficits compared to children raised by heterosexual parents.... [I]f their parents are allowed to marry, the children of same-sex couples will benefit not only from the legal stability and other familial benefits that marriage provides, but also from elimination of state-sponsored stigmatization of their families." SOCIEDAD AMERICANA DE TRABAJADORES SOCIALES, *Amicus para el Caso No. S147999 de la Corte Suprema de California*. Disponible en [http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/documents/Amer\\_Psychological\\_Assn\\_Amicus\\_Curiae\\_Brief.pdf](http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/documents/Amer_Psychological_Assn_Amicus_Curiae_Brief.pdf), consultado el 11 de agosto del 2009.

<sup>39</sup> A. LORENA, *Diccionario básico de antropología*, Abya Yala, Quito, 2008, p. 36

relaciones no son inmóviles, sino que cambian de acuerdo a las necesidades y la dinámica social. En el mismo sentido, la “Declaración sobre el Matrimonio y la Familia” de la Asociación Americana de Trabajadores Sociales sostiene desde un visión sociológica que no existe evidencia científica que valide únicamente el reconocimiento de relaciones de parejas de sexo opuesto<sup>40</sup>. Es por ello, que desde un punto de vista sociológico no existe razón para no considerar a las parejas del mismo sexo como familias pues este es un concepto que ha cambiado en la actualidad y que incluye a estas parejas.

### 1.3.2.2 Aceptación Antropológica

Para la Antropología, la familia constituye el grupo social básico del que se presentan “vínculos afectivos de parentesco y/o económicos”<sup>41</sup>, que históricamente ha servido para implementar mecanismos de aprendizaje entre sus miembros. Existen tres teorías antropológicas que explican las relaciones familiares: la nuclear (típico modelo occidental de padre, madre e hijos con base en la reproducción) que se subdivide a su vez en la matrilineal (cuando gira en torno al grupo femenino) y la patrilineal (donde los descendientes vienen del tronco masculino denominado también heteropatriarcal)<sup>42</sup>. Adicionalmente, se considera a la familia como un “hecho naturalizado”, que interpreta sus relaciones como una realidad de acuerdo a la repetición de conductas<sup>43</sup>. Además bajo la teoría del *etnocentrismo*, las relaciones familiares son creencias culturales que pueden ser consideradas correctas en “nuestra cultura mientras que otras de otras culturas son erróneas”<sup>44</sup>. Es por ello, que antropológicamente se valida cualquier tipo de relación que difiera del modelo clásico nuclear, y del cual hay varios ejemplos: la familia matrilineal de la tribu Trobiand, la familia netamente femenina China o la familia de relaciones de la tribu Kimam<sup>45</sup>. De

---

<sup>40</sup>ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, “Declaración sobre el Matrimonio y la Familia”, disponible [http://web.archive.org/web/20080117075617/http://www.aaanet.org/press/ma\\_stmt\\_marriage.htm](http://web.archive.org/web/20080117075617/http://www.aaanet.org/press/ma_stmt_marriage.htm) consultado el 11 de septiembre del 2009 de septiembre del 2009.

<sup>41</sup> A. LORENA, *Diccionario básico de antropología*, Óp. Cit., Quito, 2008. p. 81

<sup>42</sup> A. LORENA, *Diccionario básico de antropología*, *Ibid.*, p. 81

<sup>43</sup> R. ROBBINS, *Cultural Antropology*. p. 26 en la obra de D. FALCONÍ, *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBTT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Tesis-USFQ, Quito, 2005, p. 33

<sup>44</sup> R. ROBBINS. *Cultural Antropology*. P. 26 en referencia de D. FALCONÍ TRÁVEZ. *Ibid.*, p. 33

<sup>45</sup> Cfr. D. FALCONÍ TRÁVEZ, *op. cit.*, p. 28-33

hecho se han documentado modelos de familias de parejas del mismo sexo en más de 30 tribus africanas como la Kikuyu y la Nuer<sup>46</sup>. Por ello, para la Antropología existe una relatividad de la composición familiar y sus relaciones, donde las relaciones de parejas del mismo sexo constituyen relaciones familiares plenamente validadas. En el mismo sentido, la Asociación Americana De Antropología indica que no existe evidencia científica para discriminar a las parejas del mismo sexo en el reconocimiento de los derechos, obligaciones y beneficios conferidos por el matrimonio civil heterosexual<sup>47</sup>.

También se ha considerado que la globalización ha dinamizado las relaciones de familia, permitiendo realidades no pensadas:

Los movimientos internacionales de trabajadores, los desplazamientos de personas derivados de la sociedad del ocio y la globalización económica y social hacen que la sociedad actual sea una sociedad multicultural. ¿Qué es una «sociedad multicultural? Una sociedad en la que conviven diferentes modelos de vida procedentes de multitud de países y culturas, y regidos por normas jurídicas diferentes. Por supuesto, el fenómeno no es nuevo: en la Edad Media española, por ejemplo, la convivencia de cristianos, musulmanes y judíos fue un hecho feliz en ciertas etapas de la historia de Al-Andalus.<sup>48</sup>

Como resultado vivimos en un mundo diverso y multicultural, con diversidad de familias, donde se reconocen y protegen jurídicamente a familias de un solo padre o madre, familias complejas formadas por padres divorciados con sus nuevos cónyuges e hijos, además hijos criados por sus parientes, entre otros. Por ello el espacio generado por las parejas del mismo sexo entablan relaciones óptimas de familia en un mundo

---

<sup>46</sup> W. ROSCOE. *Boy-wives and female husbands: studies of African homosexualities*, Palgrave, New York, 2001, pp. 255-257

<sup>47</sup> Traducción hecha por el autor del texto: "There is no scientific basis for distinguishing between same-sex couples and heterosexual couples with respect to the legal rights, obligations, benefits, and burdens conferred by civil marriage.... Empirical research has consistently shown that lesbian and gay parents do not differ from heterosexuals in their parenting skills, and their children do not show any deficits compared to children raised by heterosexual parents.... [I]f their parents are allowed to marry, the children of same-sex couples will benefit not only from the legal stability and other familial benefits that marriage provides, but also from elimination of state-sponsored stigmatization of their families." SOCIEDAD AMERICANA DE ANTROPOLOGÍA, *Amicus para el Caso No. S147999*, disponible en [http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/documents/Amer\\_Psychological\\_Assn\\_Amicus\\_Curiae\\_Brief.pdf](http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/documents/Amer_Psychological_Assn_Amicus_Curiae_Brief.pdf), consultado el 11 de Octubre del 2009.

<sup>48</sup> J. GONZÁLEZ, "Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI", *Anales de Derecho*, No. 21, Universidad de Murcia, Murcia, 2003, pp. 109-143.

globalizado y diverso como el actual, y su protección debe estar enmarcada en la protección que reciben las familias.

### 1.3.2.3 Aceptación Legal en el sistema jurídico Ecuatoriano

Si bien no existe una definición de familia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al igual que el caso español donde “no hay ningún concepto de familia”<sup>49</sup>, si existen algunas normas que ayudan a esbozar su concepto desde una óptica legal. Los artículos 27 y 829 del Código Civil (CC)<sup>50</sup> determinan un alcance del concepto de familia al establecer respectivamente los parientes y las limitaciones personales del usuario para su familia. Por otro lado el art. 98 del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) establece la definición de familia biológica. El art. 9 del CNA<sup>51</sup> protege la familia como “un espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente” incluyéndole el derecho a tener una familia para los niños (art. 22 del CNA). El art. 96 del CNA estipula que el apoyo y protección del Estado a la familia que se da “a efecto de que cada uno de sus integrantes pueda ejercer plenamente sus derechos y asumir sus deberes y responsabilidades”. Finalmente, en la normativa interna existe una amplia protección jurídica dada por el art. 4 de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, que define el núcleo familiar, el cual lo conforman también los cónyuges<sup>52</sup>.

La familia tiene su base en el matrimonio, el cual se ha sido definido como un contrato solmene en que se unen un hombre y una mujer con el fin de vivir juntos, auxiliarse y procrear según el art.81 del CC<sup>53</sup>. Precisamente la finalidad de procreación no podría ser cumplida naturalmente para las parejas del mismo sexo, como tampoco podría ser cumplida por las parejas de sexos opuestos que son estériles o que han decidido no procrear por voluntad propia. Además el mismo CC define a la unión de

---

<sup>49</sup> A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p.70

<sup>50</sup> *Código Civil*, RO Suplemento46 del 24 de Junio del 2005.

<sup>51</sup> Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), Ley100, RO 737 publicado el 3 de enero 2003

<sup>52</sup> Ley contra el Maltrato de la Mujer y la Familia, Ley103, RO 839 publicado el 11 de diciembre de 1995

<sup>53</sup> Art. 81 del Código Civil “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”

hecho como la unión de un hombre y una mujer en su art. 222 generando los “mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante el matrimonio”.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano en su tratamiento constitucional deja un concepto abierto de familia<sup>54</sup>. La CR establece parámetros de protección y definición de familia como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando la consecución de sus fines. Estas relaciones familiares se establecen en su art. 67 de la CR:

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

Este artículo protege la familia como concepto nuclear e institución diversa, reconociendo estructuras familiares constituidas por vínculos jurídicos y por vínculos de hecho<sup>55</sup>. La unión de hecho se “equipara en derechos y obligaciones a las familias constituidas mediante matrimonio”<sup>56</sup>, por lo que los efectos jurídicos de la unión de hecho y el matrimonio deberían ser los mismos. La familia como núcleo fundamental brinda una protección a sus integrantes sin importar necesariamente sus fines, por lo que existe un “reconocimiento expreso de las uniones homosexuales”<sup>57</sup> en el art. 68 de la CR.

Adicionalmente la importancia de la familia está garantizada en algunos instrumentos internacionales. El art. 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos protege a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”. El art. 6 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre garantiza que “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”. En el mismo sentido, la garantiza el art.16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>58</sup>, el art. 44.1 de la Convención

---

<sup>54</sup> D. FALCONÍ TRÁVEZ. *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBTT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Óp. Cit., p. 33

<sup>55</sup> Cfr. F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, t I, Cevallos, Quito, 2009, p. 451

<sup>56</sup> F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, *Ibíd.*, p. 452

<sup>57</sup> F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, *Ibíd.*, 455

<sup>58</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH), G.A. res. 217A (III), U.N. Doc. .A/810 at 71 (1948), Art. 16.3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”

Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>59</sup>, y el art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que es el único instrumento que establece el derecho para el matrimonio para hombre y mujer)<sup>60</sup>. La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes<sup>61</sup> tiene una interesante definición del derecho a formar una familia porque reafirma el auxilio mutuo como finalidad y no la procreación: “los jóvenes tienen el derecho a formar parte activa de una familia que promueva relaciones donde primen el afecto, el respeto y la responsabilidad mutua entre sus miembros y a estar protegidos de todo tipo de maltrato o violencia”. Adicionalmente el mismo instrumento permite a los jóvenes en su artículo siguiente a elegir sin restricciones a su pareja sin importar el sexo: “la libre elección de la pareja, a la vida en común y a la constitución del matrimonio dentro de un marco de igualdad de sus miembros”. Es por ello, que la finalidad de la familia, como pilar de la sociedad, no tiene como fin exclusivo y único la reproducción de la que habla el CC, la cual naturalmente no es posible para las parejas del mismo sexo. Por ende, las parejas del mismo sexo, pueden constituir familias basadas en el afecto, el respeto y la responsabilidad mutua como establece la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes.

En consecuencia, el ordenamiento ecuatoriano aunque no tiene una definición de familia, si garantiza su protección bajo varios parámetros constitucionales e internacionales, sin excluir las relaciones de parejas del mismo sexo.

#### **1.4 Tratamiento de la unión de hecho de parejas del mismo sexo en el Derecho Comparado**

Como se analizó en los antecedentes, las uniones de hecho de parejas del mismo sexo han sido ampliamente reguladas en diversas jurisdicciones de otros países del

---

<sup>59</sup> *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, G.A. res. 45/158, Annex, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) at 262, U.N. Doc. A/45/49 (1990), Art. 44.1: “Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio”

<sup>60</sup> *Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos (PIDCP)*, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), Art. 23.2: “...2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello”

<sup>61</sup> *Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes*, RO 463 del 10 de noviembre del 2008

mundo. Las referencias del Derecho Comparado de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo nos servirán de parámetros para fijar el estándar de protección que deberán implementarse en Ecuador.

Una referencia es el tratamiento de género, y como antecedente tenemos al movimiento de mujeres que ha logrado avances significativos, y que según el tratadista de ALDA FACIO han presentado un contexto en que:

Los problemas legales (de las) mujeres no se deben solamente a que los y las funcionarias judiciales y políticas nos discriminan a la hora de aplicar las leyes genéricas; se debe también a las leyes que no existen, a todas las instituciones que no se han creado y a la falta de una doctrina jurídica desde la perspectiva de la mujer como género subordinado. Pero sobretodo, se debe a que esas leyes genéricas, en su realidad si tienen género y ese género es el masculino<sup>62</sup>.

El proceso de reivindicación de género comenzó evidentemente en jurisdicciones internacionales, cuyas experiencias fueron válidas para poder fijar los estándares de protección que tenemos actualmente en el país, donde se trataron problemas legislativos conjuntamente con las políticas públicas respecto a las mujeres. En la actualidad tenemos varios países que reconocen las uniones parejas del mismo sexo, en cuyo tratamiento podemos encontrar los alcances reales de sus efectos jurídicos, y cuyos principales antecedentes son:

#### **1.4.1 Europa**

En Europa se da el primer caso de un país que reconozca las uniones de personas del mismo sexo con la “paternidad registrada” de Dinamarca en el año 1989<sup>63</sup>. Esta jurisdicción otorgó a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que a los heterosexuales, excepto la adopción. Luego vino Noruega en 1993, Suecia en 1994, Islandia en 1996, y Finlandia en 2001<sup>64</sup>. En esos países, la ley garantiza a las parejas homosexuales los mismos derechos jurídicos y sociales que a las parejas heterosexuales. Las leyes establecen que la palabra “matrimonio” en el ordenamiento jurídico debe incluir “unión de hecho”, y la palabra “esposos” debe incluir las palabras

---

<sup>62</sup> A. FACIO, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, *Género y derecho*, LOM, Santiago, 1999, p. 108

<sup>63</sup> Ley para el registro de uniones de hecho de Dinamarca (Lov om registreret partnerskab), 7 de Junio de 1989, nr. 372 ("registrerede partnere"; "registered partners")

<sup>64</sup> INTERNATIONAL LESBIAN AND GAY ASSOCIATION (ILGA). *Mapa Histórico actualizado al 2009*, Óp. Cit.

“convivientes” o “pareja registrada”, es decir que se ha transferido la institucionalidad del matrimonio a las uniones de hecho<sup>65</sup>. De los países europeos, los casos más interesantes son:

#### 1.4.1.1 Holanda

En el año de 1997 se reconoce las uniones de hecho para parejas del mismo sexo<sup>66</sup> por vía legislativa, y a partir del año 2000 se aprueba el matrimonio y la adopción de parejas del mismo sexo por primera vez en el mundo<sup>67</sup>. En la legalización holandesa una pareja tiene los mismo derechos en relación al el régimen de propiedad conyugal, aplicando la ley sobre obligaciones alimentarias y el derecho sucesorio, es decir que “el sistema general y el sistema de propiedad del matrimonio también son aplicables a las parejas registradas”<sup>68</sup>. Se crea un régimen de bienes en igualdad de términos y se permite la adopción homosexual. Sin embargo estos derechos solo son aplicables a los nacionales holandeses, dejando de lado a parejas de otras nacionalidades que se unan con holandeses<sup>69</sup>.

#### 1.4.1.2 España

Su normativa garantiza el matrimonio para parejas del mismo sexo desde el año 2005 con la aprobación de la “Ley 13/2005”<sup>70</sup>. La ley española tiene los antecedentes más extensos de la materia en torno al tema. El preámbulo de la ley basa su concepto de familia en la convivencia y el afecto como ejercicio del libre desarrollo de la personalidad de los sujetos. Además redefine a la familia porque parte del matrimonio que en las sociedades europeas y occidental era una institución que configuraba una relación jurídica sólo entre personas de distinto sexo. Por ello aceptando que la

<sup>65</sup> Cfr. R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, op. cit., p. 40

<sup>66</sup> Ley del 5 de Julio 1997 reformando el Libro I del Código Civil y Código de Procedimiento Civil Holandés, que introdujo las reformas relativas a las uniones de hecho (geregistreerd partnerschap), Staatsblad 1997, nr. 324 ("geregistreerde partners"; "registered partners")

<sup>67</sup> Ley del 21 de diciembre del 2000 reformando el Libro I del Código Civil holandés, que permite el matrimonio de personas del mismo sexo (Act on the Opening Up of Marriage), Staatsblad 2001, nr. 9 ("echtgenoten"; "spouses")

<sup>68</sup> C. DE GRAFF. “Decisión igualitaria para parejas homosexuales bajo la ley del los Países Bajos”. *Uniones entre personas del mismo sexo*, Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006. P. 35

<sup>69</sup> R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Óp. Cit., p. 40

<sup>70</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio del 2005, por la que se modifica el Código Civil español en materia de derecho a contraer matrimonio, Boletín Oficial del Estado no. 157, 2 de julio de 2005, pp. 23632-23634 (vigente desde el 3 de julio del 2005)

sociedad ha cambiado reconoce su diversidad y redefine a la familia. Esta nueva definición de familia incluye a las conformadas por personas del mismo sexo, institución que ha sido “objeto de reconocimiento y aceptación social creciente” en la actualidad y que ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones predominantes en la cultura. En su segunda parte, toca el tema de la discriminación por orientación sexual y el compromiso del Estado por eliminarla, estableciendo que las parejas del mismo sexo deben “desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad”<sup>71</sup>. Así el ordenamiento jurídico español termina haciendo un reconocimiento total e igualitario de los derechos de las parejas del mismo sexo frente a los derechos de familia de los heterosexuales. Esto incluye un igual tratamiento civil, tributario e incluso migratorio<sup>72</sup>.

Adicionalmente existen legislaciones que reconocen las uniones de hecho de parejas del mismo sexo en las comunidades autónomas de Andalucía, Aragón, Asturias, Islas Baleares, la Región Vasca, las Islas Canarias, Cantabria, Cataluña, Extremadura, Madrid, Navarra y Valencia<sup>73</sup>.

#### **1.4.1.3 Francia**

En Francia las uniones de hecho para parejas del mismo sexo se regula a través del “Pacto Civil de Solidaridad” (“Pacte civil de solidarité” en francés y su acrónimo “PACS”)<sup>74</sup> del año 1999 con efectos más limitados que el caso holandés. Las parejas pueden beneficiarse de algunas de las medidas fiscales y sociales de las parejas casadas, aunque no de todas, sobre todo en materia sucesoria. Los solteros LGBT tienen derecho de adoptar, pero no las parejas del mismo sexo<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> LEY 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Boletín Oficial Español 15, del 2 de junio de 2005.

<sup>72</sup> R. MOLINER NAVARRO, “Las uniones homosexuales en el Derecho Español”, *Uniones entre personas del mismo sexo*, Revista de Derecho Comparado, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2006. p. 138

<sup>73</sup> R. MOLINER NAVARRO, “Las uniones homosexuales en el Derecho Español”, *Óp. Cit.*, p. 138

<sup>74</sup> Ley 99-944 del 15 de noviembre de 1999 relativo al pacto de solidaridad civil (*pacte civil de solidarité, partenaire; partner*); que también introduce un nuevo artículo en el Código Civil francés: "Art.515-8 Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple."

<sup>75</sup> A. THIERIET, “Pacto Civil de Solidaridad en el derecho francés PACS”. *Uniones entre personas del mismo sexo*. Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006, p. 58

La Ley del Pacto Civil de Solidaridad (PACS) se origina por la lucha contra “la resistencia jurisprudencial a otorgar iguales beneficios sociales a los convivientes de hecho heterosexuales que a los homosexuales”<sup>76</sup>. Esta ley modifica el libro primero del Código Civil Francés que amplía el concubinato a las personas del mismo sexo que viven en pareja con un carácter de estabilidad y continuidad, sin especificar un tiempo mínimo de convivencia:

Art.515.1. Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de diferente o de igual sexo, para organizar su vida común.

Los efectos que surte este tipo de uniones son básicos, incluidos la adopción y los efectos tributarios de los contribuyentes<sup>77</sup>.

#### 1.4.1.5 Gran Bretaña

En diciembre de 2004 entró en vigencia la Ley de Unión Civil (“The Civil Partnership Bill”)<sup>78</sup> que ofrece a las parejas homosexuales la posibilidad de formar una “asociación civil”, siendo la adopción posible para estas parejas. Esta ley da los mismos beneficios y derechos legales que el matrimonio, además de la filiación y paternidad compartida. Es el país con más uniones realizadas en su primer año, con un total de 16.100<sup>79</sup>. Su tratamiento legal es equiparado al matrimonio, incluso los aspectos tributarios que se trataron en su respectiva ley (“Finance Act” 2005) equiparando los derechos y cargas de las parejas del mismo sexo a las del matrimonio. El art. 20 de la ley establece el reconocimiento de uniones de otros países, así como los derechos migratorios.

#### 1.4.2 África: Sudáfrica

Es el único país del continente africano que reconoce las uniones de parejas del mismo sexo. Sudáfrica fue el primer país en garantizar constitucionalmente la no discriminación por orientación sexual con su última Constitución de 1997 (la

---

<sup>76</sup> G. MEDINA, *Uniones de hecho homosexuales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 67.

<sup>77</sup> A. THIERIET, “Pacto Civil de Solidaridad en el derecho francés PACS”. Óp. Cit., p. 62

<sup>78</sup> Civil Partnership Act 2004 (“civil partners”)

<sup>79</sup> D. CAMPBELL, “Honeymoon is over for gay weddings”, *The Guardian*, Londres, 23 de febrero del 2001, y disponible en <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/feb/03/gayrights.world> consultado el 11 de septiembre del 2009.

Constitución ecuatoriana de 1998 fue la segunda en el mundo)<sup>80</sup>. Posteriormente en el año 2004 un fallo de la Corte Constitucional<sup>81</sup> basado en el principio anteriormente mencionado dio paso para que reconozca el matrimonio para personas del mismo sexo, y ordenó al aparato legislativo su obligación de legislar sobre el tema. Para el año 2006 se crea la Ley de Unión Civil que permite el matrimonio y la unión para parejas del mismo sexo.

### 1.4.3 América del Norte

En el continente hay diversas realidades, siendo los casos más relevantes los siguientes:

#### 1.4.3.1 Canadá

La Cámara de los Comunes de Ottawa aprobó en el año 2000 la ley que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>82</sup> y les otorgó el derecho de adoptar<sup>83</sup>. Anteriormente, la mayoría de las provincias canadienses autorizaba la unión para parejas del mismo sexo como Nueva Escocia desde el 2001, Quebec y Matobia desde el 2002, y Alberta desde el 2003. Al igual que el caso sudafricano su origen fue jurisprudencial, pues “ocho cortes provinciales y un territorio de Canadá habían reconocido la unión de hecho para parejas del mismo sexo”<sup>84</sup>. El tratamiento legal en este país les concede los mismos derechos que el matrimonio.

#### 1.4.3.2 Estados Unidos

En Estados Unidos por tratarse de un país federal tiene un reconocimiento a nivel estatal. Su origen no es legislativo sino judicial, y comienza en el estado de

---

<sup>80</sup> O. MONTOYA, “Discriminación por orientación sexual”, *Revista de Diversidad ¿sinónimo o discriminación?*, INREDH, Quito, 2001, p. 141

<sup>81</sup> Caso “Minister of Home Affairs vs. Fourie y otros” CCT 60/04. Corte Constitucional de Sudáfrica, 2005.

<sup>82</sup> Ley canadiense de Modernización de Beneficios y Obligaciones “Modernization of Benefits and Obligations Act”, que reforma la ley de matrimonio civil canadiense 2000, art. 12 (“common-law partners”, “*conjoints de fait*”); y el art. 33 (“spouses”, “*époux*”)

<sup>83</sup> G. MEDINA, “Las parejas del mismo homosexuales en el derecho quebequense”, *Uniones entre personas del mismo sexo*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006, p. 6

<sup>84</sup> G. MEDINA, “Las parejas del mismo homosexuales en el derecho quebequense”, *Ibíd.*, p. 6

Hawai<sup>85</sup> en el año de 1993 con una demanda de uniones (lincense o licencias) donde la Corte Suprema resuelve:

que la prohibición de contraer matrimonio constituía una discriminación con base en el sexo y consecuentemente violaba las garantías de igual protección consagradas en la constitución estatal... así concluyó que el Estado no puede discriminar a las parejas del mismo sexo justificando un tratamiento diferenciado bajo la ley estatal<sup>86</sup>.

Sin embargo posteriormente se expidió la Ley de Defensa del Matrimonio (“Defense of Marriage Act DOMA” de 1996)<sup>87</sup> la cual establece que “cualquier decisión de una oficina del Estado, determinaría la palabra matrimonio como la unión legal entre un hombre y una mujer”<sup>88</sup>. En su segunda disposición no “permite que ningún estado de efecto legal a otro estado respecto a una relación entre personas del mismo sexo sea tratada como matrimonio”. Esto significa que si un estado reconociese uniones entre personas del mismo sexo, el gobierno federal no reconocería dichas uniones, incluyendo el reconocimiento de derechos reconocidos federalmente tales como los derechos tributarios, migratorios, de seguridad social, entre otros. Posteriormente con el emblemático caso *Goodridge vs. Departamento de Salud Pública*<sup>89</sup>, la Corte Suprema de Massachusetts reconoce las uniones desde el 2003 para este estado, tratando de hacer más igualitario el tratamiento para parejas del mismo sexo y parejas del sexo opuesto. Para complicar el panorama del reconocimiento nacional-federal, se puede mencionar que más del “80% de las licencias emitidas en este estado provienen de parejas que viven fuera del mismo”<sup>90</sup>, en cuyos estados de origen probablemente no surtirán ningún efecto legal. Sin embargo a nivel interno del

---

<sup>85</sup> C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”. *Uniones entre personas del mismo sexo. Revista de Derecho Comparado*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006, p. 45

<sup>86</sup> Caso *Baehr vs. Lewin*, 852 P. 2d 44. Corte Suprema de Hawai 1993 en la obra de C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, op. cit., p. 56

<sup>87</sup> LESLIE, CHRISTOPHER. “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, *Ibid.*, p. 56

<sup>88</sup> Ley de Defensa del Matrimonio, DEFENSE OF MARRIAGE ACT (DOMA), 1 U. S. C. § 7 (Supp. II 1996), Estados Unidos 1996.

<sup>89</sup> Caso *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 440 Mass. 309, Corte Suprema de Massachusetts, 2003 citado en la obra LESLIE, CHRISTOPHER. “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, *Ibid.*, p. 56

<sup>90</sup> C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, op. cit., p. 56

estado, para el tratamiento de las uniones de parejas del mismo sexo se incluyen beneficios del matrimonio como firma de contratos, testamentos, fideicomisos o poderes<sup>91</sup>, pero solo en el estado de Massachusetts.

#### **1.4.5 Latinoamérica**

En la actualidad, solo Buenos Aires reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que la mayoría de países latinoamericanos ha reconocido a las parejas del mismo sexo a través de las uniones de hecho. En cambio Uruguay es el único país que permite la adopción de parejas del mismo sexo. De los casos más significativos tenemos los siguientes:

##### **1.4.5.1 México**

Es un país federal y la unión de hecho de parejas del mismo sexo es reconocida solamente en Ciudad de México D.F.<sup>92</sup> y el Estado Norteño de Coahuila. Su normativa fue inspirada en la figura del Pacto Civil de Solidaridad francés, el cual considera que la convivencia se constituye cuando dos o más personas físicas, con capacidad jurídica plena, deciden vivir en “un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, y se otorgan derechos, como los de sucesión y tutela”<sup>93</sup>. Se hace una equiparación legal completa con el tratamiento de matrimonio, sin conceder derechos de adopción.

##### **1.4.5.2 Brasil**

Es otro país federal, por lo que solamente es reconocida la unión de hecho para parejas del mismo sexo desde 2004 en el estado brasileño de Río Grande do Sul, Sao Paulo y Río de Janeiro. En São Paulo en el 2005 el gobierno dictaminó que las parejas homosexuales pueden adoptar mientras que en Río de Janeiro el gobierno ya otorga a las parejas del mismo sexo los beneficios que el Estado da a sus empleados casados. El fallo de la Primera Cámara Civil de Río Grande do Sul manifestó que:

No se reconoce más el fariseísmo de desconocer la existencia de uniones entre personas del mismo sexo y la producción de efectos jurídicos derivados... En ellas subsisten consecuencias semejantes a las que están en vigor en las relaciones de afecto, buscando siempre la aplicación de la analogía y los principios generales de Derecho, teniendo siempre presente los principios Constitucionales de la

---

<sup>91</sup> C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, *Ibíd.*, p. 56

<sup>92</sup> *Decreto de Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, Gaceta Oficial*, 16 de noviembre de 2006

<sup>93</sup> R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Óp. Cit., p.52

dignidad humana y de la igualdad... El patrimonio surgido de la constancia de la relación debe ser partido como en la unión estable, paradigma supletorio donde se inspira la mejor hermenéutica... que asegura la división del acervo entre la pareja<sup>94</sup>.

En el año 2006, el Supremo Tribunal de Justicia declaró que las relaciones de personas del mismo sexo constituyen de facto una pareja, por lo cual las personas homosexuales que prueben que tienen una relación estable serán tratadas igual que un matrimonio por la Seguridad Social Nacional<sup>95</sup>.

### 1.4.5.3 Argentina

Este también constituye un caso de reconocimiento federal, y se permite las uniones civiles de parejas del mismo sexo a partir del año 2003 en Buenos Aires, del año 2007 en Villa Carlos Paz-Córdoba, y desde el año 2009 en Río Cuarto Córdoba<sup>96</sup>. Recientemente un fallo de del Juzgado de Instrucción N° 15 en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires<sup>97</sup>, declaró la inconstitucionalidad parcial Código Civil argentino y ordenó al Registro Civil de la ciudad de Buenos Aires que celebre el matrimonio de una pareja del mismo sexo. Sin embargo esta medida cautelar fue suspendida por otro fallo que se fundamentó en la falta de competencia del tribunal Administrativo sobre el Código Civil, por lo que este conflicto jurisdiccional deberá ser resuelto posteriormente por la Corte Suprema de Argentina<sup>98</sup>. Los accionantes del recurso de amparo planeaban celebrar su matrimonio para diciembre del presente año<sup>99</sup> por lo que este primer matrimonio deberá ser pospuesto. El fallo

---

<sup>94</sup> Caso AI 599.0750496, Primera Cámara Civil de Rio Grande do Sul 2004, del 14 marzo 2004, citado en la obra de M. DIAS, "Uniones Homoafectivas. Informe Brasil", *Uniones entre personas del mismo sexo*, Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006. p. 15

<sup>95</sup> Caso AI 599.0750496, Óp. Cit., en M. DIAS, "Uniones Homoafectivas. Informe Brasil". Óp. Cit., p. 11

<sup>96</sup> G. MEDINA, *Uniones de hecho homosexuales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p.68

<sup>97</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 15 de Buenos Aires, Expediente 34292 /0 Reyes Alejandro contra GCBA, Buenos Aires, 20 de noviembre del 2009.

<sup>98</sup> EFE, *Una jueza argentina suspende el primer matrimonio gay de América Latina*, Periódico la Voz de Galicia, disponible en <http://www.lavozdeg Galicia.com/sociedad/2009/11/30/00031259595409588939433.htm>, consultado el 05 de septiembre del 2009

<sup>99</sup> B. BIMBI, "Alex y José, el primer matrimonio gay argentino", *la Crítica de Argentina*, publicado el 13 de noviembre del 2009, disponible en <http://www.criticadigital.com.ar/impresadigital/index.php?secc=nota&nid=33871> y consultado el 29 de noviembre del 2009.

administrativo es el más progresista de la región, pues abre la puerta que por primera vez en América Latina se celebre un matrimonio de personas del mismo sexo. Su criterio se basa en el principio constitucional de igualdad ante la ley, y la prohibición matrimonial para parejas homosexuales la compara con la prohibición del voto femenino que se basó en las diferencias naturales entre hombres y mujeres. Uno de los aspectos centrales es la incorporación de la “doctrina de la categoría sospechosa”, que establece que la exclusión del goce de un derecho o del acceso a un beneficio a una categoría entera de personas homosexuales establecido legislativamente, hace sospechar una inconstitucionalidad. Por ello, el Estado debe probar bajo estrictos estándares que el empleo de tal clasificación es imprescindible para el cumplimiento de un fin legítimo no alcanzable por otro medio. El Registro Civil como demandado no pudo probar que la exclusión de las personas LGBT en el acceso al matrimonio pasara el examen constitucional de la categoría sospechosa. El Tribunal comparó al presente caso con la legislación nazi que impedía el matrimonio “entre judíos y súbditos de sangre alemana o asimilables” y la legislación norteamericana que prohibía los matrimonios interraciales. Además hace un recuento de la historia del matrimonio en la Argentina, señalando por la equiparación de la mujer en relación con al hombre. Rechaza los discursos religiosos contra el matrimonio gay sosteniendo que “no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros. Los poderes del Estado no pueden estar llamados a interpretar los “textos religiosos y tomar partido en la valoración que ellos hagan de la homosexualidad”. Finalmente la sentencia analiza las distintas formas de discriminación que sufren las personas LGBT y repasa la evolución histórica del reconocimiento de sus derechos. Llegado ese punto, hace una fuerte distinción entre la el matrimonio y la alternativa de la unión civil, afirmando que esta diferenciación de instituciones constituye una “forma de camuflar el repudio hacia grupos excluidos” y que negar el acceso al matrimonio “sugiere que el compromiso y los sentimientos de

---

los actores es inferior y no es merecedor de los derechos que el marco normativo garantiza a todos por igual”. Ante estos antecedentes, el tribunal falló a favor del recurso de amparo para que los accionantes puedan contraer matrimonio, ordenando su reconocimiento al Registro Civil argentino.

#### **1.4.5.4 Uruguay**

El caso uruguayo permite la unión de hecho a partir del año 2007. Uruguay se ha convertido en el segundo país de Sudamérica en legalizar nacionalmente la unión civil de parejas del mismo sexo, pero el primero en expedir una ley sobre el tema. El art.1 de la Ley 118246<sup>100</sup> sobre la unión concubinaria la define como "la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente sin estar unidas en matrimonio". En su articulado posterior se les garantiza derechos y obligaciones para las parejas al igual que las heterosexuales, tales como la asistencia recíproca, creación de sociedad de bienes, derechos sucesorios, cobro de pensiones por fallecimiento y otras disposiciones vinculadas a la seguridad social.

#### **1.3.3.5 Colombia**

El caso colombiano tiene un origen en jurisprudencia bastante innovador. La Corte Constitucional en el año 1997<sup>101</sup> otorga varios derechos a las parejas del mismo sexo, entre ellos los derechos patrimoniales y la inscripción de la unión libre después de haber convivido mínimo dos años juntos. Posteriormente hay otro avance el 28 de enero de 2009, donde la Corte declaró inconstitucionales<sup>102</sup> a más de 25 normas jurídicas “si no se interpretan como aplicables tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales”<sup>103</sup>. Este fallo concede una cobertura de derechos en materia civil, penal, política, social, económica, incluso en el tema de políticas públicas. Concede también los derechos migratorios para las parejas de estas uniones que “tendrán el

---

<sup>100</sup> Ley No. 18.246 de Unión Concubinaria, publicado en el Diario Oficial de Uruguay, del 10 de enero del 2008, No. 27402

<sup>101</sup> Sentencia C-075/07, Corte Constitucional de Colombia, 2007

<sup>102</sup> Sentencia C-29/09. Corte Constitucional de Colombia, 2009

<sup>103</sup> D. BONILLA, “La Igualdad de Parejas del mismo sexo”, *Revista Semana*, Bogotá, publicado el 02 de febrero de 2009, p.3

derecho de adquirir la nacionalidad si cumplen con los requisitos exigidos por la ley para las parejas heterosexuales”<sup>104</sup>. No solo concede los mismos derechos sino también las mismas obligaciones:

Del mismo modo, en esta sentencia, la Corte reconoció que las parejas del mismo sexo tienen obligaciones que antes tenían únicamente las parejas heterosexuales. Así, por ejemplo, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que se aplica en la contratación estatal cubre también a las parejas del mismo sexo y que éstas deben cumplir con las normas que prohíben la violencia intrafamiliar.<sup>105</sup>

Es el primer fallo en el mundo en que habla de obligaciones recíprocas, y admite la posibilidad explícitamente de aplicar Ley de Violencia Intrafamiliar como mecanismo de protección dentro de los convivientes de parejas del mismo sexo. Es un fallo histórico sin precedentes, que a más de equiparar los derechos, hace un análisis profundo de la institución de la unión de hecho para parejas del mismo sexo.

### **1.5 Tratamiento en los sistemas subsidiarios: Sistema Europeo de Derechos Humanos**

Es interesante analizar como en los sistemas subsidiarios de protección de derechos humanos no se encuentran referencias sobre la obligación de los estados de proteger a las parejas del mismo sexo. Apenas existe un caso de la temática LGBT en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el caso Martha Lucía Álvarez vs. Colombia<sup>106</sup>. En este caso una pareja lesbiana pide el derecho a visitas conyugales en la cárcel declarándose su admisibilidad en relación a los derechos a la protección judicial y dignidad. En la actualidad el Estado colombiano ha reconocido su responsabilidad internacional y ha permitido las visitas conyugales de la peticionaria de este caso.

Sin embargo, no existe precedente alguno sobre las uniones de hecho, por lo que los precedentes más interesantes provienen del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos.

Como preámbulo, tenemos que la Ley española de Matrimonio en sus antecedentes cita a la Resolución del Parlamento Europeo<sup>107</sup>, de 8 de febrero de 1994,

---

<sup>104</sup> D. BONILLA, “La Igualdad de Parejas del mismo sexo”, Óp.Cit.,p.3

<sup>105</sup> D. BONILLA, “La Igualdad de Parejas del mismo sexo”, Ibíd., p.4

<sup>106</sup> CIDH, *Informe N°71/99, Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez (Col.)*, 4 de mayo de 1999. En Informe Anual CIDH 1997, supra nota 26, pág. 271, párr.. 165

<sup>107</sup> Parlamento Europeo. Resolución del 8 de febrero de 1994. DO C 61 de 28.2.1994, pág. 40

en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que “presente una propuesta de recomendación sobre los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio”. En respuesta a esta petición del Parlamento Europeo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido un progresivo avance en el tratamiento del tema.

El Sistema Europeo sostuvo en un principio que no había violación a la Convención Europea por el trato diferenciado entre uniones de parejas del mismo sexo y las uniones del sexo opuesto. El primer caso fue *Simpson vs. Gran Bretaña* de 1986<sup>108</sup>, donde una mujer fue desalojada de su casa a la muerte de su pareja. La Comisión Europea declaró inadmisibles el caso por no encontrar una violación al derecho a la vida privada basado en que “su compañera estaba muerta y viviendo sola”<sup>109</sup>. En el mismo sentido declaró inadmisibles cuatro aplicaciones de parejas del mismo sexo binacionales donde las parejas de uniones del mismo sexo no podían permanecer con un estatus migratorio regular en los países de sus convivientes: *X y Y vs. UK*<sup>110</sup> en 1983, *W.J. y D.P. v s. UK* en 1986, *C. y L.M. vs. UK* en 1989, y *Z.B. vs. UK* 1990. La Comisión Europea también estableció que el no conceder el derecho de permanecer en el país de sus convivientes a las parejas del mismo sexo no constituye una violación al derecho de vida privada y libre circulación. En el caso *Kerhoven y Hinke vs. Países Bajos* de 1992<sup>111</sup>, la Comisión Europea no encontró violación a la Convención en un caso de una pareja de lesbianas que solicitaron el derecho de paternidad compartida sobre el hijo biológico de una de las convivientes concebido por inseminación artificial. Manteniendo su línea jurisprudencial en el caso *Mata Estévez vs. España* del 2001<sup>112</sup>, la Corte Europea de Derechos Humanos declaró inadmisibles un caso de pensión mortuoria de una pareja que convivió por más de diez años.

---

<sup>108</sup> CEDH. *Caso Simpson v. Reino Unido*, sentencia del 18 de enero de 1986.

<sup>109</sup> Traducción hecha por el autor del texto: “her partner was dead and she was living alone”. *Caso Simpson*, Op. Cit.

<sup>110</sup> CEDH. *Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, 1999-IX; *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 y 33986/96, 1999-VI; *Karner v. Austria*, no. 40016/98, 2003-IX; *Bączkowski and Others v. Poland*, no. 1543/06.

<sup>111</sup> CEDH. *Caso Kerhoven y Hinke vs Países Bajos* no. 35968/97, del 13 de mayo del 1992.

<sup>112</sup> CEDH. *Caso Mata Estévez vs España*. no.56501/00, del 12 de diciembre del 2001.

Finalmente en el año 2003 el caso *Karner vs. Austria*<sup>113</sup>, se convierte en el primer precedente relacionado con los derechos de las parejas del mismo sexo. El señor Siegmund Karner, que compartió su vivienda y los gastos por cinco años con su pareja que muere en 1994, fue desalojado por su dueño de casa cuando defeneció su conviviente. La Corte Europea incluyó el término “compañero de vida” de la Ley de Inquilinato de Austria como aplicable para las parejas del mismo sexo. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos falló por primera vez sobre la discriminación en base de la orientación sexual y el correspondiente quebrantamiento de la Convención al tenor del siguiente fallo:

El propósito de proteger a la familia tiene una amplia variedad de medidas concretas por ser implementadas. En los casos en el que el margen de apreciación de los Estados como en el caso del tratamiento por orientación sexual es estrecho, y el principio de proporcionalidad no requiere necesariamente un principio idóneo para materializar el objetivo buscado. También es necesario que se demuestro que excluir a ciertas categorías de personas, en este caso personas viviendo en relaciones homosexuales, del alcance de la aplicación del art. 14 de la Ley de Inquilinato. La Corte no puede ver que el Estado haya sustentado argumento alguno válido que pueda permitir esta conclusión<sup>114</sup>.

Un interesante precedente sobre el cambio de género en el contexto del matrimonio se estableció en el caso *Wena y Anita Parry vs. Reino Unido*<sup>115</sup>. Este constituiría el único caso en que los efectos legales de la unión de hecho se ven diferenciados en relación al matrimonio. Uno de los miembros de un matrimonial cambió de género, y el Estado como condición al reconocimiento del nuevo género impuso la terminación del matrimonio previamente celebrado; ello debido a que la ley británica garantiza exclusivamente al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer. Si bien no hay un quebrantamiento a la privacidad de la vida familiar, y tampoco

---

<sup>113</sup> CEDH. Caso *Karner v. Austria*, no. 40016/98, 2003, del 24 de octubre del 2003.

<sup>114</sup> CEDH . *Ibíd.* Traducida del texto original: “41. The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. In cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of section 14 of the Rent Act. The Court cannot see that the Government have advanced any arguments that would allow such a conclusion.”

<sup>115</sup> CEDH. Caso *Wena y Anita Parry vs. Inglaterra*, no. 42971/05, del 28 de noviembre del 2006.

un detrimento adverso en el desarrollo de los hijos de los peticionarios, la Corte hace un análisis del cambio de género en el contexto del matrimonio, el cual está garantizado en la Convención Europea de Derechos Humanos como la unión de un hombre y una mujer. La Corte Europea falló a favor del Estado estableciendo que el reconocimiento del nuevo género del peticionario conllevaría la precondition de terminar el matrimonio previamente celebrado bajo las leyes inglesas, lo cual estaría garantizado dentro del margen de apreciación del estado:

Las condiciones para el matrimonio en la ley nacional, no se puede dejar enteramente dentro del margen de apreciación de los estados....El margen de apreciación no se puede extenderse tanto. La Corte concluye que el asunto cae dentro del margen de apreciación de los Estados para regular los efectos del cambio de género en el contexto del matrimonio<sup>116</sup>.

A continuación se desarrollará un resumen gráfico de los derechos garantizados en los países estudiados.

### **Cuadro de Protección Legal de parejas del mismo sexo en el Derecho Comparado**

<b>País</b>	<b>Año de Reconocimiento</b>	<b>Protección Nacional</b>	<b>Protección Regional</b>	<b>Régimen Común de Bienes</b>	<b>Derechos Sucesorios</b>	<b>Seguros y Seguridad Social</b>	<b>Adopción</b>	<b>Tratamiento tributario</b>	<b>Migración</b>
Holanda	1998	X		X	X	X	X	X	
España <sup>117</sup>	2005	X		X	X	X	X	X	X

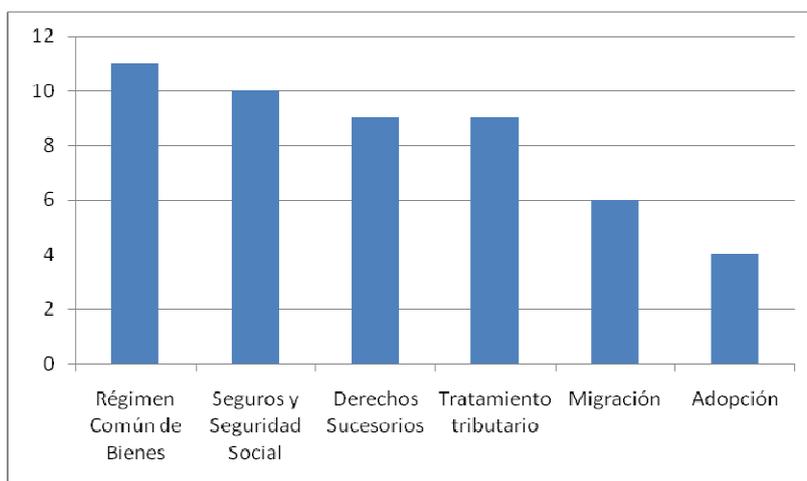
<sup>116</sup> Traducción hecha por el autor del texto original: "The matter of conditions for marriage in national law cannot, however, be left entirely to Contracting States as being within their margin of appreciation. This would be tantamount to finding that the range of options open to a Contracting State included an effective bar on any exercise of the right to marry. The margin of appreciation cannot extend so far. Any limitations introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired (see *Rees v. the United Kingdom*, judgment of 17 October 1986, Series A no. 106, § 50; *F. v. Switzerland*, judgment of 18 December 1987, Series A no. 128, § 32). ... The Court cannot but conclude therefore that the matter falls within the appreciation of the Contracting State as how to regulate the effects of the change of gender in the context of marriage (*Christine Goodwin*, cited above, § 103)". CEDH. Caso *Wena y Anita Parry vs. Inglaterra*, *Ibid.*

<sup>117</sup> El tratamiento para las parejas del mismo sexo se establece como matrimonio.

