

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

**El trato discriminatorio en la Constitución del colectivo
LGBT en materia de Matrimonio.**

Lilia Paulina Granja Sánchez

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

Abogada

Director

Luis Parraguez Ruíz

Quito, 10 de diciembre de 2010.

© **Derechos de autor**

Lilia Granja Sánchez

2010

A David, Doménica y los hijos que aún no tengo, porque es para ellos que quiero un mundo mejor, sin odios, sin guerras, sin racismo, sin discriminación.

A mis Padres por su amor y apoyo incondicional, a mi Hermano por ser mi ejemplo para no rendirme nunca, a mi amor, a la familia que formé en la tierra y a mis amigos.

A todos los valientes seres que dejaron atrás los miedos y prejuicios y lucharon por ser quienes son, por ser mi inspiración y mi mayor lucha.

Mi mayor agradecimiento a Dios, por todas sus bendiciones y darme todas las oportunidades para que este sueño sea posible, a mi Director de Tesis, el Dr. Luis Parraguez Ruiz por el tiempo dedicado para que este trabajo pueda realizarse y a mis lectores.

RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador y Tratados Internacionales de Derechos Humanos reconocen el derecho a la igualdad y no discriminación, derechos inherentes del ser humano que el Estado ecuatoriano está obligado a garantizar.

El colectivo LGBT en el Ecuador a pesar de haber sido víctima constata de discriminación por sus preferencias sexuales, obtuvo un reconocimiento importante en la Constitución de 2008, la no discriminación por preferencias sexuales y la unión de hecho para parejas del mismo sexo, con la cual se protege el régimen patrimonial de una pareja.

Sin embargo, este reconocimiento fue el resultado de una Asamblea Constituyente que no analizó objetivamente la permisibilidad de la unión de hecho y la prohibición del matrimonio para parejas del mismo sexo, con lo que se limitó el desempeño de la legalidad del ordenamiento jurídico.

En la Asamblea Constituyente, para que la unión de hecho de parejas del mismo sexo fuera posible, se limitó al matrimonio como exclusivo para heterosexuales, caso contrario la unión de hecho no sería aceptada.

Con estas restricciones se establece una discriminación para el colectivo LGBT, puesto que el análisis con la que se manejó el tema, se basó en argumentos subjetivos y dogmáticos, a pesar de haberse constituido un estado laico.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Ecuador and International Human Rights Treaties recognize the right to equality and non discrimination as inherent human rights that Ecuador is obliged to guarantee.

The GLBT community in Ecuador, despite have been constantly discriminated for their sexual preferences, obtained an important recognition in the Constitution of 2008, the non-discrimination on sexual preferences and the recognition of the civil union for same-sex couples, which scheme protects the patrimony of the couple.

But this recognition was the result of a Constituent Assembly that did make an objective analyze of the permission of the civil union, and the prohibition of marriage for same-sex couples, thereby limiting the performance of legality.

The Constituent Assembly let the civil union of same-sex couples be possible only if marriage was confined exclusively to heterosexual couples, otherwise the civil union would not be accepted.

With these restrictions was established an evident discrimination for the GLBT community, including that the analysis that was handled, was based on subjective and dogmatic arguments, despite having become a secular State.

Tabla de Contenidos

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES.....	1
1.1. Derecho a la igualdad y no discriminación	2
1.1.1. Derecho a la igualdad y no discriminación en el Ecuador	9
1.1.2. Protección y alcance del derecho a la igualdad	13
1.1.3. Cómo se constituye la discriminación al colectivo LGBTTT.....	14
1.2. Principio de progresividad.....	22
1.2.1. Progresividad Dinámica	24
1.2.2. Progresividad unidireccional. La “evolución reaccionaria”	26
1.2.3. Alcance del principio de progresividad en el Ecuador.....	27
1.3. El grupo LGBT	28
1.3.1. ¿Qué son los LGBT?.....	28
1.3.2. Los LGBT en el Ecuador	30
1.4. Matrimonio, unión de hecho y familia.....	33
1.5. Reformulación del concepto del Matrimonio.....	36
1.5.1. Matrimonio entre homosexuales	38
1.5.2. Matrimonio, unión de hecho y familia en el Ecuador.....	41
1.5.3. Matrimonio y uniones de hecho en el derecho comparado	45
1.6. Argumentos contrarios a la legalización de las parejas del mismo sexo.....	51

CAPÍTULO II

LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLACIÓN DE LA IGUALDAD PARA EL GRUPO LGBT EN EL ECUADOR EN MATERIA DE MATRIMONIO.....	56
2.1. Antecedentes del proceso constituyente.....	57
2.2. Disposiciones Constitucionales sobre la protección a la no discriminación.....	61
2.2.1. Comparación entre la Constitución de 1998 y la actual.....	64
2.2.2. Debate en la Asamblea sobre familia, matrimonio y unión de hecho entre homosexuales	70

2.3.	Diferenciación entre trato desigual y trato discriminatorio	79
2.3.1.	La acción afirmativa y la diferenciación no discriminatoria	80
2.4.	El artículo 67 de la Constitución sometido al “Test” del trato discriminatorio	83
2.4.1.	La objetividad de la norma.....	84
2.4.2.	La razonabilidad de la norma y el posible detrimento a los derechos de las personas que puede causar la norma	87
2.4.3.	El posible contrariamiento a la justicia o la naturaleza de las cosas por parte de la norma.....	90
2.4.4.	La distinción basada en desigualdades reales y objetivas entre las personas por parte de la norma.....	92
2.4.5.	La proporcionalidad entre medios empleados y el fin perseguido de la norma.	93
CAPITULO III		
EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.....		
3.1.	Reconocimiento de la unión de hecho y el impedimento constitucional de contraer matrimonio para el colectivo LGBT limita el principio de progresividad al no poder plantear una reforma legal en materia de matrimonio	95
3.1.1.	Diferencias entre la reforma legal y la reforma constitucional.....	98
3.2.	El impedimento de contraer matrimonio para los LGBT impide el ejercicio de otros derechos.....	100
3.2.1.	Estado civil.....	101
3.2.2.	Segregación	102
3.2.3.	Adopción.....	104
3.3.	Procedimiento de la unión de hecho y matrimonio desde el punto de vista adquisitivo/económico de los contrayentes	105
Conclusiones y Recomendaciones.....		107
ANEXOS.....		114

INTRODUCCIÓN

La familia es el elemento esencial de toda sociedad, la misma que independientemente de cómo se constituya requiere de protección tanto en comunidad, como la que se da sus miembros individualmente, y una de las formas de constituir una familia es el matrimonio. La hipótesis de esta tesis se basa en que la norma constitucional que prohíbe el matrimonio homosexual ha discriminado al colectivo LGBT.

En lo principal, esta discriminación radica en que la nueva Constitución contraviene el derecho a la igualdad, sacrificando el derecho a contraer matrimonio de los homosexuales, para aceptar la unión de hecho. Además, el análisis de la Asamblea Constituyente que aprobó la nueva Carta Magna, y en ella la norma que prohíbe el matrimonio homosexual, se basó en argumentos dogmáticos y personales, que en su naturaleza, son la antítesis de la objetividad y el sentido común. Pues, para desaprobado el matrimonio entre homosexuales debieron presentarse razones motivadas en la objetividad y razonabilidad de la norma y el sentido común sin detrimento de otros derechos.

Para probar esta hipótesis se utilizaron instrumentos internacionales que protegen el derecho a la igualdad y no discriminación, los mismos que el Ecuador está obligado a cumplir al ser un Estado parte; sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que protege el derecho a la igualdad y no discriminación por preferencias sexuales; investigación de prensa que afirma una discriminación activa y pasiva en el Ecuador hacia el colectivo LGBT.

Además se analizó derecho comparado que ha reconocido el matrimonio homosexual por la vía legal, basándose en la no prohibición constitucional del mismo; análisis y estudio de las Actas de la Asamblea Constituyente con la que se aprobó la Constitución de 2008; estudio y comparación de la Constitución actual con la de 1998, en el que se confirma un retroceso en el derecho al haber prohibido el matrimonio entre homosexuales; argumentos doctrinarios de grandes juristas que afirman que el

derecho a la igualdad y la no discriminación como derechos fundamentales que requieren mayor protección.

También, las tesis de dos abogados expertos en los derechos del colectivo LGBT, que han aportado grandemente con el desempeño de esta trabajo, pues defienden el derecho material y formal para los homosexuales, tanto en adopción como para las uniones de hecho. Y, por último, se hizo una investigación de campo sobre la situación real y fáctica del colectivo LGBT y entrevistas personales con dos Asambleístas de la Asamblea Constituyente que entregaron sus versiones sobre el manejo de la no permisión del matrimonio entre homosexuales.

Con todas estas herramientas se prueba que existió una evidente discriminación hacia las parejas del mismo sexo al prohibir constitucionalmente el matrimonio, pues si bien el Estado tiene completa discrecionalidad de determinar lo límites matrimoniales a través de los requisitos legales, éstos deben efectuarse sin causar detrimento a ningún derecho, deben ser objetivos y razonables, caso contrario se vuelve arbitrario y dogmático.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

"Lo propio del humanista es sentirse humillado por la humillación del otro, sentirse excluido por la exclusión del otro, sentir su libertad obstaculizada por la privación de libertad del otro. Esta ley está destinada a reparar décadas de injusticias sufridas por los homosexuales. Hasta 1982, Portugal vivía en esta situación absurda e indignante de considerar a la homosexualidad como un crimen castigado por la ley".

José Sócrates, Primer Ministro portugués, en su intervención ante el Parlamento para defender el matrimonio homosexual, en nombre de "la libertad, la justicia, la igualdad y el humanismo", cuando se aprobó la ley de matrimonio entre homosexuales en Portugal ¹.

En este capítulo se analizarán un enunciado de conceptos que protegen las garantías para el colectivo LGBT², sobre los logros alcanzados en reconocimiento de uniones de hecho, matrimonio y adopción en el Derecho internacional; derechos y principios reconocidos en nuestra Constitución y tratados internacionales; y, se hará un recuento del matrimonio como institución jurídica y como se lo concibe hasta el día de hoy, tanto en el Ecuador como en algunos países que han modificado sus normas en beneficio del reconocimiento legal de las uniones conyugales de parejas homosexuales.

¹ SUAREZ, MARGARITTA. Primer Ministro Portugués defiende matrimonio homosexual en el parlamento. EL Hoy. 8 enero 2010. 9 mayo 2010. [://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/primer-ministro-portugues-defiende-matrimonio-homosexual-en-el-parlamento-386304.html](http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/primer-ministro-portugues-defiende-matrimonio-homosexual-en-el-parlamento-386304.html)

² El término LGBT es utilizado internacionalmente como genérico de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales, Transgéneros, Intersex o Queers, que puede variar de acuerdo a la subjetividad del autor para denominar al colectivo homosexual, con sinónimos como GLBT, GLBTT, GLBTTI o GLBTTIQ. Sin embargo en ésta tesis se utilizará el término LGBT para referirme al colectivo en general incluyendo a todos sus sinónimos.

1.1. Derecho a la igualdad y no discriminación

En un Estado, a través de su organización jurídica, se establecen las preferencias sobre ciertos aspectos para prevalecerlos, como por el ejemplo el tema de derechos humanos. En la antigüedad no se tenía conciencia de la importancia o existencia de los derechos para el desarrollo individual e integral de cada ser humano necesario para un desenvolvimiento integral de los individuos y poder equilibrar las desigualdades.

Sin embargo, el derecho y la democracia fueron evolucionando a través de los años y con varias luchas contra la opresión o gobiernos abusivos. Con la Revolución Francesa se alcanzó un grado de libertad importante que, aunque llevo tiempo y en ocasiones grandes enfrentamientos, permitió originar los derechos como ahora se los conoce.

La Revolución Francesa fue un conflicto social y político, con diversos periodos de violencia, que convulsionó Francia y, por extensión de sus implicaciones, a otras numerosas naciones de Europa que enfrentaban a partidarios y opositores del sistema denominado Antiguo Régimen³. Se inició con la autoproclamación del Tercer Estado como Asamblea Nacional en 1789 y finalizó con el golpe de estado de Napoleón Bonaparte en 1799⁴.

Si bien la organización política de Francia osciló entre república, imperio y monarquía durante 71 años después de que la Primera República cayera tras el golpe de Estado de Napoleón Bonaparte, lo cierto es que la “revolución marcó el final definitivo del absolutismo y dio a luz a un nuevo régimen donde la burguesía, y en algunas ocasiones las masas populares, se convirtieron en la fuerza política dominante en el país”⁵. La revolución pudo plasmar el inicio de la democracia moderna, se reconocen derechos y libertades del individuo, los que se consagraron posteriormente con la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en 1789”⁶.

³ ESCOBAR, JUAN. Estudios sobre la Revolución Francesa y el final del Antiguo Régimen. Madrid: Tres Cantos Akal, 1980. Pg.25

⁴ IBIDEM Pg.25

⁵ KISSINGER, HENRI. La Diplomacia. Fondo de Cultura Económica: México 1995. Pg. 217.

⁶ Op. Cit. 3

La Declaración consta de un Preámbulo y 17 artículos donde se presentan las disposiciones relativas al individuo y el Estado. En ella se definen derechos naturales e imprescriptibles como la libertad (artículo 4), la propiedad (artículos 2 y 17), la seguridad y la resistencia a la opresión (artículo 2), el debido proceso (artículo 7) y la igualdad concretamente ante la ley y la justicia (artículo 6). Pero es preciso remarcar que el reconocimiento de la igualdad no se basa en que todos los individuos seamos iguales, “sino de que somos iguales ante la ley”⁷. Para poder alcanzar esta igualdad es preciso reconocer las diferencias que existen entre individuos.

Así, el Artículo 2 de la Declaración dispone que: “Toda persona tiene 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”. Así mismo, el Artículo 4 señala que: “la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites, sólo pueden ser determinados por la ley”. El artículo 7 del mismo documento legal continúa con la misma índole legal de que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción de derecho a igual protección ante la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación de tal discriminación”.

A partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano⁸ se abrió paso a la aparición de nuevos instrumentos internacionales que harían posible la consagración de derechos para toda la humanidad. La Convención Interamericana de Derechos Humanos⁹ (1948) reconoce en los artículos 1.1 y 24 la igualdad ante la ley, y compromete a los Estados a respetar garantizar y proteger los derechos de las personas

⁷ ROBLES, FRANCISCO. Igualdad ante la Ley. Derecho Ecuador. Revista Judicial. 20 junio 2000. 8 septiembre 2009.
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2732&Itemid=426

⁸ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789. 19 enero 2010.

⁹ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Pacto de San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, 22 agosto 1977.

sin discriminación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰ resalta en el Artículo 2 la igualdad ante la ley, recalcando la que cada uno de “los Estados Partes se comprometen a respetar y garantizar los derechos contenidos en dicho pacto sin discriminación alguna, a todos los individuos que se encuentran en su territorio”

Además están otros instrumentos internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de discriminación Racial¹¹ (1965), Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer¹² (1979), Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones¹³ que claramente promueven la igualdad ante la ley, el derecho a la no discriminación y la prohibición de cualquier trato discriminatorio.

El Derecho Internacional de Derechos Humanos es particularmente sensible a la lucha contra la discriminación en el mundo, del cual se desprenden una serie de tratados internacionales con los que se pretende proteger la igualdad y no discriminación. La Carta Democrática Interamericana claramente expresa la eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia¹⁴. El Ecuador forma parte de este acuerdo, y en el Preámbulo del mismo se señala que todos “los Estados partes están obligados a respetar los derechos establecidos en el documento, sin obstaculizar ningún proceso”.

En el Convenio de Viena se reconoce el principio *Pacta Sunt Servanda*¹⁵, el cual significa que todo Estado parte o firmante de la Convención está obligado a cumplir el

¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, 12 febrero 2002.

¹¹ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial Adoptada y abierta a la firma y ratificación 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969.

¹² Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, 18 de diciembre de 1979 Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981.

¹³ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones. Adoptada y abierta a la firma y ratificación de 21 de diciembre de 1965.

¹⁴ Carta democrática Interamericana. Organización de los Estados Americanos. 11 de septiembre de 2001 Lima, Perú.

¹⁵ Convención de Viena. 18 de abril de 1961. Entró en vigor el 24 de abril de 1964.

tratado firmante de buena fe, obligándose al cumplimiento efectivo de todas las disposiciones del mismo. Este Convenio en el derecho y en la doctrina es considerado como “el tratado de los tratados”, y este principio del cumplimiento efectivo de los tratados es recogido en todos y en cada uno de ellos. En el Derecho Internacional se reconoce este principio y su aplicabilidad en cualquier clase de acuerdo entre Estados.

La doctrina la igualdad es analizada desde su naturaleza. Así, señala BOBBIO que “dos cosas que sean iguales entre si no es justo ni injusto, es decir que no tiene por sí mismo ni social ni políticamente valor alguno. Mientras que la justicia es un ideal, la igualdad es un hecho”¹⁶. FERRAJOLI en cambio señala que “la igualdad no es un hecho, sino un valor; no una aserción, sino una prescripción, establecida normativamente,... precisamente porque se reconoce que de hecho los seres humanos son diversos y se quiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad”¹⁷. Es decir que la igualdad de las personas debe ser concebida partiendo de que no todos somos iguales, sino que a partir de las desigualdades y las diferencias entre los seres humanos no deben ser un impedimento para el pleno alcance de sus derechos.

El derecho a la igualdad es un valor inherente a la condición de ser humano, indistintamente del sexo, edad, género, religión raza, etc. Para enfatizar en este punto señalaré un ejemplo clave: los niños, niñas y adolescentes tienen un grado de vulnerabilidad por su condición de edad, no pueden ejercer ciertos derechos por ser relativamente incapaces, para ello la ley ha creado mecanismos normativos en los que les es posible garantizar el pleno goce de sus derechos¹⁸, brindándoles protección específica por su grado de vulnerabilidad. Pero ante todo se reconoce su condición humana, es por ello que se trata de equilibrar estas desigualdades fácticas para poder establecer igualdad ante la ley para todos con las mismas garantías y derechos.

¹⁶ FALCONI, DIEGO. Discriminación en la norma del código de la niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas LGBT. Tesis (Abogado) San Francisco de Quito: Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, 2005. 74 p. Bobbio, Norberto. Igualdad y Libertad. Pg. 59.

¹⁷ FERRAJOLI, LUIGI. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Ed. Trotta. Segunda edición, p. 78.79.

¹⁸ La Constitución expresamente señala los artículos 35, 44-46 que señalan la protección de sus derechos y garantías al ser considerados como un grupo prioritario, que realza la protección de sus derechos. El código de la Niñez y la Adolescencia es la ley especial que abarca toda la normativa en lo referente a su protección.

Estas diferencias son descriptivas, según lo expresa FERRAJOLI, puesto que son situaciones de hecho entre las personas, es decir que hay “diferencias entre los seres humanos, pero que no deben ser tratados como un impedimento para el pleno ejercicio de sus derechos”¹⁹; la identidad de cada persona está dada precisamente por sus diferencias y son estas las que deben estar tuteladas, respetadas y garantizadas de acuerdo al principio de igualdad.

Frente a esta afirmación, FERRAJOLI propone que “no existe sentido en contraponer el término de igualdad al de diferencias”²⁰, ya que si una diferencia, digamos de carácter religioso, resulte ser de hecho ignorada o discriminada, “la igualdad no está siendo contradicha, sino que la igualdad ha sido violada”²¹. Es decir que cuando las diferencias que existen entre los individuos que les afecte a tal punto que sea ignorada su situación, se encontrarán en un entorno de discrimen.

FALCONÍ menciona que el concepto de discriminación ha logrado establecer los límites de la justicia dentro del sistema de igualdad²², por lo que el tema de igualdad y no discriminación siempre estarán concatenados. El derecho a la no discriminación, así como la igualdad, ha sido entendido como principio y como derecho²³. Salgado sostiene que el derecho a la no discriminación, a más de establecerse como derecho dentro de los derechos de libertad, incluye la disposición que señala que el ejercicio de los derechos se regirá por varios principios, entre ellos el de igualdad y no discriminación, específicamente mencionado en el siguiente texto constitucional:

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 políticas, pasado judicial, 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

¹⁹ Op. Cit. 17, p. 80

²⁰ Op. Cit. 17, p. 79.

²¹ Op. Cit. 17 Pg 80.

²² Op Cit. 16, p. 76

²³ SALGADO, JUDITH. Igualdad y no discriminación, extracto de la ponencia “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”. Seminario La nueva Constitución al debate. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito: 26 noviembre 2008. Pg. 3

o ejercicio de los derechos: La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad²⁴.

SALGADO²⁵ sostiene que los términos: identidad de género, identidad cultural, pasado judicial, condición migratoria, portar VIH, diferencia física, cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, son categorías que en la Constitución de 1998 no se reconocían como aspectos o características personales que hoy están protegidas sobre cualquier tipo de trato discriminatorio.

Adicionalmente señala que, de manera expresa, “nuestra Constitución enuncia varios elementos que configuran la definición de discriminación de acuerdo a estándares internacionales de derechos humanos”²⁶ incluyendo así tanto la discriminación intencional o directa (“que tenga por objeto”) como la discriminación por resultados o indirecta (“que tenga por resultado”). Es discriminación directa cuando las leyes, políticas o prácticas discriminan de manera explícita a una persona o grupo de personas. Mientras que la discriminación indirecta tiene lugar cuando en la aplicación de normas, políticas o prácticas que a primera vista parecen neutrales, pero el impacto es perjudicial para grupos en situación de vulnerabilidad²⁷.

La discriminación se denomina positiva cuando “observa las diferencias entre grupos de individuos y cuando favorece a un grupo de individuos de acuerdo a sus características y/o circunstancias sin perjudicar de ninguna manera a otro/s”; en

²⁴ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11 numeral 2.

²⁵ Op. Cit. 23, p. 4

²⁶ Algunos de los elementos de este artículo guardan semejanza con elementos incluidos en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que definen la discriminación. Así el Art. 1 de la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW; el Art. 1 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; el Art. 2 a) de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; y el Art. 2 inciso tercero de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas violencia en las Américas, Washington, OEA/Ser. L/V/II.Doc. 68, 20 de enero de 2007, párrafo 89.

cambio la discriminación se denomina negativa cuando “realiza un prejuicio con base en oposición a las basadas en las observaciones científicas”²⁸.

SALGADO sostiene además, que el principio de igualdad y no discriminación no es sinónimo de la exigencia de un trato idéntico siempre y en cualquier caso, puesto que existen situaciones distintas de discriminación que no puede tener siempre un resultado común o igual para cada caso. “Para distinguir la complejidad de este principio, -agrega dicha autora- tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza y tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza.”²⁹

Frente a este punto, es preciso remarcar que en situaciones de discriminación existen aspectos distintos de tratamiento. Por ejemplo, la existencia de discriminación de género, no puede verse tratada de la misma forma que un trato discriminatorio en razón de religión. Son aspectos distintos y cada uno merece su análisis correspondiente, merece ser evaluado independientemente de los resultados que el uno pueda tener frente al otro.

El derecho a la igualdad y no discriminación se constituyen como principios internacionales que deben ser adoptados por los estados y las leyes. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial define a la discriminación como: “Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales”³⁰.

Esta definición puede ser utilizada como concepto marco para ser aplicable a cualquier ordenamiento jurídico que forme parte de la Convención, en materia de raza. Pero además están las Convenciones sobre toda forma de Intolerancia y Discriminación en razón de Religión y Convicciones y contra la Mujer, que tienen una definición de

²⁸DULITSKY ARIEL. "A Region in Denial: Racial Discrimination and Racism in Latin America" en *Beyond Law*: Chicago, 2001. p. 85-108

²⁹ BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS. La caída del Angelus Novo. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia, 2003. Pg. 154.

³⁰ Artículo 1.1.

discriminación similar a la ya mencionada, que de igual manera son susceptibles de introducirse en los ordenamientos jurídicos como conceptos para regir en materia de no discriminación.

La igualdad ante la ley, entonces, es precisamente el reconocimiento individual de toda persona en su calidad de humano, para que se garantice el pleno alcance de todos sus derechos, sin distinción alguna en su persona que le haga menos atribuible a su igualdad. Las preferencias sexuales no constituyen una razón para menoscabar los derechos de las personas.

La igualdad ante la ley debe operar de manera absoluta, el reconocimiento de la misma y las garantías que existen para proteger que este derecho no se menoscabe son aplicables a todos los seres humanos, incluso reconociendo las diferencias existentes entre ellos para poder establecer un mayor resguardo cuando exista un grado atención prioritaria en el reconocimiento de las diferencias. Los Estados deben garantizar la efectividad y alcance de los derechos reconociendo que la homosexualidad, la raza, el género, la edad, la religión, etc. no constituyen razón de eliminar o menoscabar el pleno desarrollo integral del individuo.

1.1.1. Derecho a la igualdad y no discriminación en el Ecuador

El Art. 66 numeral 4 de La Constitución Política del Ecuador establece que se reconoce y garantiza a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. De estos tres elementos, SALGADO manifiesta que es “posible entender el derecho a la igualdad o igualdad ante la ley, suponiendo el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de las personas, lo que significa brindar un igual tratamiento de la ley, la generalidad de su aplicación y una protección igual de la ley a todas las personas”³¹. Sostiene, además, que desde la noción de igualdad formal se prohíbe en principio todo trato diferente que sea arbitrario e injusto, más aún en el caso

³¹ Op. Cit. 23, p. 1

de que dicha diferenciación tenga como base las denominadas “categorías sospechosas”³².

Con la afirmación de Salgado queda claro que todos los derechos que se encuadran o consagran a lo largo del texto Constitucional, no pueden ser considerados como atribuciones políticas o gubernamentales, sino que son atributos propios de los ciudadanos, no son características de un Estado para facultar a las personas, sino que cada derecho está en cada ser humano para ser protegido por el Estado mediante ley. Por ello, el derecho a la igualdad es un derecho reconocido por nuestra Constitución como un derecho primordial.

SALGADO también sostiene que el “reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley o igualdad formal, se constituye como uno de los pilares que caracterizan a un Estado liberal de Derecho, brindando así un avance fundamental y revolucionario que busca superar una organización estamental, en la que el tratamiento legal era desigual dependiendo de la jerarquía social”³³.

Esto quiere decir que el trato legal, pero diferente, tenía una clara intención discriminatoria, ya que, citando a BOBBIO, “El blanco principal de la afirmación de que todos son iguales frente a la ley es el Estado de órdenes o de castas; el Estado en el que los ciudadanos están divididos en categorías jurídicas diversas y distintas y dispuestas en un orden jerárquico rígido, de ahí que las superiores tengan privilegios que las inferiores no tienen, mientras que estas tienen cargas de las que ellas están exentas...”³⁴. En esa medida la igualdad ante la ley constituye un salto histórico cualitativo.

La evolución del reconocimiento del derecho a la igualdad, ha sido la consecuencia de un fenómeno de situaciones dadas a lo largo del cambio de Constitución. Los derechos, en la nueva Carta Magna, han sufrido una mutación ideológica donde ya no existen derechos individuales como primacía, sino que ahora los derechos son sociales. Esta nueva noción dentro de nuestro ordenamiento jurídico,

³² Op. Cit. 23, p. 2

³³ Op. Cit. 23, p. 7

³⁴ BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad. Barcelona: 1993, p. 72..

parte de la teoría del Buen Vivir (*sumak kawsay*³⁵), que reorganiza a los derechos y condiciona a la Constitución para que los derechos sean considerados ya no solo como subjetivos, sino como un objetivo a seguir.

En base a esto, SALGADO sostiene que “esta medida, de reconocer a todas las personas con una igualdad formal -teoría clásica en la que se reconoce a todas las personas son iguales ante la ley- y material -la ley- constituye un gran avance evolutivo”³⁶, ya que ahora, nos sólo se reconoce que todas las personas son iguales ante la ley, sino que también, todos tenemos acceso a todos los derechos, a una igual garantía del ejercicio de los derechos por parte del Estado, incluso a tener derechos de protección.

Si bien el buen vivir es un objetivo a alcanzar por parte del Estado para todas las personas, no basta con que sólo exista una enunciación del mismo, sino que debe existir una planificación de desarrollo y distribución equitativa de los recursos para que el alcance de este objetivo sea efectivo. No basta enunciar los derechos en nuestra Constitución para que exista justicia y democracia dentro de nuestro Estado, sino al reconocer a todos los derechos por igual y a todas las personas con sus diferencias por igual ante la ley, sin distinción social alguna, es necesario que se desarrollen los enunciados mediante proyectos palpables, el reconocimiento efectivo de los mismos en las actuaciones del Estado, viabilizando el acceso real de todos los derechos a todos los seres humanos.

El enunciado constitucional del buen vivir va de la mano con una serie de principios consagrados en la misma Carta Magna³⁷ que garantizan un Plan Nacional de Desarrollo en el que se asegura el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos para

³⁵ Constitución Política del Ecuador. Capítulo II: Derechos del buen vivir: garantía de acceso al agua y alimentación, un ambiente sano, comunicación e información, cura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social.

³⁶ Op. Cit. 23, p. 7

³⁷ Artículo. 340.- El sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo...articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa; se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación.

todos las personas en el territorio ecuatoriano. En virtud de esto, no existen excepciones de aplicabilidad o exigibilidad, sino que todos los individuos gozan de esta garantía.

Sin embargo, como lo menciona el filósofo MICHAEL RUSE, “aun hay leyes que se aplican con menos severidad a los homosexuales que los heterosexuales, y los derechos y las libertades de los primeros apenas se tienen en cuenta desde el punto de vista legal”³⁸. Además afirma que los homosexuales³⁹ no suelen contar con la protección de la ley en la misma forma que al resto de heterosexuales. Quiere decir que muchas veces se han visto menoscabados los derechos de los homosexuales en su calidad de seres humanos, partiendo de la premisa en la que “la homosexualidad no es aceptada plenamente”. Es más, solía ser vista como un delito⁴⁰.

Nuestra Constitución, en el capítulo de los derechos de libertad, señala el derecho a la igualdad formal, material y la no discriminación⁴¹. Además se proclama que todos tienen el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida orientación sexual⁴², sosteniendo que el Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

El artículo 11, respecto a los principios de aplicación de los derechos, en el numeral 8 segundo inciso, declara inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. Sin embargo, el artículo 67 inciso 2 establece que el matrimonio es únicamente entre un hombre y una mujer, lo cual es discriminatorio para los LGBT, ya que de acuerdo a los principios de igualdad, no discriminación y de progresividad, la garantía de todos los derechos y la protección de los mismos debe constituirse para todos los ecuatorianos y extranjeros. En cuestión de matrimonio, la Constitución

³⁸ RUSE, MICHAEL. La Homosexualidad. Ediciones Cátedra. Madrid: Los Llanos. 1989. Pg. 264.