Francia	1999	X		X	X	X		X	
Gran Bretaña	2004	X		X	X	X		X	X
Canadá	2005		X	X	X	X	X	X	X
Estados Unidos	2000		X	X	X	X		X	
México	2007		X	X					
Brasil	2004		X	X		X			
Argentina	2003		X	X	X	X		X	X
Uruguay	2007	X		X	X	X		X	X
Colombia	2007	X		X	X	X	X	X	X

Fuente: Varias

Elaboración: El autor



Fuente: Varias.

Elaboración: El autor

En conclusión, la unión de hecho históricamente ha servido para reconocer a las relaciones que no cumplían los requisitos del matrimonio, pero que generaban efectos reales que debían regularse y reconocerse como el caso de los hijos ilegítimos. Uno de los grandes avances de la unión de hecho como institución en este último siglo es el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, que tradicionalmente han sido relegados. Ahora, existe una nueva tendencia europea y medianamente latinoamericana que reconoce a estas parejas, lo cual es reflejado en la normativa constitucional

Ecuatoriana. Al respecto la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que un estado no puede dejar de reconocer los efectos jurídicos de las parejas del mismo sexo, a pesar de que si tiene el margen de apreciación para reconocerlas en su legislación. La única excepción está en el cambio de sexo de uno de los miembros, y el correlativo fin del matrimonio previamente celebrado.

Cabe recalcar que en el último siglo se aceleró este reconocimiento en diversos países, en cuyos debates quedó claramente establecido que la no implementación de los efectos jurídicos de parejas del mismo sexo tiene un fundamento religioso infundado, más que un argumento científico o académico.

Por otro lado, el reconocimiento de las uniones para parejas del mismo sexo ha tenido un origen legislativo a nivel de leyes como el caso de Uruguay o francés, hasta un nivel judicial a nivel de Cortes Supremas como el caso colombiano o canadiense, siendo únicamente el caso ecuatoriano el que procede de un reconocimiento constitucional. En los casos de reconocimientos legislativos se suele no conceder todos los derechos que se han desarrollado jurisprudencialmente, pero que en los casos jurisprudenciales se encuentran simplemente preceptos sin mecanismos de aplicación.

Por otro lado, en cuanto a los efectos, se ve que en los 11 países estudiados, todos reconocen un régimen común de bienes, y casi todos los derechos sucesorios, los derechos tributarios y de seguridad social. Sin embargo, los derechos migratorios están reconocidos en solo 6 países, y en cuanto a la adopción sólo 4 de los 11 la permiten. De ellos, solo uno está en la región comprobando una reciente tendencia de equipararles con los derechos del matrimonio o uniones heterosexuales en América Latina.

## CAPÍTULO II

# DERECHO A LAS UNIONES DE HECHO EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS LGBT PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO EN LA CONSTITUCION, EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LA DOCTRINA

*“Entonces la homosexualidad es curiosamente encerrada. Se muda. La familia conyugal la confisca. Y absorbe por entero en la seriedad de la función reproductora. En torno al sexo, silencio. Se dicta la ley la pareja legítima y procreadora. Se impone como modelo, hacer valer la norma, detenta la verdad, retiene el derecho de hablar – reservándose el principio secreto”.*

Michael Foucault  
“Historia de la sexualidad”<sup>118</sup>.

En este capítulo se hará un recuento de los derechos de las personas LGBT tanto a nivel interno como a nivel internacional. Para ello se deberá aclarar ciertos conceptos que tienden a causar confusiones.

### **2.1 Regulación de las parejas del mismo sexo y normativa LGBT en Ecuador.**

Como antecedente, me gustaría citar un artículo del periódico La Hora que hace referencia sobre las calamidades que tienen que pasar las parejas del mismo sexo para volver justiciable su derecho a unirse. Esta investigación habla sobre la vulnerabilidad que tiene el colectivo LGBT para ejercer sus derechos:

---

<sup>118</sup> M. FOUCAULT, Historia de la sexualidad, Siglo XXI, Madrid, 2005, p. 25

Risas. Eso es lo que provoca en Ecuador, al ingresar a una notaría y solicitar información sobre la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Así lo comprobó La Hora en un recorrido por las notarías de Quito donde no encontró una notaría que pueda aceptar el trámite<sup>119</sup>.

A pesar de que se reconoce el derecho a la unión para parejas del mismo sexo en el art. 68 de la Constitución, las autoridades manifiestan que “hace falta una ley que regule los procedimientos”<sup>120</sup> y se niegan el ejercicio de este derecho. De hecho, el presidente del Colegio de Notarios de Pichincha Fernando Arregui, indica en el mismo reportaje que “hace falta una ley secundaria que establezca el procedimiento para solemnizar este tipo de uniones de hecho”, postura que fue compartida por las notarías en general hasta el mes de septiembre del presente año.

Sin embargo, este es un tema que abarca más aristas, como la misma esencia de la discriminación por orientación sexual que se analizará en el próximo capítulo. Los involucrados del reportaje anterior indican que no se trata simplemente de formalizar una relación por un tema sentimental porque legalizar la unión les ofrecía “...garantías constitucionales como tener bienes patrimoniales compartidos tal como podría hacerlo una pareja heterosexual”. Concluye esta investigación indicando que la excusa de la ausencia de la ley que regule el procedimiento de las uniones de hecho no hace más que “comprobar que se trata de una sociedad poco incluyente que teme que estas uniones desenlacen un traumatismo social”.

Es por ello que este tema debe analizarse a la luz de los principios constitucionales, la normativa internacional en materia de derechos humanos aplicable como se hará a continuación.

### **2.1.1 Constitución Política: Principios aplicables a las uniones de hecho de parejas del mismo sexo y contradicción con el Código Civil.**

La Constitución Política de la República del Ecuador aprobada en el año 2008, abre paso al reconocimiento de las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo en su art. 68:

---

<sup>119</sup> Cfr. V. VANEGAS, “Las notarías no unen a las parejas gays”, 15 de junio del 2009, disponible en [www.lahora.com.ec/frontEnd/main.php?idSeccion=899693&idRegional=1](http://www.lahora.com.ec/frontEnd/main.php?idSeccion=899693&idRegional=1) consultado el 14 de agosto del 2009.

<sup>120</sup> V. VANEGAS, “Las notarías no unen a las parejas gays”, *Ibíd.*

La unión estable y monogamia 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.

Este artículo contiene exactamente la definición del art. 222 del CC, sólo que cambia las palabras “un hombre y una mujer” por la de “personas”. El CC define a la unión de hecho como:

La unión estable y monogamia de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.

Esta modificación de la CR dio paso a que por primera vez en la historia se reconozcan a las parejas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, aunque el art. 222 y siguientes del CC al igual que el resto del ordenamiento jurídico sigue manteniendo en su normativa una definición heterosexual como antinomia jurídica. Sin embargo por el principio de Supremacía Constitucional, Aplicabilidad Directa y Progresividad<sup>121</sup> puede volver ejercible y justiciable el derecho del art. 68 de la CR.

### 2.1.1.1 Estado Constitucional de Derechos

El problema de aplicación de las uniones de hecho hay que entenderlo en el contexto de la filosofía de la nueva CR y su denominado “*Estado Constitucional de Derechos*” establecido en su artículo primero:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

A diferencia del resto de Constituciones del mundo, el Ecuador se ha definido como un “Estado Constitucional de Derechos”<sup>122</sup>, con derechos en plural y no en singular. Esta filosofía indica que toda emanación de autoridad del poder público o

---

<sup>121</sup> R. OYARTE, “La Supremacía Constitucional”, Konrad Adenauer, Quito, 1999. p. 75

<sup>122</sup> M. WIHELMI, “Los derechos en la nueva Constitución del Ecuador: herramientas para una sociedad inclusiva”. *Alcance y efectos de la introducción del principio de progresividad en sistema constitucional tributario ecuatoriano a partir de la constitución del 2008*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p.22

incluso privado está sometida al Estado Constitucional de Derechos, derechos que se presupone “anteriores y superiores al Estado”<sup>123</sup>, y que por ende se convierte en un eje transversal de todas las instituciones. De una forma reduccionista se puede decir que el modelo de Estado ha evolucionado de un Estado Absoluto (donde la autoridad es un rey y las personas no tienen derechos sino privilegios, es decir que el Estado está sobre el derecho), a un Estado de Derecho (donde la ley determina a la autoridad y a la estructura de división de poderes, donde las personas son ciudadanos con derechos descritos en las leyes, es decir que el poder está sometido al derecho), y finalmente a un Estado Constitucional de Derechos (donde la Constitución determina a la ley, al acceso, al ejercicio de la autoridad y a la estructura del poder). En este modelo el Estado estructura “los derechos como fin y la democracia como medio”, donde los derechos son límites al poder sea público y/o privado<sup>124</sup>. Es decir que este modelo vincula al Estado con los derechos situando a sus titulares como auténtica razón de ser del ordenamiento jurídico, y que son “la pieza básica, activa, y no como objeto de regulación”<sup>125</sup>. En definitiva, se marca el carácter instrumental de la organización política y de los mecanismos jurídicos para la protección de los intereses y la consecución de los proyectos de vida de las personas.

De hecho en ninguna otra Constitución del mundo, aparece este término neo constitucionalista, entendiéndolo por tal aquél en el que las Constituciones no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas, y “que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivo”<sup>126</sup>. Son precisamente estos derechos el fin mismo del Estado, comprometiéndole como obligaciones propias del

---

<sup>123</sup> Cfr. R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, *Alcance y efectos de la introducción del principio de progresividad en sistema constitucional tributario ecuatoriano, a partir de la constitución del 2008*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 19-72.

<sup>124</sup> Cfr. R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, *Alcance y efectos de la introducción del principio de progresividad en sistema constitucional tributario ecuatoriano, a partir de la constitución del 2008*, *Ibid.*, pp.20-22

<sup>125</sup> Cfr. M. WILHELMI, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ramiro Ávila, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 19-23

<sup>126</sup> M. CARBONELL, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-IIJ (UNAM), Madrid, 2007, p. 10.

mismo Estado para su “reconocimiento, promoción, y garantía”<sup>127</sup>. Los títulos segundo y tercero de la CR, que recogen los derechos y sus garantías, comprenden ochenta y cinco artículos, casi más de la quinta parte del total del texto constitucional<sup>128</sup>.

Los derechos humanos tienen una importancia radical para el tratadista N. BOBBIO, quien equipara la relación entre la revolución de los derechos humanos y la ciencia jurídica-política con la relación entre la revolución copernicana y la ciencia física para darles una importancia mayor. Así, los derechos humanos intervienen como la misma esencia de todas las relaciones del Estado, permitiéndonos ahora hablar de “una era de los derechos como tiempo distinto a la era de las obligaciones”<sup>129</sup>. Ello nos ayuda a explicar el Estado de Derechos parafraseando a BOBBIO, pues en esta época la importancia radica en la persona y sus derechos, ya no el Estado:

Desde el punto de vista metodológico, la sociedad y la política parten de las personas y no del Estado; desde el punto de vista ontológico, se reconoce la autonomía de cada individuo; desde el punto de vista ético, la persona es un ente moral e irreductible<sup>130</sup>

Desde un punto de vista axiológico para el tratadista FERRAJOLI, los derechos conforman “vínculos sustanciales normativamente impuestos... tanto a las decisiones de la mayoría como del libre mercado”, donde estos mismos derechos no son el producto de autolimitaciones que consiente el Estado sino “derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado”, cuya protección constituye la causa del pacto constitucional<sup>131</sup>. Por ende se puede entender que los derechos son contrapoderes en este modelo. De la omnipotencia del legislador propia del siglo XIX se pasa a su sometimiento a principios y derechos contenidos en la Constitución., que para el tratadista FERRAJOLI no se trata de:

...eliminar o de poner en crisis la separación entre Derecho y moral realizada con el primer positivismo sino, por el contrario, de completar el paradigma positivista y al mismo tiempo el Estado de Derecho... El resultado es una alteración interna

<sup>127</sup> R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, *Ibíd.*, p. 27

<sup>128</sup> M. Wilhelmi, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ramiro Ávila, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008. p.19

<sup>129</sup> N. BOBBIO, “*El Tercer ausente*”, Cátedra, Madrid, 1997. p. 154

<sup>130</sup> R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, *Óp. Cit.*, p. 37

<sup>131</sup> L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, (5a ed.), pp. 52-53

del modelo positivista clásico. La jurisdicción ya no es la simple sumisión del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar o de su legitimidad constitucional<sup>132</sup>.

Toda esta teoría de protección de derechos se puede apreciar en toda la CR, pues los derechos son un eje transversal que la cruzan desde los principios del Estado en su inicio, atravesando la parte orgánica, los organismos de participación, el régimen de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas. La CR sirve para desarrollar el “... modelo de Estado que proclama un catálogo de derechos ambiciosos, que tiene garantías para alterar la realidad, y que tiene un Estado con fines claros en tanto su fin es realizar y proteger los derechos”<sup>133</sup>. Para el tratadista español M. WILHELMI manifiesta que los derechos se toman en serio en este modelo constitucional, con una seriedad que alcanza a todos los derechos, sin distinciones<sup>134</sup>. Así, cuando la CR consagra un derecho, como en este caso el derecho a la unión de hecho para parejas del mismo sexo, establece la importancia no sobre las instituciones del Estado, sino sobre el ejercicio del mismo del derecho.

Este modelo daría como resultado un proceso social, que para el tratadista DE SOUSA SANTOS, aseguraría “la transformación de las relaciones de poder en relaciones de autoridad compartida”<sup>135</sup> representado un cambio de paradigma constitucional; y el cual apuesta a entender a los derechos como instrumentos de “democratización e igualdad social”<sup>136</sup>. Si los derechos no son meras realidades abstractas, sino resultados de procesos de reivindicación de sus titulares, se debe proporcionar las condiciones materiales que permiten “su realización y no un mero reconocimiento formal”<sup>137</sup>. De hecho, las parejas del mismo sexo como parte de las minorías sexuales, son personas que se apartan de la sexualidad socialmente valorada, y se constituyen en “víctimas de situaciones de discriminación social y jurídica” por lo que representan un sector

---

<sup>132</sup> L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *Ibíd.*, pp. 66-67

<sup>133</sup> R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, *Óp. Cit.*, p. 38

<sup>134</sup> M. WILHELMI, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ramiro Ávila, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008. p.19

<sup>135</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 2002, p. 34

<sup>136</sup> M. WILHELMI, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, *Óp. Cit.*, p.38

<sup>137</sup> M. WILHELMI, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, *Ibíd.*, p.39

vulnerable frente al ejercicio de sus derechos fundamentales en condiciones igualitarias que permitan el libre desarrollo de su personalidad<sup>138</sup>. La posición de dar importancia a los derechos de las parejas del mismo sexo, constituye un resultado de un proceso histórico de reivindicación de derechos humanos en condiciones igualitarias<sup>139</sup>, donde la CR es su parámetro de referencia que determinan la importancia del ejercicio del derecho a la unión, y que permite estructurar las relaciones sociales de una manera más justa. Ante ello, en un Estado Constitucional de Derechos, la unión de hecho debe permitir establecer la importancia sobre los derechos de la comunidad LGBT que los ejercen, sin importar las normativas inferiores o códigos morales contrarios.

### **2.1.1.2 Principios Constitucionales Aplicables**

Sin embargo, la justiciabilidad del art. 68 de la CR debe estar enmarcada dentro de los parámetros que indiquen cómo ejercer los derechos, lo cual precisamente nos indican los principios de la CR. Los principios, denominados “mandados de optimización”<sup>140</sup> según ALEXY, son normas jurídicas que pueden ser aplicables en todos los casos, y que nos dan un “haz de posibilidades sin hipótesis para que se interprete y aplique el derecho”<sup>141</sup>. Como parámetros de interpretación, nos ayudarán a valorar esos alcances del art. 68 de CR, con la finalidad de poder resolver las antinomias y anomias que giran a su alrededor.

### **2.1.1.3 Principio de Supremacía**

Por el Principio de Supremacía, entendido como el principio por el cual la CR es superior a toda forma de legislación o manifestación de la autoridad, se establece que la existencia de que cualquier norma promulgada en el texto constitucional tiene “un valor superior a los demás preceptos positivos”<sup>142</sup>. Así, el art. 424 de la misma CR establece que:

---

<sup>138</sup> Cfr. A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Derecho y homosexualismo en el derecho comparado”, *Derecho de Familia*, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, p.185

<sup>139</sup> R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, Óp. Cit., p. 38

<sup>140</sup> R. ALEXY, “El derecho general de Libertad”, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 39.

<sup>141</sup> R. ALEXY, “El derecho general de Libertad”, *Ibíd.*, p. 40.

<sup>142</sup> R. OYARTE, “La Supremacía Constitucional”, Óp. Cit., p. 77

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Por ende, si la misma CR es el “fundamento que sirve de cimiento o base para el restante orden jurídico político del Estado<sup>143</sup>” y que además obliga a las “normas y los actores estatales y privados a acomodarse a ella”<sup>144</sup>. Entonces ante la contradicción entre la definición de unión de hecho para parejas del mismo sexo de la CR, y la definición de uniones de hecho de parejas del sexo opuesto del CC, evidentemente prevalece el precepto la CR por la simple aplicación del principio de supremacía constitucional. Así, la definición de unión de hecho como unión de personas de la CR, es superior a la definición de unión de hecho como unión de hombre y mujer del CC.

#### **2.1.1.4 Principio de Aplicación Directa de los derechos**

Los derechos no son simples enunciados o simples declaraciones de la CR, sino que son disposiciones que deben aplicarse aún cuando el legislador no las haya desarrollado. Precisamente ese es el efecto que establece el principio de Aplicación Directa, por el cual la CR es la norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez<sup>145</sup>, tal cual prescribe el art. 11 numeral 3 de la misma:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Este principio establece la aplicabilidad directa de la Carta Fundamental incluso cuando “el constituyente se ha remitido a la ley y ésta no se ha dictado, pues la omisión legislativa no puede ser causa de incumplimiento de la Constitución”<sup>146</sup>. Bajo este paraguas no se requiere de ley para el ejercicio de los derechos y las garantías

---

<sup>143</sup> Cfr. H. ZARINI, “Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 75-80

<sup>144</sup> H. ZARINI. “Derecho Constitucional”, *Ibíd.*, p. 76

<sup>145</sup> R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, *Óp. Cit.*, p.22

<sup>146</sup> R. OYARTE, “La Supremacía Constitucional”, *Óp. Cit.*, p. 77

constitucionales, y siendo la unión de hecho un derecho constitucionalmente garantizado, no requiere que exista una ley para su ejercicio, más aún cuando existe un procedimiento establecido en los art. 223 y siguientes del CC. Por eso, limitaciones como la de las notarias que se niegan a reconocer las uniones de hecho de parejas del mismo sexo basadas en la falta de reglamentación, no tienen cabida en una interpretación constitucional integral. Todo esto porque este es un derecho directamente justiciable conforme al art. 11.3 de CR, lo cual permite asegurar la vigencia de la Constitución y del mismo Estado Constitucional de Derechos<sup>147</sup>.

#### **2.1.1.5 Prohibición de no restricción normativa**

Este principio está garantizado en el art. 11 numeral 4 de la CR, por el cual ningún derecho no puede ser disminuido: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

Bajo este principio al aplicar una norma restrictiva “la Constitución está siendo irrespetada, y por lo tanto esa norma se torna inválida”<sup>148</sup>. Por eso la regulación del art. 222 del CC que establece la unión “entre hombre y mujer” se torna como un requisito inválido por ser un claro ejemplo de restricción para las parejas del mismo sexo. Esta norma por ser de menor jerarquía no puede disminuir lo garantizado constitucionalmente, pues estaría restringiendo el ejercicio mismo del derecho establecido en el art. 68 de la CR, y al hacerlo, evidentemente dejaría en un carácter de vulneración a las personas, por lo que no debe ser aplicada. Por ende, todas las posturas presentas por los notarios y los sectores religiosos de reformar la CR para impedir las uniones de parejas del mismo sexo, constituyen un claro efecto restrictivo, el cual está prohibido por este principio<sup>149</sup>.

#### **2.1.1.6 Principio “Pro Hominem” o de aplicación más favorable**

El principio *pro hominem* o pro persona está establecido en el art. 11 numeral 5 de la CR:

En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

---

<sup>147</sup> R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, Óp. Cit., p. 55.

<sup>148</sup> R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, Ibíd., p.56

<sup>149</sup> R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, Ibíd., p.56

La Convención Interamericana de Derechos Humanos ha establecido al respecto en su art. 29 literal b que no se puede “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad”<sup>150</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos desarrollando este principio ha indicado que los “estados están obligados a asignar el efecto legal a las disposiciones... con el estándar más elevado que resulte aplicable a los derechos o libertades en cuestión”<sup>151</sup>. En consecuencia, existiendo la clara antinomia entre el art.68 de la CR y el art.222 del CC, se debe aplicar la interpretación pro persona que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos de las parejas del mismo sexo, pues esa es la interpretación que más favorece a la efectiva vigencia de sus derechos humanos. Por ello, la norma e interpretación más favorable que permite el eficaz ejercicio de los derechos es permitir la justiciabilidad del derecho a la unión para parejas del mismo sexo, lo cual es aplicar el art. 68 con los mejores efectos posibles.

#### **2.1.1.7 Principio de Progresividad:**

Este principio indica que todos los derechos tienen un carácter de cumplimiento inmediato, y que por ende se prohíbe la regresividad de su protección, entendido como “prohibición de desandar lo avanzado en las condiciones establecidas para el goce efectivo de los derechos”<sup>152</sup>. Así, la CR indica que es “inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos” en su art. 11 numeral 8.

Adicionalmente el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece un estándar de progresividad<sup>153</sup>:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos..., en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

---

<sup>150</sup> *Convención Interamericana de Derechos Humanos* (la Convención), O.E.A. Serie de Tratados. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, del 18 de Julio de 1978, Art. 29.b de. “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:...b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;”

<sup>151</sup> CIDH, Informe N°55/97, Caso 11.137, Juan Carlos Avellana (Arg.), 18 de noviembre de 1997. En Informe Anual CIDH 1997, supra nota 26, pág. 271, párr. 165

<sup>152</sup> R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, Óp.Cit.,p.57

<sup>153</sup> Este estándar lo fija haciendo una remisión directa a la Carta de la Organización de Estados Americanos.

Para el tratadista V. ABRAMOVICH, la progresividad alude claramente a “la adopción de medidas” para dar “plena efectividad a los derechos”<sup>154</sup>. En el mismo sentido S. GARCÍA señala que la progresividad contempla “...todos los derechos... y que aceptados por los Estados se hallan sujetos al régimen general de supervisión y decisión, o dicho de otra manera, a los medios de protección”<sup>155</sup>. Este principio ha sido ampliamente debatido en la doctrina en relación a la no disminución de recursos para los antiguamente denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, distinción que ya no es válida por romper con la interpretación integral de los derechos<sup>156</sup>. Por ende la progresividad es aplicable a todos los derechos, incluido el derecho de unión de las parejas del mismo sexo. Así, el reconocimiento de estas uniones sería un estándar de protección ya adquirido por el Estado, el cual no puede disminuirlo. Al tener una interpretación o aplicación restrictiva se cometería una recesión en la protección de este derecho, y rompería con la protección progresiva.

---

<sup>154</sup> V. ABRAMOVICH, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos” citado en D. RODRÍGUEZ-PINZÓN Y OTROS, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Fontamara, México, 2004. p. 56

<sup>155</sup> S. GARCÍA RAMÍREZ, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”. *Cuestiones Constitucionales*, N° 9, julio-diciembre, UNAM, México, 2003, p. 139

<sup>156</sup> Al respecto el voto separado del Juez Rodolfo E. Piza a indicado que: “...la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, “exigibles directamente por sí mismos”, y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, exigibles indirectamente, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos o de otros derechos, son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse, en general, que cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva. Es así como los principios de desarrollo progresivo.... si bien literalmente referidos a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, deben a mi juicio entenderse aplicables a cualquiera de los derechos civiles y político consagrados en la Convención Americana, en la medida y aspectos en que éstos no resulten razonablemente exigibles por sí mismos, y viceversa, que las normas de la propia Convención deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados derechos económicos, sociales y culturales en la medida y aspectos en que éstos resulten razonablemente exigibles por sí mismos” *Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante*, Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No 4, párr. 3 y 6.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al igual que el criterio de la Observación General N°3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>157</sup> ha establecido que el retroceso no justificado (respecto al derecho de seguridad social, niñez y vida) constituía un violación a la progresividad (art.26 de la Convención Americana de Derechos Humanos en los casos Cinco Pensionistas, Yake Axa e Instituto de Reeducción del Menor respectivamente): “...se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos... en general... teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias”<sup>158</sup>. Específicamente el Estado tiene la obligación de “generar las condiciones mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan”<sup>159</sup> como deber de desarrollo progresivo en relación a la vida.

Por este principio no sólo se debe interpretar el sentido y alcances propios del art. 68 de la CR, en su sentido literal, sino también su potencialidad de crecimiento, como desarrollo progresivo de los derechos. Sin embargo la justiciabilidad no sólo está dada por el carácter de derecho constitucional del derecho del art. 68 de la CR, sino por los principios de aplicación directa y no restrictiva aplicables al caso. El volver justiciable el derecho a unirse para las parejas del mismo sexo, es precisamente la interpretación más favorable al ejercicio del derecho a unirse de las parejas del mismo sexo como efecto lógico del mismo.

## **2.2 Otros derechos constitucionales LGBT relacionados**

La CR al establecer un modelo garantista, ha logrado desarrollar un amplio catálogo de derechos que incluyen derechos para las personas LGBT, como posibles titulares del ejercicio del derecho en mención. Este modelo garantista se ve reflejando no sólo en el art.68 de la Carta Magna, sino también en varios artículos del mismo cuerpo

---

<sup>157</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, punto 9. U.N. Doc. E/1991/23,

<sup>158</sup> Corte IDH, Cinco Pensionistas, sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, Párr. 147

<sup>159</sup> Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, Párr. 162

constitucional. Entre los principales derechos que permiten proteger a las personas LGBT y a todos los ciudadanos están:

- El deber del Estado de “fortalecer la unidad nacional en la diversidad” (art. 3.3).
- La “ciudadanía para todos los Ecuatorianos” y el goce de todos los derechos establecidos en la Constitución (art. 6).
- El principio de no discriminación en el ejercicio de todos los derechos: “Nadie podrá ser discriminado por razones..., identidad de género, orientación sexual, estado de salud,...; ni por cualquier otra distinción,...que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos” (art.11.2).
- La prohibición de “publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos” (art. 19).
- La protección a los niños de “programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan... la discriminación racial o de género” (art. 46.7).
- El derecho a la integridad personal, en su contexto físico, moral y psicológico (art. 66.3.a).
- El derecho a una vida libre de violencia previniendo y sancionando “toda forma de violencia, en especial la ejercida contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad...” (art.66.3.b).
- El derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. (art. 66.3.4).
- El derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 66.3.5).
- El derecho a “opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones” (art. 66.6).
- El derecho a “tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual” (art. 66.9).
- El derecho a la “intimidad personal y familiar” (art. 66.20).

- El derecho de participación “.... La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia....” (art. 95).
- La responsabilidad estatal de “asegurar que todas las entidades educativas impartan una educación en ciudadanía, sexualidad y ambiente, desde el enfoque de derechos”. (art. 347.4).
- El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo “... de las capacidades y potencialidades para una vida saludable... y reconocerá la diversidad social y cultural”. (art. 358).
- La finalidad del sistema nacional de cultura de “... promover la diversidad de las expresiones culturales” (art. 377).

Finalmente, a más de estas dieciséis referencias a los derechos que podrían amparar al colectivo LGBT, hay que recordar las características esenciales de los derechos para interpretar la integralidad de su sentido. Las características de los derechos a más de estar reconocidos por el art.11 numeral 6 de la CR, han sido reconocidos por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en la Asamblea General de Naciones Unidas y la Declaración y Programa de Acción de Viena<sup>160</sup>, y los cuales son: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”

### 2.3 Características de los Derechos

Las características de los derechos para el tratadista L. FERRAJOLI están dadas por “... corresponder universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas... entendido por cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o expectativa negativa (de no sufrir lesiones)”<sup>161</sup>. Este estatus de persona está dado a todos por sus características propias que nacen de la dignidad humana, que para KANT

---

<sup>160</sup> Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptado por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en Viena el 25 de junio de 1993, preámbulo y parte 1: “ Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

<sup>161</sup> L. FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos Fundamental en los Fundamentos de los Derechos Humanos*. op. cit., p. 51

implica el no utilizar a las personas como medio “por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad) en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas...”<sup>162</sup>. El respeto de los seres humanos por su dignidad, implica que se respeten sus derechos en la amplitud de sus características, para que los seres humanos puedan ser fines en sí mismos, y no medios de otros. Para la Corte Interamericana en su OC 18, toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana, que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, “son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política”<sup>163</sup>. Para la Comisión Interamericana, la dignidad implica una capacidad para desarrollar las aspiraciones, la propia personalidad, determinar su propia identidad y definir las relaciones personales, es decir crear “un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo”<sup>164</sup>. Si bien la dignidad parece partir del individualismo, al ser el atributo del que nacen los derechos de las personas, nace precisamente de las reivindicaciones de sus derechos, reivindicaciones que han sido procesos históricos y colectivos, como es precisamente el derecho garantizado en el art. 68 de la CR. Teniendo características propias, y parafraseando al L. FERRAJOLI<sup>165</sup> para aplicarlo al caso de las uniones de hecho, se debe considerar que este derecho es:

- **Inalienable:** Pues los derechos son indisponibles y ningún poder lo puede vaciar su contenido. Esta característica se relaciona con las dos siguientes de irrenunciabilidad e intangibilidad, aunque de manera global implica que todas las interpretaciones que las autoridades públicas realicen sobre la unión de hecho de parejas del mismo sexo, no debe vaciar su contenido, sino que debe llenarlo para permitir el ejercicio más favorable de este derecho, y por ende respetar la inalienabilidad que tiene sus titulares sobre los derechos<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> E. KANT, *Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989, p.335

<sup>163</sup> Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-

18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr., 73

<sup>164</sup> CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), párr., 47

<sup>165</sup> J. ZARINI. Óp., Cit. 423

<sup>166</sup> H. ZARINI, “Derecho Constitucional”, Óp. Cit., p. 423.

- **Irrenunciable:** Ya que no se puede renunciar la titularidad de los derechos<sup>167</sup> es decir que no pueden ser enajenados “en el sentido de que le propio titular no está moralmente autorizado para prescindir de ellos”<sup>168</sup>. Está íntimamente relacionada con la indivisibilidad, e implica que el tener una interpretación limitante de la justiciabilidad del derecho a unirse para parejas del mismo sexo deja a sus titulares en una situación indefensión, y por ende en una renuncia tácita a su derecho y tu titularidad.
- **Indivisible:** En la medida que los derechos son integrales, no se puede sacrificar un derecho a costa de otro<sup>169</sup> como se analizó al tratar la progresividad. Esta característica se explica mejor con la característica de interdependencia, y también está contenido en el preámbulo del Pacto de Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

... por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

Así, el derecho de la unión de hecho tiene una correlativa indivisibilidad con los otros derechos, como por ejemplo con el derecho a la igualdad y no discriminación. Entonces no basta con el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sino que ellas deben acceder al sistema de salud tal cual acceden el resto de parejas.

- **Interdependiente:** Pues los derechos se relacionan sistemáticamente entre sí, como un sistema en que si un derecho se viola, se afectan otros derechos<sup>170</sup>. El no permitir la justiciabilidad de las uniones de hecho para parejas del mismo sexo por ejemplo, no sólo violaría el art. 68 de la CR, sino también cualquiera de las referencias de los derechos que ampara al colectivo LGBT como por ejemplo el derecho a la no discriminación, la libertad de pensamiento, al desarrollo libre de la personalidad, y el derecho a la intimidad, porque todos estos derechos se relacionan entre sí y son interdependientes.

---

<sup>167</sup> H. ZARINI, “Derecho Constitucional”, *Ibíd.*, p. 423.

<sup>168</sup> F. SIMON, *Óp.*, Cit. p. 25

<sup>169</sup> H. ZARINI, “Derecho Constitucional”, *Óp. Cit.*, p. 423.

<sup>170</sup>H. ZARINI, “Derecho Constitucional”, *Óp. Cit.*, p. 423.

- **De Igual jerarquía:** Por este principio todos los derechos tiene el mismo nivel y cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna.<sup>171</sup> No se trata de proteger otros derechos o valores que se crean afectados con las uniones de hecho, porque estos mismos vulneraría a derechos que tiene igual jerarquía.

Por ello, haciendo una interpretación *pro hominen*, tenemos que cualquier vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo como el derecho a unirse, violaría por ejemplo su derecho a desarrollar libremente su personalidad, a tomar decisión responsable de su orientación, el derecho a no ser discriminados, y evidentemente vulneraría su intimidad personal. Es por ello que el catálogo de derechos humanos de la CR debe interpretarse en bloque, y la vulneración de uno de ellos, acarrea la vulneración de otro por sus características de interdependencia, inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad e igual jerarquía, así como también por sus principios de aplicación directa, no recesividad, progresividad, interpretación más favorable y finalmente supremacía constitucional. Hay que recordar que el más alto deber del estado consiste en “respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (art. 11.9), y uno de esos derechos es el derecho a la unión de parejas del mismo sexo. Por ello, luego de analizar los principios y características de los derechos de las parejas del mismo sexo es necesario analizar cómo han sido tratados históricamente como colectivo LGBT, es decir cómo ha tratado la historia a la homosexualidad.

## 2. 4 La Homosexualidad en la Historia

La discriminación hacia los grupos LGBT, principales titulares del derecho del art. 68 de la CR, ha sido histórica aunque no ha estado presente en todas las culturas<sup>172</sup>. En la Antigüedad, la cultura helenística toleraba la homosexualidad (palabra que no existía hasta el siglo XIX), y de hecho no utilizaba términos peyorativos al referirse a la homosexualidad<sup>173</sup>. Platón en su diálogo de “El Banquete” indica que la humanidad estuvo formada por tres sexos: “uniones en parejas formadas por dos hombres, dos mujeres o un hombre y una mujer. Zeus separó las parejas para disminuir su orden e

---

<sup>171</sup>H. ZARINI, “Derecho Constitucional”, *Ibíd.*, p. 423

<sup>172</sup> Cfr. A. MIRABET, *Homosexualidad boy*, Herder, Barcelona, 1985, pp. 14-19

<sup>173</sup> A. MIRABET, *Homosexualidad boy*, *Ibíd.*, p. 15

inculcarles respeto. Desde entonces los humanos deambulaban por la tierra buscando su otra mitad”<sup>174</sup>. Platón también consideraba que las personas provenientes de parejas de igual sexo estaba “mejor dotadas para las cuestiones concretas del mundo como gobernar y conocer, y que las personas provenientes de parejas de sexos diferentes se dedicarían a satisfacer placeres como el sexo”<sup>175</sup>. De hecho FOUCAULT en “La Historia de la Sexualidad” describió a varios personajes históricos que han sido homosexuales como Sócrates, Platón, Alejandro Magno o Julio César, y del mundo femenino a la poetisa Safo de Lesbos<sup>176</sup>. Es decir que la homosexualidad estuvo presente en la historia desde sus albores.

En la Edad Media, con la Iglesia y la aparición del Cristianismo se persigue la homosexualidad, descrita como pecado en la Biblia en la destrucción de las ciudades de Sodoma y Gomorra<sup>177</sup>. Para Tomás de Aquino y San Agustín los “actos de personas del mismo sexo (vicio de sodomía) constituyeron un pecado”<sup>178</sup>, por lo que la Santa Inquisición sancionó frecuentemente a la homosexualidad con fuertes penas como la castración, la tortura o la muerte<sup>179</sup>.

Recién en el año de 1791 se quita las penas de la homosexualidad como influencia de la Revolución Francesa por primera vez en la historia<sup>180</sup>. Sin embargo, en 1933 Hitler prohíbe que cualquier organización se dedique a la defensa de los homosexuales<sup>181</sup> manteniendo vigente la sanción al homosexualismo. Desde esta fecha se puede empezar a documentar las violaciones a las personas LGBT. Una de las más

---

<sup>174</sup> R. RUSSELL. “100 Gays: una lista ordenada de los gays y lesbianas más influyentes en el pasado y el presente”, Editorial Juvenil, Barcelona, 1997, p.45

<sup>175</sup> R. ARDILLA, “Homosexualidad y Psicología”, Paidós, Buenos Aires, 1998, p. 160

<sup>176</sup> R. RUSSELL. “100 Gays: una lista ordenada de los gays y lesbianas más influyentes en el pasado y el presente”, Óp. Cit., p. 33

<sup>177</sup> SANTA BIBLIA, Génesis XIX I-29.

<sup>178</sup> A. MIRABET, *Homosexualidad hoy*, op. cit., 17

<sup>179</sup> A. MIRABET, *Homosexualidad hoy*, Ibíd., 17

<sup>180</sup> V. REGALADO, “Uniones de hecho entre personas del mismo sexo”, Tesis-USFQ, Quito, 2003, p.5

<sup>181</sup> G. MEDINA, “Uniones de hecho homosexuales”, Óp. Cit., p. 34

cruentas vulneraciones se da en la época nazi, donde se asesinaron a unas 10000 y 15000 personas por ser homosexuales<sup>182</sup>.

Llegamos la época de reivindicación de Stonewall en Nueva York en el siglo XIX como un cambio de época.<sup>183</sup> En lo década de los 70 se califica al VIH-SIDA como enfermedad homosexual.<sup>184</sup> Hasta entonces, la medicina seguía catalogando a la homosexualidad como enfermedad. Recién el 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) excluyó la homosexualidad como enfermedad de la lista establecida por Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud<sup>185</sup>.

Así se puede ver cómo históricamente se ha discriminado a la homosexualidad en torno a prejuicios, lo cual ha ido generando estereotipos e idearios colectivos en la humanidad. Precisamente estos estereotipos e imaginarios, infundados como se vio en el análisis de argumentos a favor y contra las uniones, son los que impiden una protección efectiva a las parejas del mismo sexo. Entonces es propicio hacer un análisis de la terminología que se utiliza para distinguir a los diversos titulares de este derecho, es decir un análisis del colectivo LGBT, del género, la orientación y la identidad.

## **2. 5 Terminología LGBT: Sexo, Género, Orientación e Identidad.**

El término homosexualidad recién aparece en 1870 con el estudio de Wespahl sobre las “Sensaciones sexuales contradictorias”<sup>186</sup>, para referirse al colectivo homosexual de gays, bisexuales, transgénero, transexuales e intersexs como GLBT en forma genérica. Sin embargo, en la actualmente se denomina como LGBT como forma de reivindicar a los grupos femeninos de la comunidad lésbica sobre la tradicional

---

<sup>182</sup> AUSTIN BEN, “Homosexuals and the Holocaust”, citado por D. FALCONÍ, *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBTT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Óp. Cit., p. 39

<sup>183</sup> D. FALCONÍ, *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBTT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Ibid., p.39

<sup>184</sup> D. FALCONÍ, *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBTT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Ibid., p.39

<sup>185</sup> I. LANTIGUA, “Los psicólogos niegan que la homosexualidad sea una enfermedad”, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2005/06/21/neuropsiquiatria/1119356356.html> consultado el 29 de julio de 2007.

<sup>186</sup> D. FALCONÍ, *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBTT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Óp. Cit., p. 54

predominación masculina<sup>187</sup>. En nuestra legislación local no hay muchas referencias en el tema, sin embargo con el Plan Nacional del Sida<sup>188</sup> del 2007 se introduce un Manual de Consejería que incluye definiciones aplicables a los conceptos de la comunidad LGBT y que recogen los estándares internacionales de los estudios académicos respecto al tema:

**Sexo.-** Desde el punto de vista biológico, es la definición de macho y hembra. Por ende hay dos sexos, masculino y femenino.

**Orientación sexual.-** Es la atracción afectiva, sexual y erótica que tienen todas las personas hacia otras personas, y esta solo puede ser de tres clases heterosexual, bisexual y homosexual. Ello determina los siguientes tres conceptos:

**Homosexual.-** Es la orientación sexual de las personas que se sienten atraídas afectiva y sexualmente por las personas de su mismo género. A los hombres que se sienten atraídos por otros hombres se les conoce como gays y a las mujeres a las que les atraen otras mujeres se las denomina lesbianas.

**Heterosexual.-** Es la orientación sexual de las personas que se sienten atraídas afectiva y sexualmente por las personas del sexo contrario.

**Bisexual.-** Hace referencia al deseo romántico y/o sexual hacia personas de ambos sexos. Las personas que sienten atracción por ambos sexos, masculino y femenino. La orientación gay y lesbica no debe confundirse con la transexualidad, el transformismo o el travestismo, que posteriormente se definirá.

**Género.-** El género es un tema aparte de la orientación que define otros comportamientos, y se entiende como el conjunto de normas y convenciones sociales del comportamiento sexual de las personas. Es por lo tanto la construcción social de las diferencias sexuales en un momento o lugar histórico. Por ende son los roles que las personas desarrollan frente a la sociedad dependiendo en un principio de su sexo.

---

<sup>187</sup> Entrevista Rachael Erazo, Directora Fundación Alfil. Universidad Andina Simón Bolívar, Seminario de Derechos GLBT, Organización Alfil, 25 de Mayo del 2009, Quito.

<sup>188</sup> Cfr. MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA, “Campaña de lucha contra el Sida: Manual de Consejería”, Acuerdo 22-07.

**Identidad sexual.**- Es la conciencia propia e inmutable de pertenecer a un sexo o a otro, y va más allá del sexo y el género dado al nacer. En base a la identidad sexual se definen los siguientes dos conceptos:

**Transgénero.**- Es la personas que ha nacido con un sexo, es decir como hombres y como mujeres, y que adoptan cambios físicos y cambios sociales para lograr una congruencia física (sin incluir cirugía de reasignación para modificar sus genitales originales) y congruencia en la adopción del género que consideran pertinente para sí mismos. Las personas transgénero pueden ser de orientación sexual homosexual, bisexual y/o heterosexual. Los individuos que se visten y usan accesorios relacionados con el otro género por cuestiones de entretenimiento o por vivir sensaciones eróticas, pero no porque se identifiquen como del otro género, estos son transgeneristas.

**Transexual.**- Son hombres y mujeres que presentan disforia de género, es decir, son personas que se sienten obligadas a vivir en el género equivocado, y que requieren de un régimen de hormonas y cirugía correctiva (reasignación de sexo con la modificación quirúrgica de sus genitales originales) para que se encuadren en el fenotipo y la identidad de género a los que pertenecen

Existe la idea errónea de creer que todas las personas son heterosexuales, lo que se denomina **heterosexismo**, como la única forma de vivir y ser feliz<sup>189</sup>. Entonces aquí surgen dos términos garantizados en la CR que no se regulan en el glosario del Plan de Sida: la identidad de género y el rol de género. La **identidad de género** como “la manera en que una persona se siente sobre sí misma como hombre o como mujer”<sup>190</sup>, y el **rol de género** como “todo lo que una persona hace o dice para indicar a los otros o para sí mismo que uno es masculino, femenino o ambivalente. El rol de género es la expresión pública de la identidad de género”<sup>191</sup>. Todos estos tipos de orientación, identidades y roles pueden ser los titulares de las uniones de parejas del mismo sexo.

---

<sup>189</sup>D. FALCONÍ, *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBTT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Óp. Cit., p. 45

<sup>190</sup> M. CASTAÑEDA, “La experiencia homosexual : para comprender la homosexualidad desde dentro y desde fuera”, Paidós, México,1999, p.137

<sup>191</sup> S. FRAYSER, “Varieties of Sexual Experience: an anthropological perspective on Human Sexuality”, HRAF Press, Connecticut, 1985, p. 56

Es decir, en una mujer, por ejemplo, pueden darse los siguientes casos y de forma sucesiva formar otras posibles combinaciones que serán las posibles combinaciones de las personas que ejerzan su derecho a la unión de hecho<sup>192</sup>:

- Tener una identidad de sexo femenino (se definirá a sí misma como mujer), una identidad de género femenino (tenderá a aceptar e identificarse con lo que la sociedad considera femenino) y una orientación sexual homosexual.
- Identidad sexual femenina, identidad de género femenina y orientación sexual heterosexual como en el típico modelo heteropatriarcal.
- Identidad sexual femenina, identidad de género masculina y orientación sexual homosexual.
- Identidad sexual femenina, identidad de género masculina y orientación sexual heterosexual.

Aunque comúnmente la identidad sexual se corresponda con el sexo biológico (por ejemplo, una persona de sexo masculino con identidad sexual masculina), no siempre sucede así, de manera que algunas personas se sienten identificadas con el sexo opuesto (el hombre que se siente mujer o la mujer que se siente hombre). “Es lo que se conoce como transexualidad. La orientación sexual de estas personas no necesariamente está relacionada con su identidad sexual”<sup>193</sup>. Por ejemplo, un hombre que se siente mujer y siente atracción por las mujeres, o bien el caso de un hombre que se siente mujer y siente atracción por los hombres. Esto es así porque la orientación sexual no guarda relación con la identidad de género ni con la identidad sexual ni con el sexo biológico.

La identidad de género es un concepto definido por la sociedad, que se encarga de decir “qué comportamientos son propios de la mujer y qué comportamientos son propios de los hombres”<sup>194</sup>. Es el concepto que más ha cambiado a lo largo del tiempo. Ciertos comportamientos que eran considerados impropios de las mujeres en el pasado

---

<sup>192</sup>Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género”, Óp. Cit. p.2 -5

<sup>193</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género”, Óp. Cit. p.2

<sup>194</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género” Óp. Cit., p.3

(como tener un trabajo remunerado, usar pantalones) están considerados en la actualidad como neutros (formando parte de la identidad de género de ambos sexos), y cada vez son más los comportamientos y actitudes que se consideran neutros, de modo que el concepto de identidad de género tiende a ser cada vez más flexible<sup>195</sup>. Toda esta nueva terminología deberá ser interpretada de acuerdo a los estándares internacionales de protección de derechos humanos para no discriminar a todas las personas LGBT, lo cual será explicado en el capítulo siguiente.

Sin embargo, AMNISTÍA INTERNACIONAL defiende que todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género, deben disfrutar de todos los derechos descritos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y diversos instrumentos internacionales: “Todas las personas tienen una orientación sexual<sup>196</sup> y una identidad de género<sup>197</sup>... cuando la orientación sexual o la identidad de género de una persona no se ajusta a la de la mayoría, a menudo se la considera objetivo legítimo de discriminación o abuso”<sup>198</sup>. Existen millones de personas en todo el mundo que no sólo se enfrentan al peligro de ejecución, encarcelamiento, tortura, violencia y discriminación por razón de su orientación sexual o identidad de género, sino que para muchos Estados el mero hecho de plantear el tema representa una amenaza al principio básico de universalidad de los derechos.<sup>199</sup> Y son precisamente esta variedad de posibilidades que ahora pueden ejercer como personas el derecho a unirse con otra según el art. 68 de la CR<sup>200</sup>, y que al no reconocerles la posibilidad de unirse y regular sus relaciones, se vulnera sus más elementales derechos fundamentales.