³⁹ Refiriéndome a homosexuales como todo el grupo LGBT

⁴⁰ Op. Cit. 38, p. 265

⁴¹ Constitución Política del Ecuador, numeral 4 del artículo 6.

⁴² Ibidem artículo 6 el numeral 9

desampara la protección del ejercicio del derecho a contraer matrimonio para los LGBT.

1.1.2. Protección y alcance del derecho a la igualdad

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció respecto a derecho a la no discriminación exponiendo que “·uando se trate de discriminaciones indirectas, las que se producen por efecto de la aplicación de normas jurídicas, políticas estatales o prácticas que puedan parecer inofensivas, con resultado perjudicial para ciertos grupos en situaciones especiales, hará falta probar el efecto o resultado desproporcionadamente perjudicial que tiene ese criterio sobre un grupo o colectivo”⁴³. En tal caso, dice la Comisión, “es preciso acreditar la existencia de discriminación, suponiendo aportar datos empíricos que demuestren que el supuesto sesgo “invisible” o “neutral” en la adopción de decisiones tiene un efecto dispar sobre algún grupo o sobre grupos determinados”⁴⁴.

Sobre este punto, la discriminación es una situación de carácter probatorio. Frente a la aseveración de la Corte es preciso recalcar que “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación, que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad”⁴⁵.

El alcance del derecho a la igualdad y no discriminación, es efectivo cuando se ha logrado hacer posible que todos los individuos del Estado estén protegidos material y

⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas violencia en las Américas, Washington, OEA/Ser. L/V/II.Doc. 68, 20 de enero de 2007, párrafo 91.

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas violencia en las Américas, Washington, OEA/Ser. L/V/II.Doc. 68, 20 de enero de 2007, párrafo 91.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC. Condición jurídica y derechos humanos del niño, párrafo 45.

formalmente, reconociendo su diversidad e individualidad, limitaciones y distinciones que no reduzcan sus derechos, sino que hagan posible ser iguales ante la ley⁴⁶.

Frente a situaciones de vulnerabilidad es necesario que se creen las condiciones precisas en las que se equilibre desigualdades individuales; pero ante todo poder brindar el alcance de protección respectiva en lo que tiene que ver con las determinantes personales. El Estado debe estar provisto no solo de disposiciones normativas que prevean el alcance de protección de todos sus habitantes, sino que además deben existir las condiciones reales en las que puedan ser efectivas en el plano material.

1.1.3. Cómo se constituye la discriminación al colectivo LGBTT

Discriminación es el acto de separar o formar grupos de personas a partir de un criterio o criterios determinados⁴⁷. De acuerdo al diccionario jurídico Espasa “podemos conceptualizar la discriminación como la diferencia de trato con respecto de alguien (término de comparación) fundada en determinados motivos o razones específicas recogidas en la constitución o en la Ley (causa de discriminación)”⁴⁸. En su sentido más amplio, la discriminación es una manera de ordenar o clasificar.

No obstante, en su acepción más coloquial, el término discriminación se refiere al acto de hacer una “distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades”⁴⁹. Normalmente se utiliza para referirse a la violación de la igualdad de derechos para los individuos por una cuestión social, racial, religiosa, política, orientación sexual, entre otros.

Las personas LGBT han sido históricamente discriminadas alrededor del mundo, y el Ecuador no ha sido precisamente la excepción. En la nueva Constitución este colectivo “no fue reconocido con un grupo de atención prioritaria, y sistemática e

⁴⁶ Op. Cit. 23, p. 14

⁴⁷ RODRIGUEZ GARAVITO, CESAR. “El Test de Razonabilidad y el Derecho a la Igualdad”. Observatory de Justicia Constitucional. (con I. Jaramillo and M. Cepeda). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.1998. Pg. 62

⁴⁸ Diccionario Jurídico Espasa. Espasa Calpe: Madrid 2002.Pg. 602

⁴⁹ Op. Cit. 46, p. 62

históricamente ha existido una violación a sus derechos”⁵⁰, tal es el caso cuando la homosexualidad era definida como un delito en el artículo 516 del Código Penal en los años ochentas, cuando se prohibía cualquier tipo de relación sexual consentidas entre dos hombres, por ello, bares y discotecas gays, que se consideraban lugares privados, eran prohibidos⁵¹.

Así lo afirma RAFAEL CENTENO: “todos los homosexuales que se aventuraban a salir a este tipo de lugares prohibidos, debían estar preparados para soportar continuas batidas que en la mayoría de las veces terminaban en golpes y encarcelamiento por atentar a la moral pública y no por mantener relaciones sexuales entre dos hombres, como lo tipificaba el código penal”⁵².

A pesar de esta disposición del Art. 516, que afortunadamente fue despenalizada en 1997, nunca se logró condenar a nadie aunque no existe ningún informe oficial sobre las vulneraciones en Ecuador a las minorías sexuales y menos aún, denuncias penales al respecto. En la Defensoría del Pueblo del Guayas se registran “cerca de cuatro denuncias, en promedio anualmente”⁵³. Y uno de los casos más interesantes es la existencia de clínicas de des-homosexualización⁵⁴:

Yolanda, una joven de 30 años, 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 caso⁵⁵.

⁵⁰ BUTTRÓN, ANDRÉS. La Implementación de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo como ejercicio de igualdad del colectivo LGBT. Tesis (Abogado) San Francisco de Quito: Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, 2009. P. 42.

⁵¹ CENTENO, RAFAEL. Los derechos de las personas LGBT en el ámbito familiar ecuatoriano. Universidad Andina Simón Bolívar. Programa de Maestría en Derecho. Quito 2006. Pg. 66

⁵² Ibidem, p.67

⁵³ LATIMENDI, XAVIER. La homofobia también viene del sector público. El Telégrafo. 15 mayo 2009. 22 septiembre 2010. www.asylumlaw.org/docs/sexualminorities/Ecuador051509.pdf

⁵⁴ BUTTRÓN, ANDRÉS. “Informe de Derechos Humanos de las minorías sexuales en relación al derecho al trabajo” 2010. Cfr. Taller Mujer, “Situación de Mujeres Lesbianas en Ecuador”, Informe sobre los Derechos Humanos Ecuador 2009, Quito, UASB, Pgs. 494 – 497. Situación que viola los Arts. 2, 7, 9, 17 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁵ Op. Cit. 53, Cfr. 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, <http://www.iglhrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/324-1.pdf> consultado el 10 de

La discriminación puede ser expresada o evidenciada en distintas formas: en la familia, el trabajo y en las instituciones públicas, que es “probablemente la más visible, la que más ocurre... incluso son abusos de la autoridad por la fuerza encargadas de darle seguridad”⁵⁶-informa LATIMENDI- refiriéndose al funcionamiento de clínicas para tratar la homosexualidad aprobadas por el Ministerio de Salud y del Consejo Nacional de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes⁵⁷.

Otro caso similar al de internación en una “clínica de deshomosexualización” es el caso de Mónica quien “estaba internada en un establecimiento en el norte de Quito, para recibir una terapia de deshomosexualización”⁵⁸. Así mismo una joven de 21 años dice haber conocido “el significado de la lesbofobia en su propia casa...” cuando “...su madre la llevó a consulta médica. Es lo último que recuerda: se despertó de los efectos de un sedante (que le suministraron si que ella lo supiera) en un centro de rehabilitación para adicciones, donde recibiría tratamiento para dejar de ser lesbiana”⁵⁹.

Casos como éstos fueron denunciados en la Fundación Causana, entidad privada que se dedica a sostener un espacio que “impulsa la lucha para construir una sociedad diversa justa e incluyente”⁶⁰. Ésta se encarga de proporcionar ayuda jurídica a mujeres lesbianas que han visto ultrajados sus derechos por esa condición. “Siete denuncias por discriminación contra lesbianas recibió la Fundación Causana en lo que va del año. La más reciente: internamiento forzado”⁶¹.

Las denuncias en la Fundación “van desde internamiento forzado” con el fin de “curarlas”, “hasta vicios jurídicos, como por ejemplo quitarle la custodia de sus hijos

noviembre del 2009: “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 Humanos me tocó identificarme como alcohólica.... Supuestamente yo tenía una adicción con ella, 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’”.

⁵⁶ Op. Cit. 52.

⁵⁷ Op. Cit. 53, 10 de noviembre del 2009.

⁵⁸ “Lesbofobia”. Vistazo. Sección País. Edición No. 1034. 23 septiembre de 2010. Pg. 54

⁵⁹ Op. Cit. 57, p 54.

⁶⁰ Fundación Causana. Acción Cayejera Lésbica. 22 Septiembre de 2010. <http://desafiandomitos.blogspot.com/>

⁶¹ Op. Cit. 57, p 55.

por ser lesbianas; o que las instancias de justicia se abstengan de recibir quejas por violación a los derechos de mujeres lesbianas”⁶².

A estos se pueden sumar una infinidad de casos que no salen a la luz por miedo o vergüenza, a pesar de que la OMS (Organización Mundial de la Salud) y las escuelas de Psiquiatría eliminaron hace más de 20 años de sus listas de enfermedades a la homosexualidad, sin que exista la opción de considerarla como una aberración⁶³, “pero todavía hay quienes no se han enterado o no lo pueden aceptar”⁶⁴.

El tratar de “curar” un homosexual es una clara evidencia de discriminación, al no respetar el derecho a la identidad de género y no permitirle ejercer su forma individual como persona, derechos que protege nuestra Constitución⁶⁵.

A más de este tipo de “clínicas” existen otras muestras de discriminación, ya que existen fuertes evidencias de agresiones sobre las personas por el simple hecho de ser homosexuales. Tal es el caso de María, “quien 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”⁶⁶.

A nivel nacional los casos reportados como ataques violentos por razón de orientación sexual, tienen hoy día más relevancia por los avances que ha experimentado nuestra legislación, como es el caso del numeral 10 del artículo 450 del Código Penal que ahora califica como agravante el cometer un asesinato con “...odio o desprecio en razón de.... orientación sexual o identidad sexual... de la víctima”; y también la creación de los denominados “delitos de odio” en el siguiente artículo innumerado:

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

⁶² Op. Cit. 57, p 55.

⁶³ CEVALLOS, DIEGO. Matrimonio homosexual. El Comercio. Opinión. 7 de agosto de 2010. p. 11.

⁶⁴ Op. Cit. 62, p.11

⁶⁵ Art. 11 numerales 1 y dos de la Constitución que garantizan el derecho a: “ejercer, promover y exigir de forma individual... ante las autoridades competentes... 2. Todas las personas son iguales y gozaran 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...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.

⁶⁶ VANEGAS, V. Los ataques contra el grupo GLBT tienen sanción penal. La Hora A7. Quito, 24 de Septiembre de 2008.

violencia moral o física contra una o más personas en razón de...su orientación sexual o identidad sexual⁶⁷.

Este artículo es un gran avance para la defensa de los derechos de las personas homosexuales, aunque pueden presentarse otros hechos o actos que generan violencia sin que necesariamente existan agresiones físicas. Así, a la Fundación Causana también llegó un caso peculiar “la expulsión de un equipo de mujeres futbolistas de la liga parroquial La Floresta”⁶⁸ sólo por ser lesbianas. Se trataba del equipo llamado “Guipúzcoa... (que) nació como una iniciativa recreativa, cultural y política, de un colectivo que reconoce su opción sexual”⁶⁹.

LUCRECIA BONE, de la Fundación Causana explica que “las jugadoras sintieron discriminación desde que se inscribieron en la liga parroquial La Floresta, después de muchos actos de intimidación grabaciones, filmaciones, dos chicas se dieron un beso después un partido, esto motivó la suspensión del equipo durante un año”⁷⁰. Esta decisión arbitraria de la liga parroquial fue apelada por las jóvenes por ser discriminatoria. Y en contestación a esto la Liga sostuvo que “se violó un artículo interno, según el cual los actos de atentados contra la moral deben ser sancionados”⁷¹.

Un reglamento interno nunca puede sobreponerse a las disposiciones constitucionales que contienen protección al derecho a la igualdad y la no discriminación por causa de identidad u orientación sexual. Por ello este caso llegó hasta el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha el mismo que:

Aceptó la acción de protección planteada por las integrantes de un equipo de indorfútbol compuesto en su mayoría por lesbianas, a quienes se las humilló y expulsó de la Liga Parroquial La Floresta por su condición sexual.

En consecuencia, se declaró inconstitucional y se dejó sin efecto la sanción impuesta el 22 de julio de 2009 a las integrantes y al club femenino Guipúzcoa por parte de dicha liga, liderada por Juan Alberto Torres.

⁶⁷Código Penal, Ley Reformativa al Código Penal y de Procedimiento Penal Ecuatoriano. 20 enero 2010.

⁶⁸ Op. Cit. 57, p 56.

⁶⁹ Op. Cit. 57, p 56.

⁷⁰ Op. Cit. 57, p 56.

⁷¹ Op. Cit. 57, p 56.

Según la resolución del Juzgado Cuarto, adoptaron esa medida a favor de las discriminadas, porque la Liga Parroquial La Floresta inobservó preceptos constitucionales vigentes, cuyo artículo 11 señala que nadie podrá ser discriminado por razones de sexo u orientación sexual, y que la Ley sancionará toda forma de discriminación. En igual sentido, se había pronunciado la Defensoría del Pueblo, el 27 de julio de 2010⁷².

Con el expediente de las jugadoras se ha dado un gran salto para el colectivo LGBT, puesto que es la primera vez que “se reconoce que hayas prácticas discriminatorias en el Ecuador”⁷³.

Sin embargo el país no ha dado significativos pasos en cuanto a los reportes internacionales en casos similares. Un caso presentado internacionalmente es el de “Narda Torres, la misma que fue atacada física y verbalmente por dos sujetos por su orientación sexual”⁷⁴, a lo que ANDRÉS BUITRÓN, señala que “Amnistía Internacional en su Informe sobre Los Derechos Humanos y la Orientación Sexual e Identidad de Género”⁷⁵ del 31 de marzo del 2004, sostuvo que Ecuador es un “Estado irrespetuoso de derechos humanos en el tema de orientación sexual”⁷⁶ porque las autoridades no pudieron darle protección a la víctima después del ataque por su orientación sexual⁷⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico es posible evidenciar una serie de derechos que deben ser garantizados, y que no deben permanecer como un discurso respecto de la no discriminación por orientación sexual y de género, puesto que en la práctica aún es muy difícil evitar el atropello de los actores sociales con los que se entra en conflicto por tener una preferencia sexual distinta.

⁷² Fundación Causana. Lesbianas ganan la batalla jurídica. 14 septiembre 2010. 22 Septiembre de 2010. <http://desafiandomitos.blogspot.com/>

⁷³ Op. Cit. 57, p 56.

⁷⁴ Op. Cit. 49, p 88.

⁷⁵ Op. Cit. 49, p 88. Cita a 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”.

⁷⁶ Op. Cit. 16, p. 42.

⁷⁷ Op Cit. 49, p. 89.

La discriminación se manifiesta no sólo en la actuación de ciertas conductas, sean violentas o no, sino que también la hay en la omisión del deber de actuar cuando un derecho se encuentra mermado, y esto no sólo es evidente en el sector privado sino que también se materializa de diversas formas en el sector público: “con silencio, indiferencia o descuido de las autoridades; que a su vez se configura en una forma de violencia psicológica”; puesto que, el tener derechos reconocidos no representa la batalla final, porque “puede haber discriminación hacia los homosexuales aun cuando la ley prohíba tal discriminación”⁷⁸ .

Los tratos discriminatorios no sólo se presentan cuando hay ataques físicos o violentos, o cuando existen graves violaciones de los derechos humanos. Existen cientos de manifestaciones personales respecto de una fobia sobre la homosexualidad. En Ecuador existe “lesbofobia”⁷⁹.

Tampoco existe una forma unilateral discriminatoria proveniente del sector público, puesto que este sector está conformado por personas naturales, sujetos individuales que guardan su particularidad, los mismos que llevan consigo a su lugar de trabajo arraigada su cultura.

Esta misma cultura lleva a la población en general a utilizar despectivamente palabras como “tonta y fuerte (expresiones que denotan feminidad en un hombre)”, “peluquera”, “travesti”, para referirse a la población LGBT⁸⁰. Por ejemplo, en el argot popular se expresan ideas discriminatorias como: “(...) los homosexuales sólo pueden ser peluqueros o artistas; que toda mujer intelectual es lesbiana; o que toda travesti o transexual es prostituta”⁸¹. Incluso en la televisión existen programas cómicos, como VIVOS en los que cierto personaje llamado “La Melo” es sujeto de burlas con cierta connotación sexual, puesto que en el programa no se puede definir ni su género ni su

⁷⁸ Op Cit. 49, p. 308 – 310.

⁷⁹ ORGANIZACIÓN LESMODE. ¿Lesbofobia en Quito? 8 octubre 2007. 23 eptiembre 2010. <http://www.lesmode.org/lesbofobia-en-quito/>: *“Lesbófobia es un término acuñado en la década de los 70’s para describir el odio y rechazo a lesbianas y el lesbianismo, alude al miedo o a la negativa de personas, organizaciones, agencias y/o gobiernos a enfrentar la realidad y las especificidades que tiene este comportamiento sexual NO heterosexual. Este sentimiento fomenta el maltrato de muchas personas (crímenes de odio, abandono familiar, despidos laborales, y otros) y obstaculiza, de manera concreta, la puesta en práctica de estrategias de educación, prevención y sensibilización en torno a la diversidad sexual.”*

⁸⁰ Op Cit. 49, p. 90.

⁸¹ Op Cit. 50, p. 40.

preferencia sexual, mas se hace referencia a que es un hombre que gusta de otros hombres.

Estas prácticas provocan en la población la tendencia a crear una conducta común que fomenta la discriminación de facto, y “dificultan la igualdad no sólo material sino real menoscabando la dignidad humana del colectivo LGBT”⁸². Y, lo que es aún peor, existen grupos religiosos (representantes evangélicos) y grupos de extrema derecha (Pro-vida) que atacan a las parejas del mismo sexo calificándolas como “abominaciones” de la humanidad⁸³ que llegan a influenciar en las conductas de las personas.

Con la nueva Constitución no necesariamente terminó la discriminación⁸⁴, puesto que la costumbre de ciertas prácticas irregulares en el sector público y el desconocimiento de la Ley, ocasionan casos de negación de derechos para homosexuales como en el siguiente caso:

Jorge (30) y Manuel (36) intentaron formalizar su unión de hecho el 20 de agosto de 2009 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 documento⁸⁵.

La Constitución de Montecristi intenta introducir una cultura de respeto, igualdad y no discriminación. Sin embargo para las personas LGBT el camino por recorrer para alcanzar una absoluta aceptación o respeto aún es largo, puesto que el ámbito general que todavía se muestra en las actitudes cotidianas del colectivo social, es discriminatorio. Y no sólo la población es responsable, sino que la misma Constitución si bien ha reconocido la unión de hecho entre parejas del mismo sexo, no permitió que

⁸² Op Cit. 49, p. 90

⁸³ ECUADOR INMEDIATO: “El pastor Nelson Zavala piensa que Rafael Correar es un hombre de pensamiento bisexual” 22 de septiembre de 2010.

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.

⁸⁴ BALDEÓN, D. “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.

⁸⁵ Op. Cit. 49, p. 28-29.

el matrimonio para estas mismas personas sea posible, sin hacer un análisis objetivo sobre la motivación, situación que será analizada en el capítulo siguiente.

1.2. Principio de progresividad

Básicamente este principio indica que todos los derechos tienen un carácter de cumplimiento inmediato, por lo que se prohíbe la regresividad de su protección (en otras palabras, una vez alcanzado un derecho, éste no puede ser mermado o encontrarse desprotegido). A esto se le llama la “prohibición de desandar lo avanzado en las condiciones establecidas para el goce efectivo de los derechos”⁸⁶, principio que recoge nuestra Constitución en el Art. 11, numeral 8, inciso segundo: Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Este principio se encuentra altamente debatido en la doctrina en relación a la no discriminación de recursos para los antiguamente denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los PIDESC⁸⁷, que actualmente no se aplica más, porque el principio de progresividad es “aplicable a todos los derechos, incluido el derecho de unión de las parejas del mismo sexo”⁸⁸, de tal manera que el reconocimiento de este derecho es un estándar reconocido y protegido por nuestra Constitución que no puede ser disminuido, pues al hacerlo se rompería la protección progresiva.

En este ámbito, señala el ROLADO GIALDINO que el principio de Progresividad radica en “lograr progresivamente...la dinámica y el sentido que deben guiar a las obligaciones asumidas por los Estados, esto es, de perfeccionamiento, de progreso y de avance”⁸⁹. Es decir, abarcar una suerte de derechos en progreso del bienestar humano. Este logro además debe ir de la mano con “plena efectividad” de los derechos como el compromiso que compromete a los Estados a cumplir con la observancia de diversos

⁸⁶ Op. Cit 49, p.. 42. Cit. R. Ávila. Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Pg. 57.

⁸⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, 12 febrero 2002.

⁸⁸Op. Cit. 49, p. 43.

⁸⁹ GIALDINO, ROLANDO. Dignidad, Justicia Social, Principio de Progresividad y núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social. 19 enero 2010. p. 19.
www.laboralistas.com.ar/.../Principio_de_progresividad_de_los_Derechos_Gialdino.doc.

comportamientos “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos...”⁹⁰.

El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece como estándar de progresividad cuando “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 y otros medios disponibles”.

Concomitante, la progresividad significa “la adopción de medidas para dar plena efectividad da los derechos”⁹¹, y al ser aceptado por los Estados, se hallan sujetos a brindar una tutela efectiva sobre ellos, supervisar su cumplimiento y hallar medidas de protección no sólo jurídicas, sino fácticas también.

Este principio se encuentra vinculado con el Principio de aplicación directa de los derechos, dándole un carácter inmediato a su cumplimiento, prohibiendo la regresividad de la protección de los derechos (numeral 3 del artículo 11 de la Constitución).

Nuestra Constitución contempla a todos los derechos uniformemente, sujetos de protección formal y material, reconociendo una suerte de jerarquía de todos ellos, sin hacer que uno prevalezca frente a otro, de tal forma que se encuentran conectados sin existir una ponderación de uno frente a otro, formando una integralidad para que todo derecho sea justiciable en caso de ser violentado⁹².

GIALDINO propone dos perspectivas para analizar el principio de progresividad de los derechos humanos: por una parte está la progresividad dinámica, y por otra la progresividad unidireccional⁹³.

⁹⁰ PIDESC, artículo 2.1.

⁹¹ Abramovich, Rodríguez-Pinzón y Otros. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Fontamara: México, 2004. p. 56.

⁹² Artículo 427 de la Constitución.

⁹³ Op Cit. 88, p. 19.

1.2.1. Progresividad Dinámica

A través del principio de progresividad se entiende a “la formación de los derechos como un proceso evolutivo o de avance”⁹⁴.

Sin embargo, antes de profundizar sobre este principio, es preciso reconocer que la democracia tiene dos dimensiones, una formal y una sustancial. La formal se refiere a la forma de las decisiones, como y quien toma las decisiones (que por lo general son las mayorías); y la dimensión sustancial tiene que ver con qué tipo de decisiones se toman, con el primordial objetivo de la protección de los derechos fundamentales⁹⁵.

Para FERRAJOLI los derechos fundamentales son los que se asignan a los sujetos de una categoría, siendo así capaces de adquirirlos cuando se pertenece a dicha categoría⁹⁶. Pero los derechos fundamentales no implican exclusión, solo una limitación, puesto que si bien existe una suerte de contraposición, entre el deber ser (lo ideal) y el ser (la realidad), en el marco del garantismo, no puede ser solamente declarativa, sino que se deben establecer los medios para que se hagan efectivas las garantías⁹⁷. Si no hay garantía, los derechos están siendo violados.

Deben existir garantías para acercar el “deber ser” al “ser” y para ello están las garantías primarias, que son las condiciones globales, organización y estructuración del Estado que en el caso del Ecuador, se complementan con las políticas públicas⁹⁸. La actual Constitución dispone que todos los derechos son irrenunciables y de igual jerarquía, y es por ello que el Estado debe garantizar todos los derechos con igual importancia, sin categorías.

Las garantías secundarias son las jurisdiccionales⁹⁹, las que establecen la posibilidad de poder hacer justiciable todo derecho que se encuentre violentado, puesto que permite que no exista una ponderación de derechos, sino que absolutamente todos los derechos, son garantizables y justiciables. Cuando todos los derechos se encuentran

⁹⁴ Op Cit. 88, p. 20.

⁹⁵ CORRAL, FABIAN. Nuevo Régimen Constitucional. Fabián Corral. Temas tratados en clase, Universidad San Francisco de Quito. Colegio de Jurisprudencia. 27 enero 2009.

⁹⁶ Op. Cit. 17, p. 80.

⁹⁷ Op. Cit 94.

⁹⁸ Artículo 85 de la Constitución.

⁹⁹ Artículo 86 de la Constitución.

en un nivel de garantía paralela, el principio de progresividad hace posible que los derechos sean respetados en una jerarquía paralela para todas las personas, sin menoscabar un derecho frente a otro.

Muchos intérpretes del principio de progresividad, menciona GIALDINO, han querido ver en la expresión “progresivamente”, como una suerte de autorización a los Estados para que puedan obrar con total discrecionalidad en cuanto a la determinación de la “oportunidad, mérito y conveniencia” de hacer efectivos los derechos en juego¹⁰⁰. Y además menciona que algunas escuelas de política económica sostienen que “la conquista de un determinado desarrollo económico resulta una condición ineludible del goce de los derechos”.

La progresividad debe ser entendida “a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, “que es establecer claras obligaciones para los Estados con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo”¹⁰¹. Debe además verse como una obligación “concreta, constante, permanente y continua”¹⁰².

La progresividad dinámica, entonces, se entiende como la imposición de la obligación de proceder de manera concreta, constante, permanente y continua, con miras a lograr los objetivos, no sólo como enunciados, sino que deben proveerse políticas públicas que en efecto logren “efectivizar el alcance y goce de los derechos de los seres humanos”¹⁰³. El compromiso de realización progresiva a la que se someten los estados existe independientemente del incremento de los recursos, puesto que es una obligación no solo alcanzar el ejercicio de los derechos, sino efectivamente garantizarlos de manera progresiva¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Op. Cit. 88, p. 22.

¹⁰¹ Op. Cit. 88, p. 24 (Observación General. 3, pár. 9).

¹⁰² Observaciones Generales 14, pár. 31; 13, pár. 44 y 15, pár. 18.

¹⁰³ Op. Cit. 88, p. 28.

¹⁰⁴ Op. Cit. 88, p. 28.

1.2.2. Progresividad unidireccional. La “evolución reaccionaria”

El sentido unidireccional de la progresividad incluye el propósito de poner énfasis fundamentalmente, en que no exista un retroceso en el alcance de los derechos, que al unísono, está vedada la marcha en sentido contrario¹⁰⁵. Es decir que se establece como regla la prohibición de retroceso, la disminución del grado de protección que se hubiese alcanzado, en un determinado momento y Estado, puesto que los derechos prevén una orientación de “mejora continua de las condiciones de existencia”¹⁰⁶, de tal manera que no existe justificación alguna para el retroceso de la ley nacional por el hecho de que el tratado no previera el derecho en juego o lo enunciara en menor grado.

En caso de que se presente deliberadamente alguna medida de retroceso en el derecho, requiere de una consideración más cuidadosa con una razón extremadamente fundamental que prevea esta situación, no pueden existir arbitrariedades estatales a través de la legalidad, ya que se estaría abusando del Derecho¹⁰⁷.

Entonces, el avance de los Derechos Humanos debe ir de la mano con la progresividad siempre, no puede justificarse ni un estancamiento ni un retroceso. El pleno desarrollo del ser humano radica precisamente en encontrar los medios que provee el Estado para no ver mermado sus derechos.

La disminución de los derechos no es un hecho que se pueda prever, pueden existir situaciones en las que se suspendan (como el de la libertad) pero en tal caso, la búsqueda progresiva del desarrollo de los mismos debe ser posible, fijada como meta estatal en razón de desarrollo ya que “por ningún concepto pueden permitirse violaciones a los derechos adquiridos o las disminuciones de éstos”¹⁰⁸.

Se ha visto entonces que “el cumplimiento de las obligaciones por los Estados, indudablemente, admite grados máximos cuando la efectividad de los derechos no es ajena a la progresividad”¹⁰⁹. Y es por ello que este principio está vinculado no sólo en el aspecto de provisión de servicios, sino que también está relacionado con aspectos

¹⁰⁵ Op. Cit. 88, p. 26. según lo estipulo art. 11.1. PIDESC

¹⁰⁶ PIDESC artículo 11.1

¹⁰⁷ Del retroceso injustificado, lo prevé el Pacto y Gialdino también lo menciona: Pg. 28

¹⁰⁸ Op. Cit. 88, p. 24.

¹⁰⁹ Op. Cit. 88, p. 24.

programáticos del Estado, “aspectos que lleven al gobierno a construir medidas que garanticen la efectividad de los derechos¹¹⁰.”

1.2.3. Alcance del principio de progresividad en el Ecuador

En el Ecuador el principio de progresividad es reconocido en el artículo 340 de la Constitución, en lo referente al sistema nacional de inclusión y equidad social, que se lo propone como “el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo”.

Para llegar a la consecución de estos derechos se articula el Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa, que se guiará a través de los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación. Con este enunciado se reafirma la obligación estatal de garantizar los derechos enunciados en la Constitución y Tratados Internacionales¹¹¹, tratando de dar más énfasis a la consecución de los mismos. El Plan de Desarrollo Nacional supone la creación de políticas públicas y otros mecanismos que garantizarán el alcance y goce de los derechos.

Principalmente lo que se busca en esta Constitución es la protección del individuo y dar pleno alcance a sus derechos, sin que un derecho o un individuo sean más importantes que otro. Se busca poder garantizar a todos por igual las obligaciones que el Estado tiene para con sus habitantes, no sólo con enunciados normativos, sino que debe preverse las medidas fácticas y tecnológicas para la realización y consecución de los derechos. Además de que se puede garantizar para todos los ciudadanos un no

¹¹⁰ SIMON, FARITH. Nuevo Régimen Constitucional. Temas tratados en clase, Universidad San Francisco de Quito. Colegio de Jurisprudencia., 19 marzo 2009.

¹¹¹ Solo en materia de Derechos Humanos, los Tratados Internacionales están al mismo nivel que la Carta Magna, de acuerdo a lo que estipula el Art. 424 de la Constitución.

retroceso con lo postulado, una vez enunciadas las medidas, deben desarrollarse con efectividad en beneficio de todos.

Entonces, el avance de los Derechos Humanos debe ir de la mano con el principio de progresividad siempre, no puede justificarse ni un estancamiento ni un retroceso. El pleno desarrollo del ser humano radica precisamente en encontrar los medios que provee el Estado para no ver mermado sus derechos¹¹².

En el Ecuador, al igual que en el resto del mundo, existen colectivos LGBT, que están conformados por seres humanos, personas que tienen los mismos derechos al igual que cualquier ciudadano, y las garantías constitucionales deben ser aplicadas sobre todas las personas sin condiciones y sin importar preferencias sexuales del individuo.

Con el principio de progresividad, es posible reconocer que la imposición de una obligación estatal debe proceder de manera concreta, constante, permanente y continua, con miras a lograr un objetivo¹¹³, y evitando toda medida que implique la disminución del grado de realización que los derechos hayan alcanzado, de tal manera que no se puede mermar el alcance de los derechos ni su contenido. Al restringir el avance de los derechos (incluido el de igualdad ante la ley) a ciertos individuos¹¹⁴, se está restringiendo el pleno desarrollo individual y retrocediendo en el avance de los derechos.

1.3. El grupo LGBT

1.3.1. ¿Qué son los LGBT?

FALCONÍ nos dice que la homosexualidad existe en todas las culturas, igualmente con discriminación sobre esta preferencia¹¹⁵. Pero la discriminación no nace a partir de la existencia de la primera persona homosexual, puesto que en Grecia, la homosexualidad masculina fue aceptada. A pesar de la existencia de una cultura

¹¹² Op. Cit. 23, p.14

¹¹³ Los objetivos pragmados en la Constitución, poder alcanzar un Plan de Desarrollo Nacional para todos individuos del país.

¹¹⁴ La no permisibilidad de contraer matrimonio entre homsexuales

¹¹⁵ Op. Cit. 16, p. 36.

machista, siempre se mostró benévola con los homosexuales hombres, a tal punto que no existía la diferenciación entre “homosexual y heterosexual”¹¹⁶, de manera que la belleza, la homosexualidad y la sabiduría formaban parte de la cultura helenística.

Asimismo, nos informa FALCONÍ, que en Roma la degradación no venía por la homosexualidad de la persona, sino por su pasividad en el acto sexual, puesto que era el amo el que estaba autorizado a ejecutar una penetración en su esclavo, y no se admitía jamás que un amo adoptara una posición de pasividad, puesto que sería una manifestación de senilidad que degradaría su condición de noble o libre¹¹⁷.

Respecto al lesbianismo, con SAFO que se constituyó esta condición en Grecia¹¹⁸. El mismo Alejandro Magno fue bisexual, manteniendo varias relaciones a la vez con dos hombres, a pesar de ser considerado como uno de los referentes de masculinidad en la Antigüedad y en toda la Historia Occidental¹¹⁹. Sus esposas fueron arreglos con intereses de uniones de reinos, pero sus preferencias tendieron a ser más sobre el sexo masculino que sobre el femenino. A pesar de esto, su condición de guerrero no se vio afectada por esta opción¹²⁰.

El rechazo a la homosexualidad surgió a partir del Siglo XVIII, cuando Tomás de Aquino señaló los cuatro pecados contra la naturaleza: “masturbación, coito con animales (bestialidad), actos de personas del mismo sexo (vicio de sodomía) y uso indebido del matrimonio (todo lo que no sea coito vaginal)”¹²¹. En este punto, cabe recalcar que la homosexualidad no era conocida como tal, sino más bien como sodomía, como una condición sexual, pero a partir de la categorización de Aquino sobre estos pecados, la homosexualidad pasó a ser un discurso anti reproductivo, siendo censurado como pecado¹²².

¹¹⁶ Op. Cit. 16, p. 60. Standford University. “Homosexuality”. S.P. T.P.

¹¹⁷ Op. Cit. 16, p. 60. Ardila, Rubén. “Homosexualidad y psicología”. Pg. 160.

¹¹⁸ FUENTES PABLO. “Pasado y presente de la homosexualidad”. En clave gay. Todo lo que deberíamos saber. Editorial Egales: Barcelona, 2001. p. 22

¹¹⁹ IBIDEM, 23.

¹²⁰ Op. Cit. 117, 27.

¹²¹ MIRABET, ANTONI. Homosexualidad hoy. Editorial Herder. Barcelona. 1985. Pg. 134.

¹²² Op. Cit. 38, p. 224.

La homosexualidad en si parte de lo que es contrario a lo natural, puesto que se crean “sensaciones sexuales contrarias”¹²³ y es entonces, en las puestas del S XIX, que se inaugura el término de homosexualidad como una categoría, como nos relata FALCONÍ.

El cambio que se vio esquematizado, de lo aceptable (como condición sexual de la sodomía) a una aberración no natural ni normal, en un principio fue como una alteración o perversión de la psiqui, no nace a partir de lo moralmente prohibido, o de lo profanamente dado, sino como una categoría de enfermedad mental. Fue a partir de esta situación que la homosexualidad se configuró como tal, para posesionarse en legislaciones, incluso como la nuestra, como un delito¹²⁴.

En el Ecuador, el Código Penal, en los años ochenta sancionaba cualquier tipo de relación sexual consentida entre dos hombres. Bares y discotecas gays, que se consideraban lugares privados, eran prohibidos. Es decir, que la homosexualidad se trató como un delito¹²⁵.

Catalogar al homosexualismo como un delito, a partir de plegarias psicológicas, no consagra el posicionamiento de lo que es legalmente permitido, puesto que si se tratara de una enfermedad mental, “no tendría sentido en absoluto condenar a alguien por un delito que está relacionado con alteraciones mentales”. No se puede acusar de delito a una situación de enfermedad sobre una persona, los delitos son cuestión de actitud, son cuestión de “verificar la voluntad de hacer daño en muchos de los casos”¹²⁶.

1.3.2. Los LGBT en el Ecuador

El término LGBT se establece para los grupos de personas Gays, Lesbianas, Bisexuales, Travestis y Transexuales. En el mundo, este nuevo movimiento LGBT nace el 28 de junio de 1969 con los eventos ocurridos en Nueva York, dando lugar al grupo

¹²³ Op. Cit. 16, p. 38.

¹²⁴ Op. Cit. 16, p. 38.

¹²⁵ Op. Cit. 50, p. 66.

¹²⁶ Op. Cit. 50, p. 66.

Gay Liberation Front¹²⁷. A partir de este evento se da origen al Día Internacional del Orgullo Gay con el que se origina y viabiliza a las personas LGBT para el reclamo de sus derechos¹²⁸.

Inicialmente en el Ecuador el movimiento LGBT aparece en los años ochentas, incluyendo sólo a los Gays y Travestis, pero luego se involucran otros grupos homosexuales, como las lesbianas¹²⁹.

La acogida de este movimiento dentro del país fue la esperada, causando un ambiente negativo al considerar que se instauraría una plaga del VIH/SIDA, y de prácticas antinaturales, inmorales y antirreligiosas. Hoy día “esta falsa percepción continúa siendo...el sustento para muchas de las políticas de salubridad que emite el gobierno, incluso cuando los niveles de pandemia de la enfermedad han puesto de manifiesto que ya no existen grupos vulnerables, sino que la prevención debe realizarse de forma universal y desde temprana edad”¹³⁰.

Es decir, nuestra sociedad aún manifiesta renuencia sobre este grupo, a pesar de la evolución mundial y del progreso de los Derechos Humanos. No existe realmente aceptación sobre su condición de identidad de género, aún siguen viéndose como cierto grupo diferente de la sociedad que necesita ser visto como tal, y que no puede verse incluido y aun menos gozar de los mismos derechos que todos.

Con el apareamiento del boom del Sida, CENTENO expone que se desplegó una lucha por el reconocimiento de la integridad física y el respeto al ámbito privado de las personas, exigiendo a las autoridades el cese de los abusos físicos en contra de las personas homosexuales, además de exigir el respeto a la libre expresión de la sexualidad en lugares privados¹³¹.

Asimismo, CENTENO¹³² señala que los homosexuales que se aventuraban a salir a locales gays, “debían estar preparados para soportar continuas batidas que en la

¹²⁷ Fundación Triángulo. Gay Liberation Front. 19 mayo 2008. 22 septiembre 2010. http://www.fundaciontriangulo.es/informes/e_Historia.htm

¹²⁸ Op. Cit. 50, p. 67.

¹²⁹ Op. Cit. 50, p. 67.

¹³⁰ Op. Cit. 50, p. 68.

¹³¹ Op. Cit. 50, p. 82.

¹³² Op. Cit. 50, p. 82.

mayoría de las veces terminaban en golpes y encarcelamiento por atentar a la moral pública y no por mantener relaciones sexuales entre dos hombres, como lo tipificaba el código penal”. A pesar de esta disposición legal, nunca se logró condenar a nadie.

Recién en 1997 se despenalizó el homosexualismo, dando un gran salto hacia el respeto de los derechos de los homosexuales, a pesar de que sólo se despenalizó entre hombres adultos masculinos, lo que quiere decir que no se agrupaba a toda la comunidad LGBT todavía¹³³.

Con la Constitución de 2008, se hace público el respeto el derecho a la “no discriminación por razón de orientación sexual” como un principio constitucional de aplicación directa¹³⁴. Con esta declaración se elaboran propuestas nuevas sobre el reconocimiento de los derechos del movimiento LGBT, exigiendo que se garanticen los preceptos constitucionales sobre el respeto a toda clase de manifestación de conducta homosexual.

El nuevo discurso gay, poco a poco se fue separando del proceso de lucha contra el SIDA, y también de las ONG’s que llevaban a cabo sus propuestas políticas, ya que “serían ellos mismos los que buscarían ser los protagonistas de su situación y de la lucha de sus derechos, siendo voceros de instaurar un respeto social sobre su condición de género con un ideal político colectivo”¹³⁵.

Al igual que otros grupos, como las mujeres en lucha de la igualdad de condiciones frente al abuso de género que se perpetuó por años alrededor del mundo¹³⁶, el movimiento LGBT logró alcanzar algo de reconocimiento y aceptación social frente a su condición en ciertos países como España, Portugal, Holanda, Francia, Gran Bretaña, Canadá, Estados Unidos, México, Argentina, Brasil, Argentina, Uruguay, Colombia¹³⁷ y Ecuador, en cuanto a la protección legal para las parejas del mismo sexo, ya sea a nivel nacional o regional, e incluso en varios de ellos, ha sido posible reconocer no sólo la unión de hecho, sino también el matrimonio para parejas del mismo sexo.

¹³³ Op. Cit. 50, p. 68.

¹³⁴ Op. Cit. 50, p. 69.

¹³⁵ Op. Cit. 50, p. 72.

¹³⁶ Op. Cit. 23, p. 14.

¹³⁷ Op. Cit. 90, p. 31.

Aunque este proceso no ha sido fácil ni rápido, se logró que no existieran más lugares clandestinos donde pudiera haber libre asociación, indistintamente del género, se despenalizó el homosexualismo¹³⁸, hubo reconocimiento constitucional y por último, hoy día, con la Constitución de 2008, se reconoció igualdad de condiciones frente a la ley, al punto que es posible constituirse la unión de hecho entre homosexuales¹³⁹.

Sin embargo, no es suficiente, ya que aún existe la prohibición de contraer matrimonio entre hombre y hombre, o entre mujer y mujer, incluso entre hombre y transexual. Ello afecta el pleno desarrollo individual y el goce de sus derechos. El no poder contraer matrimonio, a pesar de que existe una Constitución en la que se hace énfasis sobre la igualdad ante la ley, los principios que garantizan a todos sus habitantes, los derechos que en ella se consagran, el derecho a desarrollarse libremente y a contraer matrimonio, aun se encuentra negado para los homosexuales en el Ecuador.

1.4. Matrimonio, unión de hecho y familia

En el Derecho Internacional Privado el matrimonio es regulado a través de un principio jurídico fundamental, que al mismo tiempo es un “derecho fundamental”: toda persona goza del *jus connubii* (derecho a contraer matrimonio) y el derecho a fundar una familia. Ello significa que toda persona goza “del derecho subjetivo a contraer matrimonio de manera libre con la persona que desee, dentro de los límites marcados por la Ley”¹⁴⁰.

El matrimonio como institución jurídica, “era perfeccionado cuando se daban determinados presupuestos y no transgredían las prohibiciones”¹⁴¹ desde la época romana. Dichos presupuestos se clasificaban en naturales y civiles; los naturales consistían en la “diferencia de sexo entre los contrayentes, su pubertad y su aptitud para la procreación”, mientras que los presupuestos civiles eran requerimientos más

¹³⁸ En el Año de 1997

¹³⁹ Artículo 68

¹⁴⁰ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS. JAVIER CARRASCOSA. Derecho internacional privado y matrimonio entre personas del mismo sexo. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Num. 23. 2005. pp.11-70.

¹⁴¹ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. Derecho Privado Romano. Tomo I. Editorial Jurídica: Santiago de Chile. 2008. Pg. 337

formales, es decir “la ciudadanía romana de al menos el marido y la recíproca posesión del *jus conubium*”^{142*}.

A esta situación jurídica debe agregársele que tenía un momento de perfeccionamiento, con “...el mero consentimiento entre los contrayentes... en orden a convivir monogámica, perpetua e incondicionalmente como marido y mujer”¹⁴³. Con este elemento se atribuye a la celebración contractual un aspecto más espiritual entre los contrayentes para formar un núcleo familiar independiente, ya fuera *cum manu* o *sine manu*¹⁴⁴.

Antes de que aparezca una legislación matrimonial que estipulara los requisitos para el matrimonio, en la época arcaica aparece la celebración de un acto por el cual se promete contraerlo en el futuro, llamado “esponsales” (*sponsalia*), en la que la novia o su *pater*, prometía en matrimonio al novio, sin que éste deba aceptarlo¹⁴⁵. Posteriormente, en la época clásica “aunque se conserve el nombre de *sponsalia*”, el acto de promesa perdió su carácter vinculante y fue relegado al ámbito de los hechos y la vida social¹⁴⁶, con lo pasó a ser primordial el consentimiento de las partes.

El primer concepto del matrimonio romano se vio plasmado en el *Digesto* (23,2,1)¹⁴⁷, atribuyéndosele al jurista *MODESTINO*, marcando así el final del período clásico del derecho romano. La legislación matrimonial romana también fue apoyada por *Augusto*, quien realizó ciertas modificaciones y prohibiciones para poder contraer matrimonio con la *lex iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y una *lex papia poppaea* (9 d.C.), leyes con las que se daría paso a la existencia del otro tipo de uniones, como por ejemplo “ciudadano-extranjera” que era considerado un “concubinato”¹⁴⁸.

¹⁴² Ibidem, 338. * el *conubium* era la facultad en Roma, de poder contraer matrimonio civilmente y constituye un presupuesto relativo, pues se tiene respecto de determinadas personas, tales como los ciudadanos romanos entre sí, y éstos con aquellos no ciudadanos (peregrini), o sea que al menos el marido debía gozar no sólo del status libertatis sino también del status civitatis (que fueran libres y además, ciudadanos), es decir el ius conubium. Derecho que se conserva hasta nuestros días en el DIPr.

¹⁴³ Op. Cit. 140, p. 340.

¹⁴⁴ SILVA, LUIS. “El matrimonio según el derecho romano”. Historia clásica. 27 noviembre 2007. México DF. Pg. 29

¹⁴⁵ Op. Cit. 140, p. 334.

¹⁴⁶ Op. Cit. 140, p. 335.

¹⁴⁷ MARTI, JOSÉ MARÍA. Afectividad y Procreación en el Matrimonio Canónico. La evolución de la teoría de los fines. Universidad de Castilla: La Mancha .1997. Pg. 19.

¹⁴⁸ Op. Cit. 143, p. 29.

Los concubinatos existieron siempre, paralelamente al matrimonio. Sin embargo su regulación fue hecha para dar protección a las “relaciones que no se estaban contempladas para el matrimonio, dándoles plenos derechos a los hijos concebidos fuera del matrimonio, y que en ese entonces eran considerados ilegítimos, por ende no sujetos de derecho y menos protecciones hereditarias”¹⁴⁹. En sí el concubinato fue la institución legal para regular las relaciones prohibidas de Roma, entre personas que no tenían plena capacidad para contraer matrimonio¹⁵⁰.

El matrimonio daba a los ciudadanos romanos un status diferente, puesto que la unión de hecho o concubinato “tenía un rango de inferioridad frente al matrimonio *iusta nuptiae*”¹⁵¹, sin embargo introdujo la regulación de las relaciones caracterizadas por la convivencia y la continuidad en la misma, que en una situación paralela en la que aparentan la misma e igual vida que en el matrimonio.

El segundo concepto de matrimonio se encuentra en las instituciones de *JUSTINIANO* que se atribuyen a *ULPIANO*, concepto que ya se veía arduamente ligado al cristianismo¹⁵², en el que el fin esencial era la procreación y el convivir para siempre, dando paso a los documentos del Vaticano en el Código de Derecho Canónico que prescribe lo siguiente:

Canon 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 Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

¹⁴⁹ Op. Cit. 49, p. 5.

¹⁵⁰ Op. Cit. 140, p. 350. *De hecho la mujer en Roma siempre tuvo una inferioridad notoria frente al hombre, no tenía plena capacidad jurídica y sólo podía contraer matrimonio si gozaba de libertad, pubertad, cum manu y dote, pasando a regirse a la subordinación del marido después del padre. Sin estas características sólo podía ser partícipe del concubinato, y para los hombres de la misma manera, sino eran libres ni ciudadanos, no podían contraer matrimonio. Así mismo la mujer concubina no participaba de los efectos jurídicos ni de los bienes que se producían, pues no gozaba de las dignidades de su compañero, no existía dote, ni lugar a donación con derecho a suceder con restricciones*

¹⁵¹ Op. Cit. 49, p. 6.

¹⁵² Modestino. Digesto (23,2,1) “matrimonio es la unión de varón y mujer y consorcio de toda la vida, comunicación de derecho divino y humano” (Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communication) Justiniano (1,9,1) “Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens”.

En el concepto cristiano, el matrimonio se consideró “como una comunidad de toda la vida... con los fines de la continuidad de la familia paterna”¹⁵³, se autorizó el divorcio en el caso de no existir hijos¹⁵⁴.

Las tendencias modernas del matrimonio que en un inicio “incluían un enfoque contractual del matrimonio por el pensamiento liberal de la Revolución Francesa”¹⁵⁵, fueron superándose paulatinamente, es decir que posteriormente a la Revolución Francesa, se concibió al matrimonio como un contrato plenamente para romper todo vínculo existente con la iglesia y con los fines reproductivos del matrimonio que impidiera que dos personas tengan la libertad de darle fin a su relación conyugal. Pero este pensamiento contractualista, “lo dejaron de lado para poner el acento en la valoración afectiva y social de la unión de hombre y mujer”¹⁵⁶.

Es entonces que cuando el concepto de matrimonio ahondó sobre el aspecto familiar, en el que al ser tratado como institución jurídica da paso a la protección de ciertos derechos para los individuos y para la pareja y familia conformada a partir de él. La antropología define al matrimonio a través del parentesco como “la unión de dos personas que cumplen roles heterosexuales, inclusive así se trate de matrimonios homosexuales”¹⁵⁷, que en su caso sirve para legitimar la descendencia de una mujer y que “establece relaciones de alianza entre los grupos de parentesco de los cuales provienen sus miembros”¹⁵⁸.

1.5. Reformulación del concepto del Matrimonio

El concepto jurídico de “matrimonio” no es algo estático que se haya mantenido inalterado en todos los países del mundo a través del tiempo¹⁵⁹. Este concepto es

¹⁵³ Op. Cit. 146, p. 23. Cita a J. Gaudmet. *Le mariage en occident el le droit*.

¹⁵⁴ Art. 110 del Código Civil Ecuatoriano que determina las causales de divorcio. Suplemento del Registro Oficial No. 46, 24 de Junio de 2005.

¹⁵⁵ PARRAGUEZ, LUIS. Manual de derecho civil ecuatoriano, Personas y Familia. V:1. Universidad Técnica Particular de Loja: Loja. 2005. Pg. 187

¹⁵⁶ Ibidem, 187.

¹⁵⁷ T. SAN ROMÁN. AURORA GONZÁLEZ ECHEVERRÍA. Las relaciones de parentesco, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra. 1994. P. 89.

¹⁵⁸ Ibidem, 89.

¹⁵⁹ Op Cit 139, p.11-70.

variable, distinto entre países y culturas que se ha ido adecuando a los cambios sociales que se generan en el mundo.

Existe, para empezar, relatividad del concepto y del contenido jurídico según varíe el lugar y el “círculo cultural” del derecho. Por ejemplo el derecho musulmán regula al matrimonio como un “contrato que tiene por objeto la organización de las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer”¹⁶⁰, cuya finalidad es convertir en “lícitas” las relaciones sexuales entre los esposos.¹⁶¹ Por ello es que el derecho musulmán permite la existencia del matrimonio poligámico, situación escasamente aceptable para el derecho del mundo occidental.

Asimismo en el Reino Unido (Hyde vs Hyde 1866) se puede demostrar la relatividad del concepto de matrimonio en el tiempo, puesto que el matrimonio era la “unión voluntaria para toda la vida entre un hombre y una mujer con la exclusión de cualquier otro” (*the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others*)¹⁶². Este concepto no es más aplicable en nuestros días ni en el Reino Unido ni en otros países occidentales, ya que el elemento “para toda la vida” se encuentra suplido por el divorcio, el mismo que existe en casi todo el mundo¹⁶³.

La revisión histórica muestra que el matrimonio constituyó primero una promesa (*sponsalia*), luego una institución jurídica como tal para dar un status jurídico a los ciudadanos romanos, posteriormente se reformuló su concepto con la intervención del cristianismo. Con la revolución francesa se desvinculó a la iglesia del matrimonio para que sea considerado únicamente como un contrato civil y por último, hoy día el

¹⁶⁰ Op Cit 139, p. pp.11-70. Citando a CD. Coester Waltjen/M. Coester "Formation of Marriage", IECL, Ch.3, 1991, pp. 10-11 y otros.

¹⁶¹ Op Cit 139, p. 36. DIAGO, MP. La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", *Annales de Droit de Louvain*, 2001-4, pp. 407-442; ID., "Repercusiones de la nueva Mudawwana en la inmigración marroquí". *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza, 2004, pp. 141-165.

¹⁶² Op Cit. 139, p. 88. ALFONSO LUIS. JAVIER CARRASCOSA. Derecho internacional privado y matrimonio entre personas del mismo sexo... (1886) LR 1 P & D 130; CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª ed., London, Butterworths, 2002, p. 354.

¹⁶³ Incluso Chile, que como lo dice Calvo Caravaca, este país “es uno de los últimos baluartes antidivorcistas” que admitió el divorcio en su legislación en mayo de 2004, acabando con una prohibición de divorciarse que se sostenía desde 1884.

matrimonio tiene elementos más sociales que contractuales que acentúan la valoración afectiva de las uniones conyugales.

Es por esto que se lo concibe esencialmente como la unión voluntaria de un hombre y una mujer, en la que las relaciones afectivas y cotidianas que dan paso a la existencia de la unión entre dos personas del mismo sexo. Si bien el Derecho canónico elaboró completamente el Derecho matrimonial, el paso del tiempo y las diversas situaciones sociales en el mundo han ido modificando la inserción cristiana en el matrimonio, permitiendo que el concepto jurídico de matrimonio modifique lo que antes se consideraban sus “elementos esenciales”¹⁶⁴.

Por lo que “si tal concepto ha cambiado en el pasado, puede ahora volver a cambiar”. Si antes una unión entre dos personas del mismo sexo no podía ser nunca un matrimonio, porque incluía “una tesis con ribetes metafísicos y jusnaturalistas que dificultaba la adaptación del Derecho a la realidad social, que no permitía explicar los cambios históricos en el concepto de matrimonio...”¹⁶⁵. Esto se modificó en los nuevos textos internacionales, especialmente los europeos puesto que hoy incluyen una serie de derechos que protegen al colectivo LGBT y su derecho a contraer matrimonio y formar una familia.

La reformulación del matrimonio y las uniones de hecho de varios ordenamientos jurídicos en el mundo, para poder incluir a las parejas del mismo sexo se debe a que el matrimonio no se entienda como un mecanismo sólo de procreación, sino que se toma en cuenta las situaciones fácticas y las relaciones afectivas entre las personas indistintamente de sus preferencias sexuales, dando lugar a la posibilidad de regular y proteger sus derechos en un ámbito legal y socialmente aceptado.

1.5.1. Matrimonio entre homosexuales

En el mundo del derecho siempre se ha considerado un elemento esencial para la consecución de del matrimonio el requisito de que ambos contrayentes sean de sexo

¹⁶⁴ Por ejemplo, la diferencia de sexo entre los contrayentes

¹⁶⁵ Op Cit. 139, p. 90 LUIS. JAVIER CARRASCOSA. Derecho internacional privado y matrimonio entre personas del mismo sexo...

opuesto, pero en los últimos años este elemento ha sido objeto de moderaciones debido a que algunos ordenamientos jurídicos de varios estados, han incluido la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio e incluso adoptar.

El caso más reciente es Argentina, el primer país en Sudamérica que admitió el matrimonio homosexual¹⁶⁶, el 14 de Julio de 2010¹⁶⁷. Asimismo, México, el 22 de diciembre de 2009, también introdujo en su sistema jurídico el matrimonio homosexual¹⁶⁸. “En Canadá y Sudáfrica, en siete países europeos y en seis estados de los Estados Unidos existe ya el matrimonio entre personas de igual sexo”¹⁶⁹. Además están “10 países en los que se permite que los homosexuales puedan adoptar, y en muchos otros se reconocen las uniones civiles de parejas del mismo sexo”¹⁷⁰, entre ellos Ecuador.

Con la visibilización¹⁷¹ de las parejas homosexuales se planteó la posibilidad de que las uniones entre estas parejas tuvieran los mismos derechos y protecciones que las parejas heterosexuales, es decir que al igual que las parejas de distinto sexo pudieran consolidar legalmente sus uniones (ya sea por matrimonio o por uniones de hecho), y formular reclamos de orden familiar que les permitan proteger sus derechos.

Fue entonces que “países como Dinamarca en 1989 y Noruega en 1993 legislaron sobre el derecho de los gays a inscribir sus uniones en registros específicamente creados para tal fin y otorgaron a tales parejas algunos de los derechos contemplados para los cónyuges en el régimen legal del matrimonio”¹⁷². Dando así, reconocimiento a las

¹⁶⁶ CEVALLOS, DIEGO. Matrimonio homosexual. El Comercio 7 de agosto de 2010. Pg. 11

¹⁶⁷ Ley 26.618. Boletín Oficial 22 de julio de 2010. Modificación al Código Civil. Matrimonio civil. Argentina. <http://soydondenopienso.wordpress.com/2010/07/22/ley-26-618-y-decreto-105410-ley-de-matrimonio-igualitario/>

¹⁶⁸ DE LAS ERAS, MARÍA. “Matrimonio gay en México: con mayoría en contra”. Opina México. 11 enero 2010. 22 octubre 2010. http://www.opinamexico.org/opinion/MATRIMONIOS_GAY.pdf

¹⁶⁹ Op. Cit.165, p 11.

¹⁷⁰ Op. Cit.165, p 11.

¹⁷¹ ALCAIDE, PACO Y PABLO FUENTES. “La cultura gay y símbolos de identidad”. En clave gay. Todo lo que deberíamos saber. Editorial Egales: Barcelona, 2001, p. 97: La visibilización homosexual radica en “la existencia de una identidad homosexual básica”.

¹⁷² VEGA, YURI. Homosexualidad, matrimonio y adopción. 30 septiembre 2010. <http://www.derechoclub.com/biblio/derechocivil/homosexualidad.rtf>.

uniones por parejas del mismo sexo por primera vez, y profundidad a los argumentos de igualdad.

El 8 de febrero de 1994 el Parlamento Europeo emitió una resolución en la que “abordó problemas de los más variados relacionados con la situación legal de los homosexuales en los países de la Unión”¹⁷³ y se contemplaron algunos directamente vinculados con las demandas en materia familiar de las comunidades gay. En efecto, el Parlamento pidió a la Comisión presentar una recomendación sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales” y como tema comprendido dentro de dicha recomendación señaló que debería, como mínimo, tratar de poner fin:

A los obstáculos puestos al matrimonio de parejas homosexuales o bien a un instituto jurídico equivalente, garantizándoles plenamente los derechos y ventajas del matrimonio y permitiéndoles el registro de las uniones; a cualquier limitación del derecho de los homosexuales a ser padres o bien a adoptar o recibir niños en custodia”¹⁷⁴.

Esta resolución causó impacto, aún más en las parejas homosexuales, y dio paso a reclamos de orden familiar, además de que “abrió una nueva etapa que ha tenido grandes repercusiones en diversos países europeos”¹⁷⁵. Esto dio como resultado que mayor afluencia de homosexuales, “a base de la experiencia registrada en torno a la regulación de las uniones de hecho”, se alejaron de formular demandas que concedieran a sus convivencias la calidad de matrimonio. Por el contrario, “aspiraron a gozar de regímenes protectivos que reconocieran la validez y legitimidad de las relaciones de las parejas homosexuales”¹⁷⁶. Como resultado de este proceso, se fue desvinculado la función reproductiva del matrimonio para dar paso a los derechos de las personas y sus uniones conyugales y conceder protección debida a sus derechos.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ Op. Cit. 171.

¹⁷⁵ Op. Cit. 171.

¹⁷⁶ Op. Cit. 171.

1.5.2. Matrimonio, unión de hecho y familia en el Ecuador

En el Ecuador, la influencia de este avance progresivo de los derechos para las parejas homosexuales no tuvo excepción, puesto que con la Constitución de Montecristi se abrió paso al reconocimiento de la no discriminación en razón de las preferencias sexuales y a las uniones de hecho para parejas del mismo sexo¹⁷⁷ como un avance fundamental para estas parejas, pero insuficiente debido a la no permisión del matrimonio homosexual, como se verá más adelante.

Pero ahondando en el tema matrimonial y familiar, es posible adelantar que junto al matrimonio también se dio paso a la protección del derecho a tener una familia¹⁷⁸, la misma que es una institución humana básica, necesaria e imprescindible en toda sociedad, que se encuentra presente todas ellas puesto que no existe cultura alguna en la que no exista esta unidad social básica.