---

<sup>195</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género”, Óp. Cit., p.3

<sup>196</sup> La orientación sexual hace referencia a la atracción emocional-sexual que siente una persona hacia otra del mismo sexo (orientación homosexual), de otro sexo (orientación heterosexual) o hacia personas de ambos sexos (orientación bisexual). AMNISTÍA INTERNACIONAL. “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género”, Óp. Cit., p.4

<sup>197</sup> La identidad de género hace referencia a la forma en que una persona se percibe a sí misma en relación con las concepciones sociales de masculinidad y feminidad (género). Una persona puede tener una identidad de género masculina o femenina y las características físicas del sexo opuesto.

<sup>198</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género”, Óp. Cit., p.4

<sup>199</sup> Entrevista Efraín Soria. Fundación Ecuatoriana Equidad. Universidad Andina Simón Bolívar, Seminario de Derechos GLBT, Organización Alfil, 25 de Mayo del 2009, Quito.

<sup>200</sup> V. REGALADO, “Uniones de hecho entre personas del mismo sexo”, Tesis-USFQ, Quito, 2003, p.5

## 2.6 Otra normativa nacional relacionada a la temática LGBT

Es interesante encontrar que en este contexto el año 2008 ha sido histórico, pues el Ecuador ha tenido dos avances legislativos importantes en referencia a los derechos LGBT en el campo penal y seccional municipal.

En el ámbito penal se crea el agravante para el asesinato en el art. 450, numeral 10 cuando dicho asesinato se comete con: "...odio o desprecio en razón de.... orientación sexual o identidad sexual... de la víctima". También se aprueba la creación de los denominados "delitos de odio" en el artículo innumerado a continuación:

Será sancionado con prisión de seis meses a tres años el que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su... orientación sexual o identidad sexual...<sup>201</sup>

En el campo seccional, el Municipio de Quito expide la "Ordenanza 240 de Inclusión de la Diversidad Sexual GLBTI (Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transgéneros e Intersex) en las políticas del Distrito Metropolitano De Quito"<sup>202</sup>. Esta ordenanza de inclusión LGBT es histórica, pues es la segunda en la región después del caso de Bogotá<sup>203</sup>, y la cual prohíbe la discriminación en el distrito metropolitano. Esta ordenanza establece en su art.1:

La municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, declara a la discriminación por orientación sexual como una violación a los derechos humanos fundamentales, que se contrapone a la Constitución Política de la República del Ecuador, los derechos humanos y la política municipal.

Esta ordenanza también incorpora expresamente la promoción de políticas de acción afirmativa para lograr erradicar la discriminación en su art. 2, y la incorporación de la diversidad LGBT en todos los programas y políticas municipales en su art.3. Así, dentro de las políticas y servicios públicos que ofrece el municipio para distinto tipo de parejas, las parejas del mismo sexo también podrán acceder a estos sin ser

---

<sup>201</sup> Código Penal, RO Suplemento 147 publicado el 22 de enero de 1971.

<sup>202</sup> Ordenanza de Inclusión de la Diversidad Sexual GLBTI (Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transgéneros e Intersex) en las políticas del Distrito Metropolitano De Quito (Ordenanza 240), RO 584 publicado el 6 de mayo del 2009.

<sup>203</sup> I. LEÓN, "Globalización y exclusión social por orientación sexual". *Globalización: Alternativas GLBT*. Diálogos Sur-Sur, Quito, 2008. p. 8

discriminados como por ejemplo los servicios médicos de salud del Patronato Municipal.

Además, se creó la Comisión de Transición del Consejo Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género<sup>204</sup> para la definición de la Institucionalidad Pública que garantice la igualdad entre mujeres y hombres y entre las personas de distinta opción sexual e identidad de género. Sin embargo esta institución asumió las funciones del extinto Consejo Nacional de las Mujeres (CONAMU) sin crear políticas públicas para las diversidades sexuales hasta la actualidad.

Finalmente, la Resolución del Consejo de Participación ha establecido una acción afirmativa en relación a los grupos de atención prioritaria o minoritarios con dos puntos adicionales para las personas LGBT en los concursos de merecimiento para diversos cargos, a través del artículo común 21 numeral f del Reglamento del Concurso para Fiscal General del Estado<sup>205</sup>, Contralor General del Estado, Vocales para el Consejo Nacional de la Judicatura, Miembros del Tribunal Contencioso Electoral, Defensor del Pueblo, Primera Autoridad de la Defensoría del Pueblo, y Miembros del Consejo Nacional Electoral.

---

<sup>204</sup> Decreto Ejecutivo No.1733, RO 601 del 29 de Mayo del 2009.

<sup>205</sup> Reglamento 06- CPCCS- 09- CP para el Concurso de Oposición y Meritos para la Selección y Designación del Fiscal General del Estado. Registro Oficial Suplemento 24. 11 de septiembre del 2009. Art. 21.- Acción Afirmativa.- En la evaluación y calificación de méritos de las y los postulantes se aplicarán medidas de acción afirmativa que promueven la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad. La calificación atribuida como acción afirmativa se aplicará sin que se exceda la nota máxima del puntaje asignado a la evaluación por méritos. Será máximo de dos puntos y se aplicará una sola de las siguientes condiciones:

- a. Ecuatoriana o ecuatoriano en el exterior por lo menos tres años en situación de movilidad humana, lo que será acreditado mediante el certificado del registro migratorio, de la Secretaría Nacional del Migrante o declaración juramentada;
- b. Personas con discapacidad, acreditado mediante el Certificado del CONADIS;
- c. Pertenecer a los quintiles uno y dos de pobreza, acreditado con certificado del MIES;
- d. Ser menor de 35 o mayor de 65 años al momento de presentar la candidatura, lo que será acreditado con la copia notariada de la cédula de ciudadanía;
- f. *Persona con orientación o identidad sexual perteneciente al grupo GLBT, acreditado con declaración juramentada o certificado de organizaciones GLBT;*
- e. Persona domiciliada y con actividad económica principal y permanente durante los últimos cinco años en la zona rural, condición que será acreditada con certificado de la Junta Parroquial o declaración juramentada;
- g. Persona proveniente de pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos o montubios; y,
- f. Persona con orientación o identidad sexual perteneciente al grupo GLBT, acreditado con declaración juramentada o certificado de organizaciones GLBT;
- h. Postulante que pertenece al género femenino.

En cuanto a los antecedentes jurisprudenciales tenemos dos fallos importantes. El primero es el fallo de despenalización de la homosexualidad del Tribunal Constitucional en el año 1997, el cual es bastante limitado pues declara inconstitucional del antiguo art. 598 del Código Penal que penalizaba la homosexualidad bajo el criterio de que es una enfermedad “...hiperfunción del sistema endocrino, que determina que esta conducta anormal debe ser objeto de tratamiento médico, no tanto como enfermedad, antes que objeto de sanción penal”<sup>206</sup>. Sin embargo un interesante fallo reciente es el de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha del 2009, que al resolver en apelación una acción de protección sobre el cambio de nombre por cambio de sexo sentenció que la diferenciación basada en la orientación sexual es discriminación:

toda diferencia en el trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de orientación sexual e incluso de género... la homosexualidad son... opciones legítimas y válidas como cualquiera, en la cual quien opta por las mismas, debe gozar los mismos derechos y la misma protección a sus intereses jurídicos que los demás, en virtud del principio de igualdad

Su análisis de igualdad precisamente sirve para establecer una igual equiparación de los derechos de homosexuales como forma ejemplificativa del colectivo LGBT, en el tratamiento de sus derechos, y uno de ellos es el reconocimiento de sus relaciones en equiparación al matrimonio. Sin embargo tiene un pobre desarrollo del derecho a la salud y la identidad personal, sin subsumir ni motivar adecuadamente la obligación estatal de pagar las operaciones de cambio de sexo como ejercicio de la identidad de género.

Como vimos, la creciente protección legislativa de la comunidad LGBT ha tenido varios antecedentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que no nace exclusivamente con el art. 68 de la CR. De hecho este carácter protector estaba ya garantizado en la anterior CR de 1998 cuando en su art. 23 prohibía la discriminación por orientación sexual, siendo la segunda Carta Magna del mundo en contener dicho

---

<sup>206</sup> Tribunal Constitucional, caso No. 111-97-TC, Resolución 106-1-97, RO Suplemento 203 del 27 de Noviembre de 1997

principio luego de Sudáfrica<sup>207</sup> para ese entonces. Sin embargo el principio no supo traducirse en normas secundarias ni políticas públicas que viabilicen la no discriminación por orientación sexual, lo cual si ocurrió en el caso africano y el colombiano.

Al respecto de todos estos progresos normativos, el Informe Sombra actualizado a septiembre del 2009, ha calificado a estos avances en derechos humanos como ineficaces, pues no han producido los efectos para los cuáles han sido pensados y “continúa la violación de los derechos de las mujeres lesbianas”<sup>208</sup> en Ecuador.

## **2.7 Regulación Internacional de la temática LGBT: Instrumentos Internacionales y los Principios de Yogyakarta**

Al respecto de la regulación de la temática LGBT en el Derecho Internacional, la doctrina ha hablado del “silencio de las normas internacionales sobre personas LGBT”<sup>209</sup> debido a que no existe ningún instrumento internacional en relación a la discriminación por orientación sexual, lo cual si existe para el caso de discriminación en razón de género como es el caso de la Convención para la Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres (CEDAW). Es interesante analizar la existencia de una regulación específica en el sistema comunitario andino, pues el art. 52 Carta Andina de Derechos Humanos reconoce la igualdad de los derechos humanos de todas las personas LGBT:

Reconocen que las personas, cualesquiera sean su orientación u opción sexuales, tienen iguales derechos humanos que todas las demás<sup>210</sup>.

Sin embargo, la afirmación de que existe un vacío internacional relativo a la temática no es tan certero, debido a que existen desde el año 2007 los “*Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación*

---

<sup>207</sup> O. MONTOYA, “Discriminación por orientación sexual”, Óp. Cit., p. 141

<sup>208</sup> “Informe Sombra”. Situación de las mujeres lesbianas y trans en Ecuador Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Global Rights, Septiembre del 2009, disponible en <http://www.iglhrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/324-1.pdf> consultado el 10 de noviembre del 2009.

<sup>209</sup> R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Óp. Cit., p.79

<sup>210</sup> CA., Carta Andina de Derechos Humanos, Decisión del Acuerdo de Cartagena 586, publicada en el RO Suplemento 461 del 15 de Noviembre del 2004.

*con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*”<sup>211</sup>. Estos principios fueron solicitados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH), que los recibió luego de nominar una comisión de altos especialistas de derechos humanos para su redacción. De hecho, esta doctrina ha sido tomada como base para que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) apruebe en el 2008 la “Resolución sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”<sup>212</sup> en referencia los informes sobre la protección de género para mujeres lesbianas en la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>213</sup>. Esta doctrina es un conjunto de principios que están relacionados a la orientación sexual y la identidad de género, y que documenta las vulneraciones de los derechos de las personas LGBT. Por no tener otro referente internacional, Yogyakarta será la base de la tesina para establecer los parámetros de la no discriminación, pues contiene “29 Principios adoptados unánimemente por los expertos, con recomendaciones para los gobiernos, instituciones regionales internacionales, sociedad civil y las Naciones Unidas”<sup>214</sup>. Estos principios intentan dar una guía universal sobre la protección de derechos humanos que deberían garantizar los estados para no discriminar por orientación sexual, usando los estándares internacionales.

---

<sup>211</sup> El documento fue elaborado a petición de Louise Arbour, la actual Alta Comisaria de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y se redactó en noviembre de 2006 en la ciudad indonesia de Yogyakarta por un grupo de 29 expertos en Derechos Humanos y derecho internacional de varios países. Entre ellos se encontraban Mary Robinson, ex Alta Comisaria de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expertos independientes de la ONU, integrantes de los órganos de la ONU que dan seguimiento a los tratados, jueces, académicos y activistas por los Derechos Humanos. Su presentación tuvo lugar el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra y posteriormente fue ratificado por la Comisión Internacional de Juristas. El origen más inmediato del documento está en el llamamiento que hicieron 54 Estados en dicho Consejo en el año 2006, para que se respondiera ante las graves violaciones de derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero que se dan habitualmente en numerosos países. BORIS DITTRICH, “The Yogyakarta Principles and Men having sex with Men”. *Yogyakarte*, Congres Schorerstiching, 28 september 2007., disponible en [http://www.borisdittrich.nl/hrv.html?item\\_id=7](http://www.borisdittrich.nl/hrv.html?item_id=7) consultado el 29 de agosto del 2009

<sup>212</sup> OEA., Resolución 2504 sobre *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, Resolución AG/RES.2435 (XXX VII I-O/08)

<sup>213</sup> Tercer Comité de la 64ta Asamblea General de la ONU: GA/SHC/3959.

<sup>214</sup> S. LONG, “Human Rights Watch World Report 2008”, Seven Stories Press, New York, 2008, traducción hecha por el autor del texto “It contains 29 Principles adopted unanimously by the experts, along with recommendations to governments, regional intergovernmental institutions, civil society, and the UN itself”.

El segundo principio de Yogyakarta, que se analizará con relación a las parejas del mismo sexo en el siguiente capítulo, establece:

La orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica.

Sin embargo, queda claro que no existe derecho a una orientación sexual sino a no ser discriminado en razón de la orientación sexual. Pero el problema de Yogyakarta surge por su naturaleza y fuerza vinculante al ser una doctrina, es decir un conjunto de “opiniones vertidas por los tratadistas de esta disciplina jurídica”<sup>215</sup>. Hay que recordar que la evolución del derecho internacional en materia de derechos humanos puede venir de distintas fuentes del derecho internacional. Una de las fuentes es la doctrina<sup>216</sup> a más de las clásicas disposiciones de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos o del derecho internacional consuetudinario. Claramente no tiene la categoría de *corpus iuris* como la Convención de los Derechos del Niño<sup>217</sup> en materia de niñez. Sin embargo al no existir un instrumento al respecto, Yogyakarta no ayuda a interpretar los alcances de protección de los derechos humanos para las personas LGBT como referente.

---

<sup>215</sup> M. TERÁN, “Manual de Derechos Internacional Público Contemporáneo”, Letra Nueva, Quito, 1982, p. 46

<sup>216</sup> *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, 59 Stat.. 1055, T.S. 993, Artículo 38(1) prescribe lo que en términos generales se considera constituyen las fuentes primarias y secundarias del derecho internacional, a saber:

- “a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen normas expresamente reconocidas por los Estados en litigio;
- b) La costumbre internacional, como prueba de una práctica general aceptada como ley;
- c) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d) Las decisiones judiciales y las enseñanzas de los estudiosos más altamente calificados de distintas naciones, como medios subsidiarios para la determinación de las normas del derecho”.

<sup>217</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del *corpus juris* internacional de protección de los niños que sirve para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte IDH., Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la calle”), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Informe Anual 1999, párr. 194.

Sin embargo para en Ecuador tendría mayor peso pues "... se puede invocar los derechos que emanan de la dignidad humana (donde)... el soft law puede ayudar a interpretarlos"<sup>218</sup>. Las fuentes se establecen en el art. 424 de la CR, aunque queda claro que el énfasis no solo se establece en la jerarquía normativa sino en la interpretación más favorable:

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

En este mismo artículo se establece que las autoridades públicas deben aplicar las normas de "derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente". En base a ello, sostengo que los 21 principios tienen fuerza interpretativa más favorable para el caso Ecuatoriano que ayuda a interpretar el principio de no discriminación por orientación sexual, y por ende nos ayudan a interpretar el alcance de los derechos humanos que deben ser protegidos.

A más de estos principios, en el sistema de ONU se ha expedido una serie de documentos afirmando la obligación estatal de garantizar la protección efectiva para todas las personas frente a la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género<sup>219</sup> que veremos a continuación y que se analizarán a profundidad en el capítulo de no discriminación:

- El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), reconoce en sus "Directrices de elegibilidad por razones de género"<sup>220</sup> que las personas LGBT "pueden ser elegibles para el estatus de refugiados sobre la base de persecución debido a su pertenencia a un grupo social en particular. Es la política del aceptar que las personas que se enfrentan a ataques, trato inhumano,

---

<sup>218</sup> R. ÁVILA, "Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia", Óp. Cit., p. 24

<sup>219</sup> D. SANDERS, "Getting Lesbian and Gay Issues on the International Human Rights Agenda", *Human Rights Quarterly* 18 (1996), p. 67-106 tomado del texto encontrado en [www.convencion.org.uy/menu3-004.htm](http://www.convencion.org.uy/menu3-004.htm), con algunas modificaciones y consultado el 23 de septiembre del 2009.

<sup>220</sup> ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 1: Persecución basada en el género*, *supra* nota 45, párrs. 25-26, disponible en [www.acnur.org/biblioteca/pdf/7117.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7117.pdf) consultado el 24 de agosto del 2009.

o a seria discriminación debido a su [orientación sexual], y cuyos gobiernos no puedan o no estén dispuestos a protegerlos, deben ser reconocidos como refugiados". Es un importante precedente para las parejas del mismo sexo en el campo migratorio, que de hecho se está aplicando para el caso de determinación del estatus de refugiados colombianos en Ecuador por parte de la Dirección General de Refugiados<sup>221</sup> y prueba la vulnerabilidad de la comunidad LGBT.

- El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en varios de sus Informes sobre Desarrollo Humano, a partir de 1991, ha introducido un "Índice de Libertad Humana" donde uno de los criterios de medición se establece en el reconocimiento legal de la diversidad sexual y sus manifestaciones como índice de desarrollo: "La libertad para expresar la orientación sexual y la identidad de género está estrechamente conectada a la libertad económica y política"<sup>222</sup>. Entonces un país, como el Ecuador que reconoce la libertad de las parejas del mismo sexo para unirse, es un país que reconoce la libertad en todos sus contextos.
- La Oficina Internacional del Trabajo (OIT) elaboró un "Informe Global sobre la Igualdad en el Trabajo 2007"<sup>223</sup>, que examina extensamente la discriminación laboral en el mundo, y toma la orientación sexual como factor de discriminación. Este instrumento expresa su "preocupación por un número creciente de países donde se produce este tipo de discriminación que no son aceptables"<sup>224</sup>. Ello constituye una directriz aplicable a los efectos que tendrán las uniones de hecho de parejas del mismo sexo en el ámbito laboral, es decir que un miembro de estas parejas no puede ser discriminado en su trabajo por su orientación sexual.

---

<sup>221</sup> Entrevista Pier Pigozzi. Auxiliar Principal de Protección de ACNUR Universidad Andina Simón Bolívar, Seminario de Derechos GLBT, Organización Alfil, 25 de Mayo del 2009, Quito.

<sup>222</sup> PNUD, *Informe sobre desarrollo humano 2006: más allá de la escasez: poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, Nueva York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006, disponible en [http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd\\_poa.htm#top](http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm#top) consultado el 11 de agosto de 2009

<sup>223</sup> OIT. *Informe Global sobre igualdad en el trabajo 2007*. Disponible en [www.oei.es/noticias/spip.php](http://www.oei.es/noticias/spip.php) consultado el 11 de septiembre del 2009

<sup>224</sup> OIT., *Ibíd.*

- La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, en Beijing<sup>225</sup>, 1995, ha reconocido en su Plataforma de Acción que mujeres y hombres deben poder decidir libremente en todos los asuntos relacionados con su sexualidad, sin coerción, discriminación o violencia.
- El Plan de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo<sup>226</sup>, de 1994, observa la necesidad de los Estados de reconocer la diversidad de las estructuras familiares. El criterio de diversidad sexual es un término de cumplimiento de los derechos sexuales y reproductivos, y de su cumplimiento de las metas del Plan del Cairo. Este es un fundamento sólido a la conformación de las parejas del mismo sexo como estructuras familiares.

En conclusión, el Estado siempre es responsable por la protección y garantía de los derechos humanos, y en este sentido su art.11 numeral 9 de la CR indica que el “*más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos*”. Por este principio básico de responsabilidad otros fines estatales pasan a ser secundarios, pues su finalidad primordial en el contexto del Estado Constitucional de Derechos es la protección eficaz de los derechos humanos. Se puede decir que en materia de derechos humanos el estado tiene “la primordial obligación de ser perfecto... (pues), el respeto a los derechos humanos es absoluto y su incumplimiento no es justificable”<sup>227</sup>. Entonces, el Estado está obligado por las normas internas antes mencionadas y por las directrices internacionales al reconocimiento de la diversidad en relación a la orientación sexual. De hecho, los instrumentos internacionales de derechos humanos se interpretan evolutivamente de acuerdo a los tiempos: “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida”<sup>228</sup>. Un ejemplo claro de evolución de los tiempos es

---

<sup>225</sup> ONU. *Declaración y Plataforma de Acción*. “Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer”. Beijing: 16 de noviembre del 2000, disponible en <http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/dh/nuemedbeij.pdf> consultada el 15 de agosto del 2009

<sup>226</sup> ONU. *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 1994. Cap.II* <http://www.un.org/spanish/conferences/accion2.htm>

<sup>227</sup> A. PONCE. “La Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Colectivos”. *Revista Iuris Dicitio*, Quito, Año III N°5, 2003, p. 50

<sup>228</sup> Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16 *supra* nota 82, párr. 114; y *cfr.* *Caso de los*

precisamente el respeto a las diversidades sexuales donde precisamente la unión de hecho de parejas del mismo sexo es una expresión, y por la cual los derechos humanos se deben interpretar de acuerdo a estas nuevas realidades. Sin embargo, también existe la obligación de organizar su aparato gubernamental para darle un sentido útil, al ejercicio de dichos derechos, como afirma la Corte Interamericana:

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>229</sup>.

Por ello, la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos.... adquiriera todo su efecto útil<sup>230</sup>.

Por ello, el art. 68 de la CR requiere un análisis con un enfoque de derechos donde el derecho a la igualdad y no discriminación que se analizará en el próximo capítulo, no agota todas las posibilidades de su alcance con su mero reconocimiento constitucional, sino que busca un ejercicio real del mismo a través de su efecto útil, reflejado en una aplicación directa, no restrictiva, con supremacía, e integral de la misma. Cabe en un sistema jurídico reconocer el derecho a unirse, y recibir la protección estatal como la condena por cometer actos que fomenten el odio, donde las directrices de Yogyakarta nos ayudan a interpretar ese alcance. Hay que equiparar un sistema que dé efectos jurídicos reales a las uniones de parejas del mismo sexo para que estas puedan ejercer sus derechos humanos a través de esta institución. La tendencia mundial en los organismos internacionales es reconocer la diversidad como los derechos de la comunidad LGBT que tradicionalmente ha sido vulnerada, diversidad que es reconocida y protegida a nivel interno e internacional.

---

“Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*), *supra* nota 68, párr. 193., Caso Pueblo Bello, *supra* nota 24, párr. 140

<sup>229</sup> Corte I.D.H, *Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares*, Sentencia del 26 de junio de 1987 (Serie C) No. 1 párr. 165

<sup>230</sup> Corte I.D.H, *Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares*, Sentencia del 26 de junio de 1987 (Serie C) No. 1 párr. 30.

## CAPÍTULO III

### PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN PARA PERSONAS LGBT COMO EQUIPARACIÓN DE DERECHOS PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO

The basic rationale for marriage lies in its serving certain legitimate and important interests of married couples. But many same-sex couples have the same interest, which marriage would serve in essentially the same way. So restricting marriage to opposite-sex couples is a denial of equality. There is no way of justifying this denial of equality without appealing to controversial conceptions of the good and it is a basic principle of liberalism that the state should not promote, or justify its actions by appeal to, such controversial conceptions of the good. So the institution of marriage ought to be reformed so as to allow same-sex couples to marry with institutions such as the civil unions.

John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993)<sup>231</sup>

Este capítulo tiene por finalidad hacer un análisis exhaustivo del principio de no discriminación y su posible aplicación a la no discriminación de orientación sexual hecho a nivel nacional e internacional. Luego de explicar la naturaleza del principio se hará un recuento de sus posibles excepciones para finalmente aplicar la metodología

---

<sup>231</sup> R. WEDGWOOD, *The Fundamental Arguments for Same-Sex Marriage*, New York: The Journal of Political Philosophy. Volumen 7, Número 2, 1999, p. 225-242.

del “Test de Proporcionalidad” a diferentes normas ecuatorianas, para así establecer si existe un estándar de protección de los derechos de las parejas del mismo sexo.

### **3.1 Principio de igualdad y no discriminación.**

El principio de igualdad y no discriminación, será la base para el tratamiento de la protección de las parejas del mismo sexo con respecto a las tradicionales parejas heterosexuales amparadas por el matrimonio y la unión libre. El principio de igualdad está garantizado en la normativa nacional y en el derecho internacional y lo describiremos a continuación. En el art. 11 de la CR se consagra la igualdad y no discriminación como principio, hablando de una igualdad material en su segundo párrafo, y de la igualdad real en su tercer párrafo, y reconociéndole expresamente como un derecho personal en el art. 66 numeral 4, el cual a su vez como derecho incluye su aspecto formal y material.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

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

Art. 66.4.- Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Este principio ha sido reconocido desde las reivindicaciones de derechos en la Revolución Francesa y posteriormente consagrado en una extensa variedad de instrumentos internacionales como el art. 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>232</sup>, el art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos

---

<sup>232</sup> DUDH, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc. .A/810 at 71 (1948), Artículo 2: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición /Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Humanos, el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCIP)<sup>233</sup>, el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>234</sup>, el art. 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>235</sup>, y el art. 53 de la Carta Andina de Derechos Humanos<sup>236</sup>, entre otros que se analizarán posteriormente. La igualdad y no discriminación es un principio autónomo y universal, de aplicación directa, una directriz por el art. 11 de la CR, y un derecho individual por el art. 66 de la misma. La doctrina indica que la igualdad constituye en el campo de los derechos humanos un derecho de todos a la afirmación y la tutela de la propia identidad, en virtud del “igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como

Artículo 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

<sup>233</sup> PIDCP, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), Artículo 2.1: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Artículo 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>234</sup> PIDESC, G.A. res.2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), Artículo 2.2 “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>235</sup> La Convención, Óp. Cit., Artículo 1.1: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento cualquier otra condición social”.

Art. 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

<sup>236</sup> CA., *Carta Andina de Derechos Humanos*, Decisión del Acuerdo de Cartagena 586, publicada en el RO Suplemento 461 del 15 de Noviembre del 2004. Artículo 53: “Combatirán toda forma de discriminación a individuos por motivos de su orientación u opción sexuales, con arreglo a las legislaciones nacionales y, para ello, prestarán especial atención a la prevención y sanción de la violencia y discriminación contra las personas con diversa orientación u opción sexual, y la garantía de recursos legales para una efectiva reparación por los daños y perjuicios derivados de tales delitos.”

todas las demás”<sup>237</sup>. Precisamente estas diferencias de los individuos van marcadas en la distinción de la igualdad formal y la material:

Según la interpretación clásica –que tiene sus raíces en la obra de Hermann Heller– se venía distinguiendo entre un principio de *igualdad formal o igualdad ante la ley*, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e *igualdad material, como una reinterpretación de aquella en el Estado social de Derecho* que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos. Para lograr esta igualdad material, los poderes públicos deberán en ocasiones, dictar normas aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real<sup>238</sup>.

Sin embargo el diferenciar entre igualdad formal y material, que posteriormente se tratará, no ofrece una metodología que nos ayude a entender la discriminación aplicada a casos concretos como es el caso de las uniones de parejas del mismo sexo.

Para el tratadista C. GAVIRIA<sup>239</sup> este concepto parte de una fórmula clásica aristotélica, por el cual hay que tratar al igual como igual y al desigual como desigual. Esto es relativo para N. BOBBIO, para quien también hay que preguntarse: ¿igualdad entre quienes?, ¿igualdad en qué?, ¿Igualdad con base en que criterio?<sup>240</sup>. Se deben entender que “dos cosas sean iguales entre sí no es justo ni injusto, es decir no tiene por sí mismo ni social ni políticamente valor alguno. Mientras que la justicia es un ideal, la igualdad es un hecho”<sup>241</sup>.

La igualdad es un valor desde un enfoque jurídico y de derechos, un valor que ha sido profunda y largamente discutido por la sociología, la filosofía y el derecho. A la igualdad se la considera como un valor porque es inherente a la condición del ser humano, sin embargo, su problema es la percepción de lo que se cree como “deber ser” de la igualdad<sup>242</sup>. Este es un “problema de equiparación” para BOBBIO, el “cual se

---

<sup>237</sup> L. FERRAJOLI, “Derechos y garantías, la ley del más débil”, Madrid, Trotta, 2004, p. 74.

<sup>238</sup> C. ENCARNA, «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», Disponible en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCIAECC.pdf> y consultado el 11 de agosto del 2009.

<sup>239</sup> C. GAVIRIA, “Sentencias: herejías constitucionales”, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 2002, p. 63

<sup>240</sup> N. BOBBIO, “Igualdad y libertad”, Paidós, Barcelona, 1993, p. 59

<sup>241</sup> N. BOBBIO, “Igualdad y libertad”, *Ibid.*, p. 59

<sup>242</sup> D. FALCONÍ, *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Óp. Cit. p. 76

encuentra frente al problema que debe asignar ventajas y desventajas, beneficios o gravámenes, en términos jurídicos, derechos o deberes, a una pluralidad de individuos pertenecientes a una determinada categoría”<sup>243</sup>. Por ello para tener una metodología práctica a las uniones de parejas del mismo sexo, hay que analizar la esencia misma de la igualdad como valor, y la desigualdad como concepto<sup>244</sup>, y el cual podría dar cuatro modelos según FERRAJOLI<sup>245</sup>, mismos que se analizarán conforme a los modelos:

1. *“Indiferencia jurídica de las diferencias. Según esto, las diferencias no se valorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignoran”*<sup>246</sup>. El punto de partida de este modelo es un desconocimiento de las diferencias, el cual presupone que todos los seres humanos son iguales, basados según el autor en la capacidad de ser ciudadanos y los derechos que nacen de esa ciudadanía. Sin embargo, este modelo no hace un reconocimiento real de las debilidades históricas en que se le ha sumido a las minorías como por ejemplo la mujer y otras diversidades sexuales como las personas LGBT<sup>247</sup>. En general reconocería los derechos que nacen de la igualdad al modelo heteropatriarcal-matrimonial clásico como modelo familiar, pero no habría opción de reconocer aquellos derechos que nacen de las diversidades reales que forman la realidad como es el caso concreto de las parejas del mismo sexo. Por ejemplo en este modelo de igualdad, el hombre tiene derecho a casarse, pero siempre con una mujer, así sus preferencias sexuales sean diversas al heterosexismo, por lo que en este modelo quedaría como violatorio al principio de igualdad de la CR que si reconoce la no discriminación por orientación sexual. Un ejemplo constituye la penalización homosexual en los países árabes.
2. *“La diferenciación jurídica de la diferencia, que se expresa en la valorización de algunas identidades y la desvalorización de otras; y, por tanto, en la jerarquización de las diferentes*

---

<sup>243</sup> D. FALCONÍ, *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBTT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Óp. Cit., p. 76

<sup>244</sup> R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Óp. Cit., p. 18

<sup>245</sup> L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Óp. Cit., p. 74.

<sup>246</sup> L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, *Ibíd.*, p. 74.

<sup>247</sup> R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Óp. Cit., p.18

*identidades*”<sup>248</sup>. Este modelo genera algunos estatus privilegiados y ordenamientos jerarquizados. Además reconoce las diferencias, con su correspondiente característica de desigualdad. Ejemplos clásicos fueron los estados esclavistas, que reconocían las diferencias entre los habitantes pero les daban calidad de inferiores a aquellos que se encontraban fuera del modelo mayoritario. En el caso de las personas LGBT, existe una gran cantidad de países que los criminaliza sancionándolos legal y socialmente como una forma de diferenciación. Un ejemplo es el caso de las uniones francesas donde se les reconoce una gran cantidad de derechos, pero se les imposibilita formar familias explícitamente, por ser formas contrarias a la sana moral general, y por ende sus uniones no tienen la misma cantidad de derechos jurídicos que el matrimonio<sup>249</sup>.

3. “*Homologación jurídica de las diferencias: las diferencias, empezando por la de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas... porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad*”<sup>250</sup>. Este modelo genera un panorama normativo al que hay que asimilar todas las otras realidades, con lo que desconoce las diferencias reales de los individuos y niega nuevamente los derechos que puedan nacer de sus particularidades. Por ejemplo la legislación española iguala todos los derechos de las personas LGBT en el ámbito familiar al de los heterosexuales con el matrimonio en general, pero justamente por esta homologación de derechos se desconoce las particularidades y discriminaciones en que vive este colectivo, como el caso de la adopción.
4. “*Igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales– y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad*”<sup>251</sup>. Este modelo será el tipo de ordenamiento ideal para aplicar al caso ecuatoriano, pues hay un reconocimiento de derechos acompañado de las fórmulas necesarias para hacer

---

<sup>248</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Óp. Cit., p. 74.

<sup>249</sup> R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Óp. Cit., p. 74

<sup>250</sup> L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Óp. Cit., p. 74.

<sup>251</sup> L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Ibíd., p. 74.

efectivo esos derechos. Una reivindicación real es aquella verdaderamente efectiva, lo que quiere decir que viene acompañada de los medios necesarios para que los derechos puedan ser ejercidos de una manera libre y sin restricciones. Este es precisamente el modelo especificado en el caso colombiano donde a más de tener los derechos, la Corte Constitucional hizo un recuento de las diferencias reales de las parejas del mismo sexo, para tratar de igualar sus debilidades y generar una igualdad no solo formal, sino real, y así lograr la efectividad de sus derechos humanos. Por ello, se deberá analizar entonces si las parejas del mismo sexo en pertenencia a su colectivo LGBT tienen descaracterizaciones propias de su grupo al analizar diferentes normas.

### **3.2 La Discriminación en el Sistema Interamericano.**

Luego del análisis de los cuatro modelos y de la mejor adaptabilidad del último modelo al caso en estudio, debemos entender qué es la discriminación. Al respecto el juez RODOLFO E. PIZZA en su voto separado de la OC-4 señala que la igualdad y la no discriminación, como principio de los derechos humanos, son las dos caras de la misma institución: “la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, y la discriminación es la cara negativa de la igualdad... y ambas son la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito... como orden de justicia para el bien común”<sup>252</sup>. A pesar de ser la cara de la misma institución, la discriminación ha sido definida por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belén do Pará) o la Convención para la Erradicación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su primer artículo (en el mismo sentido que lo define la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión, la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, o la Convención Belen do Para) como:

---

<sup>252</sup> Corte IDH., Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A4, párr.

...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera<sup>253</sup>.

Esta distinción que anula los derechos constituye una violación clara y directa a la igualdad, lo cual ha sido reconocido igualmente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, misma que ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares del sistema democrático y una base fundamental del sistema de protección de los derechos humanos instaurado por la OEA<sup>254</sup>. Adicionalmente la Comisión ha establecido que existe una discriminación intencional o directa (que tenga por objeto) cuando las leyes o políticas discriminan de manera explícita a una persona, y una discriminación por resultados o indirecta (que tenga por resultado) cuando una discriminación se produce a consecuencia de la aplicación de normas o políticas que parecen a primera vista neutrales, pero cuyo impacto es perjudicial para los grupos de vulnerabilidad<sup>255</sup>. Para la Comisión, en el caso de la discriminación indirecta se debe probar el resultado desproporcionado perjudicial que tiene ese criterio sobre las personas miembros del grupo o colectivo, y que debe acreditar “datos empíricos que demuestren que el supuesto sesgo invisible o neutral en la adopción de decisiones que tiene un efecto dispar sobre algún grupo”<sup>256</sup>.

La OC 17 indica que el sentido del principio de igualdad se desprende “directamente de la unidad de la naturaleza de género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona” y que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva en sí misma, de la dignidad humana”<sup>257</sup>

---

<sup>253</sup> A pesar de que la Convención Belén do Para no recoge la definición textual, si hace énfasis en la diferenciación. Art. 1” Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”

<sup>254</sup> CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 144 (1997), párrafo36

<sup>255</sup> CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de la violencia de las Américas*, Washington, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68 , 20 de enero del 2007, párr. 89

<sup>256</sup> CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de la violencia de las Américas*, *Ibid.*, párr. 91

<sup>257</sup> Corte I.D.H., Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 55

La importancia de la igualdad tiene un carácter de principio fundamental, cuya negación implicaría la negación misma del objeto y fin de los tratados de derechos humanos antes mencionados. La Corte en la OC 18 resolvió que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; que ha ingresado en el dominio del *jus cogens*; y que acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares. Este es una importante consideración de la igualdad que debe ser tomada en cuenta para la aplicación de la protección de las parejas del mismo sexo. Así la Corte ha establecido:

3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.

4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.<sup>258</sup>

Para F. SIMON<sup>259</sup> la igualdad en el contexto de los derechos de la niñez, contiene una obligación positiva de respetar, entendida como no realizar ningún acto que restrinja la aplicación de un derecho, y por otro lado, dos obligaciones positivas de tomar medidas apropiadas para el ejercicio de los derechos sin distinción o exclusión alguna y proteger al niño de cualquier castigo o discriminación por su condición personal. Es decir que las minorías LGBT tendría en relación al principio de igualdad el derecho a que se tomen las medidas adecuadas para que sus derechos no sean excluidos, y también la protección de no ser discriminado por su orientación, lo que

---

<sup>258</sup> Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, puntos resolutivos 3, 4 y 5

<sup>259</sup> Cfr. F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, Óp. Cit., p. 107.

implica que el Estado en sus actividades no restrinja sus derechos. Por ello, las uniones de hecho de parejas de mismo sexo deben estar amparadas por los actos estatales que no pueden restringir sus derechos ni anular su condición personal, y más bien tienen que estar encaminadas a la protección de su discriminación.

### 3.3 Jus Cogens y Erga Omnes

Jus Cogens o “el derecho de gentes” se las define como normas imperativas de derecho (*perentory norms* en inglés)<sup>260</sup> de acuerdo al art. 53 de la Convención de Viena de los Derechos<sup>261</sup> y se caracteriza por su cumplimiento obligatorio y por no admitir acuerdo en contrario por parte de los Estados. Entonces cuando se genera obligaciones frente a todos los estados se genera obligaciones *erga omnes* (frente a todos). La Comisión ha definido al *jus cogens* como un conjunto de conceptos jurídicos antiguos de "un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir" y como "normas que han sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, como necesarias para proteger la moral pública en ellas reconocidas"<sup>262</sup>. El *jus cogens* deriva su condición de valor fundamental defendido por la comunidad internacional cuya violación conmueve la conciencia de la humanidad, como por ejemplo el genocidio, la esclavitud, la desaparición forzada o la tortura. Es decir que los derechos que alcanzan la condición de *jus cogens* se tornan inalienables<sup>263</sup>. En este sentido lo sostiene el voto razonado del Juez A.A. CANÇADO TRINDADE en la Sentencia del caso de la Masacre de Pueblo Bello<sup>264</sup> citando el criterio de la OC 18:

---

<sup>260</sup> P. ALSTON, “The Sources of Human Rights Law”. *Human rights law*. New York University Press, New York, 1996, p.3-29

<sup>261</sup> *Convención de Viena de los Tratados*, ONU Doc. A/CONF.39/27 (1969): Artículo 53: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

<sup>262</sup> CIDH, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987, párr. 55; citado en CIDH Michael Domínguez c. Estados Unidos, Caso 12.285 del 22 de octubre del 2002, párr. 43-50.

<sup>263</sup> CIDH., *Ibíd.*

<sup>264</sup> Corte IDH. , Voto Razonado Juez A.A. Cançado Trindade. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia del 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 8

... por definición, todas las normas del *jus cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes*. Mientras el *jus cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados. A su vez, no todas las obligaciones *erga omnes* se refieren necesariamente a normas del *jus cogens*.

Siendo el principio de igualdad una norma de *jus cogens* según la Corte, y siendo sus obligaciones *erga omnes*, se puede entender que la no discriminación es una norma imperativa y de cumplimiento para todos, que protege a las personas de todas las razones de no discriminación. Ahora deberemos pasar a analizar si el principio de igualdad sería aplicable a la no discriminación por orientación sexual para las parejas del mismo sexo, pero no sin antes analizar la estructura y componentes de esta igualdad y la discriminación.

### 3.3.1 Discriminación de Jure y de Facto:

La Corte, en la OC 18 hace un análisis interesante de discriminación en relación a la materia migratoria que nos podría ser aplicables al caso en estudio, pues distingue entre la igual protección de la ley a nacionales y extranjeros, reconociendo la diferencia entre situaciones de desigualdad *de jure* (aquellas donde la legislación establece diferencias formales entre los derechos de distintas categoría de personas como por ejemplo entre nacionales y extranjeros en el reconocimiento de las leyes como igualdad formal) y situaciones de desigualdades *de facto* (que consiste en la aplicación en forma discriminatoria de la legislación que no encierra criterio discriminatorio como por ejemplo las desigualdades estructurales<sup>265</sup>):

los Estados... no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.

---

<sup>265</sup> Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 112 y 113.

Con respecto a las desigualdades *de facto*, la Corte ha reconocido la existencia de prejuicios culturales, los cuales permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, como por ejemplo los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo en el caso del fenómeno migratorio. Estas desigualdades estructurales dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra<sup>266</sup>. La Comisión ha establecido que los estados no pueden discriminar en su política por razones de raza, color, religión, origen nacional o social, opinión política o de otra índole, idioma, estatus económico, nacimiento, sexo o género, u otra condición social, pues si bien se permite en materia de política migratoria discriminar entre ciudadanos y extranjeros, no hay razón alguna que permita exceptuar la aplicación del principio de no discriminación<sup>267</sup>. Este criterio es igualmente aplicable al caso de las discriminaciones para las personas LGBT en relación a la protección que reciben las parejas del mismo sexo, y por ende una diferenciación de *jure o facto* estaría prohibida en el contexto de la protección de derechos humanos, dónde precisamente la igualdad de su tratamiento entre parejas del mismo sexo y las clásicamente heterosexuales establecería un parámetro de no discriminación.

### **3.4 No Discriminación por Orientación Sexual:**

Precisamente la razón para un trato diferenciado injusto para las parejas del mismo sexo se basaría en su orientación sexual, el cual no ha sido tratado específicamente por el sistema interamericano. El problema del principio de igualdad consiste en el vacío del tratamiento de la no discriminación por orientación sexual en los instrumentos internacionales, pues de los hasta ahora mencionados ninguno ha especificado la no discriminación por orientación sexual, salvo el art. 53 de la Carta Andina:

Combatirán toda forma de discriminación a individuos por motivos de su orientación u opción sexuales, con arreglo a las legislaciones nacionales y, para

---

<sup>266</sup> Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-

18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 112 y 113.

<sup>267</sup> CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001, párrafo 97(3)

ello, prestarán especial atención a la prevención y sanción de la violencia y discriminación contra las personas con diversa orientación u opción sexual, y la garantía de recursos legales para una efectiva reparación por los daños y perjuicios derivados de tales delitos.

En teoría no es necesario su tratamiento específico porque el principio de no discriminación podría extenderse para el caso de orientación sexual amparada en la no discriminación por condición social o sexo<sup>268</sup>. La doctrina ha pretendido establecer que la no discriminación por sexo se pueda extender a la no discriminación por orientación sexual, y en consecuencia, “la palabra sexo también comprendería a la orientación sexual”<sup>269</sup>.

Si bien no existe una referencia clara en los instrumentos internacionales sobre la no discriminación por orientación sexual, todos los estándares establecidos en los mismos instrumentos sobre la igualdad son aplicables a este caso en concreto. Dicho estándar está establecido en los siguientes instrumentos en correlación a los derechos que protegen el objeto y fin de cada tratado respectivo: el art. 1.3 de la Carta de Naciones Unidas<sup>270</sup> que establece el estándar de no discriminación en razón de sexo, idioma, raza o religión; el art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>271</sup> que amplía la no discriminación por razón de color, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra razón; el art.5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

<sup>268</sup> D. O'DONELL, “Protección Internacional de los derechos humanos”, p. 373 citado en la obra de D. FALCONÍ, *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Óp. Cit., p. 76

<sup>269</sup> N. LOSING, *¿Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos de parejas del mismo sexo*, X Congreso de Derecho de Familia, Ponencias Comisión III, Mendoza, Argentina, del 20 al 24 de septiembre de 1998, citado en la obra de M. GÓMEZ, “Parejas Homosexuales: su tratamiento en el Derecho Chileno”. *Uniones entre personas del mismo sexo*, Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006 p. 129

<sup>270</sup> Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945, T.S. 993, 3, Artículo 1: Los propósitos de las Naciones Unidas son: .... 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”; y Artículo 55: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:..... 3. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

<sup>271</sup> Ver pie de página 196.

Racial<sup>272</sup> que incluye el término origen étnico; el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>273</sup> en el mismo sentido que la DUDH; el art. 2.2 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>274</sup> que incluye las razones de condición social, posición económica o nacimiento; el art. 3 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>275</sup> en relación a la igualdad de mujeres y hombres; el art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>276</sup> en relación a la igualdad del tratamiento a los niños que incluye razones de impedimentos físicos y cualquier condición del niño, padre o representante; el art. 1.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>277</sup> en relación a la igualdad de los trabajadores migrantes y sus familias; el art. 14 de Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el

---

<sup>272</sup> *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (CERD), G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, Artículo 5: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia...”.

<sup>273</sup> *Ver pie de página 197.*

<sup>274</sup> *Ver pie de página 198.*

<sup>275</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [CEDAW], G.A. res. 34/180, 34 U.N.GAOR Supp. (No. 46). Artículo 3: “Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”.

<sup>276</sup> Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), G.A. res. 44/25, annex, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 167, U.N. Doc. A/44/49 (1989), Art. 2.1: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

<sup>277</sup> *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, G.A. res. 45/158, Annex, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) at 262, U.N. Doc. A/45/49 (1990), vigente desde el 1 de Julio del 2003, Artículo 1.1: “La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.

cual agrega la categoría de minorías nacionales como categoría de no discriminación<sup>278</sup>; el art. 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>279</sup>; el art. 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y Personales (Banjul) <sup>280</sup>, el art. 10 de la Carta Andina de los Derechos Humanos<sup>281</sup> que es el único en introducir el criterio de orientación y opciones sexuales, entre otros. Todos estos instrumentos de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico conforme al art. 417 de la Constitución<sup>282</sup>, y deben ser interpretados de su manera más favorable. Los derechos que generan estos tratados internacionales (salvo la Carta Africana y el Convenio Europeo), serán “exigibles como cualquier derecho derivado dentro del sistema doméstico”<sup>283</sup>, es decir que al tratarse de materia de derechos humanos, el principio de igualdad de estos instrumentos es vinculante y exigible para las parejas del mismo sexo. Además, el TC en un recurso de amparo propuesto por Diego Espinoza Álvarez<sup>284</sup> ha establecido que las normas internacionales están sobre las normas domésticas.

Sin embargo, varios organismos internacionales han desarrollado la interpretación de la igualdad en relación a la orientación sexual, entre los que se destacan más de quince referencias que se reseñan a continuación.