La familia tiene diferentes percepciones de acuerdo a la cultura o sociedad a la que pertenece, pero siempre será objeto de protección como un todo y a todos sus miembros como individuos¹⁷⁹. Sin embargo, la protección que se dé a ésta se sujeta a las prioridades que establezca un Estado. Por ejemplo, el artículo 67 de la Constitución reconoce “a la familia en todas sus tipos y garantiza la protección estatal de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y se garantizan las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se encuentran constituidas por vínculos jurídicos o de hecho y se basan en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”.

La familia recibe protección como institución jurídica, y las que se constituyen de hecho se equiparan en derechos y obligaciones a las constituidas mediante el matrimonio¹⁸⁰, pero también se incluye la protección de la familia a partir del fenómeno

¹⁷⁷ Art. 67 de la Constitución Política del Ecuador

¹⁷⁸ Denoto la palabra “también”, porque no sólo a través del matrimonio se tiene el derecho a gozar de una familia, sino que existe la protección familiar a través de otros vínculos como la unión de hecho, tal situación se protege en Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

¹⁷⁹ Art. 66 de la Constitución numerales 1, 2, 3, 20, 27, 28 y 29. Y el Artículo 67 primer inciso.

¹⁸⁰ SIMON, FARITH. Derechos de la niñez y adolescencia. Cevallos: Quito. 2009. Pg. 452

migratorio que se produjo en el país, en el que se reconoció a la familia de manera diversa, no sólo a “la familia nuclear o elemental”, sino que se reconoce los diversos familiares que existen, “la familia extensa, monoparental, de madres solteras, de padres separados, las que nacen del fenómeno migratorio y las familias que se van formando con la cotidianeidad”¹⁸¹, aunque se limita la adopción exclusivamente a las parejas conformadas por un hombre y una mujer¹⁸².

La Constitución realizó un avance significativo para incluir a las parejas homosexuales en la protección de sus relaciones de pareja y personales; sin embargo, en la decisión de limitar el matrimonio a las parejas heterosexuales únicamente, se omitió analizar objetivamente sus consecuencias. En el análisis que se hará de las Actas de la Asamblea Constituyente sobre el matrimonio entre homosexuales, se demostrará que el Estado no actuó objetivamente.

El reconocimiento de los derechos de la familia se expresa en los derechos de las personas integrantes de ésta, promoviendo protección a cada individuo y su pleno desarrollo¹⁸³, mediante las políticas que el Estado formulará y ejecutará para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres de acuerdo con la ley, incorporando un enfoque de género en planes y programas y brindando asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

El derecho positivo no contempla una definición de familia, pero a través de ella la comunidad no solo aporta sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que

¹⁸¹ Acta 86. Asamblea Constituyente. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente. 15 de mayo de 2010. Pg. 26. Específicamente en éste punto, la Asambleísta María Soledad Vela sostiene que todas las familias son el eje de la sociedad, una sociedad en constante evolución, protegiendo desde Constitución y el Estado, la diversidad de familias. “La realidad nos demuestra que dentro de las familias también se dan relaciones de poder que generan situaciones dolorosas y violentas ... Por esto ratificamos la obligación del Estado de ejecutar y formular políticas para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres”.

¹⁸² Op. Cit. 180, p. 27.

¹⁸³ Constitución Política del Ecuador en el artículo 68 promueve la maternidad y paternidad responsables, en el que los padres están obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación... de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo; el reconocimiento del patrimonio familiar, la garantía estatal de la igualdad de derechos en la toma de decisiones..., protección a las madres, padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa, promoviendo la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos.

cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde¹⁸⁴. El Derecho Internacional de los Derechos humanos incluye derechos familiares y derechos sociales de familia, entre los cuales se incluye el derecho a contraer matrimonio, derecho a la preparación para la vida conyugal y familiar y el derecho a formar parte de una familia¹⁸⁵.

Todo ser humano debe tener la oportunidad de crear una familia sin que interfiera norma alguna que menoscabe este derecho. Por ello, se reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado¹⁸⁶. Dentro de los derechos sociales de la familia está el “derecho a ser y hacer, derecho al trabajo, a un salario mínimo, a la salud y seguridad social, a una vivienda digna, a la educación, libertad de culto y de asociación”¹⁸⁷. Estos derechos recaen sobre cada persona que se desarrollan a partir del vínculo del individuo con la sociedad, y en virtud de la familia y el individuo, por lo que deben ser garantizados y protegidos.

Los derechos de familia en el Ecuador también se reconocen a través de los tratados internacionales de derechos humanos, puesto que forman parte del ordenamiento jurídico y se encuentran en igual jerarquía que la Constitución¹⁸⁸. Así el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de

¹⁸⁴ CHAVEZ, Manuel. La familia y los Derechos Humanos. Jurídica Anuario. del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Tomo II Número 13 Año. México DF: 1981. P. 170.

¹⁸⁵ *Ibidem*, 170. Estos tres derechos se consolidan dentro de la Declaración Universal de DDHH. Artículos 16.1 y 16.2. Cabe recalcar que éstos derechos familiares no son los únicos, puesto que también está el derecho de la madre a la protección legal y protección social (25.2 DUDDHH), derecho a decidir sobre el número de hijos, al ejercicio de patria potestad, protección de los niños y niñas, libre administración de los bienes.

¹⁸⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 16.3.

¹⁸⁷ *Op Cit.* 183, p. 176-181.

¹⁸⁸ Artículo 417 de la Constitución: “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.

iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio"¹⁸⁹.

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, prescribe el reconocimiento del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención¹⁹⁰.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce "... el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello"¹⁹¹.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone: "Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges"¹⁹².

Además, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer garantiza "...en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho a contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;... g) Los mismos derechos personales como marido y mujer..."¹⁹³.

Todos estos instrumentos internacionales, los cuales el Ecuador es parte, reconocen a todos los individuos el derecho a poder contraer matrimonio libremente, puesto que es un derecho inherente de la persona, sin distinción alguna sobre su calidad o forma de vida. A su vez, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que los tratados deben ser interpretados de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de

¹⁸⁹ Artículo 16.1. Adoptado por el Ecuador el 10 de diciembre de 1948.

¹⁹⁰ Artículo 17.2. Tratado ratificado por el Ecuador el 28 de diciembre de 1977

¹⁹¹ Artículo 23.2. Ratificado por el Ecuador el 6 de marzo de 1969.

¹⁹² Artículo 10.1. Ratificado por el Ecuador el 6 de marzo de 1969.

¹⁹³ Artículo 16.1. ratificado por el Ecuador el 9 de noviembre de 1981 y su protocolo fue ratificado el 5 de febrero de 2002.

éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Por lo que estas disposiciones deben ser acatadas en el Ecuador sin restricción alguna.

Inclusive se debe tomar en cuenta que los homosexuales no tienen ninguna clase de restricción para ejercer derechos laborales, cargos administrativos, acceso a la vía pública, acceder a un debido proceso, entre otros, puesto que no se puede negar un ser humano sus derechos inherentes a su calidad de persona simplemente por su preferencias sexuales o por la manera como se identifica con su género. Por ello, el derecho a contraer matrimonio recae en el individuo para ser ejercido sin discrimen alguno.

1.5.3. Matrimonio y uniones de hecho en el derecho comparado

Fue en Europa donde se dio el primer paso para reconocer el matrimonio y las uniones de hecho entre homosexuales, primero a través del reconocimiento de igualdad ante la ley y la no discriminación, posteriormente reconociendo la actividad fáctica e innegable de las uniones conyugales entre parejas del mismo sexo. Si bien este proceso no ha sido fácil de sobrellevar para el mundo, hoy día es innegable reconocer el alcance mayoritario de la tolerancia hacia los homosexuales, resultado de la progresiva aceptación de la diversidad que tiñe a las sociedades, aunque a unas más que otras.

Por primera vez el 26 de mayo de 1989 Dinamarca promulgó un *Registered Partnership Act*, con el cual se autorizó a las parejas homosexuales a inscribir en un registro de sus uniones, “a las cuales se extendieron determinadas consecuencias del régimen matrimonial, como las condiciones para contraerlo, la inexistencia de una unión similar ya registrada (una forma de evitar la “poligamia homosexual”) o de un matrimonio, y otros efectos más... pero excluyendo la adopción”¹⁹⁴.

Cuatro años después vino Noruega, el 30 de abril de 1993, con la ley *Registered Partnership*, de la misma índole que la de Dinamarca. Posteriormente Suecia en 1994, Groenlandia con el *Danish Partners Act* en 1996, Hungría en el mismo año con su *Magyar Országgyűlés*, Islandia en 1996 y un año después le tocó el turno de Holanda cuya ley

¹⁹⁴ Op. Cit. 171.

sobre el *Registration of Partnership* entró en vigor desde 1998, en la que se permitió la adopción del hijo del concubino¹⁹⁵.

Un caso particularmente notorio fue el de Francia, donde el Parlamento aprobó una ley¹⁹⁶ en la que se modificó el Código Civil para introducir “en el Libro Primero el Título XII bajo el nombre de *Du pacte civil de solidarité et du concubinage*”¹⁹⁷ en el que se permite las uniones hetero y homosexuales, siempre que se trate de personas mayores que lo celebran para organizar su vida en común¹⁹⁸.

En gran Bretaña entró en vigor la Ley de Unión Civil, “*The Civil Partnership Bill*” (diciembre de 2004), en la que se da a las parejas homosexuales la posibilidad de formar una asociación civil, siendo la adopción válida para éstas parejas¹⁹⁹. Sudáfrica es el único país del continente africano que reconoce las uniones de parejas del mismo sexo; y cabe destacar que éste país fue el primero en el mundo en tener una Constitución que reconoce las uniones de hecho para parejas del mismo sexo (la del Ecuador, en 2008, fue la segunda).

España es un caso particular puesto que es la única legislación que tiene “los antecedentes más explícitos de la materia en torno al tema”²⁰⁰. En el 2005 se legalizó el matrimonio para parejas del mismo sexo incluyendo la posibilidad de adoptar. Esta legalización fue hecha a través de la “Ley 13/2005 que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”²⁰¹. 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”, y agrega que su Constitución “...no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de

¹⁹⁵ Op. Cit. 171.

¹⁹⁶ la Loi N° 99-944 relativa al Pacto Civil de Solidaridad (Pacte Civil de Solidarité o PACS). Mécar, Caroline, y Levoy-Forgeot, Flora, *Le Pacs*, Presses Universitaires de France, Que sais-je?, Paris, 2000.

¹⁹⁷ Op. Cit. 171.

¹⁹⁸ Op. Cit. 171. LENSEL, Y LAFOND, *La famille a venir. Une réalité menacé mais nécessaire*, Economica, Paris, 2000, pp. 40.

¹⁹⁹ Op. Cit. 49, p. 22.

²⁰⁰ Op. Cit. 49, p. 22.

²⁰¹ El Mundo. El Congreso aprueba la Ley permite a los homosexuales el matrimonio y la adopción. *Elmundo.es*. 30 junio 2005. 22 septiembre 2010. <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/06/30/espana/1120094708.html>

relación afectiva”, y en consecuencia con la Ley se trata de eliminar “una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual”.

Reconociendo además que el matrimonio si bien se ha configurado como una institución, “también es una relación jurídica que sólo se ha establecido para personas de distinto sexo [...] reflejando la mentalidad dominante”²⁰². Este análisis contribuye enormemente a la situación fáctica de la diversidad familiar en España, específicamente sobre las parejas del mismo sexo que basan su convivencia “en la afectividad que ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente... superando prejuicios y estigmatizaciones”²⁰³.

Holanda (2000) “consagró el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio con todos los derechos que ello implica, inclusive el acceso a la adopción y a las técnicas de reproducción humana asistida”. Este reconocimiento no sólo se trata de “norma que habilita registros para la inscripción de uniones homosexuales a las cuales conceda algunos efectos, derechos y deberes [...] sino que se trata de la puesta en vigor de un “status jurídico” idéntico, indiferenciable, del que corresponde a la institución matrimonial”²⁰⁴. Un status que sólo con el matrimonio se adquiere.

Portugal aprobó el matrimonio entre parejas del mismo desde junio 2010 que “modifica la definición de casamiento al suprimir la referencia a "de diferente sexo", pero excluye el derecho a adoptar”²⁰⁵, pero se reconocen derechos de materia civil, protección de bienes, sociales y tributarios²⁰⁶. Anteriormente, desde 2001 existe una ley de uniones civiles que permitía la cohabitación entre parejas del mismo sexo con ciertos derechos.

²⁰² Ley 13/25, 1 de julio. Boletín Oficial Español 15 2 de junio 2005.

²⁰³ Ley 13/25, 1 de julio. Boletín Oficial Español 15 2 de junio 2005. Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

²⁰⁴ Op. Cit. 171.

²⁰⁵ *Lei de legalizacão do casamento entre pessoas do mesmo sexo*. 36/10. P.O. 21 junio 2010. Traducción propia: Ley de legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. 36/10.

²⁰⁶ Portugal aprueba el matrimonio homosexual con apoyo de toda la izquierda. El Expreso. Diario Expreso. 8 enero 2010. 7 septiembre 2010. <http://www.diario-expreso.com/ediciones/2010/01/08/mundo/mundo/portugal-apruebal-matrimonio-homosexual-con-apoyo-de-toda-la-izquierda/>

En Norteamérica están Canadá y Estados Unidos que han tenido relevancia jurídica sobre el tema de matrimonio entre homosexuales. En Estados Unidos, existen casos particulares en los que el origen del reconocimiento de uniones de hecho para parejas del mismo sexo, es la vía judicial, mediante resoluciones de las Cortes Suprema de cada Estado. Por ejemplo, Vermont (1999) incorporó una reforma al texto constitucional de dicho Estado que “implementa un régimen jurídico exclusivo para los homosexuales como ha ocurrido con algunos de los países europeos antes referidos: el régimen de la “unión civil” que distingue del matrimonio”²⁰⁷.

En efecto, en la Constitución del Estado de Vermont se encuentra la definición de la de la unión civil que se aplica para parejas homosexuales, confiriéndoles beneficios y protecciones a los convivientes²⁰⁸, tratando de equiparar sin duda la unión de hecho con el matrimonio. Massachusetts, otro Estado norteamericano, también reconoce las uniones de hecho (2003) y el matrimonio (2004), aunque este reconocimiento y el de Vermont, fueron hechos a través de sus Cortes Supremas²⁰⁹, lo que significa que no es reconocido por el Estado Federal que mantiene la Ley para la defensa del Matrimonio (aplicable únicamente para matrimonios entre hombres y mujeres).

En Latinoamérica, México, Brasil, Argentina, Uruguay y Colombia sientan grandes referentes en el continente en el reconocimiento de los derechos conyugales para las parejas del mismo sexo. México, al igual que EE.UU. es un Estado federal, por lo que únicamente en la ciudad de México D.F. se reconoce el matrimonio homosexual, luego de que el 21 de diciembre de 2009 el Congreso del Distrito Federal aprobara una

²⁰⁷ Op. Cit. 171.

²⁰⁸ Op. Cit. 171. Como la seguridad social, la adopción, etc., hasta llegar a la herencia. Op. Cit. VEGA, YURI. Homosexualidad, matrimonio y adopción. 30 septiembre 2010...

²⁰⁹ Op. Cit. 171. “El Parlamento de Vermont, sobre la base de la decisión de la Corte Suprema de dicho Estado del 20 de diciembre de 1999, sancionó una ley en el mismo año vigente desde el 1 de julio de 2000. La reforma se entiende incorporada al texto constitucional” que permite el matrimonio homosexual en dicho Estado “implementa un régimen jurídico exclusivo para los homosexuales como ha ocurrido con algunos de los países europeos antes referidos: el régimen de la “unión civil” que distingue del matrimonio... Sin embargo, no debe sorprendernos que en Estados Unidos se admita la adopción de niños por parejas de gays como ha ocurrido en otros Estados de dicho país por medio de las decisiones de los tribunales”.

reforma al Código Civil.²¹⁰ Sin embargo esta aprobación no rige nacionalmente, por lo que estos matrimonios únicamente son válidos en el Distrito Federal.

Brasil también es un Estado federal y Sao Paulo (2005) permite que las parejas homosexuales adopten. Rio de Janeiro reconoce que las parejas del mismo sexo gocen de beneficios “que el Estado da sus empleados casados” y en Rio Grande do Sul (2004) un fallo de la Primera Cámara de lo Civil sostuvo 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 dignidad humana y de la igualdad²¹¹.

Argentina, fue el primer país en Sudamérica y el décimo en el mundo que aprobó el matrimonio homosexual²¹², proceso hecho mediante una resolución del Senado que modifica el Código Civil en lo referente al matrimonio de parejas formadas por personas del mismo sexo²¹³. La referida resolución establece reformar el Código Civil cambiando la fórmula de “marido y mujer” por el término “contrayentes”, y asimismo autoriza al matrimonio de las parejas homosexuales para que puedan adoptar, tener herencias y practicar métodos de fertilización asistida²¹⁴.

Uruguay permite la unión de hecho a parejas del mismo sexo desde 2007 a partir de la Ley 118246 en la que la situación concubinaria “deriva de la comunidad de vida de dos personas... que mantienen una relación afectiva de índole sexual, exclusivo, singular, estable y permanente sin estar unidas por matrimonio”²¹⁵.

²¹⁰ BARRÍA CECILIA. México DF: aprueba matrimonio gay. BBC Mundo. 22 diciembre 2009. 21 mayo 2010. http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2009/12/091221_2340_mexico_gay_gm.shtml

²¹¹ Caso AI 599.0750496. Primera Cámara Civil de Rio Grande do Sul 2004. 14 marzo 2004.

²¹² CEVALLOS, DIEGO. Matrimonio homosexual. El Comercio 7 de agosto de 2010. Pg. 11

²¹³ Resolución remitida de la Cámara de Diputados de la Provincia de Chacao, vinculadas al proyecto que modifica el Código Civil referente al matrimonio de parejas formadas por personas del mismo sexo.- Senado de la Nación, Expediente 2147/10. (Ref. Expte. CD-13/10). 14 julio 2010. 15 julio 2010. <http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/numexpe.php>

²¹⁴ Op. Cit. 212.

²¹⁵ Op. Cit. 49, p. 26.

Colombia tiene una interesante aportación respecto en la materia, de origen jurisprudencial. El 2007 la Corte constitucional otorgó derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, incluso en la sentencia se aclaró que para las parejas homosexuales “la exclusión del régimen patrimonial de la unión marital de hecho resulta discriminatoria”²¹⁶. Dos años más tarde la Corte emitió un fallo en la que se declaró la inconstitucionalidad de “25 normas jurídicas sino se interpretan como aplicables tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales”²¹⁷. Además, en este mismo fallo, la Corte incluyó las palabras “compañero o compañera permanente” para las parejas del mismo sexo en varios artículos en los que se reconocen a los derechos de estas parejas en materia civil, penal, política, migratoria, social, económica y disciplinaria²¹⁸.

Este avance en el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales alrededor del mundo, tanto en matrimonio como uniones civiles y adopción, es un precedente para el Ecuador sobre el manejo del reconocimiento del derecho de las personas a poder formar una familia. La misma que no sólo se forma a través del matrimonio, sino también a base de realidad fáctica que en el Ecuador se ha presentado por los efectos del fenómeno migratorio y las uniones de hecho.

Además se sienta precedente en orden a que el matrimonio ya no tiene un fin procreativo únicamente, sino que la convivencia, la vida marital, la afectividad, el amor y el deseo de contraer matrimonio, tanto de parejas heterosexuales como homosexuales, también son incluidos y tomados en cuenta por las legislaciones internacionales ya mencionadas, para dar paso al reconocimiento de las uniones civiles y matrimonios entre homosexuales.

²¹⁶ Sentencia C-075/07 Régimen Patrimonial de Compañeros Permanentes: Parejas homosexuales y unión marital de hecho.- Vulneración de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad al excluirlos de régimen de protección patrimonial. 7 febrero 2007. www.islaternura.com/.../realipa/sentenciac075de2007.doc.

²¹⁷ Op. Cit. 49, p. 27.

²¹⁸ Sentencia C-029/09. Parejas homosexuales y parejas heterosexuales -Improcedencia de un pronunciamiento de carácter general por vulneración del principio de igualdad/ -Diferencias impiden dar tratamiento igual a unas y otras. 28 enero 2009. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>.

1.6. Argumentos contrarios a la legalización de las parejas del mismo sexo

Hasta aquí hemos recapitulado una serie de argumentos doctrinarios, legales y constitucionales en los que se protegen los derechos de igualdad y no discriminación, de formar una familia, de poder contraer matrimonio, entre otros. Sin embargo, en la variedad material del mundo del derecho existen posturas en las que no siempre se coincide con el avance progresista de los derechos humanos y el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales.

Ciertos argumentos de oposición se basan en que las uniones de las parejas del mismo sexo no pueden tener los mismos derechos que se reconocen mediante el matrimonio, basándose en que “se abriría la posibilidad de legalizar relaciones poligámicas, se desgastarían varios principios religiosos como la concepción de homosexualidad como pecado, y se dejaría a los niños sin un referente de paternidad y/o maternidad”²¹⁹. Además están los argumentos religiosos en los que basan a la homosexualidad como un pecado y ubican al matrimonio como creación Divina y con fines reproductivos que las parejas del mismo sexo no pueden acceder²²⁰.

Además están otros argumentos que sostienen que el matrimonio entre homosexuales es “un experimento social”, que sólo un hombre con una mujer generan niños y los crían bien, que para evitar abusos o discriminación sobre los homosexuales no es necesario permitir el matrimonio; que el matrimonio gay debilita la fortaleza del matrimonio natural, o que el mayor objetivo del movimiento gay es destruir el matrimonio heterosexual; y, al legalizar el matrimonio homosexual significa legalizar la entrega de niños a homosexuales.

Estos argumentos pueden tener cierta validez emocional y subjetiva que no deslegitima lo ya actuado en varios países sobre el reconocimiento de las uniones de parejas del mismo sexo. En el caso que se presentaran hechos que deslegitimen derechos ya reconocidos y establecidos en los ordenamientos jurídicos sobre los derechos de los homosexuales, existen herramientas internacionales que están para proteger los derechos que se consagran en el Derecho Internacional.

²¹⁹ Op. Cit. 49, p. 11.

²²⁰ Hartza. Debate Iglesia Homosexualidad. <http://www.hartza.com/iglesia.htm>

Tal es el caso que se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el 2004, por una denuncia en la que se alegó la responsabilidad internacional del Estado chileno “por violaciones cometidas mediante una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que le revocó a la Sra. Karen Atala (abogada y jueza chilena) la tuición de sus tres hijas (5, 6 y 10 años de edad) fundándose exclusivamente en prejuicios discriminatorios basados en su orientación sexual”²²¹.

La CIDH declaró la admisibilidad del proceso por las violaciones de los derechos reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos²²². Sin embargo la Corte Suprema de Justicia chilena argumentó que el falló de revocación de la tuición (o custodia) de las hijas a Karen Atala se basó:

El interés superior de las niñas y según los elementos de convicción allegados al juicio, por el comportamiento de la madre que optó por iniciar una convivencia con una pareja del mismo sexo con quien pretendía criar a sus hijas, lo que se estimó inconveniente para la formación y riesgoso para el desarrollo de las menores en el actual contexto de la sociedad chilena”²²³.

Atala sostuvo que la Corte actuó mediante prejuicios discriminatorios por su orientación sexual y que aplicó “discriminatoriamente las normas sustantivas que regulan la tuición en Chile, las cuales se basan en el interés superior de los niños, al hacer una distinción arbitraria e injustificada entre la habilidad de padres heterosexuales y homosexuales de cuidar a sus hijos adecuadamente”.

El caso se origina a partir de que la Sra. Atala, al separarse definitivamente de su marido y luego de haber recibido terapia psicológica al “declararse lesbiana”, inició una relación de pareja con una persona de su mismo sexo, la misma que se trasladó a vivir

²²¹ Informe N° 42/08. Admisibilidad. Petición 1271-04 Karen Atala e Hijas vs Chile 23 de julio de 2008

²²² Op. Cit. 220. Artículos: 1(1) obligación de respetar los derechos; 2 Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno; 8(1) Garantía judicial/presunción de inocencia, 11(2) Protección a la honra y dignidad, 17(1) Protección a la Familia, 24 Igualdad ante la ley, y 25 Protección judicial, en perjuicio de la Sra. Karen Atala y sus hijas; por violación de los derechos del niño protegidos por los artículos 19 Derechos del niño y 17(4) Protección a la familia y los niños, en conexión con el artículo 1(1), en relación a las hijas de la Sra. Karen Atala.

²²³ Op. Cit. 220.

con ésta y sus hijas ocho meses después del divorcio²²⁴. Sin embargo, el padre de las menores interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica aduciendo que “el descuido y desamparo de la madre a través de su opción sexual distinta alejaba y afectaba a las menores de su normal y verdadero desarrollo, y destacaba el riesgo de las niñas de contraer enfermedades de transmisión sexual como el herpes y el SIDA”.

El Juez Titular de Menores de Villarrica admitió la solicitud del padre, a pesar de que “no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre que ameritaran el cambio de la tuición existente”. Sin embargo en sentencia definitiva a la Jueza Subrogante del Juzgado de Letras de Villarrica sostuvo que:

La orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad responsable... la demandada no presenta ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno... tampoco se han acreditado la existencia de hechos concretos que perjudiquen el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar... analizada la prueba rendida no se encuentran antecedentes para estimar la existencia de malos ejemplos o peligros para la moralidad de las menores... y se concluye que las menores no han sido objeto de ninguna discriminación a la fecha y lo que los testigos y parientes de la parte demandante manifiestan es un temor a una posible discriminación futura²²⁵.

En esta sentencia se ordenó la devolución de la tuición de las menores a su madre. El padre de las menores presentó ante la Corte Suprema un recurso de queja en el que argumentó que “a través de la sentencia... se habían cometido una falta y un abuso grave y notorio [...] que la decisión adoptada por la madre de hacer pública su orientación sexual provocaba daños en el desarrollo integral y psíquico y en el ambiente social de las niñas, y por tanto, solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado²²⁶”.

²²⁴ Op. Cit. 220. Se afirma que existió un proceso de adaptación de las niñas a la nueva situación, su pareja y ella asumieron todo el cuidado y delicadeza necesarios, y siguieron las orientaciones aportadas por una psiquiatra y psicóloga que atendía tanto a la madre como a las niñas

²²⁵ Op. Cit. 220.

²²⁶ Op. Cit. 220.

El 31 de mayo de 2004, la Corte respondió mediante sentencia definitiva acogiendo al recurso del padre, concediéndole la tuición definitiva de las menores al padre, arguyendo que la Sra. Atala “antepuso sus intereses a los de sus hijas al tomar la decisión de manifestar su orientación sexual e iniciar una convivencia con una pareja del mismo sexo, y consideró en el fallo testimonios que indicaban que las niñas podían desarrollar confusión sobre sus roles sexuales y ser discriminadas socialmente en el futuro”²²⁷.

No obstante, mientras duraba el juicio se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición homosexual de la madre, la misma que no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. Pero la decisión de la Corte se basó:

En una prueba testimonial, de que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro.

Además la Corte argumentó que las menores se encontraban en una “situación de riesgo” que las ubicaba en un “estado de vulnerabilidad en su medio social, pues su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”²²⁸.

Afortunadamente el 18 de diciembre de 2009, la CIDH emitió su informe final sobre el caso en el que indicó que a Atala le fue negado el acceso efectivo a la justicia²²⁹, recomendando a Chile “reparar integralmente” a Karen Atala por haberse vulnerado su

²²⁷ Op. Cit. 220.

²²⁸ Op. Cit. 220.

²²⁹ ESTRADA, DANIELA. Karen, la jueza lesbiana, contra Chile. Periodismo humano. 13 marzo 2010.1 octubre 2010. <http://periodismohumano.com/mujer/karen-la-jueza-lesbiana-contra-chile.html>

“derecho a vivir libre de discriminación”²³⁰, Además se solicitó al Estado chileno un informe con los pasos a seguir, y según ello, la Comisión decidiría elevar o no el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³¹, y recomendó al Estado chileno la formación de una mesa de trabajo para proponer políticas públicas y eventuales reformas legislativas que eviten que una situación como la de Atala se repitan.

Ahora bien, es preciso remarcar que la Comisión al momento de dar paso a la admisibilidad del proceso, está reconociendo la vulneración de los derechos enunciados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, mediante el informe final, se le comunica al Estado chileno sobre las faltas que cometió. Por lo que el fallo de la Corte chilena carece de validez dentro de su propio ordenamiento jurídico al desproteger los derechos que en él se invocan.

²³⁰ CHAPARRO, ANDREA. CIDH concluye que se discriminó a jueza Atala. La Nación. 6 abril 2010. 1 octubre 2010. <http://www.lanacion.cl/cidh-concluye-que-se-discrimino-a-jueza-atala/noticias/2010-04-05/195745.html>

²³¹ Op. Cit. 228.

CAPÍTULO II

LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLACIÓN DE LA IGUALDAD PARA EL GRUPO LGBT EN EL ECUADOR EN MATERIA DE MATRIMONIO

"El derecho que no evoluciona junto a su pueblo, pierde vigencia, deslegitimación, se anquilosa y muere, haciendo que las personas busquen otras formas de ordenamiento social." "Activistas gays me decían: Jamás se nos habrían ocurrido en los "noventa" reclamar el derecho al matrimonio, porque esta es la institución que más nos discrimina y por medio de la cual el Estado adquiere mayor control sobre los cuerpos y la sexualidad de las personas".

Karen Atala Riffo, refiriéndose a la defensa de sus derechos como homosexual frente a la negativa del Estado chileno de reconocer derechos sobre las uniones conyugales de las parejas homosexuales.²³²

"Recordar que la familia es la base de la sociedad y el matrimonio la institución natural de la que ésta emana. ¿Qué sería de la sociedad sin la familia y sin el matrimonio en que se sustenta la misma? El matrimonio asegura la estabilidad, la permanencia y la seguridad jurídica indispensables para la adecuada convivencia e integración de los cónyuges, para el auxilio mutuo de los mismos y para la procreación y educación de los hijos. Éstas son sus finalidades naturales universalmente reconocidas".

Colegio de Abogados de México A.G.

En este capítulo se probará que en la Asamblea Constituyente de Montecristi no existió un análisis doctrinario sobre el manejo del tema del matrimonio entre homosexuales. La votación en la que se aprobó la unión de hecho y no el matrimonio entre homosexuales, no fue hecho objetivamente ni dio lugar a examinar los derechos para el colectivo LGBT, ni las consecuencias que acarrearía la falta de objetividad. Por lo que la norma que prohíbe el matrimonio para parejas del mismo sexo en la Constitución, será sometida a un test de trato discriminatorio que prueba la discriminación para el colectivo LGBT en materia de matrimonio.

²³² ATALA, RIFFO, KAREN. Consagración de la heteronormatividad y del Apartheid Jurídico. Texto de carácter académico publicado en el dossier "Matrimonio gay y Nuevos parentescos", Revista Crítica Cultural N°36, diciembre 2007, publicación dirigida por Nelly Richard. http://www.lasotrasfamilias.cl/articulos/24dic07.htm#_ftnref17.

2.1. Antecedentes del proceso constituyente

A lo largo del 2007 y el 2008, el Ecuador atravesó de una serie de cambios políticos, institucionales y legales a partir de la elección de un nuevo Presidente. Con el nuevo mandatario, Rafael Correa, las políticas de gestión se ajustaron de acuerdo a las necesidades inmediatas del Estado y su población, los objetivos que el nuevo Presidente deseaba cumplir a largo y corto plazo, la tendencia o ideología y política del gobernante y los recursos con los que se contaba para cumplir con los objetivos. A su vez, se sintió una postura gubernamental diferente en las políticas de Estado, y la oferta de una Asamblea Constituyente que daría fin a los acontecimientos políticos de la época, para entrar en un nuevo sistema político.

El presidente Correa asumió su cargo el 15 de enero de 2007. El 5 de enero del mismo año, fueron elegidos 100 legisladores y en octubre asumieron sus funciones y aunque Correa no contaba con ningún representante en el Congreso “se enfrentó a una mayoría liderada por la derecha que intentaba oponerse a la formación de la Asamblea”²³³. Sin embargo, luego de arduos debates y fuerte pragmatismo de la oposición, “el 13 de febrero, ante la presión popular, el Congreso aprobó la realización del referéndum y fijó al 15 de abril como la fecha para la consulta”²³⁴. En esta fecha los ecuatorianos acudieron a las urnas para votar en referéndum sí aprobaban o rechazaban la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

Con una amplia victoria del 'sí', con un 78,1% frente a un 11,5% del 'no'²³⁵. El 30 de septiembre, nuevamente más de nueve millones de ecuatorianos acudieron a votar para elegir a 130 representantes que formarían la Asamblea. Dos meses después el Presidente de la República inaugura la Asamblea Constituyente con la

²³³ Cronología de la propuesta para crear una Asamblea Constituyente en el Ecuador. El Mundo. 30 noviembre 2007. 19 noviembre 2010. [Elmundoes.internacional.com](http://www.elmundo.es/elmundo/2007/04/15/internacional/1176613019.html). España. <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/04/15/internacional/1176613019.html>. Del 10 al 23 de enero del mismo año, se conforma una posición en el legislativo que reemplaza a los vocales de la corte electoral con jueces detractores del presidente, en un intento de bloquear su plan de convocar una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución de 1998. Para lo cual Correa asume el cargo en medio de un amplio respaldo popular con la promesa de instaurar "el socialismo del siglo XXI" e inmediatamente convoca un referéndum para que los ecuatorianos decidan sobre la Constituyente. La corte electoral pide al Congreso que califique de "urgente" la consulta popular de Correa y el estatuto propuesto para la formación de la Asamblea. La resolución del organismo echa por tierra la propuesta del mandatario de que se realice el 18 de marzo.

²³⁴ Ibidem.

²³⁵ Op. Cit. 232.

promesa de un cambio “radical, profundo y rápido”²³⁶ en las estructuras vigentes del Estado.

El 30 de noviembre de 2007 se inauguró la Asamblea Constituyente en la Ciudad de Alfaro, Montecristi en la Provincia de Manabí, conformada por 130 asambleístas, que integraron 10 mesas para tratar los siguientes temas: derechos fundamentales y garantías constitucionales; organización, participación social y ciudadana; estructura e instituciones del estado; ordenamiento territorial y asignación de competencias; recursos naturales y biodiversidad; trabajo, producción e inclusión social; régimen de desarrollo; justicia y lucha contra la corrupción; soberanía, relaciones internacionales e integración; legislación y fiscalización²³⁷.

Con la Asamblea se pretendía mejorar los aspectos en los que se consideraba existían falencias en el sistema político anterior, por lo que se abriría paso a las propuestas y debates sobre las reformas a la Constitución de 1998. Los temas que causaron mayor controversia en el país una vez instaurada la asamblea fueron “la creación de un Cuarto Poder, los derechos de la naturaleza, la permisión del aborto, la permisión del matrimonio de parejas del mismo sexo, la introducción del concepto Sumak Kawsay, el neoconstitucionalismo y la familia, temas de migración y la supremacía de la Constitución”²³⁸.

La mesa No. 1 se encargó de tratar los temas de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales²³⁹, como la inviolabilidad de la vida, la libertad, la igualdad, la no discriminación, derechos colectivos, movilidad humana, medio ambiente sano, educación, salud, derechos culturales y de los consumidores, de la familia y derechos de los grupos de atención prioritaria²⁴⁰. Respecto de la regulación de la unión de hecho para parejas del mismo sexo, tal como consta en el Acta 86, el texto del último informe ante el pleno para entrar a debate y posteriormente a votación decía:

²³⁶ Op. Cit. 232.

²³⁷ Asamblea Constituyente. Acta 1. Sumario. 1 diciembre 2007. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente. 15 de mayo de 2010. Pg. 22.

²³⁸ PALACIONS ROMERO, FRANCISCO. Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Daseinsvorsorge* al *Sumak Kawsay*. Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2010. Pg. 43

²³⁹ Op. Cit. 236, p. 22.

²⁴⁰ Asamblea Constituyente. Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente. 15 de mayo de 2010. Pg. 5.

De las familias:

Artículo 1. El Estado reconoce la familia, en sus diversos tipos, y la protege como célula fundamental de la sociedad y garantiza las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines... El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.

Artículo 2. La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, que formen un hogar de hecho por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”²⁴¹.

Ahora bien, los debates respecto de estas dos disposiciones se basaron en comprender específicamente al artículo separando dos temas: el concepto de familia y el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. En cuanto al primer punto, el concepto de familia se tomó en cuenta a partir del fenómeno migratorio que se produjo en el país, por lo que se debía reconocer a la familia de manera diversa, no sólo a “la familia nuclear o elemental”, sino que “a partir de la aprobación del texto constitucional el Estado debe reconocer los diversos tipos de familia que existen, la familia extensa, monoparental, de madres solteras, de padres separados, las que nacen del fenómeno migratorio y las familias que se van formando con la cotidianeidad”²⁴².

El segundo punto de análisis de estos dos artículos se basó, “como una reivindicación”, el reconocimiento de una unión estable y monogámica entre dos personas del mismo sexo, para proteger los derechos patrimoniales que juntos se construyen²⁴³, aclarando que la adopción será exclusivamente para las parejas conformadas por un hombre y una mujer.

²⁴¹ Op. Cit. 240, p. 14 y 15.

²⁴² Op. Cit. 240, p. 26. Específicamente en éste punto, la Asambleísta María Soledad Vela sostiene que todas las familias son el eje de la sociedad, una sociedad en constante evolución, protegiendo desde Constitución y el Estado, la diversidad de familias. “La realidad nos demuestra que dentro de las familias también se dan relaciones de poder que generan situaciones dolorosas y violentas ... Por esto ratificamos la obligación del Estado de ejecutar y formular políticas para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres”

²⁴³ Op. Cit.249, p. 27.

El texto aprobado de la Constitución del 2008²⁴⁴ respecto del tema específico (familia, unión de hecho entre homosexuales y matrimonio) finalmente dispuso que:

Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

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

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

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

Para que el texto final de la Constitución fuera aprobado tuvo que atravesar una serie de debates y votaciones en lo concerniente a todos los temas presentados por cada mesa. El debate principal la aprobación de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo, mas no el matrimonio, fue un tema “tratado al apuro, se votó sobre ese tema al final, cuando ya eran lo últimos días para concluir con la Asamblea”²⁴⁵, siendo que se estaba tratando de derechos constituidos, de un tema en específico que reconocería el alcance de derechos de un colectivo específico.

Cuando la Constitución de Montecristi se encontraba en plenos debates, el manejo del tema de la unión de hecho y el matrimonio para parejas del mismo sexo tuvo un espacio de discusión en el cual se dijo que se reconoce:

Como una “reivindicación largamente esperada” a la unión estable y monogámica entre dos personas generando los mismos derechos que la unión conyugal de hecho, pero este reconocimiento se amplía a las uniones entre personas del mismo sexo para proteger derechos patrimoniales que juntos se construye²⁴⁶.

²⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador. Aprobada el 28 de Septiembre de 2010 y publicada en el R.O. No. 449. 20 de octubre de 2008

²⁴⁵ HERNANDEZ, LUIS. Entrevista sobre el proceso de análisis en la probación de la unión de hecho entre homosexuales. Asambleísta por RED. Asamblea Constituyente de Montecristi. 27 septiembre 2010.

²⁴⁶ VELA, MARÍA SOLEDAD. Asamblea Constituyente. Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente. 15 de mayo de 2010. Pg. 27.

Específicamente se aclaró que el reconocimiento de la unión de hecho para parejas del mismo sexo es para proteger derechos patrimoniales, protección que también se da a través del matrimonio como institución jurídica. El punto está en entender por qué se admitió la unión de hecho y no el matrimonio para parejas homosexuales, si el único fin del reconocimiento era dar protección al ámbito patrimonial.

2.2. Disposiciones Constitucionales sobre la protección a la no discriminación

Salta a la vista, en el contenido de la nueva Constitución, el peso que se le atribuye a los derechos, “un renovador discurso que deja atrás el verso dominante que ha llevado a su desustancialización, a la pérdida de su capacidad de confrontación y de cambio”, puesto que se recogen una serie de libertades, derechos, principios y conceptos de protección para el nuevo sistema jurídico. Pero además de ésta declarativa, se prevé “el establecimiento de procedimientos concretos de exigencia y los mecanismo para garantizar su cumplimiento”²⁴⁷.

De esta manera se incorporan garantías primarias que dan lugar al manejo de políticas públicas que generan condiciones jurídicas y materiales de realización de los derechos, a través de mandatos y la habilitación de la potestad legislativa y ejecutiva para cumplir con las disposiciones constitucionales. Garantías que se refieren específicamente a las del “régimen de desarrollo” y el “régimen del buen vivir”²⁴⁸, que en caso de no ser cumplidas se complementan con las garantías secundarias o jurisdiccionales que compromete a la Función Judicial y a la Corte Constitucional, además de los mecanismos sociales de exigencia y control²⁴⁹.

La amplitud de derechos recogidos en el texto de Ciudad Alfaró “la coloca en una posición de vanguardia, especialmente para la inclusión de derechos esenciales”, además de resaltar la diversidad de sujetos, a los que se les confiere derechos no sólo

²⁴⁷ WILHELMI, MARCO A. Derechos: enunciación y principios de aplicación. Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2010. Pg. 20.

²⁴⁸ Entre éstos dos regímenes se comprende un total de 148 artículos que estipulan la protección de derechos y garantías para los ciudadanos

²⁴⁹ Mecanismos realizados a través de la Función de Transparencia y Control Social, capítulo V del título IV, y las distintas formas de participación del capítulo I título IV.

como personas individualmente, sino que “consagra la dimensión colectiva de los derechos”²⁵⁰ recogidos en los artículos 10 y 11, entre los cuales se protege el derecho a la igualdad y la no discriminación (inclusive la no discriminación por orientación sexual).

Por otra parte se reconoce que el Ecuador ahora es un “*Estado de Derechos*” establecido en el artículo 1:

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.

Esta definición de “Estado Constitucional de Derechos” radica en la filosofía de que toda emanación de autoridad del poder público o incluso privado están sometidas al Estado de derechos, que se presuponen “anteriores y superiores al estado”²⁵¹, y supera la “alusión a la conformación del estado como un estado de derecho, anclado en la tradición liberal de sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico”; esta sujeción va mucho más allá y vincula al Estado a los “derechos”, con ello a los individuos titulares del derecho, que son precisamente el fin mismo del Estado y del ordenamiento jurídico como su auténtica razón de ser, comprometiéndole con obligaciones propias para el “reconocimiento, promoción y garantía de los intereses y la consecución de los proyectos de vida de las personas, grupos y naturaleza, para la realización del buen vivir”²⁵².

En definitiva, esta Constitución realza no sólo el discurso de derechos que se deben proteger, sino que además están los medios de consecución y las garantías para llegar a ese fin. Todo esto va de la mano con los principios que emanan de la Carta Magna, que evita que los derechos se plasmen como simples aspiraciones, para ello el principio de supremacía de la Constitución, principio de exigibilidad de los derechos, de igualdad, inmediata aplicabilidad de los derechos, principio de progresividad, *pro hominem*, y el de igual jerarquía de los derechos, son de vital

²⁵⁰ Op. Cit. 246, p. 21. Sin embargo al colectivo LGBT no se le reconoció como grupo de atención prioritaria, no porque sea un grupo que tenga alguna vulnerabilidad palpable, sino porque la misma sociedad se ha encargado de ubicarlos como un grupo que requiere de atención prioritaria.

²⁵¹ ÁVILA, R. “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *Alcance y efectos de la introducción de progresividad en el sistema constitucional tributario ecuatoriano, a partir de la Constitución del 2008*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009. P.55.

²⁵² Op. Cit. 246, p. 27.

importancia en ésta Constitución; si bien la Carta Magna es superior a toda forma de legislación o manifestación de autoridad, los derechos humanos se encuentran en un estatus paralelo de supremacía de la Constitución. Es decir, que cualquier normativa que emane del texto constitucional es considerado como “un valor superior a los demás preceptos positivos”²⁵³ de acuerdo a la disposición del primer inciso del Art. 424 de la Constitución:

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.

Asimismo el inciso segundo del mismo artículo establece que:

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.

Al plasmar esta idea, en la Constitución se postula la necesidad de que los derechos humanos intervengan como la esencia de todas las relaciones del Estado, como lo diría Bobbio, con la necesidad de que exista “una era de los derechos como tiempo distinto a la era de las obligaciones”²⁵⁴, pues en un Estado de derechos la importancia radica en la persona y sus derechos, ya no en el Estado²⁵⁵.

El derecho a la igualdad y la no discriminación recae sobre cada persona, indistintamente de su status social, laboral o económico, nacionalidad, género, edad, preferencia sexual y otros. El numeral 4 del artículo 66 de la Constitución, concerniente al capítulo de los derechos de libertad, señala el “derecho a la igualdad formal, material y la no discriminación”. En el mismo artículo, el numeral 9 determina que todos tienen el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida, su orientación sexual, salud, vida reproductiva y decidir cuantos hijos o hijas tener. Se sostiene que el Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

²⁵³ OYARTE, RAFAEL. La Supremacía Constitucional. Konrad Adenauer, Quito, 1999. Pg. 77

²⁵⁴ BOBBIO, NORBERTO. El tercer Ausente. Madrid: Cátedra, 1997. P. 157.

²⁵⁵ Op. Cit. 49, p. 37.

El artículo 11, respecto a los principios de aplicación de los derechos, en el numeral 4 propone el Principio de Restricción Normativa, por medio del cual, ningún derecho puede ser disminuido²⁵⁶. En el mismo artículo el numeral 8 segundo inciso, se postula de inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Además están todos los derechos que se consagran en el artículo 66, los que en su título se reconocen como los Derechos de libertad, protegiendo básicamente:

La inviolabilidad de la vida, la integridad personal (psíquica, moral y sexual), la prohibición de la tortura, derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria, derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la identidad personal y colectiva.

Los derechos de familia se encuentran protegidos en el artículo 67, dando paso al reconocimiento de la familia en todos sus tipos. Todos estos derechos radican en todas las personas que moran en el Ecuador, indistintamente de sus capacidades, los derechos se garantizan para todos, los cuales son aplicables indiscriminadamente, todos y cada uno de ellos son exigibles sin mayor restricción que las libertades de las otras personas.

Particularmente esta Constitución presenta un progresivo avance de los derechos humanos a nivel regional, donde presenta referencias normativas ejemplares para el sector jurídico del continente, avances que la Constitución de 1998 no contemplaba, que brevemente se revisará para comprender cómo se implementó la normativa en rigor vigente.

2.2.1. Comparación entre la Constitución de 1998 y la actual

La Constitución ecuatoriana de 1998 preveía dos formas de democracia directa²⁵⁷: la consulta popular y la revocatoria de mandato²⁵⁸, mecanismos con los

²⁵⁶ Artículo 11 numeral 4 de la Constitución: Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

²⁵⁷ Democracia directa: cuando el pueblo se reúne periódicamente para decidir asuntos de Estado o para conformar su ordenamiento jurídico. Cfr. Hernan Salgado. Lecciones de Derecho Constitucional. Quito, AED, 1996. Pg. 18

que el pueblo realmente llega a ser participativo y el auténtico soberano de la Nación, señalando autenticidad en los actos políticos. La consulta popular es un acto en el que se expresa la voluntad del pueblo como soberano auténtico del Estado²⁵⁹, proclamando su auténtica voluntad.

La consulta popular es de tres tipos, el referéndum, el plebiscito y la revocatoria de mandato. Estos tres radican en la voluntad del pueblo sobre asuntos de gobierno, relevantes sobre el manejo del ordenamiento jurídico. El plebiscito radica sobre “iniciativas genéricas que, de aprobarse por el pueblo, deben ser transformados en actos normativos por parte de la Legislatura, interpretando con fidelidad el querer ciudadano”²⁶⁰. Es decir que con éste no existen cambios normativos específicos, sino propuestas o “ideas de legislar”.

El referéndum es el que nos interesa, puesto que se pone a la ciudadanía a consideración sobre un “acto normativo concreto”, implicando una “votación popular para ser objeto de disciplina constitucional”²⁶¹, el mismo que puede ser de carácter legislativo, constituyente y constitucional²⁶². Por último la revocatoria de mandato, como su propio nombre lo dice, es la voluntad del pueblo sobre la invalidar el mandato de un funcionario específico o de la totalidad de la asamblea.

Entonces, la Constitución de 1998 fue sustituida a través de un referéndum constituyente, en la que el pueblo dio su votación para que ésta sea derogada y se apruebe otra Constitución. Si bien los motivos para derogarla eran subjetivos y alternos, la Constitución de 1998 presentaba una serie de normas que organizaba al Estado en lo político, administrativo y social. Simbolizaba los tres poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, a través de la “influencia ideológica de la Revolución Francesa empezando por la Declaración de los Derechos del Hombre y el

²⁵⁸ OYARTE, RAFAEL. La Consulta Popular. Temas de Derecho Constitucional. Edle SA: Quito 2003. Pp. 313-352

²⁵⁹ *Ibidem*, 314.

²⁶⁰ *Op. Cit.* 257, p. 316

²⁶¹ *Op. Cit.* 257, p. 317. BOBBIO, NORBERTO. NICOLA MATEUCCI, Y GIANFRANCO PASQUINO. Diccionario de Política. 10ma edición. Vol 2, México, Siglo Veintiuno Editores. 1997. Pg 1183.

²⁶² Legislativo: cuando se trata de aprobar una ley o reforma legal; constituyente: cuando se tiene por objeto aprobar una Constitución; y, Constitucional: cuando existe de por medio la reforma o enmienda constitucional. Cfr. Bobbio. Diccionario Político...

Ciudadano, la división de poderes de Montesquieu y la teoría del contrato social de Rousseau”²⁶³.

Sin embargo la amplitud del reconocimiento de los derechos no era tan extensa como la actual. El artículo 1 de la Constitución de 1998 el Ecuador se declaraba como un “Estado Social de Derecho”, lo que implica que el Estado “limita su actuación a las reglas del Derecho”²⁶⁴. Esta actuación estatal se ve claramente opacada por la nueva Carta Magna, la misma que hoy presenta un rol mucho más activista y progresiva respecto del manejo de los derechos humanos, como lo vimos en el punto anterior.

La Carta del 98 daba un manejo adecuado sobre los derechos humanos, pero en comparación con la actual no tenía un desarrollo tan amplio. Sin embargo, se protegía:

La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole²⁶⁵.

Se garantizaba el derecho a la libertad, la integridad personal, la inviolabilidad de la vida, a vivir en un ambiente sano, derecho de tránsito, de identidad, derecho a una calidad de vida sana, entre otros²⁶⁶. Empero, lo que resalta a los ojos de la Constitución actual es el reconocimiento del derecho al agua o el derecho al hábitat que en la anterior no se le reconocía como tal, sino que se daban garantías para poder acceder a una calidad de vida que involucre “salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental; educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios”.

²⁶³ BARRAGÁN ROMERO, GIL. Temas de Derecho Constitucional: El Control de Constitucionalidad, Editorial EDLE S.A. Octubre 2003. Pág. 61

²⁶⁴ MORALES TOBAR, MARCO. Temas de Derecho Constitucional: El Control de Constitucionalidad, Editorial EDLE S.A. Octubre 2003. Pág. 41.

²⁶⁵ Constitución Política del Ecuador. Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de Agosto de 1998. Artículo 23.- De los derechos civiles

²⁶⁶ Constitución Política del Ecuador. Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de Agosto de 1998. Artículo 23.- De los derechos civiles

Además en la anterior Constitución nada se mencionaba sobre el régimen del buen vivir²⁶⁷ ni los derechos que conforman dicho régimen, no contemplaba los derechos de la naturaleza, ni la definición como tal de las garantías primarias y secundarias para la defensa y exigibilidad de los derechos, lo cual no quiere decir que en la Constitución de 1998 no haya existido garantía alguna para el cumplimiento de los derechos que se consagraban en ella, sino que existían garantías especiales que no necesariamente estaban divididas en categorías como en la actual.

La división de poderes era un punto muy especial en el manejo del anterior régimen, consagraba el poder del soberano (el pueblo), con la necesidad imperativa de que el poder judicial se mantenga independiente de los otros dos poderes, para garantizar una democracia plena²⁶⁸, conjunto con los derechos que englobaba el régimen legislativo y las otras garantías para la protección de derechos, incluyendo el derecho a un debido proceso que daba acceso al administrado hacia el poder judicial que protegería la exigibilidad de los derechos.

La Carta Magna del 98 no definía una postura supraconstitucional como en la actual, ya que si bien se declaraba “superior a cualquier otra norma legal”²⁶⁹ del ordenamiento jurídico, no se declaraba superior a “cualquier otra norma del ordenamiento jurídico” (incluyendo normas de derecho internacional) como lo hace la actual (artículo 424). Lo que significa que se daba campo abierto para que la Constitución de ese entonces esté en el mismo rango que los tratados internacionales firmados y ratificados por el Ecuador, esto es, cualquier norma de derecho internacional, o que los tratados internacionales se encontraban en un nivel supraconstitucional, es decir que serían de carácter superior a los preceptos constitucionales, especialmente si se trataba de derechos humanos.

La Constitución actual, muestra una postura mucho más profunda y clave respecto de las normas de derecho internacional de derechos humanos, únicamente estas normas se encuentran en el mismo rango que la Constitución actual, las demás

²⁶⁷ Denominando en el prólogo de la Constitución de 2008 a este régimen como una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*.

²⁶⁸ SANTIAGO ANDRADE UBIDIA, *Temas de Derecho Constitucional: Independencia Judicial y Estado de Derecho*, Editorial EDLE S.A. Octubre 2003. Pág. 281

²⁶⁹ Artículo 272 de la Constitución de 1998. Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de Agosto de 1998.

normas, cualquier otra que no sea de derechos humanos, se encuentra en un nivel inferior a la Constitución²⁷⁰.

Es a partir de este reconocimiento que se desprende una importante regulación sobre los derechos humanos y la protección que existe para ellos. Ningún derecho puede verse menoscabado dentro del territorio ecuatoriano, porque el sistema jurídico que es liderado por la Constitución actual, determina un camino sumamente proteccionista sobre éstos.

La Carta Política del 98 enmarcaba y protegía los derechos humanos de manera muy general y con un régimen protector cautelar que se ejecutaba posteriormente a la violación de un derecho. Todo lo contrario con la Carta Política de 2008, la misma que tiene un apego más concreto hacia el derecho internacional de derechos humanos, el cual “a más de regular las relaciones internacionales entre Estados, también está para proteger las relaciones de éstos con sujetos de derecho doméstico”²⁷¹.

Sin embargo, a pesar de no ser una Constitución que rezaba y protegía todos y cada uno de los derechos, no significaba que se excluían los derechos que no se mencionaban en la misma Constitución, “al contrario, las Constituciones son las pautas en cuanto al manejo del ordenamiento jurídico y no son excluyentes”²⁷², es decir que si bien no se menciona un derecho determinado en la Constitución, no significaba que ese derecho no recibiría protección alguna, inclusive el artículo 19 de la Constitución de 1998 consagraba:

Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material.

²⁷⁰ Art. 424 de la Constitución de 2008. 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.

²⁷¹ PONCE VILLACÍS, ALEJANDRO. *Independencia Judicial y Estado de Derecho*. Temas de Derecho Constitucional. Editorial EDLE S.A. Octubre 2003. Pág. 17.

²⁷² PEREZ ORDOÑEZ, DIEGO. *La Constitución*. Temas de Derecho Constitucional. Editorial EDLE S.A. Octubre 2003. Pág. 3.

La actual Constitución no prevé un precepto como el transcrito, sin embargo, se puede encontrar una similitud en el artículo 424, que ubica a las normas de derechos humanos dentro de un parámetro supraconstitucional, por lo que éstas son reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico incluso si no se las menciona. Y el artículo 417 que dispone que 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.

Respecto del régimen de familia que se presenta en ambas constituciones cabe resaltar que la Constitución de 1998 establecía una protección determinada sobre el derecho de formar una familia y las protecciones sobre ésta. El numeral 8 del artículo 23 del anterior régimen protegía “el derecho a la intimidad personal y familiar”, asimismo el artículo 35 establecía los derechos a trabajar como herramienta para satisfacer las necesidades individuales y familiares; el artículo 37 declaraba “la obligación del Estado para reconocer y proteger a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizar las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines”²⁷³. El segundo inciso de éste mismo artículo establecía que “se protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar”, fundado “en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges”.

En la Constitución de 1998 no se prohibía el matrimonio para parejas del mismo sexo, puesto que no hacía la aclaración específica de que el matrimonio sea una institución únicamente apta para hombre y mujer.

Al no existir una prohibición expresa en la Carta del 98 sobre el régimen matrimonial para parejas del mismo sexo, era el régimen legal el que se encargaba de establecer los requisitos y alcances del matrimonio, estableciendo en efecto que “el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unan con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente” (artículo 81 del Código Civil). Bajo éste régimen era posible prever la posibilidad del matrimonio para parejas del mismo sexo. La mayoría de Constituciones que han reconocido el

²⁷³ Art. 37 Constitución 1998. Se garantizaba este derecho ya sea que la familia se constituya por vínculos jurídicos o de hecho y se basaba en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

matrimonio homosexual, como la española y la argentina, modificaron su régimen legal de acuerdo a lo no prohibición constitucional de que el matrimonio sea únicamente un régimen para parejas heterosexuales.

Sin embargo el reconocimiento de las uniones de hecho en la Constitución ecuatoriana de 2008, postuló un gran alcance para la comunidad LGBT, además que esta misma Carta Política determina y consagra derechos que la anterior no postulaba, como por ejemplo la no discriminación por orientación sexual y otros²⁷⁴. De tal forma que cabe analizar las intenciones de los asambleístas en determinar si el reconocimiento de las uniones de hecho en esta Constitución, pero no el matrimonio, ha creado mayores beneficios para el colectivo LGBT en materia de matrimonio; o si la posibilidad de que no exista prohibición expresa en la Constitución de 1998 de matrimonio entre homosexuales, pero si en la de unión de hecho, daba paso a que hubiera existido la posibilidad de una reforma legal al Código Civil, como ha pasado ya en el régimen jurídico de otros países.

2.2.2. Debate en la Asamblea sobre familia, matrimonio y unión de hecho entre homosexuales

Tal como se explicó en el punto 2.1, la Mesa Constituyente No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías constitucionales, es la que estaba a cargo del tema de familia y matrimonio. Para aprobar un texto constitucional tenían que darse primero tres aspectos fundamentales: “un informe presentado sobre un tema específico por parte de la mesa en cuestión, que entrará a debate y se harán recomendaciones puntuales a mejorar... posteriormente habrá otro informe que será sometido para un segundo debate y finalmente la votación para aprobar el texto final”²⁷⁵.

Dentro del informe presentado por esta misma Mesa para entrar al segundo debate sobre los derechos y garantías de las familias, se propuso “el reconocimiento de la familia en todos sus tipos, el matrimonio fundado en el libre consentimiento de los contrayentes, en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges; la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo

²⁷⁴ Derechos que ya han sido mencionados en el capítulo anterior de este documento.

²⁷⁵ Asamblea Constituyente. Acta 8. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente. 1 de marzo de 2010.

matrimonial; y la adopción para parejas de distinto sexo únicamente”²⁷⁶. Al presentar este informe al pleno de la Asamblea para entrar al segundo debate se expuso que el afán del reconocimiento de la familia en todos sus tipos se debía al “fenómeno migratorio”, motivo por el cual “se reconoce a la familia en su diversidad, la familia extensa, monoparental, de madres solteras, de padres separados, las que nacen del proceso migratorio, las que se van conformando de la cotidianeidad”.

Sobre la unión de hecho se expuso, “como una reivindicación largamente esperada”, el reconocimiento de las uniones estables y monogámicas entre dos personas, ampliando este reconocimiento a “las uniones entre personas del mismo sexo para proteger los derechos patrimoniales que juntos se construye”²⁷⁷. En este mismo informe se presentó el articulado respecto del matrimonio ciertamente similar al que ya existía en la Constitución de 1998, cuyo artículo 37 expresaba:

El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas de hogar. El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.”

Mientras que el proyecto del artículo 1 presentado por la Mesa No. 1 para ser debatido exponía que:

El Estado reconoce la familia, en sus diversos tipos, y la protege como célula fundamental de la sociedad y garantiza las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines... El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.

Es decir que se pretendía considerar al matrimonio de la misma forma que se lo trató en el régimen anterior; sin embargo, al momento de presentar el informe para que sea puesto a votación, nada se expuso sobre el tratamiento del matrimonio, ni siquiera se puso a consideración del pleno el ya existente postulado de que el matrimonio se mantenga como tal o la posibilidad que existirá un matrimonio entre

²⁷⁶ Op. Cit. Acta 86. Pgs. 14 y 15.

²⁷⁷ Op. Cit. Acta 86. Pgs. 14 y 15.

homosexuales, tampoco hubo evaluación, ni un examen sobre trato diferenciado o por qué no permitir el matrimonio para parejas del mismo sexo, como tampoco se presentaron estudios, pruebas o estadísticas sobre la condición real y existente de los homosexuales en el Ecuador.