---

<sup>278</sup> *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* [ECHR], 213 U.N.T.S. 222, del 3 de Septiembre de 1953 (modificado por los Protocolos Nos. 3, 5, 8, y 11), Art. 14; “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

<sup>279</sup> *Ver pie de página 198.*

<sup>280</sup> *Carta Africana de Derechos Humanos y Personales (Banjul)*, del 27 de Junio de 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), Art. 2: “Every individual shall be entitled to the enjoyment of the rights and freedoms recognized and guaranteed in the present Charter without distinction of any kind such as race, ethnic group, color, sex, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, fortune, birth or other status”.

<sup>281</sup> CA., *Carta Andina de Derechos Humanos*, Decisión del Acuerdo de Cartagena 586, publicada en el RO Suplemento 461 del 15 de Noviembre del 2004. Artículo 10: “Reafirman su decisión de combatir toda forma de racismo, discriminación, xenofobia y cualquier forma de intolerancia o de exclusión en contra de individuos o colectividades por razones de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, orientación sexual, condición migratoria y por cualquier otra condición; y, deciden promover legislaciones nacionales que penalicen la discriminación racial”.

<sup>282</sup> Art. 415 CR: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

<sup>283</sup> T. BUERGENTHAL, “Derechos Humanos Internacionales”, Gernika, México, 1999, p.4

<sup>284</sup> Tribunal Constitucional, Resolución de la Segunda Sala de 29 de octubre del 1998 en el trámite del recurso de amparo N1 462.98.RA

El Comentario General N. 2 del Comité contra la Tortura de la ONU, en su Sección V establece que la protección para los individuos y grupos vulnerables por marginalización y discriminación incluye todas las categorías de no discriminación aunque no estén mencionados en la Convención contra la Tortura, incluyendo ya la orientación sexual e identidad transexual explícitamente en relación a casos de tortura<sup>285</sup>. Adicionalmente tenemos la Recomendación General N. 20 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre la aplicación no discriminatoria de los derechos y libertades (relativos al CERD)<sup>286</sup> y el Comentario General N. 18 sobre no discriminación del Comité de Derechos Humanos que explica los alcances de la no discriminación del PIDCP incluyendo las acciones afirmativas y la adopción de medidas legislativas-administrativas estatales, y establece que otras razones de no discriminación a más de las tradicionales<sup>287</sup>. El “Estudio sobre la no discriminación” en

---

<sup>285</sup> Comité contra la Tortura, Comentario General No. 2: Implementación del Art. 2 por los Estados Partes, U.N. Doc. CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, del 23 de Noviembre del 2007 (Sección V: Protección para los individuos y grupos vulnerables por marginalización y discriminación, p. 6): La protección de ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de ser torturadas forma parte de la obligación de impedir la tortura y los malos tratos. Los Estados Partes deben velar por que, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sean su raza, color, grupo étnico, edad, creencia o adscripción religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, género, orientación sexual, identidad transexual, discapacidad mental o de otro tipo, estado de salud, situación económica o pertenencia a una comunidad indígena, razón por la que la persona se encuentra privada de libertad, en particular las personas acusadas de delitos políticos o actos terroristas, los solicitantes de asilo, los refugiados u otras personas que se encuentran bajo protección internacional, o cualquier otra condición o factor distintivo adverso. Por lo tanto, los Estados Partes deben garantizar la protección de los miembros de los grupos que corren mayor peligro de ser torturados, enjuiciando y castigando cabalmente todos los actos de violencia y maltrato cometidos contra esas personas y velando por la aplicación de otras medidas positivas de prevención y protección, entre otras, las anteriormente descritas.

<sup>286</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 20: Implementación no discriminatoria de los derechos y libertades (Art. 5)*, U.N.Doc. Gen. Rec. No. 20, del 15 de Marzo de 1996: “The States Parties are recommended to report about the non-discriminatory implementation of each of the rights and freedoms referred to in article 5 of the Convention one by one”.

<sup>287</sup> Comité de Derechos Humanos, *Comentario General N.º 18: No Discriminación*, U.N. Doc. CCPR General Comment No. 18, del 10 de Noviembre de 1989: “1. Non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitute a basic and general principle relating to the protection of human rights. Thus, article 2, paragraph 1, of the International Covenant on Civil and Political Rights obligates each State party to respect and ensure to all persons within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the Covenant without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Article 26 not only entitles all persons to equality before the law as well as equal protection of the law but also prohibits any discrimination under the law and guarantees to all persons equal and effective protection against discrimination on

concordancia con el art. 2 del PIDESC del Comisión de Derechos Humanos <sup>288</sup>; y varios de los comunicados del mismo Comité (CDH) para los países de Colombia y Australia (donde aplicó el art. 21 del PIDCP para encontrar discriminación por orientación sexual)<sup>289</sup>. El Comentario General N. 4 del Comité de los Derechos del Niño (donde al analizar la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que reconocería la no discriminación a los niños en razón de su orientación sexual o por portar VIH)<sup>290</sup>; y la Observación General N. 3 del Comité de los Derechos del Niño (donde en relación al VIH/SIDA establece que cualquier discriminación contra un niño portador o sus padres constituirá una vinculación a la Convención de los Derechos de la Niñez)<sup>291</sup>, entre otros.

any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status”.

<sup>288</sup> Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre la no discriminación en concordancia con el Art.2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Documento preparado por Emmanuel Decaux, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/24, 18 June 2004..e

<sup>289</sup> Comunicado No.1361/2005: Colombia, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005, X v. Colombia, del 14 de Mayo de 2007; Comunicado No. 941/2000: Australia, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000, Edward Young v. Australia, del 18 de Septiembre del 2003; Comunicado No. 488/1992: Australia, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, Nicholas Toonen v. Australia, del 4 de Abril de 1994.

<sup>290</sup> Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 4 (2003): La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4, 1 de julio de 2003: “6.Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño". Deben añadirse también la orientación sexual y el estado salud del niño (con inclusión del VIH/SIDA y la salud mental). Los adolescentes que son objeto de discriminación son más vulnerables a los abusos, a otros tipos de violencia y explotación y su salud y desarrollo corren grandes peligros. Por ello tienen derecho a atención y protección especiales de todos los segmentos de la sociedad”.

<sup>291</sup> Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 3 (2003): El VIH/SIDA y los derechos del niño, U.N. Doc. CRC/GC/2003/3, del 17 de marzo del 2003: “Todas esas prácticas discriminatorias constituyen una violación de los derechos del niño según la Convención. El artículo 2 de la Convención obliga a los Estados Partes a respetar los derechos enunciados en la Convención "independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición". El Comité interpreta que la frase "cualquier otra condición" del artículo 2 de la Convención también abarca la de los niños con VIH/SIDA o la del progenitor o progenitores. Las leyes, las políticas, las estrategias y las prácticas deben tener en cuenta todas las formas de discriminación que contribuyan a agudizar los efectos de la epidemia. Las estrategias también deben promover programas de educación y formación concebidos explícitamente para cambiar las actitudes discriminatorias y el estigma que acarrea el VIH/SIDA”.

De hecho, el Comité de Derechos Humanos de la ONU<sup>292</sup> en un informe sobre Polonia, ha expresado su preocupación por la no discriminación de los derechos de las “minorías sexuales”, discriminación que empieza porque el Estado no reconoce a estas minorías, y cuyas vulneraciones no son adecuadamente investigadas: “... (los estados) deben proveer un tratamiento adecuado para sensibilizar a los oficiales judiciales sobre los derechos de las minorías sexuales...y debe prohibir la discriminación para las minorías sexuales en la ley interna”. En otro caso sobre el Salvador<sup>293</sup> expresó su preocupación porque “las leyes internas fomentan la discriminación contra personas en base de su orientación sexual” al no reconocer las minorías sexuales y seguir sancionando su orientación. Finalmente con respecto a los Estados Unidos<sup>294</sup> expresó su preocupación por “la serie de violaciones al derecho de la vida privada en algunos estados que penalizaron las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo”. Posteriormente, en otro reporte sobre el mismo país<sup>295</sup> la CDH estableció que el estado “debe reconocer su obligación legal... que asegurar el derecho a ser reconocidos por el Pacto en relación al derecho de igualdad... sin discriminación basada en la orientación sexual”.

---

<sup>292</sup> Comité de Derechos Humanos: Polonia, U.N. Doc.CCPR/CO/82/POL, del 2 de Diciembre del 2004, para. 18: “The Committee is concerned that the right of sexual minorities not to be discriminated against is not fully recognized, and that discriminatory acts and attitudes against persons on the ground of sexual orientation are not adequately investigated and punished (art. 26). The State party should provide appropriate training to law enforcement and judicial officials in order to sensitize them to the rights of sexual minorities. Discrimination on the ground of sexual orientation should be specifically prohibited in Polish law”.

<sup>293</sup> Comité de Derechos Humanos, Concluding observations of the Human Rights Committee: El Salvador, U.N. Doc. CCPR/CO/78/SLV, del 22 de agosto del 2003, párr. 16: “The Committee expresses concern at...the current provisions...used to discriminate against people on account of their sexual orientation (art. 26). The State Party should provide effective protection against violence and discrimination based on sexual orientation”.

<sup>294</sup> Comité de Derechos Humanos, Committee, Concluding observations of the Human Rights Committee: United States of America, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.50, 3 October 1995, : “287. The Committee is concerned at the serious infringement of private life in some states which classify as a criminal offence sexual relations between adult consenting partners of the same sex carried out in private, and the consequences thereof for their enjoyment of other human rights without discrimination”;

<sup>295</sup> Comité de Derechos Humanos, Caso EEUU. ,U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre del 2006, párr. 25.

También se ha ratificado el criterio de no discriminación por orientación sexual en varios de los reportes especiales del CDH de la ONU. En el Reporte Especial sobre la Libertad de Conciencia y Religión<sup>296</sup> estableció que:

desde que se aplica la intolerancia y la discriminación en relación a múltiples identidades de víctima y grupos de víctimas, muchas mujeres han sufrido una discriminación agravada en relación a sus identidades religiosas, étnicas y sexuales.

La CDH en el Reporte de la Representante de la Secretaría General de Defensores de Derechos Humanos<sup>297</sup>, subrayó la complejidad del trabajo de los activistas LGBT, expresando que:

... las mujeres defensoras de Derechos Humanos... se enfrentan a violaciones de Derechos Humanos y víctimas de violaciones, que son migrantes, refugiados, solicitantes de asilo, o activistas políticos,... o miembros de las minorías sexuales, cuyo trabajo puede resultar en intimidación, acoso, abuso de autoridad, ejecuciones extrajudiciales, tortura, incluso la muerte.

El mismo Comité<sup>298</sup> en la Resolución 1998/26 expresó la existencia de una discriminación agravada cuando concurren varios factores: "... muchas personas sufren como víctimas en un doble sentido acumulado de discriminación, raza y género, raza y orientación sexual".

Por otro lado, el Comité de los Derechos del Niño, en una Observación de Chile,<sup>299</sup> expresó su preocupación porque "las relaciones homosexuales, incluidas las personas menores de 18 años, continúan siendo penalizadas... lo cual constituye discriminación en razón de la orientación sexual". En el mismo sentido, la Relatoría Especial sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación, Xenofobia e

---

<sup>296</sup> Consejo de Derechos Humanos, Reporte Especial sobre Libertad de Religión y Conciencia., *Asma Jahangir*, U.N. Doc. A/HRC/6/5, 20 de julio de 2007, párr. 28

<sup>297</sup> Comité de Derechos Humanos, Reporte emitido por Hina Jilani,, Representante de la Secretaría General de Defensores de Derechos Humanos, en relación a la resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2000/61, U.N.Doc. E/CN.4/2002/106, 27 de Febrero del 2002, párr. 83.

<sup>298</sup> Comité de Derechos Humanos, Informe preparado por Mr. Theodor van Boven, Miembro del Comité para la Erradicación Racial, en concordancia con el párrafo 51 de la Resolución de la Comisión 1998/26 U.N. Doc. E/CN.4/1999/WG.1/BP.7, 26 de febrero de 1999, párr. 5

<sup>299</sup> Comité de los Derechos de la Niñez, *Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: Chile*, U.N. Doc. CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril del 2007, párr. 29: "...the Committee is concerned that homosexual relations, including those of persons under 18 years old, continue to be criminalized [*sic*], indicating discrimination on the basis of sexual orientation";

Intolerancia, dijo que existe una doble discriminación<sup>300</sup> para los homosexuales de Brasil por su color y su orientación sexual, quienes “...sufren de violencia física, algunas veces son asesinados... pero también sufren de violencia psicológica debido a la negación de su humanidad y su identidad”.

Todas estas resoluciones en principio “no constituyen en estricto sentido, instrumentos jurídicamente vinculantes para los estados, pero son, por lo general política y moralmente obligatorias”<sup>301</sup>, aunque para nuestra CR pone precisamente ese énfasis en la fuerza las interpretaciones más favorables en el art. 417, por el cual se deben aplicar los instrumentos en general con un sentido “pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”<sup>302</sup>. De tal manera que los instrumentos declarativos y resolutivos antes citados sobre derechos humanos sí produce efectos vinculantes para los Estados, ya que éstos están jurídicamente obligados a cumplir de buena fe los compromisos adquiridos en el seno de las organizaciones internacionales.

Finalmente, AMNISTÍA INTERNACIONAL, la más grande ONG internacional en el campo de los derechos humanos<sup>303</sup>, sostiene que la orientación sexual, al igual que la raza o el género, es un aspecto relacionado a la identidad humana:

las costumbres y las leyes que tratan de denegar la orientación sexual, sancionándola, ataca los aspectos más profundos de la personalidad humana e infligen una profunda violencia psicológica y física porque fuerzan a las personas a olvidar sus experiencias<sup>304</sup>.

Para el tratadista PHILIP ALSTON, estos criterios de AMNISTÍA INTERNACIONAL señalan correctamente la existencia de tensiones históricas de la lógica de protección de derechos humanos, donde precisamente esta organización ha sabido puntualizar la

---

<sup>300</sup> Comité de Derechos Humanos, Reporte Especial sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación, Xenofobia, e Intolerancia. Doudou Diène: Misión a Brazil, U.N. Doc. E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de febrero de 2006, párr. 40

<sup>301</sup> F. MELÉNDEZ, “Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia : estudio constitucional comparado”. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2004. p. 24

<sup>302</sup> R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, Óp. Cit p. 49

<sup>303</sup> A. PHILIP, “International human rights in context: law, politics, morals”, Clarendon press, Oxford, 1996. p. 482

<sup>304</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL. Publicación Anual de Amnistía Internacional: Londres, 2001. p. 7

situación de la homosexualidad<sup>305</sup>. Es precisamente este tratamiento discriminatorio reseñado por AMNISTÍA INTERNACIONAL el que reciben las parejas del mismo sexo, los cuales requieren de la misma protección jurídica que las parejas heterosexuales. A pesar de que la orientación sexual no está catalogada como una razón de no discriminación a *prima face* en los diversos instrumentos de derechos humanos, ha quedado claramente establecido por las interpretaciones de varios organismos que la orientación sexual si es una razón de no discriminación, y que además según lo sostenido por la Corte Interamericana tendría un valor de *jus cogen* y *erga omnes* por ser parte del principio de no discriminación.

Todos estos estándares internacionales imponen varias obligaciones a los estados en relación a su tratamiento a las personas LGBT, las cuales para mayor facilidad han sido resumidos en el Segundo Principio de Yogyakarta:

Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica.

Según este principio, los Estados deben adoptar ciertas obligaciones mínimas que son: comprometerse a legislar en sus ordenamiento jurídicos internos sobre la no discriminación en razón de orientación sexual, la derogación de la penalización de la homosexualidad, la adopción de todas las medidas incluso las legislativas para lograr la no discriminación para personas LGBT, la adopción de medidas para lograr el desarrollo en igualdad de condiciones para personas LGBT, las consideraciones de

---

<sup>305</sup> A. PHILIP, "International human rights in context: law, politics, morals", Óp. Cit., p. 485-486

combinar otras formas de discriminación, lograr la eliminación de los prejuicios peyorativos en contra de la comunidad LGBT.

Varias de estas obligaciones han sido ya cumplidas por el Estado ecuatoriano como son el reconocimiento de la no discriminación en el ordenamiento jurídico interno y la despenalización de la homosexualidad. Sin embargo el reto para esa igualdad material y formal queda todavía pendiente en relación a las medidas destinadas precisamente a la igualdad de condiciones de la comunidad LGBT tendientes a no ser menoscabadas por su orientación, donde precisamente falta por implementar políticas públicas en relación al goce efectivo de los derechos de las minorías sexuales y de las parejas del mismo sexo<sup>306</sup>.

Respecto a las parejas del mismo sexo, el Comité de Derechos Humanos, en sus Observaciones Finales sobre Noruega<sup>307</sup> concluyó que es bien visto por el Comité en “relación a la igualdad y no discriminación... los pasos legislativos relacionados al reconocimiento de parejas del mismo sexo”. Esta es la única referencia en *soft-law* que tenemos hasta el momento para nuestro caso en concreto, aunque el Principio 24 de Yogyakarta al hablar sobre el derecho a fundar una familia, establece la no discriminación en el tratamiento a las parejas del mismo sexo:

Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.

En consecuencia, los denominados “efectos de las familias constituidas” del que habla el art. 68 de la CR, incluye precisamente el goce efectivo de los derechos que se reconocen a las familias tradicionales del matrimonio y la unión de hecho heterosexual, y que posteriormente serán analizados.

Entonces estas 19 referencias, son referencias vinculantes, y por ello el Ecuador reconoce la obligatoriedad de declaraciones y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Estas 19 referencias imponen un trato claramente

---

<sup>306</sup> Entrevista Gayne Villagomez, experta en minorías sexuales y reproductivas, conferencista. Universidad Andina Simón Bolívar, Seminario de Derechos GLBT, Organización Alfil, 25 de Mayo del 2009, Quito

<sup>307</sup> Comité de Derechos Humanos, en sus Observaciones Finales del Comité sobre Noruega, N. Doc. CCPR/C/79/Add.27, del 4 de Noviembre de 1993, párr. 7

igualitario para las parejas del mismo sexo, pues la diferenciación por orientación sexual que sería objeto constituiría una discriminación.

### 3.5 Discriminación LGBT en el Ecuador

Las personas LGBT han sido históricamente discriminadas alrededor del mundo, y el Ecuador no ha sido precisamente su excepción. Si bien no hay un reconocimiento constitucional como uno de los grupos de atención prioritaria, se puede evidenciar que ha existido una violación sistemática e histórica a sus derechos, y que por ende son una minoría vulnerable. Así lo reconoce el preámbulo de Yogyakarta:

Consciente de que históricamente las personas han sufrido estas violaciones a sus derechos humanos porque son lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo o porque son transexuales, transgénero o intersex o se les percibe como tales, o pertenecen a grupos sociales que en algunas sociedades se definen por su orientación sexual o identidad de género

No existe ningún estudio estadístico sobre la discriminación en Ecuador a las personas LGBT y menos denuncias penales al respecto a pesar de la existencia de los delitos de odio, aunque las violaciones a sus derechos son evidentes. La Defensoría del Pueblo del Guayas declara que se registran “cerca de cuatro denuncias, en promedio anualmente”<sup>308</sup> aunque estos datos no han podido ser corroborados. Cabe señalar que la Defensoría no lleva estadísticas al respecto. Uno de los casos presentados en la Defensoría configura claramente un caso de tortura según el “Informe Sombra”: “Yolanda”: una joven de 30 años, que fue encerrada en una clínica obligada por su familia para iniciar un tratamiento de conversión de su homosexualidad al descubrir una relación estable con una chica. Solamente su pareja acudió a la Defensoría para informar el confinamiento producido por parte de los familiares biológicos de su pareja, con lo cual se interrumpió la unión de hecho en la que convivían las víctimas de este caso:

Ellos ponen trastorno de conducta y también le ponen alcohólico, porque ellos tienen el criterio de que una persona que toma es alcohólica. A mí me tocó identificarme como alcohólica.... Supuestamente yo tenía una adicción con ella,

---

<sup>308</sup> X. HINOSTROZA, “La homofobia también viene del sector público”. *El Telégrafo*. 15 de mayo del 2009. Disponible en [www.asylumlaw.org/docs/sexualminorities/Ecuador051509.pdf](http://www.asylumlaw.org/docs/sexualminorities/Ecuador051509.pdf) consultado el 14 de septiembre del 2009.

ella era una adicción (...) ‘tu adicción es esa persona, es ella tu adicción y eso es lo que tienes que dejar. (...) Tú no puedes decir que vas a seguir con ella porque tú no vas a seguir con ella, tú tienes que dejar eso. Lo que tú tienes es una confusión.’<sup>309</sup>

Precisamente la Defensoría del Pueblo declara que la discriminación se expresa de diversas formas: en la familia, el trabajo y en las instituciones públicas que “probablemente la más visible, la que más ocurre... incluso son abusos de la autoridad por la fuerza encargadas de darle seguridad”<sup>310</sup>, refiriéndose al funcionamiento de clínicas para tratar la homosexualidad aprobadas por el Ministerio de Salud y del Consejo Nacional de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes<sup>311</sup>. Precisamente este informe declara a estos tratamientos como mecanismos de tortura que vulneran varios derechos del PIDCP, demostrando la vulnerabilidad de las parejas LGBT y la necesidad de institucionalizar medios de protección donde precisamente la unión de hecho es un mecanismo de defensa de los derechos humanos.

Otros temas pendientes son el no acceso a la educación secundaria y superior de las personas LGBT. Llamó la atención de la prensa que el cabildo de Guayaquil el año pasado clausuró “los centros de diversión nocturna para gays”<sup>312</sup>. Además, existen varios artículos en relación al tema, como por ejemplo el de María que fue agredida por un taxista que se percató de su orientación y le roció gas pimienta, hecho que ella no denunció por “no exponerse públicamente para evitar más discriminación de la gente”<sup>313</sup>. El único caso reportado a un organismos internacionales es el de Narda Torres, por el cual AMNISTÍA INTERNACIONAL en su Informe sobre “Los Derechos

---

<sup>309</sup> Defensoría del Pueblo del Guayas, Caso Andrea Dennis Castro Stacio, del 12 de mayo del 2009, citado en la obra “Informe Sombra”. Situación de las mujeres lesbianas y trans en Ecuador Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Global Rights, Septiembre del 2009, disponible en <http://www.iglhrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/324-1.pdf> consultado el 10 de noviembre del 2009.

<sup>310</sup> X. HINOSTROZA, “La homofobia también viene del sector público”. Óp. Cit.

<sup>311</sup> “Informe Sombra”. Situación de las mujeres lesbianas y trans en Ecuador Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Global Rights, Septiembre del 2009, disponible en <http://www.iglhrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/324-1.pdf> consultado el 10 de noviembre del 2009

<sup>312</sup> X. HINOSTROZA, “La homofobia también viene del sector público”. *Ibíd.*

<sup>313</sup> V. VANEGAS, “Los ataques contra el grupo GLBT tienen sanción penal”. A7. Diario La Hora Quito, 24 de Septiembre de 2008.

Humanos y la Orientación Sexual e Identidad de Género”<sup>314</sup> del 31 de marzo del 2004, señaló al Ecuador como un estado irrespetuoso de derechos humanos en el tema de orientación sexual<sup>315</sup>. Este caso reseña como son ineficaces los mecanismos de defensa, pues la víctima fue agredida verbalmente por su condición de lesbiana, y cuando acudió a la policía para denunciar el hecho no fue atendida por los oficiales.

Sin embargo la documentación respecto al tema sigue siendo escasa. Un activista del ramo sostiene que más que la discriminación de jure, la discriminación de facto es más frecuente:

Efectivamente en nuestra cultura encontramos rasgos fuertemente discriminatorios, que se expresan, por ejemplo, en ofensas, agresiones y sanciones morales. Muy pocas personas son capaces de cuestionar este tipo de procedimientos arraigados en los distintos estratos sociales de nuestros países<sup>316</sup>

De hecho en el país no se presenta una sola demanda de violencia contra personas LGBT a pesar de ya estar tipificado en el Código Penal los delitos de odio desde al año 2008, de los que hablé en el capítulo anterior. Recién existe una sentencia sobre el derecho a la identidad de género<sup>317</sup>.

Además, la discriminación se expresa de varias maneras, algunas menos palpables que la violencia física. La discriminación puede ser infringida con palabras y acciones o mediante el silencio, la indiferencia o el descuido de las autoridades. Una forma de discriminación es la exclusión legal, y esta exclusión podría ser el tratamiento diferenciado legal para las parejas del mismo sexo en relación al tratamiento legal de las

<sup>314</sup>INTERNATIONAL AMNESTY, “Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity”, del 31 de marzo del 2004. “Narda del Rocío Torres Arboleda and her partner, Adriana Chávez, have been subjected to a number of attacks by unidentified men, on the basis of their sexual orientation. In the early evening of 12 June 2001, Narda Torres was returning home in Quito, Ecuador, when she was intercepted at the front of her home by two men who grabbed her hair and pushed her to the ground beating her and shouting: "bitch we are going to rape you ... [we are] going to give you dick and you will like it ... filthy lesbian if you don't like the way we fuck you, [we are] going to kill you so we can get rid of you ... doesn't it make you sick to be like that?" The police ignored her complaint, particularly when the couple informed them that the motive of the harassment was Narda's sexual orientation”.

<sup>315</sup> D. FALCONÍ, *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Óp. Cit., p. 42

<sup>316</sup> M. RUBIO, *Una guía de Referencia del American Friend Services Committe y el Servicio Chileno Caquero*, Emis, Santiago, 1992, p.1

<sup>317</sup> Corte Superior de Pichincha, Juicio 365 del 2009 en apelación a la Acción de Protección propuesta por Dayris Estrella Estévez Carrera contra el Director General de Registro Civil, y resuelta por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha.

parejas heterosexuales reconocidas (sean las de origen matrimonial o las de las uniones de hecho heterosexual).

La discriminación no solo se expresa en caso de graves violaciones de los derechos humanos, sino que está enraizada en la misma cultura. La población utiliza despectivamente palabras como tonta, fuerte, peluquera, travesti para referirse a la población LGBT. Por ejemplo, en el ámbito laboral existen ideas discriminatorias “de que los homosexuales sólo pueden ser peluqueros o artistas; que toda mujer intelectual es lesbiana; o que toda travesti o transexual es prostituta”<sup>318</sup>. Estas prácticas sociales van fomentando la discriminación *de facto*, y dificultan la igualdad no sólo material sino real menoscabando la dignidad humana del colectivo LGBT.

De hecho, al respecto de las parejas del mismo sexo se las denominan como: anticristianas, anti africanas, anteislámicas, o de decadencia extrema<sup>319</sup>. Para AMNISTÍA INTERNACIONAL algunos gobiernos no solamente buscan la exclusión de lesbianas y homosexuales de la cultura local, sino que también buscan “denegarles su pertenencia a la raza humana”<sup>320</sup>. En el Ecuador, varios medios han reportado que representantes evangélicos y pro vida de los grupos de extrema derecha atacan a las parejas del mismo sexo calificándolas como “abominaciones” de la humanidad<sup>321</sup>. Con ello, se sigue discriminando, enraizando los prejuicios y dificultando la igualdad dentro de las estructuras sociales y culturales del Ecuador.

Adicionalmente el tratamiento que han dado los organismos públicos en Ecuador a las parejas del mismo sexo refleja desconocimiento pues “con el cambio constitucional no termina la discriminación”<sup>322</sup>, y son varias las dudas de los organismos estatales. En el presente año siguen presentando casos de denegación de derechos como el narrado a continuación:

---

<sup>318</sup> R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Op Cit. p. 40

<sup>319</sup> R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Op Cit. p. 40

<sup>320</sup> R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Op Cit. p. 40

<sup>321</sup> ECUADOR INMEDIATO: “El pastor Nelson Zavala piensa que Rafael Correar es un hombre de pensamiento bisexual” disponible en: [www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news\\_user\\_view/nelson\\_zavala\\_quotun\\_hombre\\_que\\_piensa\\_como\\_rafael\\_correa\\_es\\_un\\_hombre\\_con\\_un\\_pensamiento\\_bisexual\\_quot--113127](http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/nelson_zavala_quotun_hombre_que_piensa_como_rafael_correa_es_un_hombre_con_un_pensamiento_bisexual_quot--113127) consultado el 11 de octubre del 2009.

<sup>322</sup> D. BALDEÓN, “Con el cambio constitucional no termina la discriminación”, *El Universo*, del 20 de septiembre del 2009, disponible en <http://www.eluniverso.com/2009/09/20/1/1355/cambio-constitucional-termina-discriminacion.html> y consultado el 11 de octubre del 2009.

Tras haber permanecido juntos durante cinco años, Jorge (30) y Manuel (36) intentaron formalizar su unión el jueves 20 de agosto en la Notaría Quinta del cantón Quito. “Era importante legalizar nuestra relación, sobre todo para compartir los bienes que tenemos”, dice Jorge, auditor. El intento fue fallido. El notario Quinto, Luis Navas, se negó a firmar el documento”<sup>323</sup>.

Con ello, la discriminación todavía está latente en Ecuador para las personas LGBT, y un caso ejemplificativo ha sido la discriminación de las parejas del mismo sexo que para poder ser tratados como iguales ante la ley han tenido que esperar varios años por un reconocimiento, y cuyo tratamiento no discriminatorio en las estructuras jurídicas y sociales está todavía por implementarse.

### **3.5.1 Historia de las Uniones de Hecho para parejas del mismo sexo en Ecuador:**

Las uniones de hecho para parejas del mismo sexo fueron legalizadas con la aprobación del art. 68 de la CR como se había señalado. Sin embargo, tuvo que pasar aproximadamente un año para que se legalicen dichas uniones a pesar de ser un tema plenamente legal desde el año 2008. A pesar de que este artículo de la Constitución era aplicable directamente, se presentaron varias dificultades para la comunidad LGBT. La Fundación Equidad que abanderó el proceso, hizo una estadística sobre el interés de la comunidad en la legalización de sus relaciones, la cual reflejó que dentro de una votación de 29 parejas, aproximadamente el 82.2% estaría interesado en hacerlo<sup>324</sup>. Adicionalmente según el reporte de Vistazo existen al menos tres parejas del mismo sexo de ecuatorianos que han celebrado sus uniones en países extranjeros como Francia, España, Estados Unidos<sup>325</sup>.

Posteriormente se hizo el *lobbying* adecuado para poder viabilizar este derecho en los medios de comunicación. El principal problema existente fue la postura de los notarios y jueces civiles de no reconocer dichas uniones por no tener legislación secundaria, lo que refleja una postura institucional de dudas por parte de los organismos del Estado frente al proceso. A pesar de las dificultades, una pareja del

---

<sup>323</sup> P. ARTIEDA. “Uniones gays ya son legales”. *Revista Vistazo*. 28 de septiembre de 2009. pp. 28-29

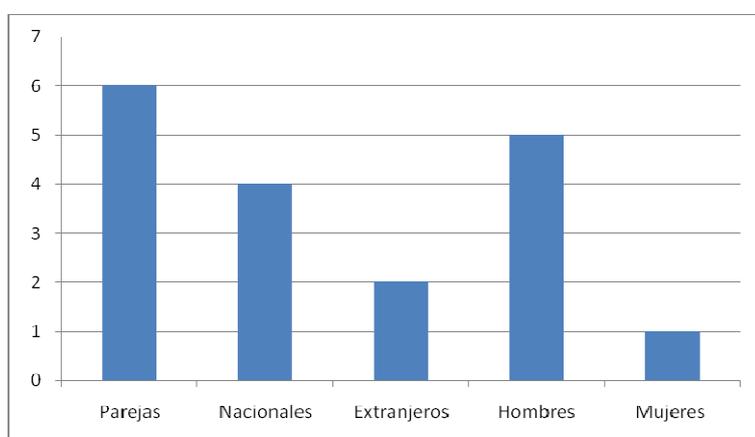
<sup>324</sup> Entrevista Efraín Soria, Fundación Ecuatoriana Equidad. Óp. Cit., disponible en [http://www.equidadglt.com/index.php?option=com\\_poll&task=results&id=16](http://www.equidadglt.com/index.php?option=com_poll&task=results&id=16) de septiembre del 2009

<sup>325</sup> P. ARTIEDA. “Uniones gays ya son legales”. *Ibíd.*, p.29

mismo sexo logró legalizarla el 12 de agosto del presente año. A pesar de la actitud restrictiva de las notarias, se logró cambiar la postura con el respaldo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos<sup>326</sup>. Hasta el momento, con el auspicio de la Fundación Equidad se han legalizado 6 uniones, 5 de hombres y 1 de mujeres. De ellas, dos parejas tienen un miembro extranjero, de nacionalidad americana y chilena, lo que denota la alta movilidad de la población mundial en la actualidad. Otro dato interesante es que el promedio de duración de convivencia al momento de reconocimiento es de 9 años aproximadamente, siendo la mayor de 20 años, y la menor de 2 años.

Este camino recorrido en este proceso refleja un tratamiento recibido por las parejas del mismo sexo claramente discriminatorio a pesar de haber logrado el reconocimiento de sus relaciones, donde se han aducido varios argumentos ilegítimos para darles un trato diferenciado injusto. Es por eso, que la protección formal y material de su igualdad se verá reflejado en un tratamiento idéntico al que reciben los otros tipos de parejas.

#### **Cuadro de parejas del mismo sexo en Ecuador hasta la actualidad**



es: Varias  
 cación: El Autor

#### **Cuadro de tiempo de convivencia de parejas del mismo sexo**

---

<sup>326</sup> P. ARTIEDA. "Uniones gays ya son legales". Óp. Cit., p.29



Fuente: Varias.

Elaboración: El autor

### 3.6 Igualdad Formal y Material:

El establecimiento de un estándar de protección para las parejas LGBT debe enmarcarse en los parámetros de la igualdad, tanto en su aspecto formal como en su aspecto material.

La igualdad formal o igualdad ante la ley implica que, ante el sistema jurídico y no solamente ante la ley, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. Clásicamente este tipo de igualdad generó la época del *equal but separated*, que posteriormente se abordará en el análisis histórico de la acción afirmativa, pues la idea básica consiste en tratar “igual a los iguales y diferente a los diferentes”<sup>327</sup> permitiendo un trato diferenciado si es que la ley lo consideraba y si no era arbitrario o injusto<sup>328</sup>. Su estándar de no diferenciación se debe entonces especificar en la ley.

Sin embargo, la igualdad formal si bien es necesaria resulta insuficiente<sup>329</sup>. Surge de la mano del Estado Social de Derecho la noción de igualdad material (o estructural), la cual hace un análisis sustancial de lo que pasa “en realidad frente a una persona en

<sup>327</sup> R. ALEY, “Teoría de los derechos fundamentales”, Óp. Cit., p.34

<sup>328</sup> J. Salgado, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, *La nueva Constitución del Ecuador*, Santiago Andrade, Corporación Editorial Nacional, Quito, 2009, p. 137

<sup>329</sup> Salgado, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, *Ibíd.*, p. 138

un sistema jurídico” es decir como acceso a bienes y servicios. Para BOBBIO era importante hablar de la igualdad de oportunidades, que apunte a “situar a todos los miembros de una sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida... partiendo de posiciones iguales”<sup>330</sup>. Por ello la fórmula de iguales pero separados contribuye a profundizar las consecuencias del trato igualitario en relación a la constatación de las diferencias: “todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza”<sup>331</sup>. Entonces la igualdad implica el deber de proteger las diferencias personales y excluir las diferencias sociales. Es decir que se considera que cada persona es diferente a otros en cuanto a su “identidad y es una persona como todas las demás, en cuanto a la igualdad social”<sup>332</sup> tratando de reconocer la identidad, y combatir las desigualdades al que una persona se ve enfrentada socialmente. Es decir que la igualdad formal es el punto de partida y la igualdad material el punto de llegada<sup>333</sup>.

De esta forma la Constitución reconoce la igualdad formal y material en el art. 66.4 y la no discriminación y promoción de acciones afirmativas en el art. 11.2. El régimen constitucional prohíbe la discriminación como violación a la igualdad material o formal, y encierra en su estándar de protección todos los elementos reconocidos para distinguir el trato igualitario del discriminatorio que se analizará en el siguiente párrafo. Incluso se llega a enumerar los criterios por los que puede discriminar y los prohíbe, pues su finalidad es prevenir que se menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Entre estas 20 razones del art. 11 de la CR se establecen nuevas categorías para la no discriminación, las cuales no han sido necesariamente recogidas en los tratados internacionales, y entre las que se encuentran: la identidad de género, la identidad cultural, el portar VIH, la diferencia física, el pasado judicial, la condición migratoria, las diferencias físicas, y cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente. Estas categorías deben ser interpretadas como ejemplificativas “porque reflejan preocupaciones de movimiento sociales que se

---

<sup>330</sup> N. BOBBIO, “Igualdad y libertad”, Óp. Cit. p. 72

<sup>331</sup> S. BOAVENTURA DE SOUSA, *La caída de los ángeles nuevos: Ensayos para una nueva teoría social*, ILSA, Bogotá, 2003. p. 164

<sup>332</sup> R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, Óp. Cit p. 49.

<sup>333</sup> F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, Óp. Cit. p. 288

visibilizan para ser protegidos y que históricamente han sido discriminados”<sup>334</sup>. Precisamente entre estas categorías está la no discriminación por orientación sexual, la cual debe ser combatida en sus aspectos formales y materiales, y la cual abarca la identidad de género y la identidad cultural. Esta razón será el fundamento para que las parejas del mismo sexo no reciban un trato diferenciado de la protección que reciben las parejas de sexos opuestos en el matrimonio o la tradicional unión de hecho.

### 3.7 Excepciones al Principio de Igualdad

#### 3.7.1 Acción Afirmativa:

La acción afirmativa o discriminación positiva (*affirmative action* en inglés) constituye una excepción al principio de igualdad y no discriminación. Parte de la premisa de que “el trato igual a los desiguales perpetúa la inequidad”, por lo que incluye “...mecanismos de carácter diferenciado para favorecer a personas o colectivos que están o han estado discriminados, o que se encuentran en situación de desventaja”<sup>335</sup> para que logren posteriormente esa igualdad no sólo formal, sino material. Su carácter es temporal, porque perpetuarlo en el tiempo configuraría una discriminación en relación a la mayoría que no tiene estas ventajas<sup>336</sup> tal cual lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso “California vs. Bakke”. Por ello se las denomina “medidas especiales de carácter temporal”<sup>337</sup>, sirven para hacer realidad la igualdad sustancial o de facto. Este fallo señaló “que mayores oportunidades para las mayorías no deben venir a expensas de los derechos de la mayoría... La acción afirmativa sería injusta si termina siendo una discriminación inversa”<sup>338</sup> si se perennizare en el tiempo.

El origen de esta institución, que nos servirá para comparar en qué etapa se encuentra el colectivo LGBT del Ecuador, viene del sistema legal americano en

---

<sup>334</sup> R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, Óp. Cit p. 49

<sup>335</sup> J. GARCÍA, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa”. *Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo*. Valencia, Universidad de Valencia, 2007, disponible en <http://www.uv.es/CEFD/2/garcia.html> consultado el 11 de septiembre del 2009.

<sup>336</sup> R. SABA. “Discriminación, trato igual e inclusión”. *De la Aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 87

<sup>337</sup> J. SALGADO, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, Óp. Cit., p. 141

<sup>338</sup> Corte Suprema de California, caso *Regents of the University of California vs. Bakke*. 438 U.S. 265 (1978). Docket Number 76-811.

relación al tratamiento que recibían los grupos afroamericanos, y el cual tiene básicamente tres etapas históricas:

1ero) “*Discriminación de Jure*”: fue una etapa durante la cual los afroamericanos no tenían derechos, ni eran sujetos de derecho por estar legalizada la esclavitud. Esto conllevó a una discriminación de facto y de jure, es decir formal y material. Esta época la vivieron el colectivo LGBT mientras duró la penalización de la homosexualidad hasta el año 1997 en Ecuador.

2do) “*Separados pero iguales*”: esta etapa nace con la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “*Plessy vs. Ferguson*” en donde los jueces justificaron constitucionalmente “la segregación racial en lo que refería a la distribución y uso de los asientos en los medios de transporte colectivo”<sup>339</sup>. En otras palabras y siguiendo los argumentos de la Corte, es posible tratar en forma igual a las personas y a la vez, segregadas<sup>340</sup>, lo cual fue justificado en dicha época en los Estados Unidos, reconociendo la igualdad de los afroamericanos frente a ley, pero manteniendo un tratamiento diferenciado en instituciones de transporte y educación para blancos y negros. En esta etapa se logra una igualdad formal, pero no la igualdad material, y donde actualmente se puede encasillar al colectivo LGBT del Ecuador y a la implementación de sus uniones de hecho. Esta es la etapa en la que el colectivo LGBT del Ecuador se encuentra, desde el reconocimiento de la no discriminación por orientación sexual de la Constitución de 1998, con un principio que no supo traducirse en la implementación de políticas públicas que erradiquen la discriminación material y formal contra estas personas.

3ero) Posteriormente la misma Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “*Brown vs. Board of Education*” consideró que la segregación racial en las escuelas públicas es discriminatoria, y que la diferenciación escolar para niños blancos y niños negros constituía una discriminación real. Este panorama de exclusión forzaba la necesidad de unir el sistema educativo para blancos y negros, por lo que el punto central del argumento del tribunal consideró “las dificultades psicológicas de los estudiantes

---

<sup>339</sup> D. DAYS, “Affirmative Action”, *Derechos y Grupos Desventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 41-56

<sup>340</sup> R. SABA, “Discriminación, trato igual e inclusión”. Op. Cit., p. 87

negros al saberse discriminados y tratados como inferiores cuando eran enviados a escuelas especiales para negros”<sup>341</sup>. Precisamente reconociendo esas diferencias materiales se crea la acción afirmativa, que nació como término con la Orden Ejecutiva 11246 del presidente Lyndon Johnson en el año de 1965. Esta norma ordenó a los contratistas del gobierno a “tomar acciones afirmativas a favor de los empleados que sean parte de minorías en todos los aspectos de contratación y empleo”<sup>342</sup>. Ahí recién se traza el camino para una igualdad material que corrija las estructuras sociales de las minorías afroamericanas, y que podría servir como modelo para lograr rescatar la no discriminación a los grupos vulnerables como las minorías LGBT.

La acción afirmativa entonces es un mecanismo que no solo ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico americano, sino que también ha sido reconocido como las desigualdades sociales de la OG N°18 de CDH de la ONU:

... el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación... Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima.<sup>343</sup>

De hecho, la adopción de medidas de acción afirmativa en relación a la educación y el empleo ya ha sido recomendada al Ecuador por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde el año 1996:

En los lugares donde un grupo... ha estado sometido a formas de discriminación público y privada, la existencia de disposiciones legislativas puede no ser un mecanismo suficiente para garantizar el derecho de todos los habitantes a la igualdad dentro de la sociedad. Para asegurar el derecho a la igual protección y la igualdad ante la ley puede ser necesaria la adopción de medidas positivas, como la garantía de un tratamiento no discriminatorio en la educación y el empleo, a fin de remediar y proteger contra la discriminación pública y privada<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> Cfr. D. DAYS, “Affirmative Action”, Op. Cit., p. 41-56

<sup>342</sup> D. DAYS, “Affirmative Action”, Op. Cit., p. 46

<sup>343</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 18, Sobre la no Discriminación*, LXXX período de sesiones, 11 de Octubre de 1989, párr. 10.

<sup>344</sup> CIDH. *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador 1996*. p. vii OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 Rev. 1 (1997)

La obligación del Estado ecuatoriano en relación a la igualdad consiste en proteger y garantizar la no discriminación ante la ley como efectivamente lo hace, pero hace falta la adopción de medidas que eliminen esos obstáculos a través de las acciones afirmativas “... medidas destinadas a superar las desigualdades en la distribución interna y de oportunidades”<sup>345</sup>. Las personas LGBT podrían ser sujetos de las acciones afirmativas en base a la discriminación histórica que han vivido, lo cual a pesar de no estar incluidos en los denominados “grupos de atención prioritaria”, están incluidos en las razones de no discriminación. Un primer paso son las referencias de acción afirmativa a favor de las personas LGBT de la Ordenanza 240 del Municipio de Quito, y el artículo común 21 numeral f del Reglamento del Concurso para Fiscal General del Estado, Contralor General del Estado, Vocales para el Consejo Nacional de la Judicatura, Miembros del Tribunal Contencioso Electoral, Defensor del Pueblo, Primar Autoridad de la Defensoría del Pueblo, y Miembros del Consejo Nacional Electoral<sup>346</sup>. Si bien estas son muestras de un avance en la protección eficaz de la igualdad LGBT, están direccionadas a un cargo público muy alto del que hay pocas probabilidades que un miembro de esta minoría sea elegido, por lo que su enfoque

---

<sup>345</sup> CIDH. *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador 1996*. *Ibíd.*

<sup>346</sup> Reglamento 06- CPCCS- 09- CP para el Concurso de Oposición y Meritos para la Selección y Designación del Fiscal General del Estado. Registro Oficial Suplemento 24. 11 de septiembre del 2009. Art. 21.- “Acción Afirmativa.- En la evaluación y calificación de méritos de las y los postulantes se aplicarán medidas de acción afirmativa que promueven la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad. La calificación atribuida como acción afirmativa se aplicará sin que se exceda la nota máxima del puntaje asignado a la evaluación por méritos. Será máximo de dos puntos y se aplicará una sola de las siguientes condiciones:

- a. Ecuatoriana o ecuatoriano en el exterior por lo menos tres años en situación de movilidad humana, lo que será acreditado mediante el certificado del registro migratorio, de la Secretaría Nacional del Migrante o declaración juramentada;
- b. Personas con discapacidad, acreditado mediante el Certificado del CONADIS;
- c. Pertener a los quintiles uno y dos de pobreza, acreditado con certificado del MIES;
- d. Ser menor de 35 o mayor de 65 años al momento de presentar la candidatura, lo que será acreditado con la copia notariada de la cédula de ciudadanía;
- f. *Persona con orientación o identidad sexual perteneciente al grupo GLBT, acreditado con declaración juramentada o certificado de organizaciones GLBT;*
- e. Persona domiciliada y con actividad económica principal y permanente durante los últimos cinco años en la zona rural, condición que será acreditada con certificado de la Junta Parroquial o declaración juramentada;
- g. Persona proveniente de pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos o montubios; y,
- f. Persona con orientación o identidad sexual perteneciente al grupo GLBT, acreditado con declaración juramentada o certificado de organizaciones GLBT;
- h. Postulante que pertenece al género femenino”.

debe ser más real. Por otro lado la Ordenanza Municipal sólo reconoce el principio de la acción afirmativa, pero no establece mecanismos ni políticas públicas que viabilicen su objetivo.

### **3.7.2 La diferenciación no discriminatoria:**

Esta es la segunda excepción al principio de igualdad, por el cual “no todo trato diferente constituye discriminación”<sup>347</sup>, siempre que dicha diferenciación no menoscabe los derechos ni las libertades. Existen varios tratamientos diferenciados legitimados por los instrumentos internacionales como “las distinciones basadas en las calificaciones para el empleo que no son consideradas discriminatorias”<sup>348</sup>, o los legitimados por la CR como grupos de atención prioritaria<sup>349</sup>: los adultos mayores, los jóvenes, las personas en movilidad humana, las mujeres embarazadas, los niños y adolescentes, las personas con discapacidades, las personas con enfermedades catastróficas, las personas privadas de la libertad o las personas usuarias y consumidoras. Al respecto la Corte en la OC 17 indica que “en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención”<sup>350</sup>, indicando que la diferenciación entre niños y adultos no es trato discriminatorio.