Ahora bien, veamos algunos de los argumentos que se manejaron en el debate sobre el tema de la unión de hecho, tomando en cuenta que para la discusión se ponía a consideración la opinión de cada uno de los asambleístas que decidían intervenir sobre los temas en referencia. Cabe recalcar que para el efecto no sólo se tomaría en cuenta los derechos de familia, sino los derechos de los pueblos indígenas, del consumidor, los derechos de los grupos de atención prioritaria, de las mujeres embarazadas, entre otros. Muchas de las opiniones vertidas en los debates sólo mencionaban un tema específico, ya sea refiriéndose a los derechos de los pueblos indígenas, o del aborto y mujeres embarazadas, las de la unión de hecho, o matrimonio o combinando opiniones.

Así, se pidió que el término “las familias”, presentado en el primer informe sobre los derechos de la familia, se considere cambiarlo por el término “la familia”, lo cual se aceptó y se modificó en el segundo informe. Sobre la unión de hecho entre homosexuales se dio lectura del artículo 38 de la Constitución de 1998 y se manifestó que “estamos retrocediendo... estamos dejando un principio ya logrado en el año noventa y ocho”²⁷⁸. Además, la manifestación de que al reconocer “la no discriminación por orientación sexual” era suficiente para amparar a las “personas diferentes...”, caso contrario, nosotros mismos estamos tirando abajo un proyecto tan maravilloso y tan hermoso”²⁷⁹.

Se puso énfasis sobre el manejo del lenguaje en cuanto al término “familia”, descartando el plural puesto que “no es necesario utilizar el término familias, para que todas las familias ecuatorianas tengan protección”, considerando que las Constituciones de Perú, Chile, Colombia, Alemania y Guatemala, no incluye un término plural para la familia, “...inclusive para evitar confusiones, malas interpretaciones, que darían lugar a que a que se pueda considerar que también puedan formar una familia con la unión de dos hombres o la unión de dos mujeres,

²⁷⁸ BALERIO, ESTACIO. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86 Pg. 58.

²⁷⁹ Op. Cit. 277, p. 59-60.

cosa que en el concepto doctrinal histórico, evolutivo de la humanidad, esto no constituye una familia”²⁸⁰.

Se solicitó que en lugar de que el artículo diga: “la unión estable y monogámica entre dos personas libres” diga “la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer”, ya que si se mantenía este precepto se daba lugar a la legalización para que parejas del mismo sexo puedan formar uniones de hecho, pues con este “tipo de uniones”:

La repercusión social de valores, de principios éticos, morales, inclusive religiosos, traerían consecuencias en nuestra sociedad, considerando que estos grupos son minoritarios y que la gran mayoría de la población defiende los principios éticos y morales, no es recomendable acoger estos principios copiados de otros países, donde se han legalizado las uniones homosexuales, y que en nada beneficiarían en nuestra sociedad, además históricamente recordamos las sociedades de poder familiar, han sido y son el matrimonio y el patriarcado, es decir, quienes han tenido el cuidado de la familia y los responsables del hogar han sido el padre y la madre...”.

Terminando esta oración se enfatizó en que se debe “defender los intereses del pueblo ecuatoriano y no de un grupo minoritario”²⁸¹, para no poner en riesgo a la Nación. Asimismo, posturas como las de la Asambleísta Rosanna Queirolo manifestando que si se conservaba el artículo presentado en el segundo informe de la Mesa No.1 se cometía un error puesto que no se aclaraba que “el matrimonio debía estar conformado por personas de distinto sexo”, arguyendo que no existen varios tipos de familia, que la única “fórmula de familia es la que está conformada por un hombre y una mujer”; que al pretender reconocer a la familia en todos sus tipos y no hacer las especificaciones debidas sobre el matrimonio entre hombre y mujer “se abre la puerta para que se legalice el matrimonio entre homosexuales y la familia homosexual como ya ha ocurrido en países europeos”²⁸². Incluso, textualmente argumentó:

La familia es la célula básica de la sociedad, siempre ha sido constituida por la unión entre un hombre y una mujer cuyo principal objetivo es la procreación para la permanencia de

²⁸⁰ JÁTIVA, MARIO. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86 Pg. 66.

²⁸¹ *Ibidem*, 70.

²⁸² QUEIROLO, ROSANA. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86 Pg. 95.

la sociedad, si el objetivo no es procrear, no son familia, es una unión entre dos personas del mismo sexo, no puede ser familia, se les debe respetar y se les debe dar sus derechos, pero no se les puede llamar familia. Por tanto, la familia es una institución esencialmente heterosexual, este es un dato antropológico del que el Derecho suele limitarse a tomar nota. Una unión formal entre dos personas del mismo sexo no debe dar origen a una familia, no cumple con las mismas funciones sociales por las que el derecho regula y protege a la familia".

Respecto de la unión de hecho la asambleísta Queirolo tuvo argumentos similares, en absoluta oposición a que se reconozca dicha unión para parejas del mismo sexo, afirmando que no es preciso que se regulen ámbitos patrimoniales para este tipo de parejas, "bastan las reglas de la sociedad de hecho"; sobre la adopción opinó que si bien las parejas del mismo sexo no podrán adoptar, insistió en la necesidad de que el artículo concrete que "los homosexuales no podrán adoptar" incluso si se trata de una mujer u hombre soltero/a homosexual, ya que se estaría actuando "en contra de los valores de la sociedad ecuatoriana"²⁸³.

Las funciones sociales que cumple una familia no sólo pueden expresarse a través de la existencia del matrimonio, ni de la procreación, ni de la necesidad de que una mujer sea madre para que exista una familia. Las funciones sociales de una familia van más allá de los preceptos legales, y se manifiestan en función de afecto, amor, convivencia y respeto. Ellas no se crean en la ley ni sólo pueden darse entre parejas heterosexuales, puesto que hay familias que se conforman, por ejemplo, entre mujeres que no están juntas con el afán de pareja, sino entre apegos de "madre-hija-sobrinas", entrañan lazos de afecto que constituyen una familia²⁸⁴, la misma que debe tener protección al igual que una pareja heterosexual sin hijos, o una pareja homosexual, puesto que los fines de la familia son independientes del Estado, el cual está obligado a garantizar la consecución de éstos fines.

La familia constituida tradicionalmente con un padre, madre e hijos "refleja una visión unidimensional", que cuando se pretenda cambiar genera crisis como producto del desconocimiento de la realidad compleja y diversa. "La familia es una institución de continuo cambio, un conjunto de procesos de cada época, es el

²⁸³ *Ibidem*, 97.

²⁸⁴ PEÑAFIEL, MARISOL. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86 Pg.98

producto de las fuerzas sociales económicas y culturales, que no sólo parte del fenómeno de los migrantes, sino de la convivencia diaria”²⁸⁵, la misma que requiere de protección e inclusión.

Otro de los argumentos del debate fue que “el reconocimiento de ciertos derechos, también significa el reconocimiento de los principios de no discriminación... no podemos tenerle miedo a las diferencias ni a creer que aquel que piensa diferente, pues, por su sola condición merece el rechazo”²⁸⁶, por lo que se solicitó que las propuestas de la Mesa No.1 debían ir más allá, reconociendo las diferencias para poder realizar una Constitución de avanzada.

Posteriormente siguieron presentándose posturas en las que se defendía el derecho a la familia y la imperiosa necesidad de que ésta sea considerada “a partir de la tradicional muestra de padre y madre”²⁸⁷ y que exista una validación apropiada en que se reconozca el matrimonio para hombre y mujer, “es a partir de esta unión que se consagra la procreación”; y, que fundamentalmente, las uniones de hecho también requieren de una aclaración para que no se de lugar a que parejas del mismo sexo puedan incluirse en este grupo, ya que “la Asamblea Constituyente no puede seguir promoviendo esta clase de cosas que han sido gravemente criticadas”²⁸⁸.

Las oposiciones sobre el reconocimiento a la unión de hecho para parejas homosexuales se basaron en el desacuerdo personal de muchos de los asambleístas, que si bien conciben que la unión de hecho y el matrimonio surte los mismos efectos jurídicos, no se comprendía que el matrimonio y la unión de hecho no tienen como único fin el de procrear, “no entiendo como van a procrear dos homosexuales, no veo la razón por la que se está homologando, se está cobijando con una misma norma dos realidades completamente distintas. Es como confundir el contrato de compraventa con el contrato de arrendamiento, desde el punto de vista jurídico”²⁸⁹.

²⁸⁵ Ibidem, 99.

²⁸⁶ ALVARADO, ROSANA. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86 Pg.68.

²⁸⁷ ROHÓN CESAR. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86 Pg.102.

²⁸⁸ Ibidem,102.

²⁸⁹ SERGIO, SERGIO. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Pg. 112.

Posteriormente se recalcó que si no se hace una aclaración de que la unión monogámica es entre un hombre y una mujer, se estaría dando paso a que se legalicen “hechos antinaturales”, puesto que la unión es “entre un macho y una hembra”, lo demás es antinatural²⁹⁰. Concepto que implica machismo e incapacidad de comprender que las uniones de hecho van más allá de la intención de procrear. Incluso se pidió que la unión de hecho entre dos personas del mismo sexo no se incluya como familia “puesto que nuestros hijos no están preparados para eso, la mayoría de ecuatorianos somos creyentes y eso no debería permitirse en la Constitución”²⁹¹.

Cabe recalcar que las intervenciones de los asambleístas mencionaron a Dios y parábolas de la Biblia sobre lo que es la familia y el matrimonio, con la intención de que se excluya a los homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio o de constituir sus uniones de hecho, a pesar de que se decidió retirar el nombre de Dios de la Constitución, haciéndola laica y guiándose por parámetros ajenos a la religión.

También se expusieron comentarios positivos cuando se recalcó que “la familia es un grupo íntimo de personas con las que uno puede contar a lo largo del tiempo: para tener consuelo, cuidado, alimentación, apoyo, sustento, y proximidad emocional, la misma que está constituida por las personas con las que nos criamos o por las que elegimos en una edad adulta”²⁹², por lo que merecía una protección incesante por parte del Estado sin importar cual sea el origen de la misma.

Para finalizar el debate sobre el tema de familia, matrimonio y unión de hecho, se concluyó con que si se dejaba abierta la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan consagrar su unión de hecho, la Constitución se estaría dejando de lado a las mayorías importantes del país, ya que “esas grandes mayorías que existen en el país son las que queremos y quiere una Constitución incluyente, no seamos excluyentes al tratar un tema de grupos minoritarios del país. Legislemos

²⁹⁰ ALARCÓN, FERNANDO. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86 Pg.134.

²⁹¹ ROSADO, GISSEL. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86 Pg.144.

²⁹² MACHUCA, LINDA. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86 Pg.114.

completamente y hagamos una Constitución acorde para esos grandes grupos de nuestra sociedad”²⁹³.

Con estas intervenciones se dio paso a la votación para aprobar el texto final sobre los derechos y garantías de la familia, el matrimonio y la unión de hecho. En efecto, el 17 de julio de 2008 se puso a consideración del pleno los cambios efectuados en los artículos que se presentaron en el segundo informe, de tal manera que respecto de las familias se dijo:

Nos mantenemos en reconocer a la familia en todos sus tipos con un reconocimiento a la realidad que nosotros vivimos. Hemos aclarado que la redacción del matrimonio, se mantiene la unión de hecho de las parejas libres de vínculo matrimonial, para proteger no sólo a las parejas que pueden tener una familia, que pueden adoptar como son las de hombres y mujeres, sino también a las parejas del mismo sexo que unen, pero no se les reconoce a las parejas del mismo sexo la adopción, ni tampoco se está reconociendo lo que sería el matrimonio. Estamos reconociendo la unión de hecho para garantizar los fines patrimoniales”²⁹⁴.

La votación se dio sobre la modificación del artículo que se presentó en el segundo informe. Respecto del matrimonio y la familia se votó sobre éste artículo:

Familias: Artículo 1. Se reconoce a la familia en sus diversos tipos, el Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derecho y oportunidades para sus integrantes. El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges”.

Los resultados de la votación fueron “sesenta y siete votos afirmativos, veintisiete negativos, siete blancos, trece abstenciones, con la asistencia de ciento catorce asambleístas presentes”²⁹⁵. Se solicitó una “reconsideración” para una

²⁹³ PAVÓN, ANDRÉS PAVÓN. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86 Pg.148-149.

²⁹⁴ VELA, MARÍA SOLEDAD. Asambleísta ponente de la Mesa No. 1. Para la votación del articulado sobre derechos colectivos, ambiente sano, de movilidad humana, derechos culturales, de los consumidores, de las familias, de los derechos de los grupos de atención prioritaria, de los niños, niñas y adolescentes. 17 julio 2008. Acta 89. Asamblea Constituyente. Archivo de la Biblioteca de la Asamblea General. 22 septiembre 2010. Pg. 28.

²⁹⁵ Votación de los textos constitucionales presentados para segundo debate referentes a los derechos colectivos, ambiente sano, de movilidad humana, culturales, consumidor, familias, de los grupos de

segunda votación, que como resultado obtuvo “sesenta y nueve afirmativos, veintinueve negativos, cinco blancos, once abstenciones”. Con otros dos pedidos de reconsideración, se dio una tercera votación con resultados idénticos al anterior de “sesenta y nueve afirmativos, veintinueve negativos, cinco blancos, once abstención”.

Posteriormente se prosiguió con la votación sobre el artículo de la unión de hecho el mismo que se redactaba “Artículo 2. La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley generarán los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.” Con la presencia de 118 asambleístas al momento de la votación los resultados fueron de “sesenta y ocho afirmativos, treinta negativos, seis blancos, catorce abstención”.²⁹⁶ Con una propuesta de reconsideración se volvió a votar con resultados similares: “sesenta y siete afirmativos, treinta y dos negativos, seis blancos, trece abstenciones”.

La aprobación de los textos se dio posteriormente a que se presentaran las mociones negativas, con el resultado final de proteger a la familia en todos sus tipos, el reconocimiento de la unión de hecho para parejas del mismo sexo, el matrimonio para hombre y mujer y la negativa de adopción para parejas homosexuales. Esta aprobación no tuvo mayor profundidad en el análisis de las consecuencias sobre la no permisión del matrimonio para parejas del mismo sexo y sobre las restricciones que se estarían creando en el texto constitucional.

No existió un estricto examen sobre no discriminación o de tratamiento diferenciado para el colectivo LGBT, no se realizó una determinación objetiva sobre el alcance de la norma, ni la razonabilidad de ésta en consecuencia con los efectos jurídicos posteriores. No se tomó en cuenta normas internacionales de Tratados sobre Derechos Humanos de obligatoria aplicación para el país ni se analizó con detenimiento el derecho comparado sobre el tema. No se examinó una posible vulneración a la dignidad humana, ni un posible contrariamiento a la justicia o a la

atención prioritaria, niños, niñas y adolescentes. Acta 89 de la Asamblea Constituyente. 17 julio 2008. Pg. 45.

²⁹⁶ Ibidem, 46.

naturaleza de las cosas y tampoco se analizó sobre la distinción basada en desigualdades reales y objetivas entre las personas, ni su proporcionalidad²⁹⁷.

Si bien en el proyecto de Montecristi se planteó la necesidad de una Constitución más incluyente, con respeto y garantía palpable a los derechos humanos, y se caracterizó por ser un documento laico en comparación a la Constitución de 1998, al no incluir el nombre de Dios en el texto, para la aprobación de los artículos relevantes a la familia, influyeron más "...las decisiones llevadas por sus creencias religiosas"²⁹⁸, refiriéndose a las creencias personales de los asambleístas presentes en la Asamblea Constituyente que se opusieron al matrimonio homosexual.

Incluso, "el no permitir el matrimonio homosexual, fue una decisión venida desde la Presidencia de la República; si se revisan las declaraciones del Presidente, él ya tomó una decisión al respecto y esto dejó sin piso a los que pensaban lo contrario. Es así que ya en los primeros debates, hubo gente que estuvo en desacuerdo y ahí claramente Alianza País dijo que no participaría en esa votación si se producía ese tipo de moción. Yo creo que en el caso del Presidente pesó mucho su creencia religiosa"²⁹⁹.

Debe quedar muy claro que "si hay algo en lo que debemos ser iguales es precisamente en el goce de los derechos"³⁰⁰. Sin embargo el derecho a contraer matrimonio se vio negado para el colectivo LGBT a partir de una norma constitucional que fue analizada superficial y subjetivamente por parte de los asambleístas, incluso transgrediendo normas de derechos reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos sobre el derecho a contraer matrimonio.

2.3. Diferenciación entre trato desigual y trato discriminatorio

Como vimos en el Capítulo I de este trabajo, el derecho a la igualdad y la no discriminación es un tema fundamental para la humanidad, que radica en cada ser humano y es reconocido tanto en el ordenamiento jurídico de nuestro país, como en

²⁹⁷ Op. Cit. 16, p. 82.

²⁹⁸ Op. Cit. 244.

²⁹⁹ Op. Cit. 244.

³⁰⁰ MONTAÑO, MAE. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86 Pg.71.

las normas de derecho internacional de derechos humanos. El Ecuador, al someterse al fiel cumplimiento de estos tratados, está doblemente obligado a cumplir para la consecución de la efectividad de este derecho para todos.

En definitiva, la igualdad radica en reconocer que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción derecho a igual protección ante la ley”³⁰¹. El derecho a la no discriminación, por otro lado, se configura a través de la prohibición de discriminar a un sujeto por cualquier clase de distinción que sea propia de su individualidad, como por ejemplo “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra clase de condición social”³⁰². Ambos derechos se configuran y son tratados en conjunto.

Sin embargo, con el postulado de que no todos los derechos son absolutos, se “ha hecho una distinción ante la discriminación de jure y de facto”³⁰³. La discriminación de jure se da cuando “la legislación establece diferencias formales entre los derechos de distintas categorías de las personas”; y la de facto es la “que consiste en la aplicación en forma discriminatoria de la legislación que no encierra criterios discriminatorios”³⁰⁴. Y en consecuencia se ha dado paso a la existencia de desigualdades permitidas: la acción afirmativa y la diferenciación no discriminatoria.

2.3.1. La acción afirmativa y la diferenciación no discriminatoria

A la acción afirmativa también se la conoce también como “discriminación positiva” que busca desigualar para igualar. La acción afirmativa dice que “el trato igual no necesariamente significa trato no discriminatorio”, así lo señala la Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Plessy vs Ferguson*, en la cual los jueces “justificaron constitucionalmente la segregación racial”³⁰⁵, sentencia dictada en el tiempo que era cultural y políticamente aceptable estipular el término “separados pero iguales”³⁰⁶; es decir, cuando la población negra y blanca “tenían por

³⁰¹ Art. 7 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

³⁰² La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial.

³⁰³ Op. Cit. 16, p. 77.

³⁰⁴ O'DONELL, DANIEL. “Protección Internacional de los derechos humanos”. Comisión Andina de Juristas. Citado en Discriminación en la norma del código de la niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas LGBT. Falconí Diego, 2005. p. 77.

³⁰⁵ Bobbio, Norberto. Igualdad y Libertad. p.78.

³⁰⁶ Este término también se lo conoce como *Apartheid* que significa: en Afrikaans, variante sudafricana del holandés, separación. Apareció oficialmente en Sudáfrica en 1944 y sirve para designar la política de

igual la transportación pero de manera separada”. La decisión de la Corte se fundó “en el presupuesto de que la segregación no es incompatible con el trato igual. En otras palabras... era posible tratar en forma igual a las personas y, a la vez, segregadas”³⁰⁷.

Posteriormente, la misma Corte, en el caso *Brown vs Board of Education*, “consideraría que la segregación racial en las escuelas públicas (escuelas para blancos y escuelas para negros) constituía discriminación forzando la unificación del sistema educativo”. La Corte se basó en “las dificultades psicológicas de los estudiantes negros al saberse discriminados y tratados como inferiores cuando eran enviados a escuelas especiales para negros”³⁰⁸. Pero la Acción Afirmativa nació a partir de la Orden Ejecutiva 11236 del presidente norteamericano Lyndon Johnson (1965), que 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, para asegurar la igualdad de contratación y debían documentar estos esfuerzos”³⁰⁹.

A partir de esta situación, a la acción afirmativa se le considera como una medida “que supone la creación de mecanismos o la utilización de políticas de carácter diferenciado para favorecer a personas o colectivos que están o han estado discriminados, o que se encuentran en una situación de desventaja”³¹⁰. Sin embargo, la acción afirmativa tiene como limitante “el respeto al principio de igualdad y no discriminación” y su carácter temporal “pues ésta dura hasta que las inequidades de facto existan en la sociedad, buscando corregir justamente las posiciones asimétricas

segregación racial y de organización territorial aplicada de forma sistemática en África del Sur, un estado multiracial, hasta 1990. El objetivo del apartheid era separar las razas en el terreno jurídico (Blancos, Asiáticos, Mestizos o Coloured, Bantúes o Negros), estableciendo una jerarquía en la que la raza blanca dominaba al resto (Population Registration Act) y en el plano geográfico mediante la creación forzada de territorios reservados: los Bantustanes (Group Areas Act). Juan Carlos Ocaña. “Apartheid”. Glosario. Historia de las Relaciones Internacionales Siglo XX. 2003 <http://www.historiasiglo20.org/GLOS/apartheid.htm>

³⁰⁷ SABA, ROBERTO. “Discriminación, trato igual e inclusión”. De la aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos humanos por los tribunales locales. Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, ps. 561 y siguientes. http://www.robertexto.com/archivo14/discrim_trato_inclusion.htm

³⁰⁸ Ibidem 561 y siguientes.

³⁰⁹ Op. Cit. 16, p. 78.

³¹⁰ GARCÍA ANÓN, JOSÉ. “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”. Universidad de Valencia: Valencia, 2005.

o desigualdad evidenciada en un menor tiempo que en el que se requiera si tal acción no hubiere sido tomada”³¹¹.

Estas acciones no pueden prosperar a expensas de los derechos de otros, o de la mayoría, pues sería injusto si se termina creando una discriminación a la inversa. Es a través del principio a la igualdad y no discriminación que “los Estados pueden tomar una acción afirmativa, con carácter temporal, para atenuar o eliminar condiciones que causen o ayuden a perpetuar la discriminación, incluyendo las vulnerabilidades o desventajas que padecen grupos particulares, como las minorías y las mujeres”³¹². No obstante, de acuerdo a la afirmación de FALCONÍ, “la acción afirmativa, se aleja del término igualdad, y se acerca más al de equidad”³¹³, por lo que las acciones afirmativas caben cada vez que la limitante de temporalidad perdure en sus efectos jurídicos en concordancia con el principio de progresividad de los derechos.

Por otro lado la “diferenciación no discriminatoria” radica en una distinción o un trato diferente. Siguiendo los parámetros de los órganos internacionales de protección a los derechos humanos, “no todo trato diferente constituye una discriminación”³¹⁴, especialmente cuando la distinción no menoscabe o anule derechos y libertades. Por ejemplo, cuando existan condiciones o preferencias específicas exigidas para un empleo determinado, o cuando haya un trato especial para mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes, tercera edad, entre otros.

La distinción es considerada a partir de “lo admisible, en virtud de lo razonable, proporcional y objetivo”. “La distinción basada en género, raza, religión, origen nacional, se encuentra específicamente prohibida en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales”, los cuales se configuran como parámetros “inadmisibles que constituyen discriminación que viola derechos humanos”, por lo que se utiliza el término de discriminación “para hacer referencia a toda exclusión, restricción o

³¹¹ Op. Cit. 16, p.79

³¹² Comité de Derechos Humanos. Observación General 18. Sobre la no discriminación. 11 octubre 1989. Párrafo 10.

³¹³ Op. Cit. 16, p. 80.

³¹⁴ Op. Cit. 16, p. 73.

privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”³¹⁵.

Entonces, para que un trato desigual se configure como no discriminatorio, no debe contrariar la justicia, la razón y la naturaleza de las cosas: “una distinción es discriminatoria cuando carece de justificación objetiva y razonable”. Pero cuando existen “desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que eso contraríe la justicia”³¹⁶, éstas deben conllevar un instrumento de protección considerando la particularidad del individuo de manera objetiva y razonable, donde no se incluyan arbitrariedades de índole personal por parte del Estado.

En definitiva, cuando un hecho cualquiera es susceptible de distinción no discriminatoria, debe ser sometido a análisis de objetividad razonable que incluya parámetros legítimos, que no compruebe indicios de arbitrariedades por parte del órgano público que perpetuó discriminación. Estos parámetros se encuentran consagrados en documentos internacionales de derechos humanos que responden a su protección. Para que un trato desigual sea considerado legítimo se deben tener razones objetivas que analizaremos en el siguiente párrafo.

2.4. El artículo 67 de la Constitución sometido al “Test” del trato discriminatorio

Hemos analizado que para que el reconocimiento de la unión de hecho para parejas del mismo sexo sea posible, la Asamblea Constituyente de 2008 realizó un debate y votación que, además, dio lugar al no reconocimiento del matrimonio entre parejas homosexuales. En el proceso del hacer de la norma constitucional se pudo palpar la evidente subjetividad de muchos de los asambleístas al momento de permitir o no permitir dicho matrimonio.

Sin embargo, como hemos visto en el párrafo anterior, “no todas las distinciones jurídicas recaen en discriminación cuando se realice la objetividad y

³¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. OC-18/03, 17 septiembre 2003. Pág. 20.

³¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva. Condición jurídica y derechos humanos del niño. OC- 17/02, 28 agosto 2002. Párr. 46

razonabilidad pertinente al momento de diferenciar un hecho de otro”³¹⁷. Ahora bien, al analizar el artículo 67 de la Constitución, se constata que cuando se prohibió el matrimonio entre parejas del mismo sexo, no se dio un análisis objetivo ni razonable, al considerarse que el colectivo LGBT, tenía derecho a consagrar una familia y su protección a través sólo de la unión de hecho y no del matrimonio.

Si bien un Estado tiene potestad para determinar las reglas sobre el matrimonio, éstas deben estar apegadas a las normas de derechos humanos, que no vulneren las libertades e igualdades, especialmente cuando el Estado ha consagrado el derecho a la igualdad y no discriminación en razón de sus preferencias sexuales³¹⁸. Al momento de permitir la unión de hecho y no el matrimonio entre homosexuales, se debió actuar objetiva y razonablemente para determinar por qué si o por qué no se permite el matrimonio para parejas del mismo sexo. Por lo que es pertinente realizar el “test discriminatorio” al artículo 67 de la Constitución³¹⁹.

2.4.1. La objetividad de la norma

La no permisión del matrimonio entre homosexuales debe ser objetiva, y basarse en parámetros que no vulneren las normas internacionales de derechos humanos, y los de la misma Constitución, incluso tomando en cuenta las pautas jurídicas que el Derecho comparado establece a nivel regional y cultural³²⁰.

La Organización Mundial de la Salud concluyó que la homosexualidad no es considerada una enfermedad, ni física ni mental, más bien es una condición propia

³¹⁷Op. Cit. 16, p. 80.

³¹⁸ La CIDH afirmó que una distinción es discriminatoria cuando carece de justificación objetiva y razonable”. Opinión Consultiva OC 4/84. 19 enero 1984. Propuesta modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización.

³¹⁹ Opinión Consultiva OC 4/84. 19 enero 1984. Propuesta modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Test de trato discriminatorio, cuando se determinen razones: en las que se admite siempre que sea una discriminación positiva del Estado a un grupo vulnerado, débil o que requiera protección especial; debe ser razonable y objetivo, no debe causar detrimento en los derechos humanos, no puede irse en contra de la dignidad humana, no puede contrariar la justicia ni la naturaleza de las cosas, la distinción en base a desigualdades reales y objetivas entre las personas y debe existir proporcionalidad entre medios empleados y fin perseguido.

³²⁰ Me refiero en este punto que al momento de analizar la no permisión del matrimonio entre homosexuales, debió tomarse en cuenta los acontecimientos que dieron lugar en España y Argentina el reconocimiento del matrimonio para estar parejas, pues, tanto la cercanía regional con Argentina, y la influencia cultural y jurídica con España, debieron dar pautas en la Constituyente para analizar el matrimonio y la familia desde una perspectiva más amplia.

del individuo que proviene de sus preferencias³²¹. Las ciencias sociales incluyen a la homosexualidad como una condición inherente de ciertos individuos que es propia³²², y no una enfermedad que pueda dar reversa a las preferencias sexuales.

El reconocer que la homosexualidad es un hecho, implica protecciones al individuo por su calidad de homosexual, habida cuenta que nuestra Constitución reconoce el pleno goce de los derechos y libertades que no pueden verse disminuidos en razón de las preferencias sexuales³²³, e incluso reconoce las uniones de hecho para parejas del mismo sexo.

Se superó la exigibilidad de procreación como elemento esencial del matrimonio³²⁴; y cuando la Constitución se declaró laica y dejó a un lado la palabra “Dios”, la religión fue descartada como dogma o influencia en nuestra legislación, por lo que el matrimonio, en el ordenamiento jurídico, no podía ser considerado como sacramento, sino como un contrato, de donde la idea del matrimonio para parejas del mismo sexo no resulta tan descabellada.

Por tanto, al no incluirse el matrimonio homosexual, debían darse razones específicas y objetivas, basadas en la ciencia o en estudios de investigación que analizaran la situación fáctica del colectivo LGBT o de la sociedad respecto a ellos, para no permitirles contraer matrimonio, pero si la unión de hecho. Tampoco se analizaron las consecuencias jurídicas que se acarrearían con el reconocimiento del uno pero no del otro. Se aprobó la unión de hecho y no el matrimonio, por cuestiones de celeridad al momento de concluir con la Asamblea Constituyente, y más bien se reflejó “la influencia que tiene la homofobia y un heterosexismo internalizados”³²⁵, pues incluso no se quería dar paso al reconocimiento de la unión de hecho para estas parejas.

³²¹ LANTIGUA, ISABEL. “Cuando la homosexualidad se consideraba una enfermedad”. Los errores de la ciencia. El mundo. 26 junio 2005. 21 septiembre 2010. <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2005/06/24/medicina/1119625636.html>.

³²² Como la psicología, la antropología, la sociología y la historia. Op. Cit. FALCONI, DIEGO.” Discriminación en la norma del código de la niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas LGBT”... Pg. 84.

³²³ Reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación en razón de las preferencias sexuales. Art. 63 de la Constitución.

³²⁴ Pues una pareja de esposos se constituyen como familia sin la necesidad de que haya hijos para ser llamados como tal, pues el artículo 67 reconoce a la familia en todos sus tipos.

³²⁵ Op. Cit. 16, p. 87.

Se ha visto cómo los asambleístas, al momento de rechazar este matrimonio, expresaron argumentos llenos de prejuicios, “la antítesis natural de la objetividad, y no en parámetros objetivos como la ciencia o estudios de investigación”³²⁶, siendo que estaban tratando el capítulo de derechos y garantías fundamentales.

El derecho contemporáneo refleja que “los modelos y valores dominantes en la sociedad occidental, configurando al matrimonio como una institución y una relación jurídica que sólo puede establecerse entre personas de distinto sexo, pero el legislador puede y debe actuar haciéndose cargo de la evolución operada en el modo de conformar las diversas formas de convivencia, evitando toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad, ya que la cohabitación como pareja entre personas del mismo sexo, basada en el afecto, ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social crecientes”³²⁷. La relación de pareja a partir de la afectividad es un hecho y una situación que emana mayor sensibilidad y humanidad, aspectos que no fueron tomados en cuenta en la Constituyente de Montecristi al momento de dar paso al matrimonio entre homosexuales.

El derecho a contraer matrimonio se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al igual que otros documentos que protegen el derecho de que todo hombre y toda mujer tienen a contraer matrimonio, no necesariamente entre sí, pues este derecho radica en la persona, y no en cuanto a con quién decide casarse³²⁸. Por lo que la norma que prohíbe el matrimonio entre homosexuales no es objetiva.

³²⁶ Op. Cit. 16, p. 84.

³²⁷ RIGHI, ESTEBAN. Procurador General de la Nación de Argentina. Juicio: Rachid María de la Cruz c/Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de Personas. Amparo. Diario Judicial 30 noviembre 2009. Pp. 4

³²⁸ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17.2): “[s]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.1): “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2): “... el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. La Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16.1), garantiza: “El mismo derecho a contraer matrimonio... sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento.

2.4.2. La razonabilidad de la norma y el posible detrimento a los derechos de las personas que puede causar la norma

Cuando el artículo 67 de la Constitución fue aprobado por el pleno de la Asamblea, debió haberse tomado una decisión libre de pasiones, cumpliendo con el principio de razonabilidad, que implica “un juicio de valor, una conformidad con el sentido común, siendo lo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo”, evitando a toda costa “lo absurdo y arbitrario, calificativo que tiene contenido axiológico que implica opinión pero, de alguna manera, puede emplearse jurídicamente como, de hecho, lo hacen con frecuencia los tribunales, pues toda actividad estatal debe no solamente ser válida sino razonable”³²⁹.

Cuando se incluyen parámetros subjetivos y de poco análisis, no existe concordancia con la igualdad y no discriminación, se entra en una arbitrariedad que limita el alcance de los derechos. Cuando se reconoció el matrimonio homosexual en España, el Preámbulo de la norma determinaba:

La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho.

El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo³³⁰.

Estos antecedentes muestran la razonabilidad de la norma que permite el matrimonio entre homosexuales, reconociendo los hechos preexistentes y el interés de vencer la discriminación a través de la constatación que la convivencia es un medio de desarrollo personal del individuo, más allá de sus preferencias sexuales, compactándose así el derecho a la igualdad y no discriminación.

³²⁹ Corte I.D.H. Opinión Consultiva 13/93. 16 julio de 1993. Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Párr. 33.

³³⁰ Ley 13/2005 1 julio 2005. Ley por la cual se modifica el Código Civil en materia de derecho a Contraer matrimonio. Boletín Oficial Español 15. 2 junio 2005.

Al consagrarse en la Constitución la promoción de la igualdad efectiva y no discriminación por preferencias sexuales, la preservación de la libertad sexual y reproductiva, el reconocimiento de la familia en todos sus tipos y su protección y el reconocimiento de la unión de hecho para parejas del mismo sexo, la objetividad de la norma debe verse apegada a las disposiciones que la misma Constitución reconoce en favor de los homosexuales y el derecho a formar una familia, que los documentos internacionales protegen.

Sin embargo los asambleístas de la Constituyente recalcaron, al momento del debate sobre la aprobación al matrimonio, argumentos como:

La manifestación de reconocer la no discriminación por orientación sexual es suficiente para amparar a las personas diferentes”, “con la unión de dos hombres o la unión de dos mujeres no se constituye una familia”, “con este tipo de uniones hay repercusión social de valores, de principios éticos, morales, inclusive religiosos, traerían consecuencias en nuestra sociedad, considerando que estos grupos son minoritarios”, “se debe defender los intereses del pueblo ecuatoriano y no de un grupo minoritario para no poner en riesgo a la Nación”, “si el objetivo no es procrear, no son familia, es una unión entre dos personas del mismo sexo, no puede ser familia”, “con el reconocimiento de que dos personas mismo sexo puedan casarse o unirse de hecho se configura una anomalía, una anormalidad en el derecho”.

Más allá del hecho de que la norma constitucional no permita el matrimonio entre homosexuales, debe tomarse en cuenta por qué se niega dicha posibilidad. El sentido común no puede decirnos que las personas LGBT no pueden contraer matrimonio porque no es “natural”, se debe tener mucho cuidado al momento de confundir el prejuicio generalizado con el sentido común. “El sentido común no es un sentimiento instintivo y generalizado como puede creerse, sino es un ejercicio de la reflexión”³³¹.

De hecho “la acción subjetivamente razonable no es la instintiva, promovida por pautas innatas, como el hambre primaria. Los irracionales son sujetos de tales conductas y sólo ellas. Un producto de la inteligencia es razonable si no incluye paradojas internas. La acción subjetivamente razonable no es aleatoria, que responde

³³¹ Op. Cit. 16, p. 86.

al esquema mental de *salga lo que salga*, es una acción que se orienta hacia una meta previamente elegida, aunque luego resulte que no se alcanza plenamente”³³².

La razonabilidad debe ser considerada por sus fines sociales y personales, buscando que la norma sea sensatamente aplicable. Por ejemplo, los requisitos formales y materiales para que la consecución del matrimonio o la unión de hecho sean posibles, las personas libres de vínculo matrimonial, o el transcurso ininterrumpido de dos años (requisitos que se exigen respectivamente para poder casarse o unirse de hecho), son razonable como medios de protección de la institución jurídica y de sus miembros.

El hecho que no se permita el matrimonio para parejas del mismo sexo, en virtud de que “se debe defender los intereses del pueblo ecuatoriano y no de un grupo minoritario para no poner en riesgo a la Nación”, a pesar de que se reconoce la unión de hecho para estas parejas a través de una votación apresurada, es arbitrario y contrario a los preceptos jurídicos que defiende nuestra Constitución. Por tanto no es razonable la norma que prohíbe el matrimonio entre homosexuales.

Además de no ser ni objetiva ni razonable, la prohibición de contraer matrimonio de las parejas homosexuales, existe un detrimento real para estas personas al negárseles un derecho sólo “porque esta es la institución que más discrimina y por medio de la cual el Estado adquiere mayor control sobre los cuerpos y la sexualidad de las personas”³³³, porque otorga un estatus que sólo el matrimonio puede dar a una persona.

Se veía en la Constitución de 1998 que abría la posibilidad del matrimonio para parejas del mismo sexo, porque se contemplaba el matrimonio para los “contrayentes” y no sólo para “hombre y mujer” como prevé la actual Constitución. Sin embargo, la de 1998 no proclamaba la no discriminación en razón de las preferencias sexuales, que sí se postula en la Carta de la Ciudad Alfaro. Pero a pesar de este reconocimiento se dejó de lado la posibilidad de que en un futuro se aplique el principio de progresividad de los derechos para conseguir el matrimonio

³³² FERNÁNDEZ DE LA MORA, GONZALO. “El imperativo de razonabilidad”. 22 septiembre 2010. <http://www.galeinb.com/razonesespanola/rl100-imp.htm>.

³³³ ATALA, RIFFO, KAREN. Consagración de la heteronormatividad y del Apartheid Jurídico. Texto de carácter académico publicado en el dossier "Matrimonio gay y Nuevos parentescos".

para las parejas del mismo sexo, causando así un daño mucho mayor a los derechos del colectivo LGBT.

Si bien las uniones de hecho y el matrimonio tienen similares efectos jurídicos en el Ecuador, hay diferencias en su consecución y otros aspectos, que serán analizados con más detenimiento en el capítulo siguiente. En nuestras sociedades aún se muestra “que el matrimonio heterosexual es la base principal de la familia y simbólicamente es excluyente”, y aunque se permitió la unión de hecho para homosexuales, la posibilidad de darle reconocimiento de familia a los homosexuales a través del matrimonio y por ende de parentesco, muestra un detrimento a los derechos de los homosexuales a constituir una familia plenamente.

Al momento de negarse el matrimonio para las parejas del mismo sexo con argumentos tan deplorables como los que presentaron los asambleístas de la Constituyente de 2008, se vulneró la dignidad de un importante sector de la sociedad, y aunque los efectos jurídicos de la unión de hecho no se distinguen sensiblemente de los del matrimonio, los efectos sociales son graves, pues afectan la posibilidad de establecer lazos de cariño dentro de un ambiente ampliamente aceptado por la sociedad, a través de justificaciones prejuiciadas y sin soporte científico social que sólo da paso a un reconocimiento inferior al del matrimonio.

2.4.3. El posible contrariamiento a la justicia o la naturaleza de las cosas por parte de la norma

Según Bobbio el Derecho persigue la justicia como uno de sus fines principales³³⁴. Hemos visto como nuestra Constitución consagra una serie de derechos y garantías que protegen libertades e igualdades para todos sus ciudadanos, garantías que hoy tienen categorías establecidas para la plena consecución de los derechos, incluyendo el derecho a la igualdad y no discriminación en razón de sus preferencias sexuales e incluso reconoce la unión de hecho para parejas homosexuales, que al igual que otros ordenamientos jurídicos lo han hecho, dan protección a las parejas del mismo sexo para configurar el alcance de sus derechos patrimoniales.

³³⁴ Bobbio, Norberto. Igualdad y Libertad... P.93.

¿Pero hasta que punto puede afirmarse si son efectivos dichos reconocimientos en nuestra Constitución? Portugal en el 2001 legalizó el reconocimiento de la unión de hecho para las parejas del mismo sexo, a través de políticas similares a las de España, “pero con ciertas prohibiciones en aspectos sucesorios, tributarios, de seguridad social y adopción”³³⁵. Posteriormente en el 2010 reconoció el matrimonio entre homosexuales pero con la misma prohibición de poder adoptar. Los parámetros con los que se legalizó el matrimonio se fundaron en el “reconocimiento de las garantías constitucionales que brindan una amplia protección de los derechos, para cumplir con las obligaciones que los todos ciudadanos y la comunidad internacional exigen”, reconociendo el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual, el derecho a tener una familia, la unión de hecho para homosexuales y heterosexuales, entre otros, pero sobre todo de que “no nos podemos quedar de lado frente a la Comunidad Europea, nosotros también debemos reconocer el matrimonio como lo ha hecho España, ya que si no todos vamos a casarnos, todos deberíamos poder hacerlo”³³⁶.

Se configura un trato justo en Portugal cuando da relevancia a las obligaciones a las que su ordenamiento jurídico está sujeto a cumplir y las medidas que toma para hacer eficaz el cumplimiento de los derechos, no sólo para la mayoría de sus habitantes, sino que trata de garantizar el avance progresivo del derecho, manifestando la posibilidad de que todos puedan acceder al matrimonio incluso por adecuar su ordenamiento jurídico a las exigencias que la Comunidad Europea exige en derechos humanos.

Nuestra Constitución en este aspecto consagra una serie de derechos no sólo para los heterosexuales, sino para todas y todos los habitantes del territorio, incluyendo también un reconocimiento de la unión de hecho para parejas del mismo sexo, pero tal reconocimiento es incoherente, puesto que no existe una plena igualdad al reconocer la unión de hecho y no el matrimonio, siendo que ambos tienen los mismos efectos jurídicos. Aparte de lo ya mencionado entre la objetividad

³³⁵ SUAREZ, MARGARITTA. Primer Ministro Portugués defiende matrimonio homosexual en el parlamento. EL Hoy. 8 enero 2010. 9 mayo 2010...

³³⁶ “El modelo español extiende la demanda de matrimonio entre los homosexuales en Europa”. Marchas en París, Berlín y Lisboa. El mundo. 26 junio 2005. 22 septiembre 2010. <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/06/25/sociedad/1119717854.html>

y razonabilidad de la norma, no existe tampoco la posibilidad posterior de dar lugar al matrimonio entre homosexuales, ya que la Carta Magna lo prohíbe. En conclusión, es una norma injusta porque no se garantiza un pleno goce del derecho a la igualdad.

El deseo de contraer matrimonio es tan natural e histórico como la humanidad misma³³⁷. Y si se piensa que la naturalidad del matrimonio implica la procreación, es físicamente imposible que pueda darse una procreación natural entre personas del mismo sexo, pero la ciencia y la tecnología han dado pasos agigantados para poder procrear, que no pueden ser dejados de lado por el Derecho, incluso por la misma necesidad de que exista una regulación que no vulnere derechos.

Entonces la “antinaturalidad” del matrimonio se vería desvirtuada al momento de reconocer la unión de hecho entre homosexuales y la familia en todos sus tipos³³⁸, puesto que se reconoce la vida conyugal, la protección patrimonial que estas parejas adquieren y todos los efectos jurídicos idénticos al matrimonio, por lo que el matrimonio entre homosexuales “no desvirtúa el orden natural de las cosas, sino que deconstruye la idea de la institución familiar”³³⁹.

2.4.4. La distinción basada en desigualdades reales y objetivas entre las personas por parte de la norma

Las personas heterosexuales podrían, o contraer matrimonio, o unirse de hecho con quienes quieran, siempre y cuando se cumpla con los requisitos esenciales para la consecución efectiva de éstos. Por un lado no existe coherencia con la realidad si se asume que una persona homosexual por el simple hecho de serlo suprime u olvida el deseo de poder contraer matrimonio, o que sólo anhelan unirse de por vida a alguien; “las uniones conyugales entre homosexuales son un hecho indiscutible e innegable en nuestra sociedad”³⁴⁰, por lo que requieren de regulación. Pero, por otro lado ni la ciencia ni la realidad pueden comprobar que

³³⁷ “El matrimonio, parejas de hecho, heterosexuales y homosexuales”.Publiboda. 13 abril 2007. 22 septiembre 2010. http://www.publiboda.com/parejas_hecho/index.html

³³⁸ Artículos 68 y 68 de la Constitución.

³³⁹ Op. Cit. 16, p. 90.

³⁴⁰ “Constitución y Homosexualidad. Lunas azules. Política y sociedad. 1 agosto 2008. 22 septiembre 2010. <http://www.lunasazules.com/2008/08/constitucin-y-homosexualidad.html>

haya una diferenciación significativa para que exista sólo la unión de hecho y no el matrimonio para parejas del mismo sexo.

Además, como ya se ha mencionado anteriormente, para llegar a la consecución de la norma no se tomó en cuenta la posibilidad de que se considere el pleno reconocimiento de los derechos de los LGBT a través del matrimonio y la adopción, no se utilizaron estadísticas siquiera que demuestren porcentajes sobre la aprobación popular respecto del matrimonio y la unión de hecho homosexual, como tampoco hubo un criterio al menos doctrinario que reconozca una desigualdad objetiva, de no reconocer el matrimonio y si la unión de hecho entre homosexuales, más bien todos los criterios usados para no permitir el matrimonio se basaron en “una votación, en la que cada uno hizo su análisis de acuerdo a sus creencias y a sus puntos de vista personales”³⁴¹ incluyendo posturas religiosas y cristianas, que contradicen el carácter laico del Estado. En consecuencia, la negativa para las personas LGBT de poder contraer matrimonio no refleja una igualdad real ni objetiva.

2.4.5. La proporcionalidad entre medios empleados y fin perseguido de la norma

El artículo 67 de la Constitución tiene como fin perseguido “reconocer a la familia en todos sus tipos a partir del fenómeno migratorio”, con un reconocimiento diverso a la familia, no sólo como la “la familia nuclear o elemental”, sino que “se reconoce los diversos tipos de familia que existen, la monoparental, de madres solteras, de padres separados, las que nacen del fenómeno migratorio y las familias que se van formando con la cotidianeidad”³⁴².

El fin perseguido del artículo 68 de la Constitución se consagró “como una reivindicación”, del reconocimiento de una unión estable y monogámica entre dos personas del mismo sexo, “para proteger los derechos patrimoniales que juntos se construye”³⁴³. Con el fin de reconocer a la familia en todos sus tipos a partir de la cotidianeidad, y la protección de los bienes patrimoniales de las parejas homosexuales se consigue consagrar derechos para el resguardo de la unión familiar.

³⁴¹ Op. Cit. 244.

³⁴² Op. Cit. Acta 86. Pg. 26.

³⁴³ Op. Cit. Acta 86. Pg. 27.

Sin embargo, con el matrimonio se hubieran reconocido exactamente los mismos derechos y alcanzado los mismos fines, de reconocer a la familia en todos sus tipos y de proteger los bienes patrimoniales de las parejas del mismo sexo.

Incluso al reconocer el matrimonio para las parejas homosexuales se hubiera dado más énfasis en el pleno goce de los derechos de igualdad y libertades para las parejas del mismo sexo; si bien puede decirse que los medios empleados para la consecución de los fines fueron adecuados o que cumplieron con los mismos efectos, no se puede desvirtuar que “el matrimonio otorga un estatus jurídico y social al individuo, que ninguna otra institución jurídica puede otorgar o siquiera compararse en materia de Derecho”³⁴⁴.

El fin mismo de toda la Constitución es ser un texto con derechos plenos y garantías para la consecución integral de éstos, resguardando sobre todo la supremacía de la Constitución paralelamente con los tratados internacionales de derechos humanos. Puesto que estos últimos consagran el derecho a contraer matrimonio. El fin de la norma que prohíbe el matrimonio para parejas del mismo sexo no es proporcional a los instrumentos internacionales que resguardan este derecho, ni con los que internamente protege la Constitución para la consecución y garantía plena de la igualdad, no discriminación por preferencias sexuales y libertades. Los medios para conseguir este reconocimiento objetivamente analizado se encuentran limitados a la reforma constitucional.

³⁴⁴ ATALA, RIFFO, KAREN. Consagración de la heteronormatividad y del Apartheid Jurídico. Texto de carácter académico publicado en el dossier "Matrimonio gay y Nuevos parentescos", Revista Crítica Cultural N°36, diciembre 2007.

CAPITULO III

EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

“Recurrir al argumento de que es una redundancia definir al matrimonio como la unión entre personas de distinto sexo, es ignorar totalmente que las sociedades están en continua evolución, y que los conceptos varían. Los autores del proyecto aprobado en España han reconocido esta realidad, tal y como lo señalan en la exposición de motivos: “...en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular.”

José Molina Reyes en su análisis jurisprudencial sobre el proyecto de ley para la aprobación del matrimonio para parejas del mismo sexo en España³⁴⁵.

Dentro de este capítulo observaremos que a partir del reconocimiento constitucional de la unión de hecho para parejas del mismo sexo y el reconocimiento del matrimonio para parejas formadas por hombre y mujer, se genera un impedimento de reforma legal en nuestro ordenamiento jurídico que restringe la posibilidad de en un futuro poder legislar el matrimonio para parejas del mismo sexo, generando una rigidez en el sistema legal y constitucional para las parejas homosexuales que no permite al derecho avanzar con su sociedad y crear un ambiente propicio que genere una plena igualdad para el colectivo LGBT. Además de que con el reconocimiento de la unión de hecho entre homosexuales se generaron problemas jurídicos para estas parejas, que los heterosexuales no tienen, lo cual podría generar discriminación.

³⁴⁵ MOLINA, JOSÉ. “Matrimonio Homosexual”. Análisis jurisprudencial. Revista novedades jurídicas. No. 11. Ediciones Legales: Quito, Octubre 2005.

3.1. Reconocimiento de la unión de hecho y el impedimento constitucional de contraer matrimonio para el colectivo LGBT limita el principio de progresividad al no poder plantear una reforma legal en materia de matrimonio

Como vimos en el Capítulo I, el principio de Progresividad recoge dos argumentos importantes que implican el refuerzo de los derechos y va de la mano con el principio de aplicación inmediata de la norma y el principio de no regresividad.³⁴⁶ Principalmente manifiesta que una vez alcanzado un derecho, éste no puede desandar lo avanzado en las condiciones establecidas para el goce efectivo de los derechos³⁴⁷; y, radica en “lograr progresivamente la dinámica y el sentido que deben guiar a las obligaciones asumidas por los Estados, de perfeccionamiento, de progreso y de avance”³⁴⁸.

Cuando se trata de derechos colectivos o difusos (de muchas personas), “se denominan garantías o garantías sociales o garantías humanas”; son beneficios en pro de la comunidad que el estado está obligado a garantizar a los individuos en conjunto. Así el derecho a la salud, más que un derecho humano, es una garantía social, igual pasa con la educación, la seguridad social, el trabajo, etc. Por lo que “la progresividad debe verse desde el punto de vista colectivo y no sólo individualmente”³⁴⁹. La integralidad de los derechos que recoge nuestra Constitución, “parte desde la protección integral de los habitantes a lo largo de toda la vida, asegurando la vigencia y goce de los derechos reconocidos, dando principal prioridad a aquellos grupos que requieran de un consideración especial”³⁵⁰.

A través del principio de progresividad, del principio de no regresividad de la norma y el principio de aplicación inmediata, el Ecuador se obliga a mantener y proteger la vigencia de los derechos, que además impide que exista un “desavance” en lo alcanzado, y que los derechos se apliquen de forma inmediata; es decir que

³⁴⁶ Op. Cit. 246, p. 2.

³⁴⁷ Op Cit. 49, p. 57.

³⁴⁸ Op. Cit. 88, p. 19.

³⁴⁹ SIERRA, FRANCISCO. “La progresividad de los derechos humanos”. Dossier Político. 11 octubre 2010. 19 octubre 2010. <http://dossierpolitico.blogspot.com/2007/10/la-progresividad-de-los-derechos.html>.

³⁵⁰ CASTRO RIERA, CARLOS. “Valoración Jurídico Política de la Constitución de 2008”. Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2010. Pg. 123.

una vez que se postule el enunciado del derecho, el Estado garantiza su fiel cumplimiento mediante las garantías que ofrece y además se compromete a no retroceder en el derecho para que además de que exista una aplicación inmediata.

Esto implica que una vez que se ha constituido el derecho a la igualdad, difícilmente podrá darse un retroceso que implique la negativa de este reconocimiento. “Un retroceso no justificado constituye una violación a la progresividad. Se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos en general, teniendo en cuenta los imperativos de la equidad social y no en función de las circunstancias”³⁵¹.

Respecto de los derechos que atañen al colectivo LGBT, una vez alcanzado el reconocimiento a la unión de hecho en el Ecuador “se genera un estándar reconocido estatalmente que no puede ser disminuido”³⁵². Lo que implica que más bien debe considerarse un precedente o escalón para seguir avanzando en la progresividad de los derechos reconocidos para este grupo de personas.

Sin embargo el matrimonio entre homosexuales es desconocido constitucionalmente. En cambio, varios de los ordenamientos jurídicos extranjeros ya revisados han basado el establecimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo a partir de la no prohibición constitucional del matrimonio entre homosexuales, o precisamente porque se reconoce el matrimonio “para los contrayentes” y no sólo para “hombre y mujer”, argumentos con los que se dio paso, en España y Argentina por ejemplo, para las reformas legales que permitieron el matrimonio entre homosexuales.

No se puede argumentar que el Ecuador nunca va a estar preparado para enfrentar el matrimonio entre parejas del mismo sexo, ya que al afrontar las uniones de hecho, ha logrado un gran trabajo no sólo jurídico sino social, puesto que “estos reconocimientos a más de lograr precedentes, genera tolerancia y respeto por lo ajeno a uno”³⁵³.

Pero cuando efectivamente logre darse la situación y el momento en que la mayoría de los ecuatorianos hayan superado barreras de discriminación en razón de sexo y preferencias sexuales, y el colectivo LGBT esté preparado para enfrentar la

³⁵¹ Corte IDH. Cinco Pensionistas. 28 febrero 2003, Serie C No. 98, Párr. 147.

³⁵² Op Cit. 49, p. 43.

³⁵³ Op. Cit. 57, p. 55.

necesidad de contraer matrimonio y quizá poder adoptar en pareja, la Constitución coloca un impedimento que, si bien no es imposible, es complicado de superar.

Habría sido distinto si se hubiera mantenido abierta la posibilidad de que sea el régimen legal, y no la Constitución, el que regule el ámbito matrimonial entre homosexuales, con la sola reforma del artículo 81 del Código Civil (Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer...), como ocurrió en España, Holanda y Argentina; o la dictación de una ley que regule específicamente las uniones conyugales (matrimonio y unión de hecho) entre parejas del mismo sexo como en Portugal.

3.1.1. Diferencias entre la reforma legal y la reforma constitucional.

Estas diferencias radican en los meros trámites y procedimientos que debe seguir el poder constituyente derivado para ejercer su potestad reformadora. A diferencia de la simple reforma legal, los trámites y procedimientos de reforma constitucional son adicionalmente dificultados.

Esta "dificultad" para ejercer el poder de las reformas se establece de acuerdo al grado de rigidez de cada Constitución³⁵⁴, ya que si la Carta Magna fuera flexible no existirá esta limitación formal, pues operaría como una simple reforma legal. Esta rigidez que existe en la Constitución, que “responde a la necesidad imperativa de regular todo el ordenamiento jurídico constitucional”³⁵⁵, también crea limitaciones formales que pueden ser concretadas en requisitos formales adicionales y que deben ser cumplidos por un órgano facultado para proceder a la reforma constitucional, sea el propio legislativo o bien un órgano especial.

Para que la Constitución prevea una reforma parcial,³⁵⁶ se requiere de un quórum mayor y mayorías especiales para las votaciones, que si se tratara de una reforma legal, en el caso de leyes ordinarias, basta una mayoría simple y las orgánicas

³⁵⁴ OYARTE RAFAEL. “Limitaciones formales”. Revista Judicial, Derecho Ecuador. 19 octubre 2010. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2545&Itemid=426

³⁵⁵ BARRAGÁN ROMERO, GIL. Temas de Derecho Constitucional: El Control de Constitucionalidad, Editorial EDLE S.A. Octubre 2003. Pág. 6

³⁵⁶ El artículo 442 de la Constitución prevé una reforma parcial de la Constitución siempre y cuando no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, que puede provenir de la iniciativa de la Presidencia, o a solicitud de la ciudadanía (1% de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral), o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

una mayoría absoluta³⁵⁷. La reforma constitucional exige: “al menos dos debates, y que el proyecto de reforma se apruebe a través de la Asamblea Nacional; una vez aprobado el proyecto, se convoca a referéndum”, y para la aprobación en referéndum se requiere al menos “la mitad más uno de los votos válidos emitidos”³⁵⁸. Las reformas legales no prevén una aprobación en referéndum, pues son aprobadas directamente en la Asamblea Nacional mediante las votaciones y aprobaciones ya mencionadas.

Con la exigencia de un quórum o mayorías especiales se “pretende asegurar un amplio acuerdo y proteger a las minorías”³⁵⁹. Esta es “la técnica para dificultar la reforma constitucional que, introducida preferentemente desde el principio de las constituciones escritas, ha dejado probada ampliamente su eficacia”³⁶⁰.

Con un mayor número de debates en las reformas constitucionales que en el caso de una reforma legal, “se logra una mayor discusión del proyecto dentro del órgano encargado a tramitarla, aunque, por otra parte, la dilata”³⁶¹. Aunque antes en las Constituciones de 1830 y 1835 “se exigían tres debates que debían ser aprobados por los dos tercios de la votación en cada una de las Cámaras”³⁶².

De tal manera que al momento que se pretenda dar paso al reconocimiento del matrimonio entre homosexuales, debería operar una reforma constitucional que modifique el artículo 67 de la Constitución, pero aún así, el modelo jurídico estaría suspenso a la tramitación legal de reformar el Código Civil que regula el matrimonio para hombre y mujer.

La Constitución establece un marco de referencia bajo el cual el Estado y la sociedad deben regirse, “pero son las leyes y normas de menor jerarquía las que regulan los pormenores de cada institución, guiándose siempre por la Constitución y

³⁵⁷ Mayoría Simple es la mitad, más 1 de los miembros presentes en la Asamblea, es decir si la totalidad de los asambleístas fuera de 350 y al momento de votar están presentes 200, la ley se aprueba con la mitad más uno de los 200 miembros presentes (101 votos); mientras que Mayoría Absoluta es la mitad más 1 de los miembros del órgano estén presentes o no, así mismo si son 350 los asambleístas, en este caso se aprueba la ley con la mitad más uno de la totalidad de estos miembros (176 votos).

³⁵⁸ Artículo 442 inciso 2 de la Constitución

³⁵⁹ Op. Cit. 353.

³⁶⁰ Op. Cit. 353.

³⁶¹ Op. Cit. 353.

³⁶² Archivo Biblioteca Asamblea. “Reformas constitucionales a partir de 1830”. Secretaría general. Tríptico. Julio 2008. Pg. 3

jamás yendo en contra de ella”³⁶³. En este caso, el Ecuador debe esperar a la posibilidad de una reforma constitucional para poder progresar en el derecho y crear la oportunidad del matrimonio entre homosexuales.

3.2. El impedimento de contraer matrimonio para los LGBT impide el ejercicio de otros derechos

Si bien “en el ámbito social la apertura y visibilización homosexual ha ganado territorio y apropiación del cuerpo”³⁶⁴, se han presentado hechos e interrogantes sobre el manejo formal de la realización de las uniones de hecho que inquietan al colectivo, pues ciertamente el matrimonio y la unión de hecho tienen los mismos efectos jurídicos una vez que ambos se han perfeccionado³⁶⁵, sus requisitos son diferentes. Las formalidades legales de la unión de hecho y del matrimonio evidentemente tienen que ser distintos, caso contrario no habría razón de diferenciarlos.

Para que la celebración del matrimonio se requiere la comparecencia de las partes (personalmente o por medio de apoderado especial), que exista diferencia de sexo entre los contrayentes, la expresión del consentimiento libre y espontáneo, que se celebre ante funcionario público autorizado, que los contrayentes sean capaces, que se cumplan con las solemnidades esenciales y que no exista ninguna de las prohibiciones que establece el Código Civil³⁶⁶.

En cambio, para la unión de hecho se exige que exista la unión estable y monogámica de las partes por más de dos años y libres de vínculo matrimonial³⁶⁷. Las parejas heterosexuales existe la opción de poder contraer matrimonio sin la necesidad de que transcurran dos años; es decir, para las parejas heterosexuales el período de tiempo que debe transcurrir se vuelve simplemente una opción. Ello restringe el acceso de ciertos privilegios a las parejas del mismo sexo, que

³⁶³ MOLINA, JOSÉ. “Matrimonio Homosexual”. Análisis jurisprudencial. Revista novedades jurídicas. No. 11. Ediciones Legales: Quito, Octubre 2005.