En este contexto la OC 18 de la Corte ha distinguido el trato desigual del trato discriminatorio basado en que es admisible la distinción razonable, proporcional y objetiva. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos en el contexto de los tratados internacionales anteriormente analizados. Por tanto, se utilizará en esta tesina el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetiva y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos. Además la Corte también ha considerado que el tratamiento desigual no es discriminatorio si no contraría la justicia,

---

<sup>347</sup> D. O'DONELL, *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 373

<sup>348</sup> OIT, Convenio N°11 sobre la Discriminación en materia de Empleo y Discriminación, artículos 1.1

<sup>349</sup> De los Art. 35 al 55 de la CR.

<sup>350</sup> Corte I.D.H., Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 55

la razón y la naturaleza de las cosas, pero que estas diferencias no deben repudiar la dignidad de la naturaleza humana:

...por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.... Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia<sup>351</sup>.

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana<sup>352</sup>.

Entonces queda claro que uno de los requisitos para que el trato diferenciado no sea discriminatorio es su justificación objetiva y razonable. Adicionalmente la acción afirmativa como mecanismo de protección a los grupos vulnerables se liga al trato desigual. En conclusión la diferencia entre tratamiento desigual y tratamiento discriminatorio al analizar las normas legales, se da tal cual ha establecido la Corte Colombiana<sup>353</sup>, a través de los siguientes pasos:

1. Se debe establecer que los *supuestos de hecho asimilables*;
2. Se debe indagar sobre *la finalidad del tratamiento diferenciado*;
3. Se debe determinar si esa *finalidad es razonable* y, por consiguiente, constitucionalmente admisible;
4. Se debe indagar sobre la *adecuación del medio a los fines perseguidos*,
5. Finalmente, se debe *establecer si se satisface el criterio de la proporcionalidad*.

---

<sup>351</sup> Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 112 y 113. .

<sup>352</sup> Corte IDH, propuesta de modificación a la constitución política de costa rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC- 04/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 18, párrs. 112 y 113

<sup>353</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-530 de 1993.

Estos cinco pasos componen el denominado “Test de Proporcionalidad”, el cual constituye un instrumento valioso para el análisis de los problemas de igualdad que surgen en aquellos eventos en los cuales determinadas disposiciones incorporan razones para dar un tratamiento distinto a supuestos de hecho que son asimilables, y que será el instrumento que se utilizará posteriormente para determinar analizar la discriminación al tratamiento jurídico de las parejas del mismo sexo. La Corte Constitucional colombiana establece que cuando a partir de la norma y de sus antecedentes no es posible establecer la existencia de una razón para el trato diferenciado:

... Se constataría directamente la afectación del principio de igualdad, sin necesidad de acudir al test de proporcionalidad, no siendo necesario acudir al test cuando se está ante situaciones que no resulten asimilables; frente a situaciones que son equiparables, si de la norma no se desprende una razón que explique el trato diferente, el mismo puede atribuirse, entre otras consideraciones, a una omisión legislativa por inadvertencia o por un abierto propósito discriminatorio, pero en la medida en que no existe una razón con base en la cual se pretenda justificar la diferencia de trato, tampoco es necesario acudir al test de proporcionalidad.<sup>354</sup>

Las normas que se analizarán a continuación vienen de situaciones asimilables, pues se puede confrontar su justificación de diferencia de trato entre las parejas del mismo sexo, y las parejas de sexo opuesto.

### **3.7 Normas sometidas al Test del Trato Discriminatorio**

Los miembros de las parejas del mismo sexo tiene un proyecto de vida en común<sup>355</sup>, proyecto que se caracteriza por su carácter de “permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes”<sup>356</sup>, y por ende sus miembros gozan de la protección constitucional de todos sus derechos humanos relacionados, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y,

---

<sup>354</sup> Corte Constitucional Colombia, Óp. Cit.

<sup>355</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la doctrina del proyecto de vida: El proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino. (...) El proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana [de los Derechos y Deberes del Hombre] de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Loayza Tamayo versus Perú* (Reparaciones), Sentencia de 27.11.1998, Serie C, n. 42, Voto Razonado Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párrs. 15-16.

<sup>356</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-530 de 1993.

en ese contexto que venga del matrimonio o de una unión de hecho. La diferencia del tratamiento jurídico para parejas del mismo sexo que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de discriminación y, por consiguiente “...la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales”<sup>357</sup>, situación que puede producir un déficit de protección contrario la CR.

Este trato diferenciado que se marca en diferentes normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano en la medida en que desconoce la supremacía constitucional, lo que conlleva una obligación de contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores, como los derechos humanos. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia<sup>358</sup> ha sostenido que:

La cuestión de determinar el tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido. Por eso, al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales. No obstante, sí le compete determinar (i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo obedece a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido.<sup>359</sup>

Siguiendo este esquema para hacer un análisis de la protección que reciben las parejas del mismo sexo, se evaluará los mínimos de protección establecidos en la Constitución bajo el principio de no discriminación y los estándares de los instrumentos internacionales.

Primeramente hay que establecer si las normas jurídicas que se analizarán presentan una situación asimilable de las parejas heterosexuales y del mismo sexo, caso en el cual, en el evento en el que la diferencia de trato que resulta del carácter restrictivo (en general tienen las expresiones “compañero o compañera permanente) y carezca de justificación, se presenta una violación del principio de igualdad. En

---

<sup>357</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-507 de 2004

<sup>358</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, Ibíd.

<sup>359</sup> R. ALEXI, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Óp. Cit.*, p. 45

segundo lugar, se analizará si tales normas al no incluir en sus supuestos a los integrantes de las parejas del mismo sexo dan lugar a un déficit de protección contrario a la CR. De acuerdo al art. 11 de la CR, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual o identidad de género. Por consiguiente la no discriminación no sólo considerada para las personas individualmente sino también para sus relaciones de pareja. Tercero, existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico, por lo que existe la obligación constitucional de dar un tratamiento igual y no discriminatorio a ambos tipos de pareja. Le corresponde al aparato legislativo definir las medidas necesarias “para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la atención de la situación de quienes se encuentren en situación de marginamiento”<sup>360</sup>. Finalmente habrá que analizar si toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente. Este Test de Proporcionalidad ha sido recogido por el Tribunal Constitucional en el caso N40. 002-2004-DI<sup>361</sup>,

Históricamente la unión de hecho ha tenido diversos efectos que han crecido progresivamente. La CR de 1978 limitaba los efectos únicamente al régimen de bienes, el cual estaba sujeto “a las regulaciones de la sociedad conyugal en cuanto fueran aplicables” en su art. 25. Luego en el año 1982 la Ley 115 estableció que la unión de hecho debe ser tratada “de forma similar a la de los cónyuges”. Posteriormente la CR de 1998 estableció la equiparación con el matrimonio, cuando en su art. 38 permitió que la unión “generará los mismos derechos y obligaciones que tiene las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción de paternidad, y a la sociedad conyugal”. Este criterio ha sido recogido por el actual art. 68 de CR sin la presunción de paternidad pero con la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan unirse.

Finalmente la Corte Suprema de Justicia ha reconocido los efectos de las uniones de hecho en su jurisprudencia desde el año 1998<sup>362</sup> hasta el año 2008<sup>363</sup>. Este tribunal

---

<sup>360</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-507 de 2004.

<sup>361</sup> Resolución publicada en el RO 463, del 1 de noviembre del 2004

<sup>362</sup> Expediente 296, Registro Oficial 318, 15 de mayo de 1998.

ha considerado que la unión de hecho es una “institución jurídica que se basa en la voluntad bilateral, conjunta, libre de dos personas de distinto sexo, liberadas de vínculo matrimonial”<sup>364</sup> manteniendo su definición heterosexual y reproductiva, y por ende limitando sus efectos a las parejas heterosexuales. Además ha establecido que sus elementos son: a) la unión estable y monogámica, b) que esta unión sea entre hombre y mujer; c) que tenga una duración de más de dos años, d) que tanto el hombre como la mujer sean libres de vínculo matrimonial, e) que esta unión tenga como finalidad vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, f) que entre hombre y mujer exista publicidad de la unión, es decir, que el trato como marido mujer sea público y notorio, y, g) que exista vocación de legalidad, esto es, igual capacidad legal para contraer matrimonio<sup>365</sup>. De hecho la Corte consideró que no existe estupro cuando existe una unión de hecho con una menor, hecho que fue probado con “un escrito en el que el demandado manifiesta que se halla unido a la menor”<sup>366</sup>. También ha sostenido que no existe parentesco por afinidad porque la unión de hecho es una institución diferente al matrimonio y tiene como fundamento el “dar origen a una sociedad de bienes”<sup>367</sup>. Respecto a la prescripción adquisitiva de los bienes adquiridos durante una unión de hecho, ha manifestado que se debe acatar las “disposiciones que regulan la sociedad conyugal; por tanto, si no existe disolución de la misma”, no puede proceder la prescripción adquisitiva<sup>368</sup>. En cuanto a los hechos probatorios ha establecido que la unión de hecho se puede probar por medios directos o indirectos<sup>369</sup> que indiquen que ambos convivientes “hayan sido tratados como marido y mujer en sus relaciones sociales y así hayan sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos”<sup>370</sup>. Sobre la terminación voluntaria ha indicado que por tratarse de una diligencia de jurisdicción voluntaria, ésta “concluye con el perfeccionamiento de la notificación”<sup>371</sup>. En cuanto a

---

<sup>363</sup> Expediente 116, Registro Oficial Suplemento 384, 18 de Julio del 2008.

<sup>364</sup> RECURSOS DE CASACION DEL REGISTRO OFICIAL, DECLARACION DE UNION DE HECHO. Expediente 5, Registro Oficial 52, 4 de Julio del 2005.

<sup>365</sup> Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 95. (Quito, 25 de junio de 1999)

<sup>366</sup> Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3. Pág. 756. (Quito, 28 de julio de 2000)

<sup>367</sup> Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1722. (Quito, 15 de mayo de 2001)

<sup>368</sup> Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 100. (Quito, 15 de julio del 1999)

<sup>369</sup> Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 15. Pág. 4259. (Quito, 4 de mayo de 1999)

<sup>370</sup> Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 100 (Quito, 15 de julio del 1999)

<sup>371</sup> Expediente 296, Registro Oficial 318, 15 de mayo de 1998.

los efectos que produce las uniones de hecho no ha generado más precedentes que los ya citados.

### 1. Efectos Alimentarios:

El tratadista BENÍTEZ JÁCOME consideraba que la unión libre debe considerarse como fuente de derecho alimentario para los convivientes<sup>372</sup>. Sin embargo el tema ha tenido una doble postura en la jurisprudencia comparada, lo cual ha sido tratado en los tribunales de Colombia y Brasil. El Tribunal de Justicia Río Grande do Sul en autos de una demanda de alimentos de una pareja del mismo sexo indicó que está no estaba amparada por las leyes que regulan las relaciones extramatrimoniales, y que por ende se le “...impide la concesión de alimentos para una de las partes, pues el compromiso amorosos de dos mujeres no se erige de unión estable, y semejante convivencia se traduce en una sociedad de hecho”<sup>373</sup>. Por otro lado, la Corte Constitucional Colombiana sostuvo que debía darse el mismo trato a los integrantes de la unión marital de hecho y a los de una pareja homosexual en relación a los alimentos, y ampliando el criterio de estabilidad de pareja de la corte brasileña declaró justiciable este derecho “... siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho”<sup>374</sup>. Es decir que el derecho de alimentos asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. Esta obligación nace porque una persona sacrifica parte de su propiedad para garantizar la supervivencia del otro como acreedor de los alimentos. Para la Corte colombiana, la obligación alimentaria para parejas del mismo sexo se establece sobre tres condiciones fundamentales: i) la necesidad del beneficiario; ii) la capacidad del obligado para brindar la asistencia prevista en la ley, y, iii) el especial deber de solidaridad que existe entre uno y otro en atención a sus circunstancias recíprocas.

En Ecuador, el tema está regulado por el art. 349 del CC que proscribire que se debe alimentos al cónyuge. Así “los cónyuges deben suministrarse lo necesario y contribuir

---

<sup>372</sup> F. BENITEZ, “El Concubinato”, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Guayaquil, 1971. p. 11

<sup>373</sup> Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul. Sentencia AI 00000535542 del 13 de abril del 2000

<sup>374</sup> Sentencia C-1033. Corte Constitucional de Colombia, 2007

según sus posibilidades al mantenimiento del hogar común<sup>375</sup> de las uniones de hecho de parejas heterosexuales. De acuerdo a esta norma las uniones heterosexuales y las parejas matrimoniales se deben los denominados alimentos congruos es decir "... aquellos que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social"<sup>376</sup>. Sin embargo actualmente se limita a los alimentos necesarios, es decir los que basta para sustentar la vida de la pareja.

Entonces aplicando el Test de la Proporcionalidad a la norma del art. 349 del CC que concede el derecho de alimentos a las parejas heterosexuales, se establecería que:

- La situación de las parejas heterosexuales matrimoniales y las parejas del mismo sexo como situaciones asimilables, pues ambos van creando un proyecto de vida con un carácter de estabilidad, donde uno podría tener que mantener al otro, por lo que los *supuestos de hecho son asimilables*;
- *La finalidad del tratamiento diferenciado* en este caso establece una protección a un miembro de la pareja para su subsistencia como protección a la familia, el cual genera la obligación al otro miembro de apoyarlo en el proyecto de vida enmarcado. Sin embargo dicha protección está dada hasta hoy sólo a los denominados "cónyuges" de las parejas heterosexuales, y no necesariamente a los convivientes de las parejas del mismo sexo;
- *No es razonable la finalidad* de diferenciar entre la protección que brindan a las parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales matrimoniales, pues no propicia la solidaridad como valor de justicia entre los miembros de las parejas del mismo sexo, y tampoco un valor de equidad frente al detrimento del patrimonio existente en los casos de pagos de alimentos para las parejas heterosexuales. Por consiguiente su finalidad es absurda y arbitraria;
- Sobre la *adecuación del medio al fin perseguido*, se establece que el fin de los alimentos es la "protección de la familia y de los estrechos vínculos propios de las parejas permanentes"<sup>377</sup>. Así, la exclusión de la obligación de alimentos para las parejas del mismo sexo se contrapone al fin de protección de los vínculos de

---

<sup>375</sup> L. PARRAGUEZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, Óp. Cit., p. 239

<sup>376</sup> Art. 351 del CC ecuatoriano.

<sup>377</sup> Corte Constitucional de Colombia C-29-09, Óp. Cit.

solidaridad y afecto de las parejas que cubre aquellas del mismo sexo. Entonces respecto del requisito de que el trato desigual sea adecuado se puede concluir que no es adecuado debido a que la exclusión no guarda relación lógica con el fin de protección a la familia.

- Finalmente tampoco satisface el requisito de la *proporcionalidad*, en la medida en que los costos negativos de la exclusión alimentaria son considerables, y se traducen en un “déficit de protección para las parejas homosexuales”<sup>378</sup>.

En conclusión, existe un déficit de protección en relación al derecho de alimentos por el art. 349 del CC para las parejas del mismo sexo como ejercicio del derecho a la igualdad, lo cual vulnera otros derechos humanos de las parejas homosexuales. Este trato diferenciado en la medida que obstaculiza la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital, es discriminatorio por no pasar el Test. Por ende, el derecho de alimentos del art. 349 del CC que habla de los cónyuges debería incluir a los convivientes de las parejas del mismo sexo como ejercicio del principio de igualdad.

Es importante señalar el momento en que momento nacen los derechos, en este caso los derechos alimentarios y cuyo análisis se aplicará al resto de derechos. Se puede deducir que la unión de hecho es un acto que tiene “efectos declarativos” porque el CC no es un “contrato solemne”, y por ende tiene efectos declarativos según el Derecho Comparado (así determinado en el art. 5 del Decreto por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León<sup>379</sup>). Por ende, su reconocimiento (sea ante Juez de lo Civil o ante Notario) “no hace nacer un derecho o una situación jurídica nueva, sino que se limitan a reconocer un derecho o situación jurídica”<sup>380</sup> ya existente. Ello

---

<sup>378</sup> Corte Constitucional de Colombia C-29-09, Óp. Cit.

<sup>379</sup> Decreto por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León, Boletín Oficial Castilla y León (BOCL) 212/2002, de 31 de octubre de 2002:

Artículo 5. Efectos:

“1.- La inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Castilla y León tendrá efectos declarativos sobre la constitución y extinción de las uniones de hecho, así como respecto a los contratos reguladores de las relaciones personales y patrimoniales y su modificación.

2.- La validez jurídica y los efectos de los mencionados contratos se producirán al margen de su inscripción en el registro.

3.- Las uniones de hecho así registradas gozarán de los derechos y obligaciones que les sean reconocidas por las Leyes del Estado en los términos que éstas señalen, y por las propias de la Comunidad de Castilla y León”.

<sup>380</sup> G. Ospina, *Teoría Ggenrael del contrato y del negocio jurídico*, Temis, Bogotá, 2000 p.66

implica que la unión de hecho surtirá efectos desde que se cumplen los requisitos legales establecidos en su definición del art. 68 de la CR. La primera unión de hecho del Ecuador (anexo 1) surtiría efectos desde que se cumplieron los requisitos legales, es decir desde el año 2002, pues su Declaración Juramentada reconoce que las comparecientes vivían como pareja desde el 2000 cumpliendo todos los requisitos, y por ende cumplen con los dos años de convivencia desde el año 2002. Sin embargo, hay que recordar que el cambio constitucional recién se produce en el año 2008, y desde ese momento nace la unión de hecho para esta pareja con sus correspondientes derechos. Ello lo fundamento en el principio de irretroactividad de la ley, fundamentado en el art. 7 del CC<sup>381</sup>. En resumen, las uniones de hecho tiene efectos declarativos y no constitutivos<sup>382</sup>, y sus derechos nacen desde el momento en que se cumplen los requisitos legales independientemente del momento en que se reconocen.

## **2. Derecho a conformar una sociedad de bienes.**

La sociedad de bienes nace bajo la premisa de que un patrimonio se enriquece con el aporte y trabajo de ambos cónyuges<sup>383</sup>. En el caso de la unión de hecho se dan los elementos constitutivos de lo que se conoce como sociedad de hecho, es decir “...una especie de asociación en la que se dan los requisitos sustantivos del contrato de sociedad” (aportes, objeto, actitud distributiva de ganancias y pérdidas, etc.)<sup>384</sup>. cumpliendo con la doctrina de la sociedad de hecho.

El art. 139 del CC establece: “por el hecho del matrimonio celebrado conforme a las leyes ecuatorianas, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges”, y sus reglas están establecidas en todo el Párrafo 2do del Libro III del CC. La jurisprudencia de la Corte Suprema del Ecuador ha reconocido la conformación de la sociedad de bienes para las uniones de hecho heterosexuales, sin tener consecuentemente un pronunciamiento expreso respecto a las parejas del mismo sexo hasta la actualidad:

---

<sup>381</sup> Gaceta Judicial. Año LVIII. Serie VIII. No. 10. Pág. 950, del 13 de Septiembre de 1955.

<sup>382</sup> Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 4997, del 3 de febrero de 2004.

<sup>383</sup> L. PARRAGUEZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, Óp. Cit., p. 227

<sup>384</sup> L. PARRAGUEZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, *Ibíd.*, p.227

la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer... que formen un hogar de hecho, genera una sociedad de bienes, sujeta a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fuesen aplicables<sup>385</sup>.

Ahora para el caso de las uniones de parejas del mismo sexo se puede analizar su cumplimiento respecto a las dos principales doctrinas al respecto. La Doctrina de la Comunidad indica que entre los convivientes existe “una comunidad patrimonial que comprende la totalidad de bienes adquiridos... que... representan el fruto del esfuerzo común de los convivientes, sin importar quien aparezca formalmente como adquirente”<sup>386</sup>. Pues evidentemente el estado de convivencia de las parejas del mismo sexo se da la realidad de que cada uno de los convivientes tiene actividades de trabajo remuneradas<sup>387</sup>. La Doctrina de Enriquecimiento Injusto parte de la premisa de que nadie puede ver incrementado su patrimonio sin causa suficiente, es decir todo enriquecimiento sin causa acarrea el empobrecimiento de otro patrimonio sin justificación, lo que faculta para presentar la *actio in rem verso*. En este caso las parejas del mismo sexo verían sus patrimonios modificados, lo cual incrementaría el patrimonio de uno de sus miembros, y el empobrecimiento del otro. La Doctrina de la Relación Laboral indica que “...con bastante frecuencia los convivientes, particularmente la mujer, concurrieron ante los juzgados y tribunales del país para demandar a su compañero el pago de remuneraciones por falta de actividades desarrolladas en beneficio del hogar común”<sup>388</sup>; ésta carece de asidero por no haber la relación de dependencia exigida en el ámbito laboral.

En el Derecho Comparado encontramos referencias en Brasil. En este país se invoca el art. 1363 del CC brasileño para poder proceder a la partición de los bienes de la sociedad de hecho por el que se reconoce el “...contrato de sociedad las personas que mutuamente se obligan a combinar sus esfuerzos o recursos para lograr fines comunes” fundamentado en el estado de comunión de bienes derivada de la vida en común, y de la necesidad de evitar el enriquecimiento injustificado<sup>389</sup>.

---

<sup>385</sup> Gaceta Judicial. Año LXXXIII. Serie XIV. No. 1. Pág. 23. Quito, 7 de septiembre de 1982

<sup>386</sup> L. PARRAGUEZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, Óp. Cit., p.. 228

<sup>387</sup> L. PARRAGUEZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, Ibíd., p.. 228

<sup>388</sup> L. PARRAGUEZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, Ibíd., p.. 230

<sup>389</sup> M. DIAS, “Uniones Homoafectivas. Informe Brasil”, Óp. Cit, p. 17

Aplicando el Test de la Proporcionalidad a la jurisprudencia y regulación de las sociedades de bienes del CC se entendería que:

- La situación de las parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo como situaciones asimilables ya que ambas aportan con sus ingresos a sus relaciones creando un consecuente empobrecimiento y enriquecimiento de los patrimonios individuales. Por ello, los *supuestos de hecho son asimilables*;
- *La finalidad del tratamiento diferenciado* establece una protección frente a un posible enriquecimiento injusto de un miembro de la pareja. Sin embargo dicha protección está dada hasta hoy al igual que en el caso de alimentos a los denominados “cónyuges” de las parejas heterosexuales, y no necesariamente a los convivientes de las parejas del mismo sexo;
- *No es razonable la finalidad de* diferenciar entre la protección que brindan las parejas del mismo sexo, pues no propicia la equidad patrimonial como valor entre los miembros de las parejas del mismo sexo frente al posible detrimento injustificado del patrimonio de uno de los miembros. Por consiguiente su finalidad es absurda y arbitraria cuando no se aplica a las parejas del mismo sexo;
- Sobre la *adecuación del medio al fin perseguido*, se establece que el fin de la sociedad conyugal es la protección a un patrimonio que se “enriquece con el aporte y trabajo de ambos”<sup>390</sup>. Así, la exclusión del reconocimiento de la sociedad de bienes para parejas del mismo sexo se contrapone al fin de “protección frente al enriquecimiento injustificado”. Por ello se puede concluir que el trato desigual no es adecuado debido a que la no protección no guarda relación lógica con el fin de protección del enriquecimiento injusto.
- Finalmente tampoco satisface el requisito de la *proporcionalidad*, en la medida en que los costos patrimoniales para el miembro que fue el perjudicado del enriquecimiento injusto son considerables, y se traducen en un “déficit de protección para las parejas homosexuales”<sup>391</sup>.

---

<sup>390</sup> Sentencia C-29-09, Corte Constitucional de Colombia, Óp. Cit.

<sup>391</sup> Sentencia C-29-09, Corte Constitucional de Colombia, Ibíd.

En conclusión, existe un déficit de protección en relación al reconocimiento de la sociedad de bienes para parejas del mismo sexo como ejercicio del derecho a la igualdad, lo cual vulnera otros derechos humanos y valores como la equidad de patrimonio pero sobre todo la dignidad de las parejas homosexuales. Por ello el derecho al reconocimiento y regulación de las sociedades de bienes que habla el CC, debe haber un igual tratamiento de los cónyuges incluyendo a los convivientes de las parejas del mismo sexo como ejercicio del principio de igualdad. Este déficit está solucionado por el reconocimiento a la sociedad de bienes que ha hecho el art. 233 del CC y la jurisprudencia de la Corte Suprema, pero dichos derechos están garantizados en una interpretación literal sólo a las uniones heterosexuales.

### **3. Efectos Sucesorios y a la Porción Conyugal:**

En cuanto a los derechos sucesorios tenemos precedentes jurisprudenciales de México, Brasil, Argentina y Estados Unidos. El Código Civil de México “incluye al conviviente en el orden sucesorio, siempre que no exista cónyuge, criterio que ha sido reconocido posteriormente por el sistema nacional”<sup>392</sup>. En el caso brasileño, el Tribunal Superior de Justicia decidió conceder los derechos sucesorios a las parejas del mismo sexo porque busca “evitar un impropio e injusto beneficio de los familiares lejanos, que, normalmente, rechazaban... la orientación sexual del causante”.<sup>393</sup> . La jurisprudencia argentina no se ha pronunciado al respecto, por lo que la doctrina indica que allí “las parejas del mismo sexo no están consideradas como inhabilitadas para suceder”<sup>394</sup>. Finalmente en los Estados Unidos existen la posibilidad de conceder derechos sucesorios utilizando los fideicomisos “trust” en el caso *Estate of Cooper de Georgia*<sup>395</sup>, pero usualmente los miembros de parejas del mismo sexo no pueden

---

<sup>392</sup> L. PARRAGUEZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, Óp. Cit., p. 226

<sup>393</sup> Tribunal Supremo de Rio Grande do Soul, Resolución Especial 148897-MG en referencia de la obra de M. DIAS, “Uniones Homoafectivas. Informe Brasil”. Op. Cit., p. 14.

<sup>394</sup> P.120

<sup>395</sup> *Estate of Cooper*, 564 NYS 2d 684 (Sur. Ct. 1990), Corte Suprema de New York, 2009, citado en la obra de C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Op. Cit., p. 63

heredar por no la falta de un testamento válido que se otorgue a nombre del conviviente.<sup>396</sup>

En Ecuador, las sucesiones intestadas se regulan en las reglas del título II del libro tercero del Código Civil, las cuales se aplicarán al conviviente, del mismo modo que los preceptos relacionados a la porción conyugal.

- a. Sucesión Abintestato: Según el art. 1030 CC<sup>397</sup>, el cónyuge de las parejas heterosexuales hereda en el segundo orden de sucesión intestada, a falta de descendientes del fallecido, y conjuntamente con los ascendientes del difunto. Es decir que el predecesor de no haber hecho “testamento, se tiene que aplicar las normas de la sucesión abintestato”<sup>398</sup>. La Corte Suprema ha reconocido los derechos sucesorios a las uniones de hecho de parejas del mismo sexo tácitamente<sup>399</sup>.
- b. Derecho a la Porción Conyugal: art. 1196 del CC, que define como “la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación”.

Aplicando el “Test de la Proporcionalidad” a las mencionadas normas civiles antes reseñadas tenemos que:

- La situación del cónyuge sobreviviente de las parejas heterosexuales y del conviviente sobreviviente de parejas del mismo sexo son *asimilables*, pues en

---

<sup>396</sup> W. ROBERTS, “Will drafting and property ownership. Bear in mind cohabiters and lesbian and gay couples”. 22 Fa. Law 77 (Feb. 1922) utilizado en la obra de C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Óp. Cit., p. 65

<sup>397</sup> Art. 1030 del CC ecuatoriano: “Si el difunto no ha dejado posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, y el cónyuge. La herencia se dividirá en dos partes, una para los ascendientes y otra para el cónyuge.

No habiendo padres o ascendientes, toda la herencia corresponderá al cónyuge.

No habiendo cónyuge, toda la herencia corresponderá a los padres o ascendientes.

Si la filiación del difunto se hallare establecida sólo respecto de uno de sus padres, éste recibirá la porción correspondiente.

Si la filiación se hallare establecida respecto de ambos padres, la porción correspondiente a ellos, se dividirá entre los dos por partes iguales”.

Cuando concurrieren dos o más ascendientes del grado más próximo, los asignatarios de la herencia se dividirán por partes iguales; habiendo un solo ascendiente del grado más próximo, sucederá éste, en todos los bienes o en toda la porción hereditaria de los ascendientes

<sup>398</sup> J. LARREA HOLGUÍN, “Derecho Civil del Ecuador”, Óp. Cit., p. 90

<sup>399</sup> Beneficios Hereditarios por Union de Hecho. Expediente 164, Registro Oficial 225, 4 de Diciembre del 2003.

ambos se podría dar el caso de que un miembro de sus parejas muera, y por ende la *situación es similar*.

- *La finalidad del tratamiento diferenciado* en este caso se establece la posibilidad de heredar y recibir una porción conyugal, donde las parejas sobrevivientes heterosexuales serán las únicas que puedan acceder a este derecho. Su finalidad es proteger a la familia, herencia histórica que no considera a las relaciones de parejas del mismo sexo como fuentes familiares.
- *No es razonable la finalidad* de diferenciar entre la posibilidad de suceder de las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales, pues no reconoce la diversidad familiar que puede existir. Se ha establecido que la “protección de los sectores más vulnerables de la sociedad, finalidad que abarca a las parejas homosexuales”<sup>400</sup> no restringe ni vulnera la protección de la familia.
- Sobre la *adecuación del medio al fin perseguido*, se puede concluir que no se cumple porque la diferenciación no guarda relación directa ni causal con el fin de protección a la familia, “ni su inclusión implicaría la disminución de dicha protección”<sup>401</sup>.
- Finalmente, tampoco se satisface el requisito de la *proporcionalidad*, en la medida en que los “costos negativos de la medida son sustancialmente mayores que los beneficios del trato diferenciado” porque se deja a un conviviente totalmente desprotegido ante la muerte de su pareja.

Por ende, el tratamiento exclusivo a los denominados “cónyuges” de las parejas heterosexuales frente a los convivientes de las uniones de parejas del mismo sexo es discriminatorio. Entonces el ámbito de aplicación de la porción conyugal y el derecho de suceder de los cónyuges del matrimonio también debería incluir a los convivientes de una pareja del mismo sexo.

#### **4. Efectos Tributarios:**

En cuanto a los efectos tributarios de las parejas del mismo sexo solo existe una referencia en el sistema americano. Este tratamiento tributario por tratarse de un caso federal que se remite a la definición estatal de matrimonio, y “dado que ningún Estado

---

<sup>400</sup> Sentencia C-29-09, Corte Constitucional de Colombia, Óp. Cit.

<sup>401</sup> Sentencia C-29-09, Corte Constitucional de Colombia Ibíd.

permite el matrimonio entre personas del mismo sexo”<sup>402</sup> no reconoce a las parejas del mismo sexo efecto tributario alguno. Sin embargo, la doctrina del país habla de la posibilidad de presentar declaraciones conjuntas de los convivientes de las parejas del mismo sexo, lo cual permitiría que la “pareja combine sus ganancias individuales, y aproveche la deducción marital en impuesto sobre la herencia”<sup>403</sup> en el tratamiento interno de cada estado.

En el caso ecuatoriano, las parejas del mismo sexo podrían tener derecho a las rebajas y deducciones establecidas para los cónyuges en lo referente al Impuesto a la Renta (IR); ello corresponde al pago sobre los ingresos “producto de las actividades económicas y entradas gratuitas percibidos durante un año”<sup>404</sup> según el art. 5 de la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI). Estas deducciones “permite disminuir la carga fiscal de acuerdo a la familia”<sup>405</sup>. De acuerdo al reglamento de la Ley de Equidad Tributaria, las personas cuyos sueldos superen los \$7.850 anuales están obligadas a declarar y pagar el IR. Sin embargo, los contribuyentes pueden deducir sus gastos personales de dicho pago y de sus cónyuges sobre los rubros de vivienda, educación, salud, alimentación y vestimenta emitidos a nombre del cónyuge o hijos menores de edad o discapacitados según el art. 10 de la LRTI<sup>406</sup>.

Aplicando el “Test de la Proporcionalidad” a la ley en mención tenemos que:

- La situación de las parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo son *asimilables*, pues en ambos las parejas podrán ser sujetos pasivos tributarios del Impuesto a la Renta, es decir “contribuyentes que están obligados a pagarlo”<sup>407</sup> cuando generen un rédito que sobrepase su base imponible antes mencionada.
- *La finalidad del tratamiento diferenciado* en este caso se establece una reducción solamente para las parejas heterosexuales, ya que sólo estas serán los

<sup>402</sup> CAIN, Patricio. “Same Sex Couples and the Federal Tax Law”. 1 Law & Sexuality 9 (1991) citado en la obra de C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Op. Cit., p. 71

<sup>403</sup> C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Op. Cit., p.71

<sup>404</sup> M. BENÍTEZ, “Manual Tributario”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009. p. 133

<sup>405</sup> M. BENÍTEZ, “Manual Tributario”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ibíd., p. 113

<sup>406</sup> Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI), Ley 1, RO Suplemento 392 del 30 de Julio del 2008.

<sup>407</sup> E. ALBÁN, “Régimen tributario ecuatoriano”, t.3, Ediciones Legales, Quito, 1989, p. 45.

considerados cónyuges. Esta protección busca como finalidad la equidad tributaria.

- *No es razonable la finalidad* de diferenciar entre la posibilidad de deducir gastos de la renta de las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales, pues no propicia la igualdad tributaria como valor. Se ha establecido que el fin de las deducciones “protección de los sectores más vulnerables de la sociedad, finalidad que abarca a las parejas homosexuales,”<sup>408</sup> pues a más de su histórica discriminación pueden darse en su ámbito graves formas de violencia entre quienes la conforman.
- Sobre la *adecuación del medio al fin perseguido*, se puede concluir que no se cumple porque la exclusión no guarda relación directa ni causal con el fin de protección a la familia, “ni su inclusión implicaría la disminución de dicha protección”<sup>409</sup>;
- Finalmente, tampoco se satisface el requisito de la *proporcionalidad*, en la medida en que los “costos negativos de la medida son sustancialmente mayores que los beneficios del trato diferenciado”.

Por ende, el tratamiento exclusivo a los denominados “cónyuges” de las parejas heterosexuales frente a los convivientes de las parejas del mismo sexo es en sí discriminatorio. Entonces el ámbito de aplicación del art. 11 de la Ley de Régimen Tributario Interno también incluye a los convivientes de una pareja del mismo sexo.

##### 5. Efectos Relacionados con la Seguridad Social y beneficios sociales

Los beneficios sociales para los cónyuges básicamente son los beneficios del seguro social y las utilidades de labores contenidos en la siguiente normativa:

- El art. 102 de la Ley de Seguridad Social<sup>410</sup> establece los beneficios para las prestaciones de salud del afiliado y su cónyuge; el art. 194 de la misma ley acredita al cónyuge del asegurado la pensión de viudez que en su literal c, que incluye la unión de hecho sin mencionar la unión de hombre y mujer.
- El art. 95 del Código de Trabajo establece del derecho al pago de utilidades: “El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el

---

<sup>408</sup> Sentencia C-29-09, Corte Constitucional de Colombia, 2009, Óp. Cit.

<sup>409</sup> Sentencia C-29-09, Corte Constitucional de Colombia, 2009, Ibíd.

<sup>410</sup> Ley de Seguridad Social, Ley 55, ROSuplemento465 del 30 de noviembre del 2001

quince por ciento”<sup>411</sup>. Adicionalmente el cónyuge será una carga cuando no trabaje, lo cual ha sido considerado hasta el momento sólo la pareja del matrimonio hasta un 5% de las utilidades del empleador según el Reglamento de Registro del Pago de Bonificaciones y Utilidades<sup>412</sup>.

En el Derecho Comparado tenemos referencias de Brasil, Estados Unidos y Argentina. En Brasil se reconoce las prestaciones sociales a las parejas del mismo sexo “por medio de decisión judicial, los procedimientos que deben ser adoptados para la concesión de beneficios sociales al compañero o compañera homosexual”<sup>413</sup>. En Estados Unidos se concede el derecho a recibir pensiones del conviviente fallecido por parte de la Corte Suprema de California<sup>414</sup>. De hecho, los miembros de las parejas del mismo sexo pueden adquirir separadamente pólizas de seguros de vida y declararse como beneficiarios<sup>415</sup>. En Argentina el derecho a la seguridad social fue el primero en reconocerse al concubinato, además de las medidas afirmativas correspondientes<sup>416</sup>. Respecto al reparto de utilidades no hay referencias en el Derecho Comparado.

Las normas citadas definen la calidad de beneficiario del régimen de seguridad social y prestación de utilidades respectivamente, con exclusión de los miembros de las parejas homosexuales. Éste trato diferenciado los excluye de la conformación del criterio familiar en las uniones de parejas del mismo sexo, por lo que aplicando el “Test de la Proporcionalidad” tenemos que:

- La situación de las parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo son *asimilables* cuando ambas pueden ser beneficiarios de las prestaciones sociales.
- *La finalidad del tratamiento diferenciado* en este caso no solo busca la protección de la familia, sino que comprende el reconocimiento de los vínculos de solidaridad

<sup>411</sup> Código de Trabajo (CT Codificación 17), RO Suplemento 167 del 16 de diciembre del 2005.

<sup>412</sup> Gaceta Judicial 10, Serie 12, del 22 de Octubre de 1975; Reglamento de Registro del Pago de Bonificaciones y Utilidades, Acuerdo Ministerial 366, RO Suplemento 285 del 6 de junio de 2006

<sup>413</sup> La Instrucción Normativa del Instituto Nacional de Seguridad Social 25/2000 de Brasil, citado en la obra del M. DIAS, “Uniones Homoafectivas. Informe Brasil”, Óp. Cit., p. 18

<sup>414</sup> Donovan vs. Wokers. Compensation Appeals Board, Corte Suprema de California 187 Cal. Rptr. 869 (Cal. App. 1982), citado en la obra de C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Óp. Cit., p.75

<sup>415</sup> Beaty vs. Truck Ins. Exch. 8 Cal. Rptr. 2d 593, 599, Corte de Apelaciones de California (Cal. App. 1992), citado en la obra de C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Op. Cit., p.75

<sup>416</sup> G. MEDINA, “Las uniones de hecho homosexuales frente al Derecho Argentino, Óp., Cit., p. 100

“formados por las parejas estables y la protección de sus miembros establece una protección a un miembro de la pareja cuya integridad física y psicológica se puede ver vulnerada por el otro miembro”<sup>417</sup>, diferenciando el trato a las parejas del mismo sexo.

- *No es razonable la finalidad* de diferenciar entre la protección social y el reclamo de utilidades por cargas que se brindan a las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales, pues la protección familiar no se encuentra satisfecha por no existir relación directa ni causal, ni la inclusión de las parejas del mismo sexo dentro de los beneficios sociales implicaría la disminución de dicha protección.
- Sobre la *adecuación del medio al fin perseguido*, se puede concluir que no se cumple la protección familiar porque la exclusión no guarda relación directa ni causal con el fin familiar “ni su inclusión implicaría la disminución de dicha protección”<sup>418</sup>;
- Finalmente, tampoco se satisface el requisito de *proporcionalidad* en la medida en que sigue produciéndose efectos negativos mayores que los beneficios del trato diferenciado, y que representan un déficit de protección de las parejas homosexuales con respecto a las heterosexuales, dejándolos en una situación de vulnerabilidad.

En este caso hay que tratar por separado las prestaciones de salud y las de viudez. Las prestaciones sociales de salud con exclusividad a las parejas heterosexuales viola el principio de igualdad, sin embargo encontramos que las pensiones de viudez ya no son excluyentes en su tratamiento, siendo el único caso del ordenamiento jurídico hasta aquí analizado que no es discriminatorio *per sé*. Esto se debe a la reciente reforma a la Ley de Seguridad Social que recogían ya los preceptos constitucionales.

## **6. Derecho a adoptar para parejas del mismo sexo**

La adopción ha sido definida por el art. 314 del CC como una institución por la cual “una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre,.... respecto de un menor de edad que se llama adoptado”. Es uno de los temas más controversiales y complejos de la actualidad. La adopción para parejas

---

<sup>417</sup> Corte Constitucional de Colombia C-29-09, Óp. Cit..

<sup>418</sup> Corte Constitucional de Colombia C-29-09, Óp. Cit.

del mismo sexo ha sido aprobada en países como Andorra, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Islandia, Holanda, Noruega, Suecia, Sudáfrica, España, Inglaterra, 14 estados de Estados Unidos y recientemente Uruguay<sup>419</sup>. Un caso de denegación a la adopción es el de Brasil, ya que en este país si bien no se establece una prohibición expresa en su Estatuto del Niño y del Adolescente, un fallo del Tribunal Supremo<sup>420</sup> denegó el derecho a nivel federal, considerando que es necesaria la figura de un padre y una madre para que los niños dispongan de un modelo masculino y femenino que logre su completo desarrollo.

Sin embargo, los estudios académicos han distinguido entre la adopción de una pareja del mismo sexo donde el niño es hijo biológico de uno de los convivientes, y una pareja del mismo sexo donde no hay relación alguna con el niño<sup>421</sup>. Estos estudios han concluido que por ejemplo las madres lesbianas “no difieren en capacidad de las heterosexuales, y que los padres homosexuales son similares en capacidad de paternidad que los hombres heterosexuales”<sup>422</sup>. De hecho existen niños viviendo en hogares homosexuales; por lo que no conceder la adopción al otro miembro de la pareja no asegura al menor el derecho a alimentos y beneficios sociales o sucesorios en relación al adoptante, restricción que acaba por generar “situaciones injustas, que devienen en perjuicio del propio menor”<sup>423</sup>. Millones de hombres y mujeres homosexuales, tanto solteros como en relaciones comprometidas “están criando entre

---

<sup>419</sup> D. OTTOSSON, “Homofobia de Estado”, Informe International Gay and Lesbian Assosiation ILGA año 2009 publicado el 15 de mayo del 2009, disponible en [http://www.ilga.org/statehomophobia/ILGA\\_Homofobia\\_de\\_estado\\_Mayo\\_2009.pdf](http://www.ilga.org/statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_estado_Mayo_2009.pdf) y consultado el 24 de agosto de 2009.

<sup>420</sup> Tribunal de Justicia do Río de Janeiro, caso AC 14.332/98 y AC 14.979/98, citado en la obra de M. DIAS, “Uniones Homoafectivas. Informe Brasil”, Op. Cit., p. 18

<sup>421</sup> C. PATTERSON, *Children of Lesbian and Gay Parents*, “Current Directions in Psychological Science” (Vol. 15, Issue 5, pp 241-244) Blackwell Publishing, New York, 1999, citado en la obra de C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, p. 65

<sup>422</sup> Corte Suprema de California, Caso No. S147999, en el caso Marriage Cases Judicial Council Coordination Proceeding No. 4365, usando el amicus amici curiae de la Asociación Americana de Psicología, California, disponible en:

[http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/documents/Amer\\_Psychological\\_Assn\\_Amicus\\_Curiae\\_Brief.pdf](http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/documents/Amer_Psychological_Assn_Amicus_Curiae_Brief.pdf) citado en la obra de C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, p. 65

<sup>423</sup> M. DIAS, “Uniones Homoafectivas. Informe Brasil”. Op. Cit., p.17

ocho y diez millones de niños en los Estados Unidos de Norteamérica”<sup>424</sup> por ejemplo. Pero también se habla de otras opciones de adopción prácticas como la extracción de óvulos de una de las convivientes lesbianas, la fecundación in vitro, y el consiguiente registro del niño a nombre de una de las personas que lo dio a luz. Por ende, hay que concluir que la oposición se basa en:

meros prejuicios... por lo que es necesario cuestionar principios, revisar valores abrir espacios para la discusión lejos de objeciones. Dicha resistencia acaba por excluir la posibilidad de que un amplio número de menores sean apartados de la marginalidad, cuando podrían tener una vida rodeada de afecto<sup>425</sup>.

En Estados Unidos se ha litigado ampliamente con temas realmente innovadores al respecto. Existe la posibilidad de la adopción adulta, con la finalidad de que la pareja sobreviviente herede como primer beneficiario (aunque se podría impugnar la validez de dicho testamento, y en Ecuador no sería permitida por el CC cuya máxima edad es 21 años)<sup>426</sup>. Sin embargo, algunos estados como Nebraska, California, Connecticut, Massachusetts y Nevada permiten la adopción de adultos.<sup>427</sup> La legislación que regula esta institución no es federal, por lo que queda en un nivel estatal su tratamiento, siendo la mayoría de estados prohíbe la adopción de adultos como Florida, Arkansas y Utah<sup>428</sup>. En cuanto a la adopción de un hijo biológico de un conviviente por parte del otro conviviente de la parejas del mismo sexo, los tribunales han negado la custodia debido a la orientación sexual<sup>429</sup> basado en que el niño puede verse hostigado; aunque recientemente el Tribunal de Washington DC ha concediendo la custodia porque “las

---

<sup>424</sup> ABA Annual Meeting Provides Forum for Family Law Experts, 13 Fam. L. Rep. (BNA) 1512, 1513 (ab. 25, 1987) citado en la obra de C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Op. Cit., p.76

<sup>425</sup> D. FALCONÍ TRÁVEZ. *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Op. Cit. p. 80

<sup>426</sup> E. BELL, “Special issues in state planning for non marital couples and non traditional families, PLI/Est 859 (1999), citado en la obra C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Op. Cit., p.80

<sup>427</sup> *Petition of Ritchie* 53 N.w. 2d 753 (neb. 1952), Corte Suprema de New York, citado en la obra C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Op. Cit., p.80

<sup>428</sup> M. WOLINSKY, “Tolerance and acceptance: Gay rights in Courts of Law and public”, 19 Del. Lawyer 13, 18 (2001), citado en la obra C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Op. Cit., p.87

<sup>429</sup> Corte Suprema de New York, *Constans A. Vs. Paul C.A.*, 486 A. 2d I (Pa. Super. Cr. 1985) citado en la obra C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Op. Cit., p.81

indiscreciones sexuales del padre deberían ser consideradas solo si demuestra que afectan efectivamente de manera adversa el bienestar del niño<sup>430</sup>. De hecho los tribunales de Ohio han considerado que la orientación sexual del padre no es razón suficiente para negar los derechos de visitas<sup>431</sup>. Algunos tribunales han concedido el derecho de visitas al padre o madre no biológico cuando han terminado la relación con su conviviente<sup>432</sup> recalcando su rol de padres en el desarrollo del niño. Así lo recalcó el Tribunal de Nueva Jersey crean el concepto de padre psicológico, que ahora ha sido utilizado por parejas lesbianas<sup>433</sup>, cuando cumple 4 elementos: el padre legal consintió la relación con el niño, el demandante vivió con el niño por un tiempo significativo, el demandante cumplió funciones parentales significativas para el niño, y se creó un lazo padre hijo<sup>434</sup>. Sin embargo el tema de hogares de paso entregados a parejas del mismo sexo es posible, es decir aquellos casos en que los padres legales no están en capacidad de cuidar, y aunque se prohíbe la adopción si se permiten los hogares de paso para parejas del mismo sexo<sup>435</sup>. En resumen, existe una tendencia moderna de algunos tribunales estatales americanos en reconocer las formas más diversas de adopción para parejas del mismo sexo.

En Latinoamérica tenemos referencias de Argentina y Uruguay. El caso argentino a pesar de no tener referencias claras, pues su legislación habla solamente la idoneidad de la pareja adoptante<sup>436</sup>, y sin tener casos litigados al respecto, concluye doctrinalmente que la adopción conjunta está impedida para parejas del mismo sexo<sup>437</sup>. Entonces el único caso actual de adopción para parejas del mismo sexo es el de Uruguay

---

<sup>430</sup> Corte Suprema de New York, *Guillan vs. Guillan*. 102 A. D. 2d 963, citado en la obra C. LESLIE, "Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos", Op. Cit., p.82

<sup>431</sup> Corte de Apelaciones de Ohio, *Conkel vs. Conkel*. (1987) 31 Ohio App. 3d 169, citado en la obra C. LESLIE, "Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos", Op. Cit., p.83

<sup>432</sup> Corte Suprema de New York, *Custody of H.S.H.-K., Holtzan vs. Knottt*, 533 N. " 2D 419 (Wisc. 1995), citado en la obra C. LESLIE, "Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos", Op. Cit., p.84

<sup>433</sup> Corte Suprema de New York, *Wills vs. Wills.*, 3999 So. 2d 1130 (Fla. App 1981), citado en la obra C. LESLIE, "Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos", Op. Cit., p.85

<sup>434</sup> *A.F. vs. D.L.P.D.*, 2001 WL 399696 (N.J. App. Abril 20, 2001), citado en la obra C. LESLIE, "Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos", Op. Cit., p.86

<sup>435</sup> M.UTHL. *A new Ossue in Foster paterning*, 25 J. Fam. L. 577, 583 (1986-198) (California, New Jersey, New Mexico, New York and Vermont), citado en la obra C. LESLIE, "Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos", Op. Cit., p.88

<sup>436</sup> G. MEDINA, "La Adopción", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 59

<sup>437</sup> G. MEDINA, "La Adopción", Op. Cit., p. 59

reconocido recientemente en su legislación legal aprobada desde el 9 de septiembre del presente año<sup>438</sup>.

Al someter al Test de la Proporcionalidad al art. art.159 numeral 6 de del Código de Niñez<sup>439</sup> en correlación al art. 68 segundo párrafo de la CR que prohíben la adopción para parejas del mismo sexo se puede concluir que:

- La situación de las parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo respecto a la adopción de niños son situaciones similares, pues ambos pueden tener las intenciones de adoptar, por ende los *supuestos de hecho son asimilables*;
- *La finalidad del tratamiento diferenciado* en este caso establece una protección para los niños considerando que las parejas del mismo sexo no son aptos para ser padres, y por ende no existiría idoneidad para la paternidad. Sin embargo dicha consideración de idoneidad para la adopción está dada hasta hoy solo parejas de sexo distinto;
- *No es razonable la finalidad* de diferenciar la adopción de parejas del mismo sexo y parejas de sexo distinto. Esta diferenciación está basada en prejuicios donde los parejas del mismo sexo ofrecerían una paternidad con problemas y sin referentes parentales, lo cual no es preciso de acuerdo a los estudios académicos citados en el capítulo I. Por consiguiente su finalidad es absurda ya que no permite analizar si se cumplen los otros requisitos de idoneidad como la mayoría de edad o las suficiencia de recursos económicos;
- Sobre la *adecuación del medio al fin perseguido*, se establece que el fin de precautelar el interés superior de niño es proporcional a la medida. Cabe recalcar la existencia de los costos negativos de la exclusión, los cuales son considerables al dejar al no considerar a los posibles hijos biológicos existentes en parejas del mismo sexo, y a niños que en Ecuador no podrán encontrar padres<sup>440</sup>.

---

<sup>438</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay. Artículo 135: “La adopción simple se permite a toda persona mayor de veinticinco años, cualquiera sea su estado civil, y siempre que tenga por lo menos quince años más que el adoptado, y hubiera tenido al niño o adolescente a su cargo por el mínimo de un año”.

<sup>439</sup> Código de la Niñez y Adolescencia (CDN), Ley 100, RO 737 del 3 de enero del 2003

<sup>440</sup> Sentencia C-29-09, Corte Constitucional de Colombia, Óp. Cit.

En conclusión, existe en este tema una confrontación entre el principio de supremacía constitucional y el carácter de *ius getium* y *erga omnes* del principio de no discriminación. Es claro que existe un déficit de protección en relación al derecho de adoptar para las parejas del mismo sexo como ejercicio del derecho a la igualdad frente a las parejas de sexo distinto, lo cual vulnera otros derechos humanos como el interés superior del niño en los casos de hijos biológicos. Este trato diferenciado constituye una discriminación en la medida en que obstaculiza y desestimula la posibilidad de ofrecer ese mejor desarrollo del niño y la conformación de la pareja. Por ende, el derecho a la igualdad sería jurídicamente superior a la prohibición constitucional en un análisis de no discriminación, y el segundo párrafo del art. 68 sería un ejemplo de discriminación de *iure*, que deberá ser reformada y encasillada a las nuevas tendencias y doctrinas.

Los adoptantes tienen el detrimento a su derecho a formar una familia, al desarrollo de la personalidad, a la igualdad, pero aún más grave si se toma en cuenta que es uno de los mecanismos para obtener la descendencia. Existen opciones como el vientre de alquiler (no permitido en el Ecuador), o la paternidad por conveniencia (en donde hay una ficción por la que le padre y madre son heterosexuales, para formar una familia de carácter temporal), la inseminación artificial (en el caso de las mujeres, aunque cabe anotar que otra mujer seguramente no podría co adoptar, y por ende no podría ser madre bajo la legislación ecuatoriana), entre otras alternativas nacidas de la necesidad y la imaginación, lejanas de la legalidad. Claramente no está prohibida la adopción por parte de “personas célibes, divorciadas o viudas”<sup>441</sup> ni queda claro el panorama para los casos en que se han reasignado sexos (como el reciente caso de cambio de género en la cédula de Estrella Estevez), por lo que lo más práctico es garantizar la idoneidad de las posibles parejas adoptantes sin considerar a las parejas del mismo sexo como no idóneas de antemano.

## 7. Derechos migratorios

---

<sup>441</sup> F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, t2, Óp. Cit., p. 594

Los temas de Derecho Internacional Privada<sup>442</sup>, en especial los migratorios son una la causa más frecuente por la cual las que las parejas del mismo sexo deciden registrar sus relaciones (como se vio en las estadísticas). Tenemos referencias de Argentina, Estados Unidos e Inglaterra respecto al tema. La doctrina indica que en Buenos Aires solo se exige estar domiciliado allí para reconocer el estatus migratorio y las uniones extranjeras, mas no se “prohíbe la celebración de uniones civiles entre extranjeros o con un extranjera reconociendo a las celebradas en el extranjero solo con los efectos jurídicos que la legislación argentina les confiere”<sup>443</sup>. La Corte Suprema de los Estados Unidos al respecto indicó en el caso *Adams vs. Howerton* que las parejas del mismo sexo no tiene derecho a inmigrar como los cónyuges del matrimonio<sup>444</sup> aunque algunos tribunales están empezando a “reconocer peticiones de asilo para individuos homosexuales que pueden demostrar que han sido perseguidos en su país de origen por orientación sexual, y posteriormente sus reunificaciones familiares de sus parejas”<sup>445</sup>. A partir de 1989, diversos países del mundo brindan la posibilidad de que las parejas extranjeras de sus ciudadanos inmigren. Existen 24 países que ofrecen este derecho: Dinamarca (1989), Noruega (1993); Suecia (1994); Australia (1995); Islandia (1996); Bélgica (1997); Reino Unido (1997); Francia (1999); Nueva Zelanda (1999); Sudáfrica (1999); Israel (2000); Portugal (2001); Países Bajos (2001); Alemania (2001); Finlandia (2001); Suiza (2003); Brasil (2003); Canadá (2005); España (2005); República Checa, Japón (2007) y Colombia (2009)<sup>446</sup>. Finalmente el país más progresista al respecto ha sido Gran Bretaña que ha empezado a reconocer las uniones de hecho de

---

<sup>442</sup> G DE GROOT, “Aspectos del Derecho Internacional Privado en las Parejas Homosexuales”, XVII the Congress of the International of Comparative Law, citado en la obra de G. MEDINA, “Aspectos del derecho internacional privado en las parejas del mismo homosexuales”, *Uniones entre personas del mismo sexo*, Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 92

<sup>443</sup> G DE GROOT, “Aspectos del Derecho Internacional Privado en las Parejas Homosexuales”, Op. Cit. p. 92

<sup>444</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Addams vs. Howerton* 673 F. 2d 1036 (9th Cir), cert denied. 458 U.S. 111 (1998), citado en la obra de citado en la obra C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Op. Cit., p.88

<sup>445</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos , caso *Hernández Montiel vs. I.N.S.* 225, F 3d 1084 (9th Cir. 2000) citado en la obra de citado en la obra C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”, Op. Cit., p.88

<sup>446</sup> INTERNATIONAL LESBIAN AND GAY ASSOCIATION (ILGA). *Mapa Histórico actualizado al 2008*, Óp. Cit.

parejas del mismo sexo celebradas en el extranjero incluso las que no tienen un reconocimiento federal como las de Massachusetts<sup>447</sup>.

El art. 8 en su numeral 4to de la CR establece la naturalización para “Las que contraigan matrimonio o mantengan unión de hecho con una ecuatoriana o un ecuatoriano, de acuerdo con la ley.” Sin embargo, el art. 9 de la Ley de Naturalización<sup>448</sup> establece que pueden solicitar la declaración de nacionalidad ecuatoriana mediante un trámite especial abreviado la mujer extranjera casada con ecuatoriano mediante la simple petición a la autoridad migratoria. Por ende solo éste artículo será sometido al Test de la Proporcionalidad bajo el supuesto de tener una pareja del mismo sexo:

- La situación de las parejas heterosexuales y del mismo sexo y de las parejas de dos mujeres son *situaciones asimilables* en la medida que uno de sus miembros puede tener nacionalidad extranjera;
- *La finalidad del tratamiento diferenciado* en este caso establece una protección familia frente a la inmigración irregular;
- *No es razonable la finalidad de* diferenciar a la nacionalización de la compañera femenina de una pareja del mismo sexo. Esta diferenciación está basada en prejuicios donde no es razonable no solo diferenciar por orientación sexual a una lesbiana, sino a su condición de género como mujer, basado en concepciones absurdas, que propenden a la protección familiar.
- Sobre la *adecuación del medio al fin perseguido*, se establece la exclusión para las mujeres no guarda relación directa ni causal con el fin de protección a la familia, ni su inclusión implicaría la disminución de dicha protección<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> Art. 20 de la Ley de Uniones Civiles de Gran Bretaña (Civil Partnership Act Schedule 20) disponible en <http://www.opsi.gov.uk/si/si2005/20053135.htm>, consultado el 11 de septiembre del 2009.

<sup>448</sup> Ley de Naturalización, Decreto Supremo 276, RO 66 del 14 de abril del 1976. Art. 9: “Para que la mujer extranjera, mayor de edad, casada con ecuatoriano que tenga su domicilio político en la República o ejerza funciones públicas en el exterior, adquiera la nacionalidad ecuatoriana, solo será necesaria su declaración de adoptar ésta y renunciar a la anterior, mediante solicitud al Ministro de Relaciones Exteriores quien la declarará ecuatoriana por naturalización mediante Resolución Ministerial”.

<sup>449</sup> Corte Constitucional de Colombia C-29-09, Óp. Cit.

- Finalmente tampoco existe *proporcionalidad* en la medida en que la exclusión de las parejas del mismo sexo, pues si sería una pareja lesbiana caería en esta opción, pero la pareja de hombres no tiene este derecho a nacionalizar a su compañero extranjero, dicha diferenciación no produce un beneficio concreto y, en cambio, conduce a una grave afectación de los derechos de las personas homosexuales, que se traduce en un déficit de protección para estas parejas.

Es interesante analizar como el tema está regulado por la CR, pero su aplicación práctica conlleva la discriminación de las parejas masculinas frente a las femeninas. Ello también sería aplicable para la mujer en el caso de una pareja masculina ecuatoriana. Por consecuencia, el art. 9 de la Ley de Naturalización debería interpretarse en la concesión de derechos de naturalización a hombres y mujeres por igual, independientemente de su orientación, pues en el caso de una pareja del mismo sexo masculino habría una diferenciación injusta, aunque la pareja del mismo sexo femenino que no incurren en el quebrantamiento de la norma.

#### **8. Generación de obligaciones relativas a la Violencia Intrafamiliar e inhabilidades generales:**

El pensar que el reconocimiento de las uniones de hecho para parejas del mismo sexo sólo genera derechos es incorrecto, pues también genera obligaciones como por ejemplo la no violencia intrafamiliar o las inhabilidades para atestiguar que son obligaciones de los cónyuges en el caso del matrimonio.

La Ley de Violencia a la Mujer y Familia en su art. 3 establece su ámbito de aplicación considerando miembros del núcleo familiar a: “los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos y sus parientes hasta el segundo grado de afinidad”<sup>450</sup>. Además el espíritu de la ley establece a la mujer de las relaciones como la posible víctima del maltrato intrafamiliar (art. 1 y 2). Una definición importante está contenida en el art. 2 de la Ley contra la violencia a la mujer y la familia, en la que se define a la violencia intrafamiliar como “...toda acción u omisión que consista en maltrato físico, psicológico o sexual, ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar”. Sin embargo, la legislación ecuatoriana contiene

---

<sup>450</sup> Ley Contra la Violencia y Maltrato de la Mujer y la Familia, Ley103, RO 839 publicado el 11 de diciembre de 1995.

una definición amplia de maltrato en el art. 67 del CNA<sup>451</sup>, la cual incluye a los malos tratos, la negligencia, el abuso físico y mental, a la explotación y abuso sexual, otras violaciones como la utilización en actividades contrarias a la ley, actividades que violan sus derechos o la mendicidad. En consecuencia, esta ley solo protege a las parejas heterosexuales de las conductas de violencia física o psicológica, que correlativamente “protegen bienes como la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y la formación sexuales, o la autonomía personal”.<sup>452</sup> Estas medidas según la Corte Constitucional colombiana se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia que “puede producirse entre quienes... se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona” especialmente cuando se comparte un proyecto de vida en común como el caso de las parejas del mismo sexo. Esto da lugar a un déficit de protección porque ignora una realidad que, para los supuestos previstos por el legislador, puede aspirar a un nivel equivalente de protección al que se brinda a los integrantes de la familia.

Por otro lado, los cónyuges en general tienen inhabilidades establecidas por ejemplo en el art. 77 numeral 8 de la CR, por el cual no se puede llamar a declarar en juicio penal contra su cónyuge. También la prohibición de nepotismo para funcionarios

---

<sup>451</sup> Art. 67 CNA, Óp. Cit., : “Concepto de maltrato.- Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad.

Maltrato psicológico es el que ocasiona perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Se incluyen en esta modalidad las amenazas de causar un daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado.

El maltrato es institucional cuando lo comete un servidor de una institución pública o privada, como resultado de la aplicación de reglamentos, prácticas administrativas o pedagógicas aceptadas expresa o tácitamente por la institución; y cuando sus autoridades lo han conocido y no han adoptado las medidas para prevenirlo, hacerlo cesar, remediarlo y sancionarlo de manera inmediata.

La responsabilidad por maltrato institucional recae en el autor del maltrato y en el representante legal, autoridad o responsable de la institución o establecimiento al que pertenece.

En el caso de los representantes legales, autoridades o responsables de la institución o establecimiento, la responsabilidad se hará efectiva de conformidad con las disposiciones previstas en la Constitución Política de la República, en el Código Civil y demás leyes aplicables”.

<sup>452</sup> Corte Constitucional de Colombia C-29-09, Óp. Cit.

públicos reseñado en el art. 230 de la misma CR definido como el acto ilegal ejecutado por un funcionario en “...la designación... en un puesto o cargo público, hecha dentro de la misma función del Estado... u organismo que representa ... a favor del cónyuge, del conviviente en unión de hecho” según el art. 7 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa<sup>453</sup>.

Aplicando el “Test de la Proporcionalidad” a la ley en mención tenemos que:

- La situación de las parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo son *asimilables*, pues ambos tipos de pareja puede ser responsables de cumplir obligaciones como no ejercer violencia física y psicológica a sus compañeros o no incurrir en las inhabilidades del servicio público.
- *La finalidad del tratamiento diferenciado* en este caso establece una protección a un miembro de la pareja cuya integridad física y psicológica se puede ver vulnerada por el otro miembro, Sin embargo dicha protección está dada hasta hoy solo a los denominadas “mujeres y miembros intrafamiliares” de las parejas heterosexuales, y no necesariamente a los convivientes de las parejas del mismo sexo. De este modo, lo que se pretende prevenir, es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común. Además se previene de posibles casos de corrupción como el nepotismo.
- *No es razonable la finalidad de* diferenciar entre la protección que se brindan a las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales, pues no propicia la integridad personal como valor. Se ha establecido que el fin de la norma no se reduce a la protección de la familia, sino que comprende la “protección de los sectores más vulnerables de la sociedad, finalidad que abarca a las parejas

---

<sup>453</sup> Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa , Ley 1, RO 16 del 12 de mayo de 2005

homosexuales,”<sup>454</sup> pues a más de su histórica discriminación pueden darse en su ámbito graves formas de violencia entre quienes la conforman.

- Sobre la *adecuación del medio al fin perseguido*, se puede concluir que no se cumple porque la exclusión no guarda relación directa ni causal con el fin de protección a la familia, “ni su inclusión implicaría la disminución de dicha protección”<sup>455</sup>;
- Finalmente, tampoco se satisface el requisito de la *proporcionalidad*, en la medida en que los “costos negativos de la medida son sustancialmente mayores que los beneficios del trato diferenciado”.

Por ende, el tratamiento exclusivo a parejas heterosexuales de la Ley de Violencia a la Mujer y la Familia es discriminatorio para las parejas del mismo sexo, las cuales han sido históricamente vulneradas, a más de ser posibles víctimas de maltrato. Entonces el ámbito de aplicación del art. 3 de la mencionada ley también incluye a los convivientes de una pareja del mismo sexo. De la misma forma también se incluyen las inhabilidades públicas de nepotismos y otras similares. Por ello, las uniones de hecho de parejas del mismo sexo a más de conceder derechos, también genera las mismas obligaciones que están establecidas en el sistema tradicional para los cónyuges.

### **3.8 Otra Normativa discriminante no sometida al Test de la Proporcionalidad**

Otra normativa discriminante que no implica afectación a la protección de las parejas del mismo sexo encontramos en diversas normas. Por ejemplo el art. 225 literal c) del CC establece que la unión de hecho termina por el matrimonio de uno de los convivientes. Queda claro que si una persona casada celebra una unión de hecho, se reputará nula la unión de hecho y válido el matrimonio, por lo que se debería considerar como un impedimento para el matrimonio el que una persona haya celebrado una unión anterior. Este trato discriminatorio aplica a las parejas heterosexuales y homosexuales.

En el párrafo 5to del Libro Primero del Código Civil, el cual en su art. 20 hace una referencia al género totalmente excluyente, en el cual las expresiones legales

---

<sup>454</sup> Corte Constitucional de Colombia C-29-09, Óp. Cit.

<sup>455</sup> Corte Constitucional de Colombia C-29-09, Óp. Cit..

debe entenderse de la siguiente forma: “que las palabras en masculino incluyen a todos los seres humanos o sólo a los hombres cuando lo disponga así, mientras que las palabras en femenino se refieren exclusivamente a las mujeres”. Esta es una clara discriminación de género donde el sexo en el derecho civil se sobreentiende masculino, siendo los hombres sujetos de derecho “individuos de la especie humana” y las mujeres la excepción a esa categorización<sup>456</sup>. El art. 26 del CC sigue diferenciando entre hermanos carnales y medios hermanos. El art. 81 del mismo cuerpo legal define en concordancia al Art. 67 de la CR al matrimonio como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen, sin reconocer la diversidad de familias que existen en la actualidad, y postergando a la eternidad la definición matrimonial del Derecho Canónico. La finalidad reproductiva se mantiene denegando la posibilidad de las parejas estériles a ser consideradas como un matrimonio tal, y también a tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva. Finalmente la administración de la sociedad conyugal, a falta de estipulación se presume que le pertenece al hombre.

Varias normas contenidos en diversos cuerpos del ordenamiento jurídico de una u otra forma afectan la regulación de las parejas del mismo sexo, las cuales ven afectados y vulnerados sus derechos, las cuales son discriminantes y perpetúan la exclusión.

Como conclusión de éste capítulo podemos ver que el principio de igualdad, por su carácter de *ius cogens* y *erga omnes*, no permite discriminar. Si bien la orientación sexual, motivo de discriminación para las parejas del mismo sexo, no está garantizada en los instrumentos internacionales, ésta puede ser interpretada a partir de las razones de género o sexo. Esta interpretación ha sido recogida por numerosos organismos internacionales, cuya interpretación se vuelve una fuente de derechos para el Ecuador. Ahora sometiendo los casos de protección vistos en el Derecho Comparado de los derechos de parejas del mismo sexo, vemos que solo una norma pasa el Test de Proporcionalidad, por lo que se puede concluir que la protección en Ecuador sigue siendo débil. Derechos como los alimentos, la sucesión, la conformación de una sociedad de bienes, son derechos que se podrían interpretar comprendidos para las

---

<sup>456</sup> Cfr. R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Óp. Cit., p. 85

parejas del mismo sexo aunque la legislación actual no las reconozca como tal, así mismo como las obligaciones respectivas. El tema más difícil de sostener ha sido el de la adopción por ser *prima facie* inconstitucionalmente incompatible. Sin embargo basados en las características de *ius cogens* y *erga omnes* de la igualdad, sostengo que no reconocer este derecho viola en sí la no discriminación de las parejas del mismo sexo. Finalmente es interesante ver como existe un caso en la Ley de Seguro Social que no es discriminatoria en cuanto a las pensiones de viudez, así como la no discriminación que podría causar la Ley de Naturalización para las parejas lesbianas. Entonces para que se logre una protección real de las parejas del mismo sexo, la cual hasta el momento es claramente discriminatoria, se deberá interpretar ante todos los organismo públicos y privados las palabras “cónyuges, esposa o marido” como “convivientes” también, con su característica de “convivientes permanentes”.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

Frente a las diferentes antinomias y prejuicios sociales analizados en esta tesina, el reivindicar la unión de hecho para personas del mismo sexo con los mismos efectos que el matrimonio y la unión heterosexual permitiría institucionalizar un mecanismo eficaz de protección de los derechos humanos de las minorías sexuales, tendencia que va acorde con los nuevos tiempos:

1. Las resoluciones del CDH y los principios de Yogyakarta han reconocido los estándares internacionales de los diferentes tratados de derechos humanos que serían aplicables al colectivo LGBT. En la actualidad no existe una normativa especializada a pesar de existir numerosas resoluciones y estudios especializados al respecto, como es el caso de los derechos de las mujeres, por lo que se puede anticipar que esta temática se irá desarrollando paulatinamente en el futuro. Sin embargo, no se puede dejar de garantizar y respetar los derechos de las personas LGBT si existe claramente doctrina y resoluciones al respecto, las cuales establecen diversos estándares de protección, entre ellos la protección no discriminatoria a las parejas del mismo sexo.
2. Existe una clara antinomia entre el art. 68 del CR y el art. 222 del CC. Por la aplicación lógica del principio de Supremacía Constitucional, Aplicabilidad Directa, Progresividad, e interpretación pro persona, se debe aplicar el precepto constitucional que permite la unión de hecho de parejas del mismo sexo. Además el procedimiento de aplicación establecido en los artículos 223 y siguientes, será el procedimiento aplicable a estas uniones. Es destacable que el Ecuador es el único país del mundo que garantiza a su CR el derecho a la unión de parejas del mismo sexo.
3. Uno de los derechos históricamente más simbólicos para el colectivo LGBT es la unión de hecho de parejas del mismo sexo, como una consecuencia lógica del principio de igualdad. Hay que recordar que toda diferencia en el tratamiento entre las parejas del mismo sexo y las de sexo distinto es discriminatoria *per sé*. La familia, y por ende los “efectos de las familias legalmente constituidas en el Ecuador” del que habla el art. 68 de la CR, serán aquellos que se han venido garantizando para el matrimonio. Aplicar el mismo estándar al matrimonio y/o de la unión de hecho heterosexual permitirá la equiparación real de los derechos de parejas del mismo sexo. A pesar de que las parejas del mismo sexo están constitucionalmente excluidas de la figura matrimonial, no están excluidas de su

protección como familias. Por ende las otras clases de familia que no cumplan con la definición matrimonial heterosexual también deben ser protegidas por los derechos garantizados en la CR y demás instrumentos. Estos derechos incluirían el tratamiento usual de las parejas matrimoniales en cuando a seguridad social, régimen común de bienes, derecho de sucesión, porción conyugal, tratamiento tributario incluso la posibilidad de pensar en la adopción de hijos biológicos del otro conviviente en un futuro, así también como las obligaciones respectivas que cumplen los cónyuges en el matrimonio. Finalmente no se puede dejar de reconocer las obligaciones comprometidas como las inhabilidades generales, y en especial la no violencia intrafamiliar.

4. Las formas de familia son diversas, y una de ellas es la unión de hecho que ha variado históricamente, y que hoy incluye a las parejas del mismo sexo. Este reconocimiento existe desde las épocas históricas del Derecho Romano, época en que se creó la institución de la unión de hecho precisamente para las relaciones que estaban fuera del matrimonio, pero que merecían protección como era el caso de los hasta ese entonces denominados hijos ilegítimos. Precisamente este es el caso de las parejas del mismo sexo en Ecuador y el mundo. En el Ecuador como herencia histórica del Derecho Español, y por influencia del Derecho Canónico se fue limitando las relaciones familiares para el matrimonio, razón por la cual tuvo que esperarse algunos siglos para la institucionalización de la unión de hecho. Ahora la unión de hecho de parejas del mismo sexo plantea un reto de equiparación frente a un retraso histórico en relación al reconocimiento que se le ha dado en varios países del mundo. Si bien recién en los años noventa se va regulando a las parejas del mismo sexo, lo que lo convierte en un tema de relativa actualidad, la homosexualidad ha estado presente en toda la historia de la humanidad, y el no reconocerla sería no reconocer la realidad misma de la humanidad. En los debates acerca de aprobación del matrimonio homosexual se ha podido concluir que su oposición se basa en argumentos religiosos infundados, más que un argumento científico. Las ciencias sociales validan la composición familiar de las parejas del mismo

sexo, por lo que no existe evidencia científica que permita su tratamiento discriminatorio en el sistema legal.

5. El reconocimiento de las uniones de hecho ha sido ampliamente garantizado en los países europeos, región que más ha progresado en el mundo en relación al tema. En Dinamarca se produce la primera unión, y en Holanda el primer matrimonio homosexual. Sin embargo los recientes cambios en las constituciones de la región latinoamericana ha convertido a la zona en la segunda región del mundo más progresista respecto al tema. Los fallos de la Corte Constitucional colombiana, y del Tribunal Contencioso Administrativo de Buenos Aires, son los fallos más ricos y progresistas al respecto, fallos que superan de sobremana a los tradicionales fallos de Forie en Sudáfrica o Goodrich en Massachusetts. En ese contexto, el caso ecuatoriano tiene el reto de recoger la tendencia mundial y regional de protección real a las parejas del mismo sexo, o estancarse en la tradicional postura de países clásicamente conservadores que no reconocen estos derechos. Es por ello, que la CR marca la guía a seguir al respecto, por lo que el reto se traslada al establecimiento de políticas públicas y legislación que garanticen una real no discriminación al respecto.
6. El reconocimiento del colectivo LGBT ha sido ampliamente garantizado por varios organismos internacionales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la Organización Internacional del Trabajo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, entre muchos otros. Así mismo se ha empezado a reconocerlo internamente con la CR actual y sus más de 19 referencias en su articulado, los delitos de odio penales, las Ordenanza 240 del Municipio de Quito de Inclusión LGBT, la acción afirmativa en el Reglamento de la Elección de diversos cargos públicos, y finalmente en el reciente precedente jurisprudencial de cambio de sexo de acción de protección. El Ecuador ha dado pasos significativos, pero faltan muchos pasos por dar para lograr la igualdad real, tanto material como formal. Por ello, al ser reconocidos los derechos humanos de las personas LGBT, se las debe reconocer con sus características de interdependientes, inalienables, indivisibles e irrenunciables.

Por ello, cualquier tipo de vulneración al art. 68 de la CR en relación a no reconcomiendo de derechos acarrearía la vulneración a las 19 referencias de derechos del colectivo LGBT. Finalmente todas las antinomias jurídicas que no reconocen los derechos de las parejas del mismo sexo, quedan descartadas por los principios de supremacía constitucional, aplicación directa, interpretación más favorable y finalmente progresividad. Hay varios estándares que ya son un punto de partida como el mismo reconocimiento de las uniones de hecho por parte de una notaria. Sin embargo, el reconocimiento como ejercicio de la perfección en el cumplimiento de las obligaciones del estado, debe propender a reducir la discriminación de jure y discriminación de facto todavía existentes en el Ecuador.

7. Hay claros avances de derechos humanos en Ecuador donde destaca la no discriminación en razón de orientación sexual, y la no discriminación en razón de identidad de género, lo cual es sumamente innovador, pues es la primera Constitución en el mundo en reconocer la identidad de género y garantizar su no discriminación. Adicionalmente otros avances como los delitos de odio, o la ordenanza municipal de inclusión constituyen marcos jurídicos de protección, de las cuales las parejas del mismo sexo deben beneficiarse ejerciendo sus legítimos derechos. Al respecto de estos avances, se demuestra claramente que las vulneraciones continúan, y que estos recursos legales son ineficaces hasta la actualidad. La postura de los notarios de no registrar uniones de personas del mismo sexo, la existencia de clínicas de adicción que tratan la homosexualidad como enfermedad, y las muestras de posturas gubernamentales restrictivas, son claros indicios de violaciones a derechos humanos. Detrás de todas estas vulneraciones hay una expresión de homofóbica, que marca la pauta para que trabajar políticas públicas tendientes a lograr una igualdad formal y material de las minorías. Hay que romper paradigmas en relación a las minorías sexuales, y el visibilizar la unión de hecho de personas del mismo sexo como familias ayudan a romper las clásicas estructuras sociales discriminantes.
8. El reconocimiento de las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo con los mismos efectos jurídicos del matrimonio sería un ejercicio real de igualdad y

una aplicación práctica del principio de no discriminación con sus características de *erga omnes* y *jus cogens*. Ello aplicaría la no discriminación por orientación sexual, lo cual sería una reivindicación de derechos humanos para el históricamente vulnerado colectivo LGBT. La discriminación del colectivo ecuatoriano si bien no es solamente *de jure*, si lo es también *de facto*. Es decir que a pesar de que se reconoce la igualdad formal en la CR, la desigualdad formal de las leyes inferiores existe y peor aún la desigualdad material en las estructuras sociales sigue latente.

9. Otro problema institucional es la competencia de generar políticas públicas al respecto. Si bien, la no discriminación a personas LGBT es una directriz aplicable a todos los funcionarios públicos, e incluso privados, debería haber un organismo que se encargue particularmente de la temática. Por ello, se requiere que el Consejo Nacional de Mujeres e Igualdad de Género trabaje en una política pública de protección, integración y no discriminación de las personas LGBT en coordinación con las otras instituciones del Estado. Si bien, como reemplazo del Consejo de Mujeres, tenía un enfoque de equiparación de los derechos de mujeres, ahora su nuevo nombre le concede la competencia sobre la igualdad de género, donde deberían incluirse a las personas LGBT. Esta política puede tener como marco de protección, la protección reseñada en la tesina a las uniones de hecho de parejas del mismo sexo.
10. Las recientes acciones afirmativas del Municipio de Quito como también del Consejo de Participación no constituyen medidas eficaces que remedien la discriminación estructural, pues a más de no estar implementadas en políticas públicas, los cargos a los que apunta son demasiado altos como para que un miembro del colectivo LGBT sea considerado para dichas dignidades. Sería ideal pensar en el otro ámbito de la acción afirmativa respecto al acceso a la educación, para generar ciudadanos preparados miembros de las minorías sexuales que puedan ser candidatos ideales para los altos cargos públicos.
11. Las ciencias sociales, especialmente la sociología ha superado los conceptos de sexo, género y poder, respondiendo a la amplia diversidad sexual de la humanidad. Por ello, conceptos clásicos como gay, lesbiana, heterosexual

quedan superados por la identidad sexual, como concepto variable, lo que permite a las personas desarrollar diversos roles en la sociedad. Por ello, las parejas del mismo sexo tendrán precisamente la unión de dos personas que forman parte de estas diversidades sexuales, dependiendo de su orientación e identidad, lo cual abre la puerta a una amplia gama de opciones. Precisamente una ley al respecto no ha sido ni siquiera planteada en la agenda ciudadana o legislativa, lo cual también está incluido en la tendencia mundial de protección. Precisamente según la Corte Europea el único límite al reconocimiento de uniones de parejas del mismo sexo constituye aquellos donde un miembro cambia de sexo sin cumplir la definición heterosexual de matrimonio. Como en Ecuador se mantiene esa definición, sería evidente que si un cónyuge del un matrimonio ya celebrado decide cambiar su sexo, ello acarrearía obligatoriamente la terminación de dicho matrimonio.

12. En consecuencia, el ordenamiento ecuatoriano aunque no tiene una definición de relaciones familiares y familia, tiene la obligación constitucional e internacional de protegerla, donde las relaciones de parejas del mismo sexo debe constituir un espacio de igualdad y respeto de sus derechos. La tendencia actual internacional y nacional es el reconocimiento de los derechos humanos del colectivo LGBT, y una forma de reconocimiento son la protección y respeto de los derechos de las uniones del mismo sexo al igual que las matrimoniales. Por ello, toda interpretación de normativa de las palabras cónyuges o convivientes, tanto para conceder derechos como para exigir obligaciones, incluye a los miembros de las uniones de las parejas del mismo sexo. En consecuencia, todas las palabras “cónyuges” y “matrimonio”, deberían ser entendidos como “convivientes” y “unión de hecho” respectivamente, en la medida que concedan derechos u obligaciones, como mecanismo de equiparación para la protección de las parejas del mismo sexo.
13. Un caso aparte constituye la adopción, la cual por la prohibición constitucional no admitiría a *prima face* el análisis de proporcionalidad. Es claro que esta prohibición constituye una discriminación contra las parejas homosexuales, y

por lo cual hay que empezar a proponer una reforma, la cual podría tener como fundamento la característica *erga omnes* de la igualdad.

14. Entre las recomendaciones de la protección de las parejas del mismo sexo estarían:
  - a. La promoción de políticas públicas que reconozcan la diversidad de formas de familias, incluidas aquellas que no son definidas por el tradicional matrimonio como es el caso de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo, especialmente en la inclusión del tema en los contenidos curriculares escolares.
  - b. La adaptación de medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para asegurar que las parejas del mismo sexo no sean sometida a discriminación basada en su orientación sexual, incluso en lo que respecta al tratamiento civil, tratamiento migratorio, protección del maltrato intrafamiliar además de la correlativa exigencia de responsabilidades.
  - c. La adopción de medidas legislativas, administrativas, y de políticas públicas que aseguren el reconocimiento de las uniones entre personas de un mismo sexo, de cualquier derecho, beneficio privilegio, obligación o beneficio que se otorga a personas de sexo diferente que están casadas o han establecido una unión, en igualdad de condiciones, para parejas del mismo sexo casadas o que han constituido una unión. Siguiendo el criterio de la Corte Europea del caso Parry, el único derecho que podría restringir el Estado sería el reconocimiento matrimonial cuando un cónyuge cambie su género. Sin embargo hay que diferenciar entre el matrimonio y la unión, en este caso el reconocimiento de la unión de hecho previamente celebrada sería admisible, por no tener un requisito de oposición de sexos de sus integrantes, y por ende podrá ser plenamente válida en el caso ecuatoriano.
  - d. La promoción del Estado de medidas legislativas, administrativas, políticas públicas y otras que aseguren el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida sin

discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Se debe emprender un proyecto de reforma del segundo párrafo del art. 68 de la CR, en la medida de que la no adopción para parejas homosexuales constituye un detrimento al trato no discriminatorio el cual tiene un carácter de *ius cogens y erga omnes*. Estas medidas deberían ser implementadas o propuestas por un proceso participativo encabezado por el Consejo Nacional de Mujeres e Igualdad de Género.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros y Artículos Citados

- A. FACIO, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, *Género y derecho*, LOM, Santiago, 1999
- A. KEMELMAJER, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000
- A. LORENA, *Diccionario básico de antropología*, Abya Yala, Quito, 2008,
- A. MIRABET, *Homosexualidad hoy*, Herder, Barcelona, 1985.
- A. PONCE. “La Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Colectivos”. *Revista Iuris Dictio*, Quito, Año III N°5, 2003
- A. THIERIET, “Pacto Civil de Solidaridad en el derecho francés PACS”. *Uniones entre personas del mismo sexo*. Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006
- A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil*, Temis, Bogotá, 1997,
- C. DE GRAFF, “Decisión igualitaria para parejas homosexuales bajo la ley del los Países Bajos”, *Uniones entre personas del mismo sexo*, Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006
- C. GAVIRIA, “Sentencias: herejías constitucionales”, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 2002
- C. LESLIE, “Los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos”. *Uniones entre personas del mismo sexo*. Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006
- C. MARTÍNEZ, “Concubinato”, *Diccionario jurídico Espasa*, Lex, Espasa, Madrid, 2001
- D. BONILLA, “La Igualdad de Parejas del mismo sexo”, *Revista Semana*, Bogotá, publicado el 02 de febrero de 2009
- D. DAYS, “Affirmative Action”, *Derechos y Grupos Desventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999

D. FALCONÍ, *Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBTT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Tesis-USFQ, Quito, 2005.

D. O'DONELL, *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004

D. RODRÍGUEZ-PINZÓN Y OTROS, *Derecho Internacional de los Derechos Humano*, Fontamara, México, 2004.

E. ALBÁN, "Régimen tributario ecuatoriano", t.3, Ediciones Legales, Quito, 1989

E. KANT, *Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989

en el siglo XXI" *Anales de Derecho*, No. 21, Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p. 109-143.

F. BENÍTEZ, "El Concubinato", Casa de la Cultura Ecuatoriana, Guayaquil, 1971

F. MELÉNDEZ, "Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado". México: Konrad Adenauer Stiftung, 2004

F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, t I y t2, Cevallos, Quito, 2009

G. MEDINA, "Aspectos del derecho internacional privado en las parejas del mismo homosexuales", *Uniones entre personas del mismo sexo*, Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006

G. MEDINA, "Las parejas del mismo homosexuales en el derecho quebequense *Uniones entre personas del mismo sexo*. Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006

G. MEDINA, *Uniones de hecho homosexuales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000

H. ZARINI, "Derecho Constitucional", Astrea, Buenos Aires, 1999

I. LEÓN, "Globalización y exclusión social por orientación sexual". *Globalización: Alternativas GLBT*. Diálogos Sur-Sur, Quito, 2008

- J. BENEYTO, *Una historia del Matrimonio*, Eudema, Madrid, 1993
- J. GONZÁLEZ, “Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI” *Anales de Derecho*, No. 21, Universidad de Murcia, Murcia, 2003
- J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 1997
- J. PARRA, *Manual de Derecho Civil*, Temis, Bogotá, 1997
- J. RIVERA. “Un debate a propósito de la familia constitucional. Las parejas homosexuales estables conforma una familia” Algunas notas sobre el juicio de Salomón”. *Anuario de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003
- L. FERRAJOLI, *Derechos Fundamental en los Fundamentos de los Derechos Humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2001
- L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004,
- L. PARRAGUEZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano: personas y familia*, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, 1998
- M. GÓMEZ, “Parejas Homosexuales: su tratamiento en el Derecho Chileno”. *Uniones entre personas del mismo sexo*, Revista de Derecho Comparado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006
- M. BENÍTEZ, “Manual Tributario”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009
- M. CASTAÑEDA, “La experiencia homosexual: para comprender la homosexualidad desde dentro y desde fuera”, Paidós, México, 1999, p.137
- M. DIAS, “Uniones Homoafectivas. Informe Brasil”, *Uniones entre personas del mismo sexo*. Revista de Derecho Comparado. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2006
- M. FOUCAULT, *Historia de la sexualidad, Siglo XXI*, Madrid, 2005
- M. GÓMEZ, “Parejas Homosexuales: su tratamiento en el Derecho Chileno”. *Uniones entre personas del mismo sexo*. Revista de Derecho Comparado. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2006.

- M. MONROY, *Derecho de Familia y de Menores*, Librería Jurídica Wiches, Bogotá, 1996
- M. OSORIO, “Concubinato”, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, t. 2, Buenos Aires: Driskill, 1998R. PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- M. RUBIO, *Una guía de Referencia del American Friend Services Committe y el Servicio Chileno Caquero*, Emis, Santiago, 1992
- M. TERÁN, “Manual de Derechos Internacional Público Contemporáneo”, Letra Nueva, Quito, 1982
- M. WIHELMI, “Los derechos en la nueva Constitución del Ecuador: herramientas para una sociedad inclusiva”. *Alcance y efectos de la introducción del principio de progresividad en sistema constitucional tributario ecuatoriano a partir de la constitución del 2008*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009
- M. WIHELMI, “Los derechos en la nueva Constitución del Ecuador: herramientas para una sociedad inclusiva”. *Alcance y efectos de la introducción del principio de progresividad en sistema constitucional tributario ecuatoriano, a partir de la constitución del 2008* / Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009
- N. BOBBIO, “Igualdad y libertad”, Paidós, Barcelona, 1993
- N. BOBBIO, “*El Tercer ausente*”, Cátedra, Madrid, 1997
- O. MONTOYA, “Discriminación por orientación sexual”, *Revista de Diversidad ¿sinónimo o discriminación?*, INREDH, Quito, 2001
- P. LAFONT PIANETA, *Derecho de Familia*, Librería del Profesional, Bogotá, 1997
- P. ALSTON, “The Sources of Human Rights Law”, *Human rights law*, New York University Press, New York, 1996
- P. ALSTON, “International human rights in context: law, politics, morals”, Clarendon press, Oxford, 1996.
- P. RUSSELL, “100 Gays: una lista ordenada de los gays y lesbianas más influyentes en el pasado y el presente”, Editorial Juvenil, Barcelona, 1997

- R. ALEXY, “El derecho general de Libertad”, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997
- R. ARDILLA, “Homosexualidad y Psicología”, Paidós, Buenos Aires, 1998
- R. ÁVILA, “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *Alcance y efectos de la introducción del principio de progresividad en sistema constitucional tributario ecuatoriano, a partir de la constitución del 2008*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
- R. CENTENO, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Ediciones Abya Yala, Quito, 2009
- R. HILLER, “Lazos en torno a la unión civil: notas del discurso opositor”, *Todo sexo es político*, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2008
- R. MÁRQUEZ, “Concubinato”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006
- R. MOLINER NAVARRO, “Las uniones homosexuales en el Derecho Español”, *Uniones entre personas del mismo sexo*, Revista de Derecho Comparado, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2006
- R. OYARTE, “La Supremacía Constitucional”, Konrad Adenauer, Quito, 1999
- R. RUSSELL. *Ibíd. 100 Gays: una lista ordenada de los gays y lesbianas más influyentes en el pasado y el presente*. Barcelona: Editorial Juvenil, 1997
- R. SABA, “Discriminación, trato igual e inclusión”, *De la Aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1999
- R. WEDGWOOD, *The Fundamental Arguments for Same-Sex Marriage*, New York: The Journal of Political Philosophy, Vol. 7, Número 2, 1999
- R. WEDGWOOD, *The Fundamental Arguments for Same-Sex Marriage*, New York: The Journal of Political Philosophy. Volumen 7, Número 2, 1999
- S. BOAVENTURA DE SOUSA, *La caída de los ángeles nuevos: Ensayos para una nueva teoría social*, ILSA, Bogotá, 2003
- S. FRAYSER, “Varieties of Sexual Experience: an anthropological perspective on Human Sexuality”, HRAF Press, Connecticut, 1985

- S. GARCÍA RAMÍREZ, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”. *Cuestiones Constitucionales*, N° 9, julio-diciembre, UNAM, México, 2003
- S. LONG, “Human Rights Watch World Report 2008”, Seven Stories Press, New York, 2008
- S. SEGURA, *Diccionario por Raíces del Latín y de las Voces Derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007
- T. BUERGENTHAL, “Derechos Humanos Internacionales”, Gernika, México, 1999
- V. REGALADO, “Uniones de hecho entre personas del mismo sexo”, Tesis-USFQ, Quito, 2003.
- W. ROSCOE. *Boy-wives and female husbands: studies of African homosexualities*, Palgrave, New York, 2001,

### **Tratados y Declaraciones**

- CA., Carta Andina de Derechos Humanos, Decisión del Acuerdo de Cartagena 586, publicada en el RO Suplemento 461 del 15 de Noviembre del 2004
- Carta Africana de Derechos Humanos y Personales (Banjul), del 27 de Junio de 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982)
- Convención de Viena de los Tratados, ONU Doc. A/CONF.39/27 (1969)
- Convención Interamericana de Derechos Humanos, O.E.A. Serie de Tratados. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, del 18 de Julio de 1978
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966)
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, G.A. res. 69a (III), U.N. Doc. . A/RES/45/158 (1990)
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, G.A. res. 34/180, 34 U.N.GAOR Supp.
- Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), G.A. res. 44/25, annex, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 167, U.N. Doc. A/44/49 (1989)

Declaración Universal de Derechos Humanos, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 at 71 (1948)

Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptado por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en Viena el 25 de junio de 1993

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 59 Stat. 1055, T.S. 993

Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, G.A. res.2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966)

### Resoluciones

ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional No. 1: Persecución basada en el género*, CDESC, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, punto 9. U.N. Doc. E/1991/23

CDH, Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre la no discriminación en concordancia con el Art.2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Documento preparado por Emmanuel Decaux, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/24, 18 June 2004.

CDH, Comité de Derechos Humanos, Caso EEUU. , U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre del 2006

CDH, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General N°. 18: No Discriminación*, U.N. Doc. CCPR General Comment No. 18, del 10 de Noviembre de 1989

CDH, Comité de Derechos Humanos, Committee, Concluding observations of the Human Rights Committee: United States of America, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.50, 3 de octubre de 1995

CDH, Comité de Derechos Humanos, Comunicado No.1361/2005: Colombia, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005, X v. Colombia, del 14 de Mayo de 2007; Comunicado No. 941/2000: Australia, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000, Edward

Young v. Australia, del 18 de Septiembre del 2003; Comunicado No. 488/1992: Australia, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, Nicholas Toonen v. Australia, del 4 de Abril de 1994

CDH, Comité de Derechos Humanos, Concluding observations of the Human Rights Committee: El Salvador, U.N. Doc. CCPR/CO/78/SLV, del 22 de agosto del 2003

CDH, Comité de Derechos Humanos, Informe preparado por Mr. Theodor van Boven, Miembro del Comité para la Erradicación Racial, en concordancia con el párrafo 51 de la Resolución de la Comisión 1998/26 U.N. Doc. E/CN.4/1999/WG.1/BP.7, 26 de febrero de 1999

CDH, Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 18, Sobre la no Discriminación*, LXXX período de sesiones, 11 de Octubre de 1989

CDH, Comité de Derechos Humanos, Reporte emitido por Hina Jilani,, Representante de la Secretaría General de Defensores de Derechos Humanos, en relación a la resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2000/61, U.N.Doc. E/CN.4/2002/106, 27 de Febrero del 2002

CDH, Comité de Derechos Humanos, Reporte Especial sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación, Xenofobia, e Intolerancia. Doudou Diène: Misión a Brazil, U.N. Doc. E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de febrero de 2006

CDH, Comité de Derechos Humanos, Reporte Especial sobre Libertad de Religión y Conciencia., *Asma Jahangir*, U.N. Doc. A/HRC/6/5, 20 de julio de 2007

Comité contra la Tortura, Comentario General No. 2: Implementación del Art. 2 por los Estados Partes, U.N. Doc. CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, del 23 de Noviembre del 2007

Comité de Derechos Humanos, en sus Observaciones Finales del Comité sobre Noruega, N. Doc. CCPR/C/79/Add.27, del 4 de Noviembre de 1993, párr. 7

Comité de Derechos Humanos: Polinia, U.N. Doc. CCPR/CO/82/POL

Comité de los Derechos de la Niñez, *Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: Chile*, U.N. Doc. CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril del 2007

Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 3 (2003)

Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 4 (2003)

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 20: Implementación no discriminatoria de los derechos y libertades (Art. 5)*, U.N.Doc. Gen. Rec. No. 20, del 15 de Marzo de 1996

OEA., Resolución 2504 sobre *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, Resolución AG/RES.2435 (XXX VII I-O/08)

OIT, Convenio N°11 sobre la Discriminación en materia de Empleo y Discriminación

ONU. *Declaración y Plataforma de Acción*. “Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer”. Beijín: 16 de noviembre del 2000 ONU. *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 1994. Cap.II*

PNUD, *Informe sobre desarrollo humano 2006: más allá de la escasez: poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, Nueva York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006

*supra* nota45

UE. Parlamento Europeo. Resolución del 8 de febrero de 1994. DO C 61 de 28.2.199

### Artículos de Internet

AMNISTÍA INTERNACIONAL. “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género”, disponible en

<http://web.amnesty.org/library/Index/ESLACT790012004>

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, “*Declaración sobre el Matrimonio y la Familia*”, disponible

[http://web.archive.org/web/20080117075617/http://www.aaanet.org/press/ma\\_stm\\_t\\_marriage.htm](http://web.archive.org/web/20080117075617/http://www.aaanet.org/press/ma_stm_t_marriage.htm)

C. ENCARNA, «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», Disponible en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCIAECC.pdf>

COALITION TO SAVE MARRIAGE IN NEW YORK, “The Case Against Same-Sex Marriage and Civil Unions”. 21 de Enero de 2008. Disponible en <http://www.savemarriageny.org/The%20Case%20Against%20Same-Sex%20Marriage%20and%20Civil%20Unions.pdf>.

D. OTTOSSON, “Homofobia de Estado”, Informe International Gay and Lesbian Assosiation ILGA año 2009 publicado el 15 de mayo del 2009, disponible en [http://www.ilga.org/statehomophobia/ILGA\\_Homofobia\\_de\\_estado\\_Mayo\\_2009.pdf](http://www.ilga.org/statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_estado_Mayo_2009.pdf)

D. SANDERS, "Getting Lesbian and Gay Issues on the International Human Rights Agenda", *Human Rights Quarterly* 18 (1996), p. 67-106 disponible en [www.convencion.org.uy/menu3-004.htm](http://www.convencion.org.uy/menu3-004.htm)

GLOBAL RIGHTS, “Informe Sombra”, *Situación de las mujeres lesbianas y trans en Ecuador Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Septiembre del 2009, disponible en <http://www.iglhrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/324-1.pdf>  
<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2005/06/21/neuropsiquiatria/1119356356.html>

I. LANTIGUA, “Los psicólogos niegan que la homosexualidad sea una enfermedad”, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2005/06/21/neuropsiquiatria/1119356356.html>

ILGA. Mapa Histórico actualizado al 2008. <http://www.ilga.org/countries.asp>

J. GARCÍA, *El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa*. “Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”. Valencia, Universidad de Valencia, 2007, disponible en <http://www.uv.es/CEFD/2/garcia.html>

M. LAMAS, «Las uniones homosexuales en América Latina», en Bitácora Almendrón, una mirada al mundo cultural, artístico y político, *Revista de Prensa*, sábado 30 de diciembre de 2006, <http://www.almendron.com/tribuna/?p=13484>

SOCIEDAD AMERICANA DE ANTROPOLOGÍA, *Statement on Marriage and the Family*, disponible en [http://www.web.archive.org/web/20080117075617/http://www.aaanet.org/press/ma\\_stmt\\_marriage.htm](http://www.web.archive.org/web/20080117075617/http://www.aaanet.org/press/ma_stmt_marriage.htm)

SOCIEDAD AMERICANA DE SIQUIATRÍA, Amicus de la Sociedad Americana de Psiquiatría para el Caso No. S147999 de la Corte Suprema de California. disponible en [http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/documents/Amer\\_Psychological\\_Assn\\_Amicus\\_Curiae\\_Brief.pdf](http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/documents/Amer_Psychological_Assn_Amicus_Curiae_Brief.pdf)

SOCIEDAD AMERICANA DE TRABAJADORES SOCIALES, *Amicus para el Caso No. S147999 de la Corte Suprema de California*. Disponible en [http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/documents/Amer\\_Psychological\\_Assn\\_Amicus\\_Curiae\\_Brief.pdf](http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/documents/Amer_Psychological_Assn_Amicus_Curiae_Brief.pdf)

### Prensa

D. BALDEÓN, “Con el cambio constitucional no termina la discriminación”, *El Universo*, del 20 de septiembre del 2009, disponible en <http://www.eluniverso.com/2009/09/20/1/1355/cambio-constitucional-termina-discriminacion.html>

D. CAMPBELL, “Honeymoon is over for gay weddings”, *The Guardian*, Londres, 23 de febrero del 2001, y disponible en <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/feb/03/gayrights.world>.

D. CAMPBELL, “Honeymoon is over for gay weddings”, *The Guardian*, Londres, 23 de febrero del 2001, y disponible en <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/feb/03/gayrights.world>

ISABEL F. LANTIGUA, “Los psicólogos niegan que la homosexualidad sea una enfermedad”, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2005/06/21/neuropsiquiatria/1119356356.html>

P. ARTIEDA. “Uniones gays ya son legales”. *Revista Vistazo*. 28 de septiembre de 2009.

V. VANEGAS, “Los ataques contra el grupo GLBT tienen sanción penal”, *La Hora*, A7, Quito, 24 de Septiembre de 2008

V. VANEGAS, “Las notarias no unen a las parejas gays”, *La Hora*, 15 de junio del 2009, disponible en [www.lahora.com.ec/frontEnd/main.php?idSeccion=899693&idRegional=1](http://www.lahora.com.ec/frontEnd/main.php?idSeccion=899693&idRegional=1)

X. HINOSTROZA, “La homofobia también viene del sector público”. *El Telégrafo*. 15 de mayo del 2009. Disponible en [www.asylumlaw.org/docs/sexualminorities/Ecuador051509.pdf](http://www.asylumlaw.org/docs/sexualminorities/Ecuador051509.pdf)

### **Casos Otras Cortes**

Beaty vs. Truck Ins. Exch. 8 Cal. Rptr. 2d 593, 599, Corte de Apelaciones de California (Cal. App. 1992)

Caso “Minister of Home Affairs vs. Fourie y otros” CCT 60/04. Corte Constitucional de Sudáfrica, 2005.

Caso Baehr vs. Lewin, 852 P. 2d 44 . Corte Suprema de Hawai 1993

Caso Baehr vs. Lewin, 852 P. 2d 44 . Corte Suprema de Hawai 1993.

Caso *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 440 Mass. 309. Corte Suprema de Massachusetts, 2003

Caso Halpern et al. v Attorney General of Canada et al. Corte de Apelaciones de Ontario 2003.

Corte Suprema de California, caso Regents of the University of California vs. Bakke. 438 U.S. 265 (1978)

Corte Suprema de los Estados Unidos, caso Addams vs. Howerton 673 F. 2d 1036 (9th Cir), cert denied. 458 U.S. 111 (1998)

Donovan vs. Wokers. Compensation Appeals Board, Corte Suprema de California 187 Cal. Rptr. 869 (Cal. App. 1982)

Estate of Cooper, 564 NYS 2d 684 (Sur. Ct. 1990), Corte Suprema de New York, 2009,

Sentencia C-075/07. Corte Constitucional de Colombia, 2007

Sentencia C-1033, Corte Constitucional de Colombia, 2007

Sentencia C-29/09. Corte Constitucional de Colombia, 2009

Sentencia C-507. Corte Constitucional de Colombia, 2004

Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul. Sentencia AI 00000535542 del 13 de abril del 2000

Tribunal de Justicia do Río de Janeiro, caso AC 14.332/98 y AC 14.979/98

Tribunal Supremo de Rio Grande do Soul, Resolución Especial 148897-MG

### **Casos Comisión Interamericana**

CIDH Michael Domínguez c. Estados Unidos, Caso 12.285 del 22 de octubre del 2002,

CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 144 (1997)

CIDH, Informe N°55/97, Caso 11.137, Juan Carlos Abellana (Arg.), 18 de noviembre de 1997 en Informe Anual CIDH 1997,

CIDH, Informe N°71/99, Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez (Col.), 4 de mayo de 1999(Col.), 4 de mayo de 1999 en Informe Anual CIDH 1997

CIDH, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos, Caso 9647, Informe Anual de la CIDH 1987

CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 16 de abril de 2001,

CIDH. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador 1996. p. vii OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 Rev. 1 (1997)

### **Casos Corte Interamericana**

Corte I.D.H, Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987

Corte I.D.H., Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 55

Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125,

Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18

Corte IDH, propuesta de modificación a la constitución política de costa rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC- 04/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 18

CORTE IDH. , Voto Razonado Juez A.A. Cançado Trindade. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia del 31 de enero de 2006. Serie C No. 140

Corte IDH. Cinco Pensionistas, sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, Párr. 147.

Corte IDH., Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la calle”), Sentencia de 19 de noviembre de 1999

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, *supra*

Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), *supra* nota 68, párr. 193.

Caso Pueblo Bello, *supra* nota 24, párr. 140

Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16

Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63 *supra* nota 68, párr. 193.

Corte, IDH, Caso Pueblo Bello, Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, *supra* nota 24, párr. 140

Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No 4.

### **CORTE EUROPEA**

CEDH, Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, no. 33290/96, 1999-IX

CEDH, Smith and Grady v. the United Kingdom, nos. 33985/96 y 33986/96,

CEDH, 1999-VI; Karner v. Austria, no. 40016/98,

CEDH, 2003-IX; Bączkowski and Others v. Poland, no. 1543/06

CEDH, Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, no. 33290/96

CEDH, Bączkowski and Others v. Poland, no. 1543/06

CEDH, Caso Kerhoven y Hinke vs Países Bajos no. 35968/97

### **CORTE CONSTITUCIONAL**

Tribunal Constitucional, caso No. 111-97-TC, Resolución 106-1-97, RO Suplemento 203 del 27 de Noviembre de 1997

Tribunal Constitucional, Resolución de la Segunda Sala de 29 de octubre del 1998 en el trámite del recurso de amparo N1 462.98.RA

Corte Superior de Pichincha, , Juicio 365 del 2009 en apelación a la Acción de Protección propuesta por Dayris Estrella Estévez Carrera contra el Director General de Registro Civil, y resuelta por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha.

Tribunal Constitucional, en el caso N40. 002-2004-DI, RO 463, del 1 de noviembre del 2004

### **Leyes Ecuatorianas y otras**

Código Civil, RO Suplemento 46 del 24 de Junio del 2005

Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), Ley 100, RO 737 publicado el 3 de enero 2003

Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay

Código de Trabajo (CT Codificación 17), RO Suplemento 167 del 16 de diciembre del 2005

Código Penal, RO Suplemento 147 publicado el 22 de enero de 1971

Constitución de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 0, publicado en el RO 449 del 20 de Octubre del 2008.

DEFENSE OF MARRIAGE ACT DOMA 1 U. S. C. § 7 (Supp. II 1996). Estados Unidos 1996.

Designación del Fiscal General del Estado. Registro Oficial Suplemento 24. 11 de septiembre del 2009.

Designación del Fiscal General del Estado. Registro Oficial Suplemento 24. 11 de septiembre del 2009

la Ley de Uniones Civiles de Gran Bretaña

Ley 115. Decreto N° 2636, RO N° 621 del 4 de Julio del 1978 (Codificada CC)

LEY 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Boletín Oficial Español 15, del 2 de junio de 2005 (España).

Ley contra el Maltrato de la Mujer y la Familia, Ley 103, RO 839 publicado el 11 de diciembre de 1995

Ley de Defensa del Matrimonio, DEFENSE OF MARRIAGE ACT (DOMA), 1 U. S. C. § 7 (Supp. II 1996), Estados Unidos 1996.

Ley de Naturalización, Decreto Supremo 276, RO 66 del 14 de abril del 1976

Ley de Seguridad Social, Ley 55, RO Suplemento 465 del 30 de noviembre del 2001

Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Ley 1, RO 16 del 12 de mayo de 2005

Reglamento 06- CPCCS- 09- CP para el Concurso de Oposición y Meritos para la Selección y

Reglamento 06- CPCCS- 09- CP para el Concurso de Oposición y Meritos para la Selección y

Reglamento de Registro del Pago de Bonificaciones y Utilidades, Acuerdo Ministerial 366, RO Suplemento 285 del 6 de junio de 2006.

Ley para el registro de uniones de hecho de Dinamarca (Lov om registreret partnerskab), 7 de Junio de 1989, nr. 372 ("registrerede partnere"; "registered partners").

Ley 13/2005, de 1 de julio del 2005, por la que se modifica el Código Civil español en materia de derecho a contraer matrimonio, Boletín Oficial del Estado no. 157, 2 de julio de 2005, pp. 23632-23634 (vigente desde el 3 de julio del 2005).

Ley 99-944 del 15 de noviembre de 1999 relativo al pacto de solidaridad civil francés (*pacte civil de solidarité, partenaire; partner*)

Ley No. 18.246 de Unión Concubinaria, publicado en el Diario Oficial de Uruguay, del 10 de enero del 2008

*Decreto de Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal de México, Gaceta Oficial*, 16 de noviembre de 2006

### **Entrevistas**

Entrevista Efraín Soria. Fundación Ecuatoriana Equidad. 22 de agosto del 2009.

Entrevista Dra. Elizabeth García, Directora Fundación Casa Trans. Quito, 05 de agosto del 2009.

Entrevista Ab. Pier Pigozzi. Auxiliar Principal de Protección de ACNUR Ibarra. 22 de septiembre del 2009.

Entrevista Dra. Gayne Villagomez. Conferencia minorías GLBT. Quito, Universidad Andina, 2008.

## ANEXOS

## Escritura Declaración Juramentada Primera Unión de Hecho

*Notaría Séptima de Quito*

PRIMERA COPIA  
ACTA DE DECLARACIÓN  
DE UNIÓN DE HECHO  
OTORGADA POR  
NOTARÍA SÉPTIMA DE QUITO  
EN FAVOR DE  
SR. JOSÉ XAVIER ORELLANA NARANJO  
SR. GLENN BARBEISCH  
CUANTÍA INDETERMINADA  
Quito, agosto 12 del 2.009



Testimonio de

Escritura



*Dr. Luis Vargas Hinostroza*

**ACTA DE DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO ENTRE LOS  
SEÑORES JOSÉ XAVIER ORELLANA NARANJO Y GLENN  
BARBEISCH**

En la ciudad de Quito, Capital de la República del Ecuador, día doce de agosto del año dos mil nueve, ante mí doctor Luis Vargas Hinostroza, Notario Séptimo del Cantón, que intervengo debidamente facultado por el numeral vigésimo sexto del Artículo dieciocho, reformado, de la Ley Notarial, comparecen los señores José Xavier Orellana Naranjo y Glenn Barbeisch, de estado civil solteros, mayores de edad, domiciliados en este cantón Quito, a quienes les instruyo debidamente sobre la obligación que tienen de declarar la verdad con exactitud y claridad.- Los comparecientes, interrogados que fueron en forma individual y separada, declaran en forma concordante:- I.- Que no tienen vínculo matrimonial con otra persona.- II.- Que desde hace nueve años mantienen una unión estable y monogámica y han formado un hogar de hecho, con el fin de vivir juntos y auxiliarse.- III.- Que así unidos han sido tratados como pareja por sus relaciones sociales y así han sido recibidos por amigos, vecinos y parientes.- IV.- Que la declaración la formulan por cuanto corresponde a la verdad.- Y, habiéndome sido presentado los siguientes documentos:- UNO.- Petición formulada por los comparecientes con el patrocinio profesional de la doctora Gabriela Cadena Loza, Abogada con Matrícula número siete mil seiscientos treinta y ocho del Colegio de Pichincha.- DOS.- Sus respectivos documentos de identidad en los que consta su estado civil actual.

Habiéndose seguido el trámite establecido en la ley, en uso de la facultad legal de la que me hallo investido y considerando que se hallan plenamente probados los fundamentos de la petición, solemnizo la declaración de la unión de hecho entre los señores José Xavier Orellana

*Notaria Séptima del Cantón Quito*

**SEÑOR NOTARIO:**

En el Registro de Escrituras Públicas a su cargo, sírvase incorporar una que contenga la **DECLARACIÓN JURAMENTADA** al tenor de las siguientes cláusulas:

**PRIMERA: COMPARECIENTES.-** Comparece a la celebración de la presente escritura pública, los señores Orellana Naranjo José Xavier y Barbeisch Glenn, ecuatoriano el primero, y norteamericano el segundo e inteligente en idioma Español, de estado civil solteros, mayores de edad, de ocupación empleados privados, domiciliados en de esta ciudad de Quito.

**SEGUNDA: FUDAMENTOS DE DERECHO:** Fundamentamos nuestra solicitud en los artículos 220 y siguientes del Código Civil, en concordancia con el artículo 68 de la Constitución del Ecuador, establece que "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". El Art. 11 numeral 2 de la Constitución establece que "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte."

**TERCERA: DECLARACIÓN JURAMENTADA:** Los comparecientes concedores de las penas de falsedad y perjurio, **DECLARAN BAJO JURAMENTO** que se encuentran conviviendo desde hace nueve años hasta la presente fecha bajo la unión de hecho estable y monogámica con el fin de vivir juntos, socorrerse y auxiliarse mutuamente, tal cual se establece en el Art. 68 de la Constitución Política del Ecuador. Por ello le solicitamos que se de fe de que los comparecientes viven en unión libre conforme lo establece la normativa antes citada, y se reconozca la unión de hecho de los comparecientes. Es todo cuanto puedo declarar en honor a la verdad. Usted señor Notario se servirá agregar las demás cláusulas de estilo para la validez de esta clase de instrumentos.



Dra. Gabriela Cadena Loza  
MAT. 7638 C.A.P



1720157005



CI 170551308



Naranjo y Glenn Barbeisch, quienes firman la presente acta conmigo el Notario, en unidad de acto.- Doy fe.-

  
José Xavier Orellana Naranjo  
Compareciente  
C.C.No. 170551308-1



  
Glenn Barbeisch  
Compareciente  
C.C.No. 1720157005



  
Dr. Luis Vargas Hinostroza  
Notario Séptimo de Quito





*[Handwritten signature]*  


NOTARIA 7

8/12/2009

REPUBLICA DEL ECUADOR  
 DIRECCION GENERAL DE REGISTRO CIVIL  
 IDENTIFICACION Y CENSADO

CEDULA DE CIUDADANIA N° 170551308-1

OSELLANA NARANJO JOSE XAVIER  
 PICHINCHA/QUITO/SANTA FRISCA

03 ENERO 1976

004 0080 02556 M

PICHINCHA/QUITO  
 GONZALEZ GONZALEZ 1976



*Xavier Osellana*

ECUATORIANA\*\*\*\*\* V23441

SOLTERO

SECUNDARIA EMPLEADO PRIVADO

JOSE ALBERTO OSELLANA

ROSA ELENA NARANJO

QUITO 27/04/2005

27/04/2017

REN 1180878



REPUBLICA DEL ECUADOR  
 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL  
 CERTIFICADO DE VOTACION  
 ELECCIONES GENERALES 14 JUNIO 2009

032-0267 1705513081

NUMERO CEDULA

OSELLANA NARANJO JOSE XAVIER

PROVINCIA QUITO  
 CANTON QUITO  
 PARROQUIA CONA



*Xavier Osellana*

*Xavier Osellana*



8/12/2009 -

NOTARÍA SÉPTIMA DE QUITO.- Es fiel y primera copia certificada del Acta de Unión de Hecho otorgada por los Sres. José Xavier Orellana Naranjo y Glenn Barbeisch; en fe de ello y junto con la documentación que me fuera presentada, la confiero para los fines legales consiguientes, sellada y firmada en los mismos lugar y fecha de su celebración.-

  
Dr. Luis Vargas Hinostroza  
Notario Séptimo de QUITO





## Artículo La Hora

### Las notarías no unen a parejas gays



Risas. Eso es lo que provoca ingresar a una notaría y solicitar información sobre la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Así lo comprobó La Hora en un recorrido por las notarías 35, 39 y 9 de Quito.

Si este ‘shock chistoso’ se produce por solicitar esta información, más aún lo es pedir a un notario que celebre una unión entre una pareja homosexual.

Esto es lo que les sucedió a Jorge Pavón, de 30 años; y Manuel Montalvo, 36 años; que son pareja hace cuatro años y vieron la oportunidad de formalizar su relación con el nuevo marco jurídico de la Constitución.

El artículo 67 de la Carta Magna dice que: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos”. Y en el artículo 68 apunta que: “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”.

El papel aguanta todo. Que no se puede proceder a la unión de hecho entre personas del mismo sexo porque hace falta una ley que regule los procedimientos, fue la excusa que recibió esta pareja hace menos de un mes.

“No se trata sólo de formalizar la relación por un tema sentimental, porque de eso estamos seguros. Legalizar la unión nos ofrece garantías constitucionales como tener bienes patrimoniales compartidos tal como podría hacerlo una pareja heterosexual”, comenta  
Pavón.

Él confiesa sentirse frustrado ante el discrimen, a pesar de que estas garantías están consagradas en ley máxima.

Fernando Arregui, presidente del Colegio de Notarios de Pichincha, comparte la visión de que hace falta una ley secundaria que establezca el procedimiento para solemnizar este tipo de uniones de hecho.

“Para operativizar la unión de hecho entre homosexuales primero debe reformarse el Código Civil que todavía establece que sólo se puede celebrar uniones de hecho entre un hombre y una mujer. Antes de esta reforma es imposible”, comenta, a pesar de que reconoce que la Constitución es el marco jurídico supremo.

Al filo de la intolerancia. Pero este argumento no convence a los activistas de la comunidad de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transexuales (GLBT). “El no cumplir con las uniones de hecho entre GLBT es una violación a la Constitución.

No se pueden excusar en la falta de leyes o reformas anexas porque entonces no se podría haber concretado, por ejemplo, la gratuidad universitaria sin una nueva Ley de Educación Superior”, alega Sandra Álvarez, directora de la Organización Ecuatoriana de Mujeres Lesbianas (OEML).

Es que tantas trabas para consagrar a la unión de hecho entre homosexuales lleva a pensar que se trata de una actitud homofóbica. “Esta excusa encierra un sentido homofóbico de una sociedad intolerante ante las diversas formas de vida y de orientación sexual.

Esto no hace más que ratificar que las garantías constitucionales en busca de una sociedad inclusiva son violentadas a diario”, argumenta Efraín Soria, coordinador de programas de la Fundación Ecuatoriana Equidad.

La Hora intentó comunicarse con la asambleísta María Paula Romo, presidenta de la Comisión de lo Civil y Penal, para solicitar su punto de vista, pero delegó a su asesora, Valeska Paredes, quien informó que no habría impedimentos para que las notarías celebren uniones de hecho.

◦ La Constitución de la República es el marco jurídico supremo que rige a todas las demás leyes y reglamentos anexas. Si las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo tienen aval en la Carta Magna, no hay impedimento para que en las notarías procedan.

La Ley Notarial faculta a los notarios a celebrar uniones de hecho. Ahora, con esta reforma están obligados a celebrarlas independientemente de que el Código Civil se contradiga.

La excusa de la ausencia de la ley que regule el procedimiento de las

uniones de hecho no hace más que comprobar que se trata de una sociedad poco incluyente que teme que estas uniones desenlacen un 'traumatismo social'.

## Artículo Vistazo



### Uniones gays ya son legales

*La nueva Constitución abrió el paraguas arco iris que permite legalizar uniones del mismo sexo. Solo en agosto, al menos cuatro parejas de hombres sellaron sus compromisos en Quito.*



Por Pedro Artieda

Tras haber permanecido juntos durante cinco años, Jorge (30) y Manuel (36) intentaron formalizar su unión el jueves 20 de agosto en la Notaría Quinta del cantón Quito. “Era importante legalizar nuestra relación, sobre todo para compartir los bienes que tenemos”, dice Jorge, auditor. El intento fue fallido. El notario Quinto, Luis Navas, se negó a firmar el documento.

Vistazo intentó entrevistarlo para recoger su argumento: el Notario explicó que por carga de trabajo no disponía de tiempo para esta entrevista.

La pareja de Jorge, tripulante de vuelo, inició un recorrido por varias notarías. A pesar de que el artículo 68 de la Constitución reconoce las uniones de hecho entre dos personas, independientemente de su género, no todas las dependencias notariales abren sus puertas para legalizar uniones de hecho del mismo sexo.

Xavier (33) y Tyler (37) tuvieron una suerte distinta. Legalizaron su unión en la Notaría Séptima el 12 de agosto pasado, tras nueve años de mantener “una relación estable y monogámica”. “Nos unimos por fines prácticos: bancos, herencias, adquisición de propiedades... Al no poder hacerlo antes, uno se convertía en ciudadano de segunda categoría”, afirma Xavier. Recuerda que hace siete años, cuando llegó del exterior con

su pareja, ésta tuvo que sacar una visa como inversionista para establecerse legalmente y seguir viviendo juntos. “Y, cuando él se quedó sin trabajo, no pudo acceder al seguro de salud de la empresa donde yo trabajaba”. Tyler resalta que este país ha dado grandes pasos.

“Está mucho más avanzado que los Estados Unidos en el tema de derechos humanos. La Constitución es de avanzada al frente al reconocer que cualquier ser humano puede unirse con otro ser humano”.

Andrés Buitrón, asesor legal de la Fundación Ecuatoriana Equidad, que trabaja a favor de los derechos humanos de la comunidad GLBT, afirma que le tomó alrededor de dos semanas de cabildeo concluir estos trámites.

¿Por qué? “Por tratarse de un tema nuevo, sensible y que rompe esquemas”.

Buitrón consiguió unir a Jorge y Manuel en la Notaría Trigésimo Séptima que, al 14 de agosto pasado, ya había unido a dos hombres más que llevan 23 años de convivencia.

Efraín Soria (40) es coordinador de programas de la mencionada fundación. Con su pareja, Javier Benalcázar (30), se quejó ante el Ministerio de Justicia porque ciertas notarías están renuentes a aceptar el trámite.

Gabriela Espinoza, de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, explica que esta dependencia ofició al presidente del Consejo Nacional de la Judicatura. “Se le recordaron las normas constitucionales que obligan al directo cumplimiento de los derechos humanos por parte de los funcionarios públicos, se condenó la actitud sexista y discriminatoria de los notarios, y se advirtió la pena de uno a tres años que prevé el Código Penal”, explicó la funcionaria a Vistazo.

Tras dos años y siete meses de noviazgo, Soria y Benalcázar se preparaban a consolidar su unión, al cierre de esta edición.

“La sociedad debe pensar en otras reglas de convivencia y adaptarse a los nuevos vientos de paz”. Legalizar estas uniones de hecho en notarías es un hito en la historia

de los movimientos GLBT ecuatorianos. Antes de la vigencia de la Constitución de Montecristi, se constituían sociedades en el ámbito mercantil societario. La primera vez que flameó la bandera del arco iris en el Ecuador (símbolo de la comunidad a nivel mundial), fue en noviembre de 1997, cuando se despenalizó la homosexualidad.

### **Legislación actual sobre las uniones de hecho**

#### **Artículo 68 de la Constitución**

“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...”.

#### **Título VI, artículo 222, Código Civil**

“La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio...”.

Fundación Ecuatoriana Equidad argumenta que el procedimiento para el reconocimiento de las uniones de hecho ha sido ya establecido en el Art. 220 y siguientes del Código Civil. En concordancia con el artículo 68 de la Constitución del Ecuador, que reemplaza la frase ‘entre un hombre y una mujer’ por ‘dos personas’, se hace factible el reconocimiento de este tipo de parejas.

Blanca Gómez de la Torre, abogada independiente con 10 años de ejercicio privado y público, corrobora que la Constitución jerárquicamente está por encima del Código Civil.

Sentencia de Cambio de Sexo



REPÚBLICA DEL ECUADOR

No. 365 Año 09 Ayudante F.T.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA  
TERCERA SALA PENAL, COLUSORIO Y TRÁNSITO

JUICIO PENAL.....

DELITO ACCION PROTECTORA.....

ACUSADOR PARTICULAR U OFENDIDO DAVID ESTRELLA  
ESTRUEZ CARREAN.....

SINDICADO. IMPUTADO EC. FERNANDO NAVIA  
DIRECTOR GENERAL REGISTRO CIVIL.....

PROCEDENCIA JUZGADO 9 CIVIL.....

INICIADO.....

SORTEADO.....

RECIBIDO.....

RELATADO.....

RESUELTO.....

DEVUELTO.....

SAN FRANCISCO DE QUITO D.M.  
ECUADOR

**JUEZ PONENTE: DR. RAMIRO GARCÍA FALCONI**

No. 365-09

**CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA.- TERCERA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-** Quito, 25 de septiembre de 2009.- Las 11h45.- **VISTOS:** Avoca conocimiento de la presente causa el Dr. Ramiro García Falconi, Conjuez Permanente de esta Sala, en virtud de la acción de personal No. 1441-DP-DPP de 17 de julio de 2009, y el Dr. Álvaro Román Márquez, Conjuez Permanente de la Primera Sala Especializada de lo Penal, encargado del despacho de la Dra. Isabel Ulloa Villavicencio, mediante acción de personal No. 2134-DP-DDP de 24 de septiembre de 2009. A través del presente formato, se pretende cumplir de mejor forma el requisito de debida motivación, señalado en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, así como incorporar los estándares internacionales de derechos humanos y Administración de Justicia, señalados en el considerando octavo del Código Orgánico de la Función Judicial, especialmente en lo que se refiere a la utilización del formato usado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otras Cortes Internacionales.

**ANTECEDENTES**

Dayris Estrella Estévez Carrera, presenta recurso de apelación respecto de la resolución dictada por el Juez Noveno de lo Civil de Pichincha en la cual le niega la acción de protección propuesta por la legitimada activa.

Esta Sala es competente para resolver el recurso de apelación propuesto dentro de la tramitación de la presente acción de protección, en virtud de lo dispuesto por el literal b) del numeral 1 del artículo 44 de las Reglas de

Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, en concordancia con el artículo 86 de la Constitución de la República.

En la tramitación de la presente Acción de Protección, se han observado las garantías del debido proceso, por lo que se declara la validez de la causa.

#### **IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES**

El legitimado activo es la ciudadana Dayris Estrella Estévez Carrera. El legitimado pasivo es el Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, Econ. Fernando Navia.

#### **DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS**

Los derechos constitucionales presuntamente violentados según la accionante son los derechos a la libertad contenidos en los numerales: 3, literal a), 4, 5, 9 y 20, del Art. 66 de la Constitución de la República, que hablan sobre el derecho a la integridad personal, física, psíquica, moral y sexual. El derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás. El derecho a tomar decisiones libres informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. La promoción del Estado al acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. El derecho a la intimidad personal y familiar.

## RELACIÓN DE LOS HECHOS PROPUESTOS POR LOS SUJETOS PROCESALES

El Dr. Claudio MueckKay, Defensor del Pueblo en ese entonces, mediante Resolución Defensorial No. 24-DNJ-2008-LRA con fecha 15 de enero de 2008, ante la petición de la accionante de que en el Registro Civil se le registre con una identificación acorde a su identidad de género, acepta la queja y reconoce que se violaron sus derechos de integridad personal.

Las Resoluciones Defensoriales No. 24-DNJ-2008-LRA, de fecha 24 de enero de 2008 y la posterior Resolución Ministerial No. 33, de fecha 6 de marzo de 2009 son presentadas a la Dirección del Registro Civil, Identificación y Cedulación, la cual responde negativamente en los siguientes términos: *"Me ratifico en la negativa del cambio de sexo a la ciudadana Darlys Estrella Estévez Carrera, en trámite administrativo"* aduciendo la improcedencia de la acción pues riñe con el Art. 55 del Instructivo para la Estandarización de Procedimientos del sistema Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, y los artículos 84 y 89 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

## JUSTIFICACIÓN PROCESAL DE LA VERACIDAD DE LOS HECHOS AFIRMADOS EN LA ACCIÓN

De fojas 5 a 9, se encuentra la Resolución Defensorial No. 24-DNJ-2008-LRA con fecha 15 de enero de 2008 que en su parte resolutive principal manifiesta lo siguiente: *"1. ACEPTAR la queja presentada por la ciudadana Darlys Estrella Estévez Carrera y reconocer la violación de sus derechos humanos a la integridad personal, por cuanto se obliga presentar una doble conducta, pues su apariencia física es de sexo femenino, en tanto que su*

*documento de identidad aparece como de sexo masculino. Esto le genera humillación en muchas situaciones de su vida...*

*"DECLARAR que se ha lesionado su derecho de igualdad ante la ley y a la igualdad de trato, pues la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, dispone que las personas heterosexuales pueden realizar el cambio de nombre a través de una simple resolución, en tanto que el procedimiento para transexuales se requiere la intervención de un juez de lo civil, situación que vulnera el derecho a la intimidad, pues se debe someter esta decisión a un proceso judicial público para el cambio de sexo...".*

*"ORDENAR al Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación conceda la cédula de ciudadanía de acuerdo a su identidad de género a la señorita Darlys Estrella Estévez Carrera".*

A fojas 3 y 4 el Defensor del Pueblo, Ab. Fernando Gutiérrez Vera, en Resolución Defensorial No. 33, de fecha 6 de marzo de 2009, resuelve lo siguiente: *"RECONOCER que la negación del Registro Civil, Identificación y Cedulación de cambiar de sexo a la ciudadana Darlys Estrella Estévez Carrera, violenta sus derechos humanos, tal como se había mencionado en la Resolución Defensorial No. 24-DNJ-2008-LRA, de fecha 24 de enero de 2008.*

*RECONOCER que la violación de los derechos humanos de la ciudadana en mención por parte del Registro Civil, Identificación y Cedulación, da lugar a que el Estado ecuatoriano incumpla con sus obligaciones de respetar los derechos humanos, que como organismo del Estado le corresponde.*

*RECONOCER que el Registro Civil, violenta el principio PRO PERSONAE y el de supremacía constitucional, al hacer prevalecer una norma anacrónica por sobre la Constitución y pretender continuar aplicándola en perjuicio de los derechos humanos de la ciudadana Dayris Estrella Estévez Carrera...”.*

A foja 1 del proceso, el Dr. Danilo Terán Caicedo, Director de Asesoría Jurídica (E), de la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, en Oficio 068-2009-DAJ-SIa responde negativamente a las Resoluciones Defensoriales antes mencionadas.

#### **VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS PRUEBAS**

De la documentación aportada, aparece que la Dirección de Asesoría Jurídica de la Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación ha presentado en fecha 13 de abril de 2009 su negativa a la pretensión de Dayris Estrella Estévez Carrera expresada en las Resoluciones Defensoriales No. 24-DNJ-2008-LRA, de fecha 24 de enero de 2008 y la posterior Resolución Ministerial No. 33, de fecha 6 de marzo de 2009. Dicha pretensión se reduce a solicitar el cambio de identidad sexual de la señora Dayris Estrella Estévez Carrera, quien solicita se le permita establecer su identidad como persona de sexo femenino.

Para resolver esta Sala realiza las siguientes consideraciones:

1. Esta Sala es competente para conocer el presente recurso de apelación, de conformidad con lo que establece el artículo 44.1.b de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, en concordancia con lo

dispuesto en el artículo 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2. En la tramitación de la presente causa se han observado todas las garantías de debido proceso, por lo que se declara su legitimidad.
3. De acuerdo a lo señalado por el legitimado activo, se ha vulnerado su derecho a la identidad, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, entre otros, al haberse negado por parte del señor Director Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, su cambio de identidad de género, de masculino a femenino.
4. Nuestra Constitución vigente, en el numeral 28 del artículo 66, consagra el derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.
5. Conforme se ha establecido por la jurisprudencia internacional, el derecho a la identidad, como derivación de la dignidad humana y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro. El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un

derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad<sup>1</sup>.

6. El derecho a la identidad, y más específicamente a la identidad sexual, presupone la existencia de un derecho constitucional a la Dignidad. El derecho a la dignidad, se constituye a su vez en fuente de otros derechos, razón por la cual, toda violación al derecho a la identidad, es a su vez una vulneración al derecho a la Dignidad Humana.
7. La limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, como un freno a la manifestación de los asociados al desarrollo de sus potencialidades, solo puede considerarse legítima, cuando además de tener sustento constitucional y ser proporcionada, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho. De allí el nexo profundo que existe entre el reconocimiento del pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad, ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral.
8. En el caso de la homosexualidad, la bisexualidad o la transexualidad, de lo señalado tanto por la Constitución, como por los Convenios y Tratados Internacionales, no pueden ser consideradas como enfermedades, ni anomalías patológicas, que deban ser curadas o combatidas, sino que constituyen orientaciones sexuales legítimas, que gozan de protección constitucional, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre

---

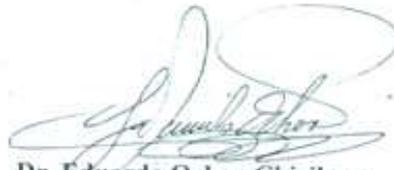
<sup>1</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. T477-95, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

desarrollo de la personalidad. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de orientación sexual e incluso género. La homosexualidad, la bisexualidad y la transexualidad, conforme estima esta Sala dentro del marco constitucional, debe considerarse como opciones legítimas y válidas como cualquiera, en la cual quien opta por las mismas, debe gozar los mismos derechos y la misma protección a sus intereses jurídicos que los demás, en virtud del principio de igualdad.

9. En el caso que nos ocupa, el derecho se ve enfrentado a una realidad tanto psicológica, como médica. Tradicionalmente se ha asignado legalmente el sexo de una persona en base de los genitales del recién nacido, sin tomar en cuenta ni el dato cromosómico, ni el estado psicológico de la persona. Es así que se etiqueta a las personas dentro del sexo masculino o femenino, en virtud de la constatación de la existencia de pene o vagina, en su orden. La discusión se genera cuando, como en el presente caso, una persona además de presentar psicológicamente rasgos claramente diferentes a los de su sexo genital, ha realizado procedimientos quirúrgicos y hormonales irreversibles, tendientes a fijar su identidad en el sexo opuesto al que se le ha asignado.
10. Si consideramos a la identidad, conforme se señaló anteriormente, como una derivación de la Dignidad Humana, así como del derecho al libre desarrollo de la personalidad y estimamos que la identidad sexual es parte del núcleo duro de esa misma dignidad, resulta ilegítimo que el Estado pretenda limitar dicho libre desarrollo bajo argumentos que evidencian claramente rasgos discriminativos. Aún más, el Estado debe brindar las condiciones necesarias para que las personas, en materia de identidad sexual, puedan alcanzar su realización de acuerdo

con lo que dispone tanto la Constitución, como los Convenios y Tratados Internacionales. Por las consideraciones anotadas, esta Sala ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve revocar la resolución subida en grado y aceptar por tanto la acción de protección propuesta por la señora Dayris Estrella Estévez Carrera, disponiendo que de manera inmediata se proceda a cambiar los datos de identificación de la legitimada activa, por parte del Registro Civil, Identificación y Cedulación, de masculino a femenino. De igual forma y como acción afirmativa, se dispone que el Estado Ecuatoriano, a través del servicio público de salud, brinde las facilidades necesarias para que la legitimada activa pueda acceder médicamente a las condiciones necesarias para la consolidación de su identidad sexual.

**Notifíquese.-**

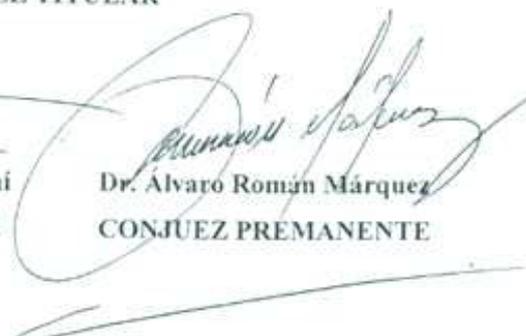


**Dr. Eduardo Ochoa Chiriboga**

**CONJUEZ TITULAR**



**Dr. Ramiro J. García Falconi**  
**CONJUEZ PERMANENTE**



**Dr. Alvaro Román Márquez**  
**CONJUEZ PERMANENTE**

## Principios de Yogyakarta

# PRINCIPIOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO

## INTRODUCCIÓN

### Preámbulo

PRINCIPIO 1. El derecho al disfrute universal de los derechos humanos

PRINCIPIO 2. Los derechos a la igualdad y a la no discriminación

PRINCIPIO 3. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

PRINCIPIO 4. El derecho a la vida

PRINCIPIO 5. El derecho a la seguridad personal

PRINCIPIO 6. El derecho a la privacidad

PRINCIPIO 7. El derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente

PRINCIPIO 8. El derecho a un juicio justo

PRINCIPIO 9. El derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente

PRINCIPIO 10. El derecho de toda persona a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes

PRINCIPIO 11. El derecho a la protección contra todas las formas de explotación, venta y trata de personas

PRINCIPIO 12. El derecho al trabajo

PRINCIPIO 13. El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social

PRINCIPIO 14. El derecho a un nivel de vida adecuado

PRINCIPIO 15. El derecho a una vivienda adecuada

PRINCIPIO 16. El derecho a la educación

PRINCIPIO 17. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud

PRINCIPIO 18. Protección contra abusos médicos

PRINCIPIO 19. El derecho a la libertad de opinión y de expresión

PRINCIPIO 20. El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas

PRINCIPIO 21. El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

PRINCIPIO 22. El derecho a la libertad de movimiento

PRINCIPIO 23. El derecho a procurar asilo

PRINCIPIO 24. El derecho a formar una familia

PRINCIPIO 25. El derecho a participar en la vida pública

PRINCIPIO 26. El derecho a participar en la vida cultural

PRINCIPIO 27. El derecho a promover los derechos humanos

PRINCIPIO 28. El derecho a recursos y resarcimientos efectivos

PRINCIPIO 29. Responsabilidad penal

Recomendaciones adicionales

Signatarios y signatarias de los Principios de Yogyakarta

## INTRODUCCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes. La orientación sexual<sup>[1]</sup> y la identidad de género<sup>[2]</sup> son esenciales para la dignidad y humanidad de cada persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso.

Ha habido muchos avances en asegurar que las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la igualdad de dignidad y respeto a que cada persona tiene derecho. En la actualidad, numerosos Estados tienen leyes y constituciones que garantizan los derechos a la igualdad y a la no discriminación sin distinción de sexo, orientación sexual o identidad de género.

Sin embargo, las violaciones de derechos humanos debido a una orientación sexual o identidad de género real o percibida de las personas constituyen un patrón global y arraigado que es motivo de profunda preocupación. Incluyen asesinatos extrajudiciales, tortura, malos tratos, violencia sexual y violación, injerencias en su privacidad, detención arbitraria, negación de empleo y de oportunidades educativas, así como una grave discriminación en el disfrute de otros derechos humanos. Estas violaciones son a menudo agravadas por experiencias de otras formas de violencia, odio, discriminación y exclusión, como las basadas en la raza, la edad, la religión, la discapacidad o la condición económica, social o de otra índole.

Numerosos Estados y sociedades imponen normas de género y de orientación sexual a las personas a través de las costumbres, las leyes y la violencia, y se afanan en controlar las formas en que ellas experimentan las relaciones personales y cómo se identifican a sí mismas. La vigilancia sobre la sexualidad continúa siendo una fuerza principal detrás de la perpetuación de la violencia basada en género y la desigualdad de género.

El sistema internacional ha visto grandes avances hacia la igualdad de género y las protecciones contra la violencia en la sociedad, la comunidad y la familia. Adicionalmente, mecanismos clave de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos han afirmado la obligación de los Estados de garantizarles a todas las personas una efectiva protección contra la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género. No obstante, la respuesta internacional a las violaciones de derechos humanos por motivos de orientación sexual o identidad de género ha sido fragmentada e inconsistente.

A fin de enfrentar estas deficiencias, se requiere de una sólida comprensión de todo el régimen del derecho internacional humanitario y de su aplicación a los asuntos de la orientación sexual y la identidad de género. Es crucial cotejar y clarificar las obligaciones de los Estados bajo la actual legislación internacional de los derechos humanos, a fin de promover y proteger todos los derechos humanos de todas las personas sobre la base de la igualdad y sin discriminación alguna.

La Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en nombre de una coalición de organizaciones de derechos humanos, han puesto en marcha un proyecto encaminado a desarrollar una serie de principios legales internacionales sobre la aplicación del derecho internacional humanitario a las violaciones de derechos humanos por motivos de orientación sexual e identidad de género, a fin de imbuir una mayor claridad y coherencia a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

Un distinguido grupo de especialistas en derechos humanos ha redactado, desarrollado, discutido y refinado estos Principios. Luego de reunirse en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006, 29 especialistas procedentes de 25 países, de diversas disciplinas y con experiencia relevante al ámbito del derecho humanitario, adoptaron unánimemente los *Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*.

El Profesor Michael O'Flaherty, relator de la reunión, ha brindando inmensas contribuciones a la redacción y revisión de los Principios de Yogyakarta. Su compromiso y sus incansables esfuerzos han sido cruciales para el exitoso resultado del proceso.

Los Principios de Yogyakarta abordan una amplia gama de normas de derechos humanos y su aplicación a los asuntos de la orientación sexual y la identidad de género. Los Principios afirman la obligación primordial de los Estados de implementar los derechos humanos. Cada Principio va acompañado de detalladas recomendaciones a los Estados. Sin embargo, el grupo de especialistas también hace énfasis en que todos los actores tienen la responsabilidad de promover y proteger los derechos humanos. Además, los Principios plantean recomendaciones adicionales a otros actores, incluyendo el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales y los financiadores.

Los y las especialistas coinciden en que los Principios de Yogyakarta reflejan el estado actual del derecho internacional humanitario en lo que concierne a la orientación sexual y la identidad de género. Asimismo, reconocen que los Estados podrían contraer obligaciones adicionales conforme el derecho humanitario continúa evolucionando.

Los Principios de Yogyakarta afirman las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente en el que todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, puedan realizar ese preciado derecho.

## Nosotros y Nosotras, el Panel Internacional de Especialistas en Legislación Internacional de Derechos Humanos y en Orientación Sexual e Identidad de Género

### PREÁMBULO

**RECORDANDO** que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene derecho al disfrute de los derechos humanos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición;

**PREOCUPADO** porque en todas las regiones del mundo las personas sufren violencia, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicios debido a su orientación sexual o identidad de género; porque estas experiencias se ven agravadas por la discriminación basada en el género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y posición económica, como también porque esa violencia, discriminación, exclusión, estigmatización y esos prejuicios menoscaban la integridad y dignidad de las personas que son objeto de estos abusos, podrían debilitar su sentido de estima personal y de pertenencia a su comunidad y conducen a muchas a ocultar o suprimir su identidad y a vivir en el temor y la invisibilidad;

**CONSCIENTE** de que históricamente las personas han sufrido estas violaciones a sus derechos humanos porque son lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo o porque son transexuales, transgénero o intersex o se les percibe como tales, o pertenecen a grupos sociales que en algunas sociedades se definen por su orientación sexual o identidad de género;

**ENTENDIENDO** que la ‘orientación sexual’ se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género.

**ENTENDIENDO** que la ‘identidad de género’ se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

**OBSERVANDO** que la legislación internacional de derechos humanos afirma que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos; que la aplicación de los derechos humanos existentes debería tener en cuenta las situaciones y experiencias específicas de personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género; y que una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez;

**OBSERVANDO** que la legislación internacional de derechos humanos impone una absoluta prohibición de la discriminación en lo concerniente al pleno disfrute de todos los derechos humanos, civiles, culturales, económicos, políticos y sociales; que el respeto a los derechos sexuales, a la orientación sexual y a la identidad de

género es esencial para la realización de la igualdad entre hombres y mujeres y que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar los prejuicios y las prácticas que se basen en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en roles estereotipados para hombres y mujeres, y observando asimismo que la comunidad internacional ha reconocido el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente en asuntos relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, sin sufrir coerción, discriminación, ni violencia;

**RECONOCIENDO** que existe un valor significativo en articular sistemáticamente la legislación internacional de derechos humanos de manera que se aplique a las vidas y experiencias de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género;

**RECONOCIENDO** que esta articulación debe apoyarse en el estado actual de la legislación internacional de derechos humanos y requerirá de una revisión periódica a fin de tomar en cuenta los desarrollos en esa legislación y su aplicación a las vidas y experiencias particulares de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género a lo largo del tiempo y en diversas regiones y naciones;

**TRAS LA CELEBRACIÓN DE UNA REUNIÓN DE ESPECIALISTAS REALIZADA EN YOGYAKARTA, INDONESIA, DEL 6 AL 9 DE NOVIEMBRE DE 2006, ADOPTAMOS LOS SIGUIENTES PRINCIPIOS:**

### **PRINCIPIO 1. EL DERECHO AL DISFRUTE UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

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

-

#### **Los Estados:**

- A. Consagrarán los principios de la universalidad, complementariedad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos en sus constituciones nacionales o en cualquier otra legislación relevante y garantizarán la realización práctica del disfrute universal de todos los derechos humanos;
- B. Modificarán toda legislación, incluido el derecho penal, a fin de asegurar su compatibilidad con el disfrute universal de todos los derechos humanos;
- C. Empezarán programas de educación y sensibilización para promover y mejorar el disfrute universal de todos los derechos humanos por todas las personas, con independencia de la orientación sexual o la identidad de género;
- D. Integrarán a sus políticas y toma de decisiones un enfoque pluralista que reconozca y afirme la complementariedad e indivisibilidad de todos los aspectos de la identidad humana, incluidas la orientación sexual y la identidad de género.

## **PRINCIPIO 2. LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN**

Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.

La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo el género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y posición económica.

### **Los Estados:**

- A. Si aún no lo hubiesen hecho, consagrarán en sus constituciones nacionales o en cualquier otra legislación relevante, los principios de la igualdad y de la no discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, inclusive por medio de enmienda e interpretación, y velarán por la efectiva realización de estos principios;
- B. Derogarán todas las disposiciones penales y de otra índole jurídica que prohíban o de hecho sean empleadas para prohibir la actividad sexual que llevan a cabo de forma consensuada personas del mismo sexo que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, y velarán por que se aplique la misma edad de consentimiento para la actividad sexual entre personas del mismo sexo como y de sexos diferentes;
- C. Adoptarán todas las medidas legislativas y de otra índole que resulten apropiadas para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en las esferas pública y privada;
- D. Adoptarán todas las medidas apropiadas a fin de garantizar el desarrollo adecuado de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, según sean necesarias para garantizarles a estos grupos o personas el goce o ejercicio de los derechos humanos en igualdad de condiciones. Dichas medidas no serán consideradas discriminatorias;
- E. En todas sus respuestas a la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, tendrán en cuenta la manera en que esa discriminación puede combinarse con otras formas de discriminación;
- F. Adoptarán todas las medidas apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género.

## **PRINCIPIO 3. EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género.

**Los Estados:**

- A. Garantizarán que a todas las personas se les confiera capacidad jurídica en asuntos civiles, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, y la oportunidad de ejercer dicha capacidad, incluyendo los derechos, en igualdad de condiciones, a suscribir contratos y a administrar, poseer, adquirir (incluso a través de la herencia), controlar y disfrutar bienes de su propiedad, como también a disponer de estos.
- B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí;
- C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona — incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros — reflejen la identidad de género que la persona defina para sí;
- D. Velarán por que tales procedimientos sean eficientes, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona interesada;
- E. Asegurarán que los cambios a los documentos de identidad sean reconocidos en todos aquellos contextos en que las leyes o las políticas requieran la identificación o la desagregación por sexo de las personas;
- F. Empezarán programas focalizados cuyo fin sea brindar apoyo social a todas las personas que estén experimentando transición o reasignación de género.

**PRINCIPIO 4. EL DERECHO A LA VIDA**

Toda persona tiene derecho a la vida. Ninguna persona podrá ser privada de la vida arbitrariamente por ningún motivo, incluyendo la referencia a consideraciones acerca de su orientación sexual o identidad de género. A nadie se le impondrá la pena de muerte por actividades sexuales realizadas de mutuo acuerdo entre personas que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento o por su orientación sexual o identidad de género.

**Los Estados:**

- A. Derogarán todas las figuras delictivas que tengan por objeto o por resultado la prohibición de la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas del mismo sexo que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento y, hasta que tales disposiciones sean derogadas, nunca impondrán la pena de muerte a ninguna persona sentenciada en base a ellas;
- B. Perdonarán las sentencias de muerte y pondrán en libertad a todas aquellas personas que actualmente están a la espera de ser ejecutadas por crímenes relacionados con la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento;
- C. Cesarán todos los ataques patrocinados o tolerados por el Estado contra las vidas de las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género y asegurarán que todos esos ataques, cometidos ya sea por funcionarios públicos o por cualquier individuo o grupo, sean investigados vigorosamente y, en aquellos casos en que se encuentren pruebas apropiadas, las personas responsables sean perseguidas, enjuiciadas y debidamente castigadas.

### **PRINCIPIO 5. EL DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL**

Toda persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado frente a todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal que sea cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución.

#### **Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas policíacas y de otra índole que sean necesarias a fin de prevenir todas las formas de violencia y hostigamiento relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género y a brindar protección contra estas;
- B. Adoptarán todas las medidas legislativas necesarias para imponer castigos penales apropiados por violencia, amenazas de violencia, incitación a la violencia y hostigamientos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género de cualquier persona o grupo de personas, en todas las esferas de la vida, incluyendo la familia;
- C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que la orientación sexual o la identidad de género de la víctima no sea utilizada para justificar, disculpar o mitigar dicha violencia;
- D. Asegurarán que la perpetración de tal violencia sea investigada vigorosamente y, en aquellos casos en que se encuentren pruebas apropiadas, las personas responsables sean perseguidas, enjuiciadas y debidamente castigadas, y que a las víctimas se les brinden recursos y resarcimientos apropiados, incluyendo compensación;
- E. Empezarán campañas de sensibilización, dirigidas al público en general como también a perpetradores reales o potenciales de violencia, a fin de combatir los prejuicios subyacentes a la violencia relacionada con la orientación sexual y la identidad de género.

### **PRINCIPIO 6. EL DERECHO A LA PRIVACIDAD**

Todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho al goce de la privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, y el derecho a la protección contra ataques ilegales a su honra o a su reputación. El derecho a la privacidad normalmente incluye el derecho a optar por revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el derecho de cada persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, a disfrutar de la esfera privada, las decisiones íntimas y las relaciones humanas, incluyendo la actividad sexual de mutuo acuerdo entre personas mayores de la edad de consentimiento, sin injerencias arbitrarias;
- B. Derogarán todas las leyes que criminalizan la actividad sexual que se realiza de mutuo acuerdo entre personas del mismo sexo que son mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, y asegurarán que se aplique una misma edad de consentimiento a la actividad sexual entre personas tanto del mismo sexo como de sexos diferentes;
- C. Velarán por que las disposiciones penales y otras de carácter jurídico de aplicación general no sean utilizadas de hecho para criminalizar la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas del mismo sexo que son mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento;
- D. Derogarán cualquier ley que prohíba o criminalice la expresión de la identidad de género, incluso a través del vestido, el habla y la gestualidad, o que niegue a las personas la oportunidad de modificar sus cuerpos como un medio para expresar su identidad de género;
- E. Pondrán en libertad a todas las personas detenidas bajo prisión preventiva o en base a una sentencia penal, si su detención está relacionada con la actividad sexual realizada de mutuo acuerdo entre personas mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento o con su identidad de género;
- F. Garantizarán el derecho de toda persona a decidir, en condiciones corrientes, cuándo, a quién y cómo revelar información concerniente a su orientación sexual o identidad de género, y protegerán a todas las personas contra la divulgación arbitraria o no deseada de dicha información o contra la amenaza, por parte de otros, de divulgarla.

**PRINCIPIO 7. EL DERECHO DE TODA PERSONA A NO SER DETENIDA ARBITRARIAMENTE**

Ninguna persona deberá ser arrestada o detenida en forma arbitraria. Es arbitrario el arresto o la detención por motivos de orientación sexual o identidad de género, ya sea en cumplimiento de una orden judicial o por cualquier otra razón. En base a la igualdad, todas las personas que están bajo arresto, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho a ser informadas, en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificadas del carácter de las acusaciones formuladas en su contra; asimismo, tienen el derecho a ser llevadas sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, como también a recurrir ante un tribunal a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su detención, ya sea que se les haya acusado o no de ofensa alguna.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que la orientación sexual o la identidad de género no puedan, bajo ninguna circunstancia, ser la base del arresto o la detención, incluyendo la eliminación de disposiciones del derecho penal redactadas de manera imprecisa que incitan a una aplicación discriminatoria o que de cualquier otra manera propician arrestos basados en prejuicios;
- B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar que todas las personas bajo arresto, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tengan el derecho, en base a la igualdad, a ser informadas, en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificadas del carácter de las acusaciones formuladas en su contra y, hayan sido o no acusadas de alguna ofensa, a ser llevadas sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y a recurrir ante un tribunal para que este decida sobre la legalidad de su detención;
- C. Empezarán programas de capacitación y sensibilización a fin de educar a agentes de la policía y otro personal encargado de hacer cumplir la ley acerca de la arbitrariedad del arresto y la detención en base a la orientación sexual o identidad de género de una persona;
- D. Mantendrán registros exactos y actualizados de todos los arrestos y detenciones, indicando la fecha, ubicación y razón de la detención, y asegurarán una supervisión independiente de todos los lugares de detención por parte de organismos que cuenten con un mandato adecuado y estén apropiadamente dotados para identificar arrestos y detenciones cuya motivación pudiese haber sido la orientación sexual o identidad de género de una persona.

**PRINCIPIO 8. EL DERECHO A UN JUICIO JUSTO**

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad y con las debidas garantías, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en su contra, sin prejuicios ni discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de prohibir y eliminar el trato prejuicioso basado en la orientación sexual o la identidad de género en todas las etapas del proceso judicial, en procedimientos civiles y penales y en todo procedimiento judicial y administrativo que determine los derechos y las obligaciones, y asegurarán que no se impugne la credibilidad o el carácter de ninguna persona en su calidad de parte, testigo/a, defensor/a o tomador/a de decisiones en base a su orientación sexual o identidad de género;
- B. Adoptarán todas las medidas necesarias y razonables para proteger a las personas contra persecuciones penales o procedimientos civiles que sean motivados enteramente o en parte por prejuicios acerca de la orientación sexual o la identidad de género;
- C. Empezarán programas de capacitación y sensibilización dirigidos a jueces y juezas, personal de los tribunales, fiscales, abogados/as y otras personas en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos y los

principios de igualdad y no discriminación, incluidos los concernientes a la orientación sexual o identidad de género.

### **PRINCIPIO 9. EL DERECHO DE TODA PERSONA PRIVADA DE SU LIBERTAD A SER TRATADA HUMANAMENTE**

Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona.

#### **Los Estados:**

- A. Asegurarán que la detención evite una mayor marginación de las personas en base a su orientación sexual o identidad de género o las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales;
- B. Proveerán a las personas detenidas de un acceso adecuado a cuidados médicos y consejería apropiada a sus necesidades, reconociendo cualquier necesidad particular con base en su orientación sexual o identidad de género, incluso en lo que respecta a salud reproductiva, acceso a información y terapia sobre el VIH/SIDA y a terapia hormonal o de otro tipo, como también a tratamientos para reasignación de sexo si ellas los desearan;
- C. Velarán por que, en la medida que sea posible, todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado para su orientación sexual e identidad de género;
- D. Establecerán medidas de protección para todas las personas privadas de su libertad que sean vulnerables a violencia o abusos en base a su orientación sexual, identidad de género o expresión de género y asegurarán, tanto como sea razonablemente practicable, que dichas medidas no impliquen más restricciones a sus derechos de las que experimenta la población general de la prisión;
- E. Asegurarán que las visitas conyugales, donde estén permitidas, sean otorgadas en igualdad de condiciones para todas las personas presas y detenidas, con independencia del sexo de su pareja;
- F. Estipularán el monitoreo independiente de las instalaciones de detención por parte del Estado, como también de organizaciones no gubernamentales, incluyendo aquellas que trabajan en los ámbitos de la orientación sexual y la identidad de género;
- G. Empezarán programas de capacitación y sensibilización dirigidos al personal penitenciario y a todos los demás funcionarios de los sectores público y privado involucrados en las instalaciones de detención en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los concernientes a la orientación sexual y la identidad de género.

### **PRINCIPIO 10. EL DERECHO DE TODA PERSONA A NO SER SOMETIDA A TORTURAS NI A PENAS O TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES**

Todas las personas tienen el derecho a no ser sometidas a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluso por razones relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de prevenir torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes perpetrados por motivos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género de la víctima, así como la incitación a cometer tales actos, y brindarán protección contra estos;
- B. Adoptarán todas las medidas razonables para identificar a las víctimas de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes perpetrados por motivos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género y ofrecerán recursos apropiados, incluyendo resarcimientos y reparaciones, así como apoyo médico y psicológico cuando resulte apropiado;
- C. Empezarán programas de capacitación y sensibilización dirigidos a agentes de la policía, al personal penitenciario y a todos los demás funcionarios de los sectores público y privado que se encuentren en posición de perpetrar o prevenir dichos actos.

**PRINCIPIO 11. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN CONTRA TODAS LAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN, VENTA Y TRATA DE PERSONAS**

Toda persona tiene derecho a la protección contra la trata, venta y cualquier forma de explotación, incluyendo la explotación sexual pero sin limitarse a ella, basadas en una orientación sexual o identidad de género real o percibida. Las medidas diseñadas para prevenir la trata deberán asegurarse de tener en cuenta los factores que aumentan la vulnerabilidad a ella, entre ellos diversas formas de desigualdad y de discriminación en base a una orientación sexual o identidad de género real o percibida, o en la expresión de estas u otras identidades. Tales medidas deberán ser compatibles con los derechos humanos de las personas que se encuentran en riesgo de trata.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y otras de carácter preventivo y de protección que sean necesarias con respecto a la trata, venta y toda forma de explotación de seres humanos, incluyendo la explotación sexual pero sin limitarse a esta, basadas en una orientación sexual o identidad de género real o percibida;
- B. Velarán por que dichas leyes o medidas no criminalicen la conducta de las personas vulnerables a tales prácticas, no las estigmaticen ni de ninguna otra manera exacerben sus desventajas;
- C. Establecerán medidas, servicios y programas legales, educativos y sociales para hacer frente a los factores que incrementan la vulnerabilidad a la trata, venta y toda forma de explotación de seres humanos, incluyendo la explotación sexual pero sin limitarse a esta, basadas en una orientación sexual o identidad de género real o percibida, incluso factores tales como la exclusión social, la discriminación, el rechazo por parte de las familias o comunidades culturales, la falta de independencia financiera, la carencia de hogar, las actitudes sociales discriminatorias que conducen a una baja autoestima y la falta de protección contra la discriminación en el acceso a la vivienda, el empleo y los servicios sociales.

**PRINCIPIO 12. EL DERECHO AL TRABAJO**

Toda persona tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de eliminar y prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el empleo público y privado, incluso en lo concerniente a capacitación profesional, contratación, promoción, despido, condiciones de trabajo y remuneración;
- B. Eliminarán toda discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género a fin de garantizar iguales oportunidades de empleo y superación en todas las áreas del servicio público, incluidos todos los niveles del servicio gubernamental y el empleo en funciones públicas, incluyendo el servicio en la policía y las fuerzas armadas, y proveerán programas apropiados de capacitación y sensibilización a fin de contrarrestar las actitudes discriminatorias.

**PRINCIPIO 13. EL DERECHO A LA SEGURIDAD Y A OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOCIAL**

Todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte;
- B. Asegurarán que no se someta a niñas y niños a ninguna forma de trato discriminatorio dentro del sistema de seguridad social o en la provisión de beneficios sociales o de bienestar social en base a su orientación sexual o identidad de género o la de cualquier miembro de su familia;
- C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a estrategias y programas de reducción de la pobreza, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**PRINCIPIO 14. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO**

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, lo cual incluye alimentación adecuada, agua potable, servicios sanitarios y vestimenta adecuadas, así como a la mejora continua de sus condiciones de vida, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso de las personas a la alimentación, el agua potable, los servicios sanitarios y la vestimenta adecuadas, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

**PRINCIPIO 15. EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA**

Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, lo que incluye la protección contra el desalojo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar la seguridad de la tenencia y el acceso a una vivienda asequible, habitable, accesible, culturalmente apropiada y segura, incluyendo albergues y otros alojamientos de emergencia, sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o estado marital o familiar;
- B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de prohibir la ejecución de desalojos que sean incompatibles con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y asegurarán la disponibilidad de recursos legales u otros apropiados que resulten adecuados y efectivos para cualquier persona que afirme que le fue violado, o se encuentra bajo amenaza de serle violado, un derecho a la protección contra desalojos forzados, incluyendo el derecho al reasentamiento, que incluye el derecho a tierra alternativa de mejor o igual calidad y a vivienda adecuada, sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o estado marital o familiar;
- C. Garantizarán la igualdad de derechos a la propiedad y la herencia de tierra y vivienda sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;
- D. Establecerán programas sociales, incluyendo programas de apoyo, a fin de hacer frente a los factores relacionados con la orientación sexual y la identidad de género que incrementan la vulnerabilidad -especialmente de niñas, niños y jóvenes- a la carencia de hogar, incluyendo factores tales como la exclusión social, la violencia doméstica y de otra índole, la discriminación, la falta de independencia financiera y el rechazo por parte de familias o comunidades culturales, así como para promover esquemas de apoyo y seguridad vecinales;
- E. Proveerán programas de capacitación y sensibilización a fin de asegurar que en todas las agencias pertinentes haya conciencia y sensibilidad en cuanto a las necesidades de las personas que se enfrentan al desamparo o a desventajas sociales como resultado de su orientación sexual o identidad de género.

**PRINCIPIO 16. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN**

Toda persona tiene derecho a la educación, sin discriminación alguna basada en su orientación sexual e identidad de género, y con el debido respeto hacia estas.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a la educación en igualdad de condiciones y el trato igualitario de estudiantes, personal y docentes dentro del sistema educativo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;
- B. Garantizarán que la educación esté encaminada al desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física de cada estudiante hasta el máximo de sus posibilidades y que responda a las necesidades de estudiantes de todas las orientaciones sexuales e identidades de género;
- C. Velarán por que la educación esté encaminada a inculcar respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como el respeto a la madre, el padre y familiares de cada niña y niño, a su propia identidad cultural, su idioma y sus valores, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia e igualdad entre los sexos, teniendo en cuenta y respetando las diversas orientaciones sexuales e identidades de género;
- D. Asegurarán que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto de, entre otras, la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género, incluyendo las necesidades particulares de las y los estudiantes y de sus madres, padres y familiares relacionadas con ellas;
- E. Velarán por que las leyes y políticas brinden a estudiantes, al personal y a docentes de las diferentes orientaciones sexuales e identidades de género una adecuada protección contra todas las formas de exclusión social y violencia, incluyendo el acoso y el hostigamiento, dentro del ambiente escolar;
- F. Garantizarán que a estudiantes que sufran dicha exclusión o violencia no se les margine o segregue por razones de protección y que sus intereses superiores sean identificados y respetados en una manera participativa;
- G. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana, sin discriminación ni castigos basados en la orientación sexual, la identidad de género de las y los estudiantes, o su expresión.
- H. Velarán por que todas las personas tengan acceso a oportunidades y recursos para un aprendizaje perdurable sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluyendo a personas adultas que ya han sufrido dichas formas de discriminación en el sistema educativo.

**PRINCIPIO 17. EL derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud**

Todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental de este derecho.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el disfrute del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;
- B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar que todas las personas tengan acceso a centros, productos y servicios para la salud, incluidos los relacionados con la salud sexual y reproductiva, así como a sus propios historiales médicos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;
- C. Asegurarán que los centros, productos y servicios para la salud sean diseñados de modo que mejoren el estado de salud de todas las personas sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, que respondan a sus necesidades y tengan en cuenta dichos motivos y que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad;
- D. Desarrollarán e implementarán programas encaminados a hacer frente a la discriminación, los prejuicios y otros factores sociales que menoscaban la salud de las personas debido a su orientación sexual o identidad de género;
- E. Velarán por que todas las personas estén informadas y su autonomía sea promovida a fin de que puedan tomar sus propias decisiones relacionadas con el tratamiento y los cuidados médicos en base a un consentimiento genuinamente informado, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;
- F. Velarán por que todos los programas y servicios de salud, educación, prevención, cuidados y tratamiento en materia sexual y reproductiva respeten la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género y estén disponibles en igualdad de condiciones y sin discriminación para todas las personas;
- G. Facilitarán el acceso a tratamiento, cuidados y apoyo competentes y no discriminatorios a aquellas personas que busquen modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género;
- H. Asegurarán que todos los proveedores de servicios para la salud traten a sus clientes y sus parejas sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluso en lo concerniente al reconocimiento como parientes más cercanos;
- I. Adoptarán las políticas y los programas de educación y capacitación que sean necesarios para posibilitar que quienes trabajan en el sector de salud brinden a todas las personas el más alto nivel posible de atención a su salud, con pleno respeto por la orientación sexual e identidad de género de cada una.

### **PRINCIPIO 18. PROTECCIÓN CONTRA ABUSOS MÉDICOS**

Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un centro médico, en base a su orientación sexual o identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas.

#### **Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar la plena protección contra prácticas médicas dañinas basadas en la orientación sexual o la identidad de género,

incluso en estereotipos, ya sea derivados de la cultura o de otra fuente, en cuanto a la conducta, la apariencia física o las que se perciben como normas en cuanto al género;

- B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que el cuerpo de ningún niño o niña sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que persigan imponer una identidad de género sin el consentimiento pleno, libre e informado de ese niño o niña de acuerdo a su edad y madurez y guiado por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración el interés superior de las niñas y los niños;
- C. Establecerán mecanismos de protección infantil encaminados a que ningún niño o niña corra el riesgo de sufrir abusos médicos o sea sometido/a a ellos;
- D. Garantizarán la protección de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género contra procedimientos o estudios médicos carentes de ética o no consentidos, incluidos los relacionados con vacunas, tratamientos o microbicidas para el VIH/SIDA u otras enfermedades;
- E. Revisarán y enmendarán todas las disposiciones o programas de financiamiento para la salud, incluyendo aquellos con carácter de cooperación al desarrollo, que promuevan, faciliten o de alguna otra manera hagan posibles dichos abusos;
- F. Velarán por que cualquier tratamiento o consejería de índole médica o psicológica no considere, explícita o implícitamente, la orientación sexual y la identidad de género como condiciones médicas que han de ser tratadas, curadas o suprimidas.

#### **PRINCIPIO 19. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN**

Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Esto incluye la expresión de la identidad o la personalidad mediante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o por cualquier otro medio, como también la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todos los tipos, incluso la concerniente a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, a través de cualquier medio y sin consideración a las fronteras.

##### **Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el pleno goce de la libertad de opinión y de expresión, respetando los derechos y libertades de otras personas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluyendo la recepción y entrega de información e ideas relativas a la orientación sexual y la identidad de género, además de las relacionadas con la promoción y defensa de los derechos legales, la publicación de materiales, la difusión, la organización de conferencias o participación en estas, así como la diseminación de información sobre relaciones sexuales más seguras y el acceso a ella;
- B. Asegurarán que los productos y la organización de los medios de comunicación que son regulados por el Estado sean pluralistas y no discriminatorios en lo que respecta a asuntos relacionados con la orientación sexual y la

identidad de género, como también que en el reclutamiento de personal y las políticas de promoción, dichas organizaciones no discriminen por motivos de orientación sexual o identidad de género;

- C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el pleno disfrute del derecho a expresar la identidad o la personalidad, incluso a través del lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o cualquier otro medio;
- D. Asegurarán que las nociones de orden público, moralidad pública, salud pública y seguridad pública no sean utilizadas para restringir, en una forma discriminatoria, ningún ejercicio de la libertad de opinión y de expresión que afirme las diversas orientaciones sexuales o identidades de género;
- E. Velarán por que el ejercicio de la libertad de opinión y de expresión no viole los derechos y libertades de las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género;
- F. Garantizarán que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, gocen de acceso, en igualdad de condiciones, a la información y las ideas, así como a la participación en debates públicos.

### **PRINCIPIO 20. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE REUNIÓN Y DE ASOCIACIÓN PACÍFICAS**

Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, incluso para los propósitos de manifestaciones pacíficas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Las personas pueden formar y hacer reconocer, sin discriminación, asociaciones basadas en la orientación sexual o la identidad de género, así como asociaciones que distribuyan información a, o sobre personas de, las diversas orientaciones sexuales e identidades de género, faciliten la comunicación entre estas personas y aboguen por sus derechos.

#### **Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar los derechos a la organización, asociación, reunión y defensa pacíficas en torno a asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género, así como el derecho a obtener reconocimiento legal para tales asociaciones y grupos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;
- B. Velarán en particular por que las nociones de orden público, moralidad pública, salud pública y seguridad pública no sean utilizadas para restringir ninguna forma de ejercicio de los derechos a la reunión y asociación pacíficas únicamente sobre la base de que dicho ejercicio afirma la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género;
- C. Bajo ninguna circunstancia impedirán el ejercicio de los derechos a la reunión y asociación pacíficas por motivos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género y asegurarán que a las personas que ejerzan tales derechos se les brinde una adecuada protección policial y otros tipos de protección física contra la violencia y el hostigamiento;
- D. Proveerán programas de capacitación y sensibilización a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y a otros funcionarios pertinentes a fin de que sean capaces de brindar dicha protección;
- E. Asegurarán que las reglas sobre divulgación de información referidas a asociaciones y grupos voluntarios no tengan, en la práctica, efectos discriminatorios para aquellas asociaciones o grupos que abordan asuntos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género, ni para sus miembros.

### **PRINCIPIO 21. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN**

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Estos derechos no pueden ser invocados por el Estado para justificar leyes, políticas o prácticas que nieguen el derecho a igual protección de la ley o que discriminen por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Los Estados:

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho de las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, a profesar y practicar creencias religiosas y no religiosas, ya sea solas o en asociación con otras personas, a que no haya injerencias en sus creencias y a no sufrir coerción o imposición de creencias;
- B. Velarán por que la expresión, práctica y promoción de diferentes opiniones, convicciones y creencias concernientes a asuntos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género no se lleven a cabo en una manera que sea incompatible con los derechos humanos.

### **PRINCIPIO 22. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE MOVIMIENTO**

Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. La orientación sexual y la identidad de género nunca podrán ser invocadas para limitar o impedir el ingreso de una persona a un Estado, su salida de este o su retorno al mismo, incluyendo el Estado del cual la persona es ciudadana.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que se garantice el derecho a la libertad de movimiento y de residencia, con independencia de la orientación sexual o la identidad de género;

### **PRINCIPIO 23. EL DERECHO A PROCURAR ASILO**

En caso de persecución, incluida la relacionada con la orientación sexual o la identidad de género, toda persona tiene derecho a procurar asilo, y a obtenerlo en cualquier país. Un Estado no podrá remover, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que esa persona pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a la orientación sexual o identidad de género.

**Los Estados:**

- A. Revisarán, enmendarán y promulgarán leyes a fin de garantizar que un temor fundado de persecución por motivos de orientación sexual o identidad de género sea aceptado como base para el reconocimiento de la condición de refugiado/a y al asilo;
- B. Asegurarán que ninguna política o práctica discrimine a solicitantes de asilo por su orientación sexual o identidad de género;
- C. Velarán por que ninguna persona sea removida, expulsada o extraditada a ningún Estado en el que pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a su orientación sexual o identidad de género.

**PRINCIPIO 24. EL DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA**

Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.

**Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;
- B. Velarán por que las leyes y políticas reconozcan la diversidad de formas de familias, incluidas aquellas que no son definidas por descendencia o matrimonio, y adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para asegurar que ninguna familia sea sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes, incluso en lo que respecta al bienestar social y otros beneficios relacionados con la familia, al empleo y a la inmigración;
- C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que en todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial sea el interés superior del niño o la niña y que la orientación sexual o identidad de género del niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona no sea considerada incompatible con ese interés superior;
- D. En todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños, velarán por que un niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio pueda ejercer el derecho de expresar sus opiniones con libertad y que estas sean debidamente tenidas en cuenta en función de la edad y madurez del niño o la niña;
- E. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que en aquellos Estados que reconocen los matrimonios o las sociedades de convivencia registradas entre personas de un mismo sexo, cualquier derecho, privilegio, obligación o beneficio que se otorga a personas de sexo diferente que están casadas o en unión registrada esté disponible en igualdad de condiciones para personas del mismo sexo casadas o en sociedad de convivencia registrada;

- F. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que cualquier obligación, derecho, privilegio o beneficio que se otorga a parejas de sexo diferente no casadas esté disponible en igualdad de condiciones para parejas del mismo sexo no casadas;
- G. Asegurarán que el matrimonio y otras sociedades de convivencia reconocidas por la ley se contraigan únicamente mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros cónyuges o parejas.

### **PRINCIPIO 25. EL DERECHO A PARTICIPAR EN LA VIDA PÚBLICA**

Todas las personas ciudadanas gozarán del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, incluido el derecho a postularse a cargos públicos, a participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar y a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a todos los niveles de las funciones públicas de su país y al empleo en funciones públicas, incluyendo el servicio en la policía y las fuerzas armadas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

#### **Los Estados deberían:**

- A. Revisar, enmendar y promulgar leyes para asegurar el pleno disfrute del derecho a participar en la vida y los asuntos públicos y políticos, incluyendo todos los niveles de las funciones públicas y el empleo en funciones públicas, incluso el servicio en la policía y las fuerzas armadas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género y con pleno respeto a la orientación sexual y la identidad de género de cada persona;
- B. Adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar los estereotipos y prejuicios referidos a la orientación sexual y la identidad de género que impidan o restrinjan la participación en la vida pública;
- C. Garantizar el derecho de cada persona a participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar, sin discriminación basada en su orientación sexual e identidad de género y con pleno respeto por estas.

### **PRINCIPIO 26. EL DERECHO A PARTICIPAR EN LA VIDA CULTURAL**

Toda persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad y a expresar la diversidad de orientaciones sexual e identidades de género a través de la participación cultural.

#### **Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurarles a todas las personas oportunidades para participar en la vida cultural, con independencia de sus orientaciones sexuales e identidades de género y con pleno respeto por estas;
- B. Fomentarán el diálogo y el respeto mutuo entre quienes expresan a los diversos grupos culturales que existen dentro del Estado, incluso entre grupos que tienen opiniones diferentes sobre asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género, de conformidad con el respeto a los derechos humanos a que se hace referencia en estos Principios.

## **PRINCIPIO 27. EL DERECHO A PROMOVER LOS DERECHOS HUMANOS**

Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Esto incluye las actividades encaminadas a promover y proteger los derechos de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, así como el derecho a desarrollar y debatir ideas y principios nuevos relacionados con los derechos humanos y a procurar la aceptación de los mismos.

### **Los Estados:**

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar condiciones favorables para actividades encaminadas a la promoción y realización de los derechos humanos, incluidos los derechos pertinentes a la orientación sexual y la identidad de género;
- B. Adoptarán todas las medidas apropiadas para combatir acciones o campañas dirigidas a defensores y defensoras de los derechos humanos que trabajan en asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género, así como aquellas dirigidas a defensores y defensoras de diversas orientaciones sexuales e identidades de género que luchan por los derechos humanos;
- C. Velarán por que las y los defensores de los derechos humanos, con independencia de su orientación sexual o identidad de género y de los asuntos de derechos humanos que defiendan, gocen de acceso a organizaciones y órganos de derechos humanos nacionales e internacionales, de participación en estos y de comunicación con ellos, sin discriminación ni trabas;
- D. Garantizarán la protección de los defensores y las defensoras de los derechos humanos que trabajan en asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género contra toda violencia, amenaza, represalia, discriminación de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria perpetrada por el Estado o por agentes no estatales en respuesta a sus actividades en materia de derechos humanos. A los defensores y defensoras de los derechos humanos que trabajan en cualquier otro asunto, debería garantizárseles la misma protección contra tales actos basados en su orientación sexual o identidad de género;
- E. Apoyarán el reconocimiento y la acreditación de organizaciones que promueven y protegen los derechos humanos de personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género a los niveles nacional e internacional.

## **PRINCIPIO 28. EL DERECHO A RECURSOS Y RESARCIMIENTOS EFECTIVOS**

Toda víctima de una violación de los derechos humanos, incluso de una violación basada en la orientación sexual o la identidad de género, tiene el derecho a recursos eficaces, adecuados y apropiados. Las medidas adoptadas con el propósito de brindar reparaciones a personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, o

de asegurar el adecuado desarrollo de estas personas, son esenciales para el derecho a recursos y resarcimientos efectivos.

**Los Estados:**

- A. Establecerán los procedimientos jurídicos necesarios, incluso mediante la revisión de leyes y políticas, a fin de asegurar que las víctimas de violaciones a los derechos humanos por motivos de orientación sexual o identidad de género tengan acceso a una plena reparación a través de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, garantía de no repetición y/o cualquier otro medio que resulte apropiado;
- B. Garantizarán que las reparaciones sean cumplidas e implementadas de manera oportuna;
- C. Asegurarán el establecimiento de instituciones y normas efectivas para la provisión de reparaciones y resarcimientos, además de garantizar la capacitación de todo el personal en lo que concierne a violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género;
- D. Velarán por que todas las personas tengan acceso a toda la información necesaria sobre los procesos para obtención de reparaciones y resarcimientos;
- E. Asegurarán que se provea ayuda financiera a aquellas personas que no puedan pagar el costo de obtener resarcimiento y que sea eliminado cualquier otro obstáculo, financiero o de otra índole, que les impida obtenerlo;
- F. Garantizarán programas de capacitación y sensibilización, incluyendo medidas dirigidas a docentes y estudiantes en todos los niveles de la educación pública, a colegios profesionales y a potenciales violadores de los derechos humanos, a fin de promover el respeto a las normas internacionales de derechos humanos y el cumplimiento de las mismas, de conformidad con estos Principios, como también para contrarrestar las actitudes discriminatorias por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**PRINCIPIO 29. RESPONSABILIDAD PENAL**

Toda persona cuyos derechos humanos sean violados, incluyendo los derechos a los que se hace referencia en estos Principios, tiene derecho a que a las personas directa o indirectamente responsables de dicha violación, sean funcionarios públicos o no, se les responsabilice penalmente por sus actos de manera proporcional a la gravedad de la violación. No deberá haber impunidad para autores de violaciones a los derechos humanos relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.

**Los Estados:**

- A. Establecerán procedimientos penales, civiles, administrativos y de otra índole, así como mecanismos de vigilancia, que sean apropiados, accesibles y eficaces, a fin de asegurar la responsabilidad penal de los autores de violaciones a los derechos humanos relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género;
- B. Garantizarán que todas las denuncias de crímenes cometidos en base a la orientación sexual o identidad de género real o percibida de la víctima, incluidos los crímenes descritos en estos Principios, sean investigadas rápida y minuciosamente y que, en aquellos casos en que se encuentren pruebas apropiadas, los responsables sean procesados, enjuiciados y debidamente castigados;

- C. Establecerán instituciones y procedimientos independientes y eficaces que vigilen la formulación y aplicación de leyes y políticas para asegurar que se elimine la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;
- D. Eliminarán cualquier obstáculo que impida iniciar procesos penales contra personas responsables de violaciones de los derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género.

### RECOMENDACIONES ADICIONALES

Todas las personas que integran la sociedad y la comunidad internacional tienen responsabilidades concernientes a la realización de los derechos humanos. Por lo tanto, recomendamos que:

- A. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos apoye estos Principios, promueva su implementación a nivel mundial y los incorpore al trabajo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, incluso a nivel de campo;
- B. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas apoye estos Principios y dé una consideración sustantiva a las violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género, con miras a promover el cumplimiento de estos Principios por parte de los Estados;
- C. Los Procedimientos Especiales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas presten la debida atención a las violaciones de los derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género e incorporen estos Principios a la implementación de sus respectivos mandatos;
- D. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de conformidad con su Resolución 1996/31, reconozca y acredite a organizaciones no gubernamentales cuyo objetivo es promover y proteger los derechos humanos de las personas de diversas orientaciones sexuales o identidades de género;
- E. Los Órganos de Vigilancia de los Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas integren vigorosamente estos Principios a la implementación de sus respectivos mandatos, incluso a su jurisprudencia y al examen de informes estatales, y, de resultar apropiado, adopten Observaciones Generales u otros textos interpretativos sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos a personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género;
- F. La Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) desarrollen directrices sobre la prestación de servicios y cuidados de salud apropiados

que respondan a las necesidades de las personas en lo que concierne a su orientación sexual o identidad de género, con pleno respeto a sus derechos y su dignidad;

- G. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados incorpore estos Principios en los esfuerzos encaminados a proteger a personas que son perseguidas por motivos de orientación sexual o identidad de género, o que tienen fundados temores de serlo, y garantice que ninguna persona sufra discriminación basada en su orientación sexual o identidad de género en lo que se refiere a recibir ayuda humanitaria u otros servicios o en la determinación de la condición de refugiado;
- H. Las organizaciones intergubernamentales regionales y subregionales comprometidas con los derechos humanos, así como los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos regionales, velen por que la promoción de estos Principios sea un componente esencial en la implementación de los mandatos de sus diversos mecanismos, procedimientos y otros arreglos e iniciativas en materia de derechos humanos;
- I. Los tribunales regionales de derechos humanos incorporen vigorosamente en su jurisprudencia en desarrollo referida a la orientación sexual y la identidad de género aquellos Principios que sean relevantes a los tratados de derechos humanos de los que son intérpretes;
- J. Las organizaciones no gubernamentales que trabajan en derechos humanos a los niveles nacional, regional e internacional promuevan el respeto a estos Principios dentro del marco de sus mandatos específicos;
- K. Las organizaciones humanitarias incorporen estos Principios en cualquier operación humanitaria o de socorro y se abstengan de discriminar a las personas por su orientación sexual o identidad de género en la provisión de asistencia y otros servicios;
- L. Las instituciones nacionales de derechos humanos promuevan el respeto a estos Principios por parte de agentes estatales y no estatales e incorporen en su trabajo la promoción y protección de los derechos humanos de las personas de diversas orientaciones sexuales o identidades de género;
- M. Las organizaciones profesionales, incluyendo aquellas en los sectores médico, de justicia penal o civil y educativo, revisen sus prácticas y directrices para asegurarse de promover vigorosamente la implementación de estos Principios;
- N. Las organizaciones con fines comerciales reconozcan su importante función tanto en cuanto a asegurar el respeto a estos Principios en lo que concierne a su propia fuerza de trabajo como en cuanto a promoverlos a los niveles nacional e internacional, y actúen de conformidad con dicha función;

- O. Los medios de comunicación eviten el uso de estereotipos en cuanto a la orientación sexual y la identidad de género, promuevan la tolerancia y aceptación de la diversidad de la orientación sexual y la identidad de género humanas y sensibilicen al público en torno a estas cuestiones;
- P. Las agencias financiadoras gubernamentales y privadas brinden asistencia financiera a organizaciones no gubernamentales y de otra índole para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género.

**Estos Principios y Recomendaciones** reflejan la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos a las vidas y experiencias de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, y nada de lo aquí dispuesto se interpretará en el sentido de que restrinja o de alguna manera limite los derechos y libertades fundamentales de dichas personas reconocidos en las leyes o normas internacionales, regionales o nacionales.

## ANEXO

### SIGNATARIOS Y SIGNATARIAS DE LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

**Philip Alston** (Australia), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y Profesor de Derecho de la Escuela de Leyes de la Universidad de Nueva York, Estados Unidos

**Maxim Anmeghichean** (Moldavia), Asociación Internacional de Lesbianas y Gays – Europa

**Mauro Cabral** (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba / Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas

**Edwin Cameron** (Sudáfrica), Magistrado de la Corte Suprema de Apelaciones, Bloemfontein, Sudáfrica

**Sonia Onufer Corrêa** (Brasil), Investigadora Asociada de la Asociación Brasileña Interdisciplinaria de SIDA (ABIA) y Co-Presidenta del Grupo de Trabajo Internacional sobre la Sexualidad y Políticas Sociales, (Co-Presidenta de la Reunión de Especialistas)

**Yakin Ertürk** (Turquía), Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias, y Profesora del Departamento de Sociología de la Universidad Técnica del Medio Oriente

**Elizabeth Evatt** (Australia), ex integrante y Presidenta del Comité de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ex integrante del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Comisionada de la Comisión Internacional de Juristas

**Paul Hunt** (Nueva Zelanda), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y Profesor del Departamento de Leyes de la Universidad de Essex, Reino Unido

**Asma Jahangir** (Paquistán), Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de Paquistán

**Maina Kiai** (Kenia), Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Kenia

**Miloon Kothari** (India), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a una vivienda adecuada

**Judith Mesquita** (Reino Unido), Oficial Principal de Investigación del Centro de Derechos Humanos, Universidad de Essex, Reino Unido

**Alice M. Miller** (Estados Unidos de América), Profesora Asistente de la Escuela de Salud Pública y Co-Directora del Programa de Derechos Humanos, Universidad de Columbia

**Sanji Mmasenono Monageng** (Botswana), Jueza de la Corte Suprema (República de Gambia), Comisionada de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Presidenta del Comité de Seguimiento sobre la implementación de las Directrices para la Prohibición y Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes en África, o Directrices de la Isla Robben (Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos)

**Vitit Muntarbhorn** (Tailandia), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos en la República Democrática de Corea y Profesor de Leyes de la Universidad de Chulalongkorn, Tailandia, (Co-Presidente de la Reunión de Especialistas)

**Lawrence Mute** (Kenia), Comisionado de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Kenia

**Manfred Nowak** (Austria), Profesor y Co-Director del Instituto Ludwig Boltzmann de Derechos Humanos, Austria, y Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes

**Ana Elena Obando Mendoza** (Costa Rica), abogada feminista, activista por los derechos de las mujeres y consultora internacional

**Michael O'Flaherty** (Irlanda), Miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Profesor de Derechos Humanos y Co-Director del Centro de Derecho Humanitario de la Universidad de Nottingham (Relator para el desarrollo de los Principios de Yogyakarta)

**Sunil Pant** (Nepal), Presidente de la Sociedad Diamante Azul, Nepal

**Dimitrina Petrova** (Bulgaria), Directora Ejecutiva del Fondo para la Igualdad de Derechos

**Rudi Muhammad Rizki** (Indonesia), Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional, Catedrático y Vice-Decano de Asuntos Académicos de la Facultad de Leyes de la Universidad de Padjadjaran, Indonesia

**Mary Robinson** (Irlanda), Fundadora de Realizando los Derechos: La Iniciativa por una Globalización Ética, ex Presidenta de Irlanda y ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

**Nevena Vuckovic Sahovic** (Serbia y Montenegro), Integrante del Comité de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, y Presidenta del Centro para los Derechos de la Infancia, Belgrado, Serbia y Montenegro

**Martin Scheinin** (Finlandia), Relator Especial de las Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, Profesor de Derecho Constitucional e Internacional y Director del Instituto para los Derechos Humanos

**Wan Yanhai** (China), Fundador del Proyecto de Acción AIZHI y Director del Instituto Aizhixing de Educación sobre Salud de Pekín

**Stephen Whittle** (Reino Unido), Profesor de Derecho sobre Igualdades de la Universidad Metropolitana de Manchester

**Roman Wieruszewski** (Polonia), Miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Director del Centro Poznan para los Derechos Humanos, Polonia

**Robert Wintemute** (Canadá y Reino Unido), Profesor de Legislación en Derechos Humanos de la Escuela de Leyes, King's College, Londres, Reino Unido

---

[1] Se entiende por orientación sexual la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente o de un mismo sexo o de más de un sexo, así como a la capacidad de tener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

[2] Se entiende por identidad de género la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los aminoramientos.