³⁶⁴ Op. Cit. 71.

³⁶⁵ Art. 68 de la Constitución.

³⁶⁶ Artículos: 81, 82, 100, 101 y 102 del Código Civil . RO-S 46. 2005-10, 24 junio 2005.

³⁶⁷ Artículo 222 del Código Civil . RO-S 46. 2005-10, 24 junio 2005.

necesariamente tienen que haber formado un hogar en al menos 2 años para poder constituir una unión legal.

Esta limitación para las parejas homosexuales bien puede ser modificada en el margen de la legalidad, si se altera el requisito del tiempo para dar celeridad a sus procedimientos legales, disminuyéndolo o eliminándolo, pero el factor del tiempo en los requisitos para la unión de hecho tiene una razón de ser. La unión de hecho “da origen a una sociedad de bienes entre la pareja”³⁶⁸, que está sujeta a “las regulaciones de la sociedad conyugal en cuanto fueren aplicables” de la misma forma que en el matrimonio. El requisito del tiempo sirve para “contener la producción de los efectos hasta que el tiempo ponga en evidencia una cierta estabilidad de la unión”³⁶⁹, incluso para que en éste tiempo efectivamente se adquieran los bienes que se van a regular. Por tanto, el requisito del tiempo no puede ser eliminado ya que no se configuraría una unión de hecho en sí, y al disminuirlo, aún así existiría sujeción a un requisito que las parejas homosexuales necesariamente deben cumplir si desean legalizar su unión de hecho. Entonces existe una diferenciación que radica en la opción sexual, los heterosexuales pueden celebrar tanto el contrato del matrimonio, como la unión de hecho, mientras que los homosexuales, por hecho de serlo, sólo pueden unirse de hecho.

3.2.1. Estado civil

El estado civil es un atributo de la personalidad de las personas naturales, que “ubica al individuo en una posición permanente respecto de la sociedad”³⁷⁰, que es regulado a través de normas de orden público. El artículo 331 del Código Civil establece que “el estado civil es la condición de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraeré ciertas obligaciones civiles”.

Algunos tratadistas han considerado que la unión de hecho no altera el estado civil de la persona, pero esta situación se opone a la norma constitucional, ya que el

³⁶⁸ La Unión de Hecho en el estado ecuatoriano. Diario Los Andes. Riobamba., 11 diciembre 2006. 20 octubre 2010.

http://www.diariolosandes.com.ec/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2846

³⁶⁹ PARRAGUEZ RUÍZ, LUIS. Manual de derecho civil ecuatoriano. Personas y Familia. Vol. II. Universidad Técnica Particular de Loja: Loja, 2005. p. 249.

³⁷⁰ PARRAGUEZ RUÍZ, LUIS. Manual de derecho civil ecuatoriano. Personas y Familia. Vol. I. Universidad Técnica Particular de Loja: Loja, 2005. p. 150.

artículo 68 modifica el estado civil en la unión de hecho, al disponer 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”. Precisamente, “uno de los efectos del matrimonio es el cambio de estado civil, de soltero a casado”³⁷¹.

Por el principio de supremacía de la Constitución, ésta debe sobreponerse a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico y la legalidad debe ajustarse al planteamiento de la misma; de manera que la unión de hecho proporciona un estado civil diferente.

Sin embargo, para la función pública aún ha sido difícil aceptar dicho argumento, pues “las arraigaduras sobre preceptos jurídicos muchas veces impiden progresar o avanzar hacia nuevos conceptos”³⁷². Por lo que ha sido difícil reclamar un estado civil diferente al de soltería a través de la unión de hecho. Para romper esta actitud de inercia se debe promover una lucha que reclame el pleno reconocimiento de los mismos efectos que el matrimonio.

3.2.2. Segregación

En el capítulo anterior se mencionó el caso *Plessy vs Ferguson*, en la cual se justificaba constitucionalmente la segregación racial. Se vio que segregación significa “apartar de la convivencia común a determinados grupos raciales, religiosos, sexuales, etc”³⁷³. Posteriormente se estableció que la segregación racial intencional de alumnos en escuelas públicas contravenía la Decimocuarta enmienda a la Constitución de Estados Unidos, a través de la decisión *Brown vs. Board of Education*³⁷⁴.

³⁷¹ AGUIRRE, GERARDO. Los efectos del vínculo matrimonial y el mecanismo legal para su terminación. *Revista Judicial. Derecho Ecuador*. 13 agosto 2005. 19 septiembre 2010. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2474&Itemid=426

³⁷² ROMO, MARÍA PAULA. Entrevista sobre el proceso de análisis en la probación de la unión de hecho entre homosexuales. *Asambleísta por Alianza País. Asamblea Constituyente de Montecristi*. 20 octubre 2010.

³⁷³ Segregación residencial en las principales calles de Santiago 19 octubre 2010. *EURE* http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0250-71612001008200002&script=sci_arttext

³⁷⁴ Sección de oportunidades educativas. Departamento de justicia de los Estados Unidos. División de Derechos Humanos. 19 octubre 2010. http://www.justice.gov/crt/edo/overview_spanish.php.

“En 1.948 el régimen sudafricano dictó leyes que prohibían las relaciones sexuales entre blancos y negros y los matrimonios mixtos interraciales”, construyendo áreas residenciales separadas para blancos y negros, para mantener “la pureza de la raza blanca”³⁷⁵. Ello constituyó como una política de iguales entre iguales, sistema político racista que no pudo resistir la oposición interna y externa y que se derrumbó en los años 90’s.

La situación vivida en estos países cuando con el fenómeno segregacionista o apartheid, en las que se promovía tratos iguales pero diferentes para negros, porque se les consideraba inferiores a los blancos, lo que se convirtió en un trato discriminatorio justificado. Se era igual entre blancos y se era igual entre afroamericanos, “pero un afroamericano no estaba al nivel de ningún blanco, era un estatus diferente e inferior al de cualquier individuo blanco”³⁷⁶.

Al momento de reconocer a las parejas del mismo sexo la posibilidad de legalizar su situación mediante la unión de hecho pero no del matrimonio, se asemeja a una discriminación en razón de sus preferencias sexuales, lo que conlleva consecuencias de segregación desde que, como ya se expuso, la Constituyente no tuvo fundamentos objetivos y razonables que dieran lugar a una diferenciación no discriminatoria.

Si bien los Estados tienen potestad o discrecionalidad sobre lo que es legalmente aceptable para su ordenamiento jurídico, basándose en las decisiones del pueblo, son absolutamente admisibles mientras no se violen derechos fundamentales ni se merme su protección y sean objetivas. La discrecionalidad estatal no puede estar por encima del alcance con el que se va a reconocer los derechos fundamentales.

El Arzobispo Desmond Tutu decía que en Sudáfrica se “lucha 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

³⁷⁵ KLIKSBERG, NAUMB. Breve historia del racismo. Su relación con el rechazo a los matrimonios mixtos interraciales, interreligiosos, e interculturales. Centro mundial de matrimonios mixtos. http://www.matrimoniosmixtos.info/index.php?option=com_content&task=view&id=68&Itemid=93

³⁷⁶ *Ibidem*.

nadie eligiera ser gay con la homofobia que existe”³⁷⁷. La orientación sexual no debe ser un motivo para no contraer matrimonio por el simple hecho de ser diferente

3.2.3. Adopción

La asambleísta María Paula Roma ha afirmado que “El no poder adoptar por su condición sexual es discriminatorio”³⁷⁸. En la Asamblea de Montecristi, la discusión sobre las familias, matrimonio y unión de hecho, también introdujo el tema de la adopción, evidentemente por tratarse un tema familiar. La discusión sobre este tema de la adopción radicó en que “sólo las parejas heterosexuales pueden adoptar”³⁷⁹. No hubo discusión alguna sobre la posibilidad de permitir que las parejas constituidas por la unión de hecho, también puedan hacerlo.

Si bien la no adopción para parejas homosexuales no es un efecto directo del reconocimiento de la unión de hecho, es preciso recalcar nuevamente que la unión de hecho tuvo paso con “la condición de que el matrimonio y la adopción fueran exclusivos para parejas de hombre y mujer, con el fin de “proteger” estas instituciones”³⁸⁰. Lo que es peor, ambas prohibiciones se encuentran consagradas en la Carta Magna.

La subjetividad del tema en efecto pudo más que la objetividad y ciegamente se aprobó la negativa pura y simple de otorgar el derecho de adoptar a las parejas homosexuales. A pesar de que “investigaciones científicas no han podido probar que padres o madres LGBT son padres o madres poco aptos o peores que los padres y las madres heterosexuales. Tampoco se ha podido comprobar que sus hijos tengan detrimento psicológico o social respecto a los hijos de parejas heterosexuales”³⁸¹. El tema de la adopción en la Asamblea desde un principio se mantuvo en la inmóvil postura de no dar paso a las parejas homosexuales, a pesar de que “la realidad va más allá de la legalidad, si una mujer lesbiana se queda embarazada y luego se va a vivir con su pareja mujer para formar un hogar, una

³⁷⁷ TUTU, DESMOND. VIII Asamblea del Consejo Mundial de Iglesias. Amnistía Internacional “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género” 1998. 30 marzo 2004. 19 octubre 2010. <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLACT790012004>

³⁷⁸Op. Cit. 371.

³⁷⁹ Acta 86. Asamblea Constituyente. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente. 15 de mayo de 2010. Pg. 26

³⁸⁰ Op. Cit. 371.

³⁸¹ Op. Cit. 16, p. 74.

unión de hecho, evidentemente tendrán un hijo y en eso no interfiere la legalidad”³⁸².

Nuevamente la Constitución estancó posibilidades de que la legalidad regule estas posturas a través de la idea progresista del derecho. La adopción es un tema muy susceptible, pues la sola inquietud de que “dos hombres o dos mujeres no podrán cumplir con los roles que les corresponde”, hace que el “estado ecuatoriano no pueda asimilar ni aplicar de manera correcta los derechos y principios garantizados en nuestra Carta Magna para adultos LGBT y niños y niñas cuyo interés superior sería el de ser adoptados por este tipo de parejas”³⁸³.

3.3. Procedimiento de la unión de hecho y matrimonio desde el punto de vista adquisitivo/económico de los contrayentes

Desde el punto de vista del análisis económico, contraer matrimonio ante un Funcionario del Registro Civil tiene un costo de 6 dólares³⁸⁴, mientras que consolidar una unión de hecho ante Notario Público tiene un costo de 75 dólares (la declaración juramentada 15 dólares y hacer oficial la unión de hecho 80 dólares)³⁸⁵. Contraer matrimonio es evidentemente más económico, opción a la que las parejas heterosexuales pueden acceder, pero las parejas del mismo sexo no, lo que consagra una nueva situación perjudicial para las parejas homosexuales.

Ahora bien, es preciso tocar este tema pues se trata de un problema social que atañe al derecho, ya que en esta situación las parejas del mismo sexo tienen una desventaja injusta. Ciertamente existe la vía judicial que resuelve este problema sin mayores costos económicos, sin embargo no se puede dejar de lado que evidentemente existe una desventaja al reconocer la unión de hecho para parejas del mismo sexo y no el matrimonio, siendo que se tienen los mismos efectos jurídicos, no debió existir la necesidad de crear una limitación para las personas homosexuales para contraer matrimonio.

³⁸² Op. Cit. 371.

³⁸³ Op. Cit. 16, p. 89.

³⁸⁴ Registro Civil Quito. Costos y trámites. Matrimonio. Con sus respectivas variantes, pues el costo de 6 USD es si se realiza el matrimonio en las instalaciones del Registro Civil. Si fuera a domicilio el costo es de 60 dólares <http://www.tramitesciudadanos.gov.ec/tramite.php?cd=18>. Incluso cabe recalcar que las tarifas varían de acuerdo a la ciudad, en Guayaquil por ejemplo la tarifa para casarse es de 15 dólares: www.corporacionregistrocivil.gov.ec

³⁸⁵ Artículo 9 literal h) y w) de la Ley Notarial. RO 178, 26 septiembre 2007.

El 14 de agosto de 2009 la primera pareja homosexual en Ecuador reconoció su unión de hecho notarialmente, “legalizando así su relación conyugal”. “Pese a que las uniones entre personas del mismo sexo ya son legales, la Fundación Equidad ha registrado solo 12 casos”. Eso responde a que la idea “choca mentalmente, porque rompe el esquema de clóset en el que vivimos”³⁸⁶, señaló Freddy Lobato, de Igualdad y Derechos. Otras de las razones “son la costumbre de convivir sin legalizar o por evitar la burocracia del trámite, además de que es un poco costoso”³⁸⁷.

No ha sido fácil para ninguna pareja poder reconocer sus uniones de hecho en la realidad homofóbica de muchos ecuatorianos, porque en la consecución de los trámites existe discriminación, hasta “se ha recibido insultos, incluso de los mismos jueces”³⁸⁸. Sin embargo ha sido posible que “doce parejas homosexuales hayan consolidado su unión de hecho”, con dificultades.

³⁸⁶ Breves: Doce parejas homosexuales legalizaron su unión de hecho en el Ecuador. 2 julio 2010. 22 septiembre 2010. Buenos Aires. Sentido G. <http://www.sentidog.com/lat/2010/07/02/doce-parejas-homosexuales-legalizaron-su-union-de-hecho-en-ecuador/>

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ Op. Cit. 386.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. A partir de la Asamblea Constituyente de Montecristi se efectuaron cambios trascendentales en cuanto a la nueva visión de los derechos y las libertades. El derecho a la igualdad y no discriminación es un derecho reconocido tanto en la nueva Constitución del Ecuador como en varios tratados internacionales de derechos humanos a los que nuestro país se encuentra adscrito, obligándose a cumplirlos efectivamente a través de las garantías primarias y secundarias, políticas públicas, organismos de control y otros medios que enuncia la Constitución para lograr el objetivo de protección y garantía. Particularmente el derecho a la igualdad y no discriminación en razón de preferencias sexuales y el reconocimiento de la unión de hecho para parejas del mismo sexo, fueron reconocimientos absolutamente nuevos en esta Constitución, que dio un importante espacio a la comunidad LGBT en el Ecuador, sin embargo este avance jurídico fue conseguido a través de sacrificar otros reconocimientos, tal es el matrimonio y la adopción.
2. El reconocimiento en la Carta Magna de que el matrimonio es únicamente para hombre y mujer debió haber sido manejado a nivel de norma secundaria. La Constitución es la norma superior en el ordenamiento jurídico que debe organizar al Estado ampliamente, reconociendo derechos y obligaciones y la manera de garantizarlos. Al establecer márgenes o límites a los derechos, debe hacerlo objetivamente, caso contrario estos limitantes perecerán en el tiempo, porque son las leyes y normas de menor jerarquía las que regulan las particularidades de las instituciones jurídicas como el matrimonio. La Constitución debe guiar y liderar la pirámide jurídica y ninguna norma de menor jerarquía debe ir en contra de ella.
3. El concepto de matrimonio ha variado a lo largo del tiempo, mutando de acuerdo a las circunstancias históricas y culturales. La realidad muestra que las sociedades son cambiantes y es preciso que el derecho se ajuste a estas realidades cuando se vuelve una necesidad imperante. En la Asamblea de Montecristi el tema del matrimonio y la familia fue tratado como un concepto netamente sacramental y cristiano, dejando a un lado la realidad

- fáctica, para prevalecer las emociones primarias de los assembleístas que no consideraron en lo más mínimo la posibilidad de dar lugar al matrimonio para parejas del mismo sexo. Incluso contraviniendo la necesidad de que el tema sea tratado objetiva y razonablemente, lo cual contraviene al derecho y postula a la norma como discriminatoria.
4. El principio de progresividad obliga al Estado a dar garantías y exigibilidad a los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de sus objetivos. El principio de no regresividad de la norma constituye a la unión de hecho entre homosexuales, al reconocimiento de no discriminación en razón de preferencias sexuales y al derecho a la igualdad se como un estándar que no puede dar retroceso a lo alcanzado, obligando al ordenamiento jurídico a avanzar en el derecho y tratar de conseguir una plena igualdad para el colectivo LGBT
 5. El derecho a la igualdad y no discriminación por preferencias sexuales reconoce y protege los derechos y garantías para el colectivo LGBT, que no contemplaba la Constitución de 1998. Pero asimismo con este reconocimiento el matrimonio se volvió una institución netamente heterosexual a través del postulado constitucional, creando una situación segregacionista. Los homosexuales sólo pueden unirse de hecho, porque no pueden celebrar el contrato de matrimonio en razón de sus preferencias sexuales.
 6. El derecho comparado sobre el matrimonio para parejas del mismo sexo sienta precedentes dentro del continente. Si bien Ecuador ha marcado un hito al reconocer la unión de hecho, también se auto limitó al enunciar constitucionalmente la no permisión de matrimonios entre homosexuales, lo que restringe la posibilidad de adoptar medidas que se utilizaron en Argentina y España cuando se reconoció el matrimonio homosexual.
 7. De acuerdo a lo analizado, es posible ver que el manejo de la aprobación del matrimonio y la unión de hecho se basó en meras posiciones subjetivas de los assembleístas, en momentos dados en los que ni siquiera se puso a consideración la posibilidad de concebir una amplia aceptación de la

- homosexualidad a través del matrimonio y adopción para este grupo, puesto que aún resulta ilógico creer que puedan ser iguales para muchos.
8. De alguna manera sorprendente se logró aceptar la unión de hecho, porque no fue aprobado objetivamente tampoco, pero a través de este reconocimiento fue que se prohibió el matrimonio expresamente, porque si se daba paso a la aceptación de la unión de hecho para parejas del mismo sexo y al mismo tiempo se determinaba que el matrimonio se fundaba en el “libre consentimiento de los contrayentes”, evidentemente se dejaba la posibilidad de que tanto el matrimonio como la unión de hecho para homosexuales sea posible.
 9. La norma constitucional que limita el matrimonio entre homosexuales debe ser reformada, para que las normas legales sean las que regulen los requisitos del matrimonio, ya que con la no prohibición constitucional del matrimonio, en España y Argentina se dio lugar al reconocimiento legal del matrimonio para parejas del mismo sexo, lo que puede aplicarse de igual forma en el país, en el momento preciso de su historia para reformar la ley y permitir el matrimonio entre homosexuales.
 10. Con la prohibición de la Constitución, se pierde posibilidades a corto plazo de poder crear un espacio legalmente constituido para el matrimonio entre homosexuales. No ha sido ni será fácil el camino a recorrer para el colectivo LGBT, sin embargo es preciso que los cambios sean paulatinos y siempre progresivos. Por lo que la norma Constitucional debe reconocer a la familia en todos sus tipos, con sus garantías y protecciones pertinentes, al matrimonio fundado libremente en el consentimiento de los contrayentes y la unión de hecho para dos personas libres de vínculo matrimonial.
 11. Con ello, las leyes secundarias que regulan el matrimonio, el Código Civil, la Ley Notarial y la Ley de Registro Civil también deberán incluir las modificaciones que la Constitución ordene.

ANEXOS

Extractos de las Acta 86 y 89 de la Asamblea Constituyente 2010

Artículo de Prensa: Lesbofobia, Vistazo.



Revista

País _____

Lesbofobia

Siete denuncias por discriminación contra lesbianas recibió Fundación Causana en lo que va del año. La más reciente: internamiento forzado.



Tiene 21 años y conoció el significado de la lesbofobia en su propia casa. Su madre la llevó a consulta médica. Es lo último que recuerda: se despertó de los efectos de un sedante (que le suministraron sin que ella lo supiera) en un centro de rehabilitación para adicciones, donde recibiría tratamiento para dejar de ser lesbiana.

Por gestiones de su pareja, también mujer, se estableció que Mónica estaba interna en un establecimiento en el norte de Quito, para recibir una terapia de deshomosexualización. La amiga de Mónica recurrió a todas las instancias de la justicia para denunciar el caso. Acudió a Fundación Causana a presentar la denuncia por privación ilegal de la libertad. Karen Barba, quien recibió el caso, explica que ocho fiscales se inhibieron de conocer este expediente.

“En este año hemos recibido siete denuncias por casos de lesbofobia, van desde internamiento forzado, que consiste en someter a las chicas a terapias para ‘curarlas’, hasta vicios jurídicos, como por ejemplo quitarles la custodia de los hijos por ser lesbianas; o que las instancias de justicia se abstengan de recibir quejas por violación a los derechos de mujeres lesbianas”, explica Barba.

Con 26 años, Barba contesta tres veces sí cuando se le pregunta si ha sentido discriminación por su opción sexual. “Me educué en un colegio público; soy de clase media y acudo a centros de salud

pública; no tengo vivienda propia y arriendo el sitio donde vivo, de modo que he sentido la discriminación en carne propia”.

Para esta fundación, la expulsión de un equipo de mujeres futbolistas de la liga parroquial La Floresta, es otro acto que atropella sus derechos.

Todo por un beso

El club deportivo “Guipuzcoa” nació como una iniciativa recreativa, cultural y política, de un colectivo de mujeres que reconocen su opción sexual, explica Lucrecia Bone, de Fundación Causana. “Las jugadoras del equipo de fútbol sintieron discriminación desde que se inscribieron en la liga parroquial La Floresta, después de muchos actos de intimidación, grabaciones, filmaciones, dos chicas se dieron un beso luego de un partido, esto motivó la suspensión del equipo durante un año”.

Las jóvenes apelaron la decisión por discriminatoria; mientras que los representantes de la Liga afirman que se violó un artículo interno, según el cual los actos que atenten contra la moral deben ser sancionados.

El caso llegó a la Defensoría del Pueblo, que a fines de julio emitió una resolución favorable al club, luego de comprobarse que se vulneraron los derechos.

El siguiente paso es que la justicia se pronuncie a través de un amparo constitucional: al cierre de edición estaba por pronunciarse.

El expediente de las jugadoras, sin embargo, se convierte en un hito para el colectivo GLBTI: es la primera vez que un organismo del Estado reconoce que hay prácticas discriminatorias en la Ecuador.

INFORME N° 42/08 ADMISIBILIDAD PETICIÓN 1271-04 KAREN ATALA E HIJAS. CHILE. 23 de julio de 2008. Resumen.

1. El 24 de noviembre de 2004, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la "Comisión Interamericana" o la "CIDH") recibió una denuncia en la que se alega la responsabilidad internacional del Estado chileno por violaciones cometidas mediante una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que le revoca a la Sra. Karen Atala la tuición de sus tres hijas (5, 6 y 10 años de edad) fundándose exclusivamente en prejuicios discriminatorios basados en su orientación sexual. La petición fue presentada por la Sra. Karen Atala, abogada y jueza chilena, y los abogados Verónica Undurraga Valdés, Claudio Moraga Klenner, Felipe González Morales y Domingo Lovera Parmo, todos representantes de la Asociación Gremial, Libertades Públicas, la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales y la Fundación Ideas ("los peticionarios")^[2].

2. Los peticionarios sostienen que los hechos configuran la violación de los siguientes derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la "Convención Americana") en perjuicio de la Sra. Karen Atala y sus tres hijas: el derecho a la integridad personal (artículo 5.1); el derecho a las debidas garantías judiciales (artículo 8); la protección a la honra y la dignidad (artículo 11.1); la protección de la vida privada (artículo 11.2); la protección a la familia (artículos 17.1 y 17.4); los derechos del niño (artículo 19); la igualdad ante la ley (artículo 24); y el derecho a la protección judicial (artículo 25), conjuntamente con la violación de las obligaciones de respetar los derechos y adoptar medidas consagradas en los artículos 1(1) y 2 previstos en la Convención Americana; y los artículos 2, 5, 9 (incisos 2 y 3), 12 y 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante "Convención sobre los Derechos del Niño"). Los peticionarios aducen que todos los recursos internos han sido agotados mediante la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en donde alegadamente se le retiró a la Sra. Atala de forma discriminatoria, arbitraria y definitiva la custodia de sus tres hijas menores por su orientación sexual.

3. El Estado, por su parte, solicita que se declare inadmisibile la petición, argumentando que el fallo se basó en el interés superior de las niñas y "según los elementos de convicción allegados al juicio, por el comportamiento de la madre que optó por iniciar una convivencia con una pareja del mismo sexo con quien pretendía criar a sus hijas, lo que se estimó inconveniente para la formación y riesgoso para el desarrollo de las menores en el actual contexto de la sociedad chilena"^[3]. Asimismo, el Estado reitera que los recursos internos no han sido plenamente agotados porque la Sra. Atala puede interponer una nueva demanda de tuición de sus hijas bajo el derecho chileno.

4. Sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, la CIDH concluye en este informe que la petición es admisible, a la luz de los artículos 46 y 47 de la Convención Americana. Por lo tanto, la Comisión Interamericana decide notificar la decisión a las partes y continuar con el análisis de fondo relativo a la supuesta violación de los artículos 8(1), 11(2), 17(1), 24 y 25 de la Convención Americana, todos ellos en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento internacional, en perjuicio de la Sra. Atala y sus hijas; y la presunta violación de los derechos del niño protegidos por los artículos 19 y 17.4 de la Convención, en conexión con el artículo 1(1) de dicho instrumento, en relación a las hijas de la Sra. Karen Atala. La Comisión decide además, publicarla e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

Bibliografía en la materia

Entrevistas

- HERNANDEZ, LUIS. Entrevista sobre el proceso de análisis en la probación de la unión de hecho entre homosexuales. Asamblea por RED. Asamblea Constituyente de Montecristi. 27 septiembre 2010.
- ROMO, MARÍA PAULA. Entrevista sobre el proceso de análisis en la probación de la unión de hecho entre homosexuales. Asamblea por Alianza País. Asamblea Constituyente de Montecristi. 20 octubre 2010.

Libros y Artículos Citados

- ABRAMOVICH, RODRIGUEZ-PINZÓN y Otros. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Fontamara: México, 2004.
- ALCAIDE, PACO Y PABLO FUENTES. “La cultura gay y símbolos de identidad”. En clave gay. Todo lo que deberíamos saber. Editorial Egales: Barcelona, 2001.
- ANDRADE UBIDIA, SANTIAGO. Temas de Derecho Constitucional: Independencia Judicial y Estado de Derecho, Editorial EDLE S.A. Octubre 2003.
- ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO. “Las Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos”. Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2010.
- ÁVILA, R. “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. Alcance y efectos de la introducción de progresividad en el sistema constitucional tributario ecuatoriano, a partir de la Constitución del 2008. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
- BARRAGÁN ROMERO, GIL. Temas de Derecho Constitucional: El Control de Constitucionalidad, Editorial EDLE S.A. Octubre 2003.
- BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS. La caída del Angelus Novo. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- BOBBIO, NORBERTO. El tercer Ausente. Madrid: Cátedra, 1997.
- BOBBIO, NORBERTO. Igualdad y libertad. Barcelona: 1993
- BUTRÓN, ANDRÉS. “Informe de Derechos Humanos de las minorías sexuales en relación al derecho al trabajo” 2010. Cfr. Taller Mujer, “Situación de Mujeres Lesbianas en Ecuador”, Informe sobre los Derechos Humanos Ecuador 2009, Quito, UASB.

- BUTRÓN, ANDRÉS. La Implementación de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo como ejercicio de igualdad del colectivo LGBT. Tesis (Abogado) San Francisco de Quito: Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, 2009.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS. JAVIER CARRASCOSA. Derecho internacional privado y matrimonio entre personas del mismo sexo. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Num. 23. 2005.
- CASTRO RIERA, CARLOS. “Valoración Jurídico Política de la Constitución de 2008”. Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2010.
- CENTENO, RAFAEL. Los derechos de las personas LGBT en el ámbito familiar ecuatoriano. Universidad Andina Simón Bolívar. Programa de Maestría en Derecho. Quito 2006.
- CHAVEZ, Manuel. La familia y los Derechos Humanos. Jurídica Anuario. del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Tomo II Número 13 Año. México DF: 1981.
- CORRAL, FABIAN. Nuevo Régimen Constitucional. Fabián Corral. Temas tratados en clase, Universidad San Francisco de Quito. Colegio de Jurisprudencia. 27 enero 2009.
- DULITZKY, ARIEL. "A Region in Denial: Racial Discrimination and Racism in Latin America". Beyond Law. Chicago, 2001.
- ESCOBAR, JUAN. Estudios sobre la Revolución Francesa y el final del Antiguo Régimen. Madrid: Tres Cantos Akal, 1980.
- FALCONI, DIEGO. Discriminación en la norma del código de la niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas LGBT. Tesis (Abogado) San Francisco de Quito: Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, 2005.
- FERRAJOLI, LUIGI. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Ed. Trotta. Segunda edición. 2001
- FUENTES PABLO. “Pasado y presente de la homosexualidad”. En clave gay. Todo lo que deberíamos saber. Editorial Egales: Barcelona, 2001.
- GARCÍA AÑÓN, JOSÉ. “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”. Universidad de Valencia: Valencia, 2005.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. Derecho Privado Romano. Tomo I. Editorial Jurídica: Santiago de Chile. 2008.
- JALKH GUSTAVO. “Presentación”. Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2010.

- KISSINGER, HENRI. La Diplomacia. Fondo de Cultura Económica: México 1995.
- MARTI, JOSÉ MARÍA. Afectividad y Procreación en el Matrimonio Canónico. La evolución de la teoría de los fines. Universidad de Castilla: La Mancha .1997.
- MIRABET, ANTONI. Homosexualidad hoy. Editorial Herder. Barcelona. 1985.
- MOLINA, JOSÉ. “Matrimonio Homosexual”. Análisis jurisprudencial. Revista novedades jurídicas. No. 11. Ediciones Legales: Quito, Octubre 2005.
- MORALES TOBAR, MARCO. Temas de Derecho Constitucional: El Control de Constitucionalidad, Editorial EDLE S.A. Octubre 2003.
- O'DONELL, DANIEL. “Protección Internacional de los derechos humanos”. Comisión Andina de Juristas. Citado en Discriminación en la norma del código de la niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas LGBT.
- OYARTE, RAFAEL. “La Supremacía Constitucional”. Konrad Adenauer, Quito, 1999.
- OYARTE, RAFAEL. La Consulta Popular. Temas de Derecho Constitucional. Edle SA: Quito 2003.
- PALACIONS ROMERO, FRANCISCO. Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Daseinsvorsorge* al *Sumak Kamsay*. Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2010.
- PARRAGUEZ RUÍZ, LUIS. Manual de derecho civil ecuatoriano. Personas y Familia. Vol. I y II. Universidad Técnica Particular de Loja: Loja, 2005.
- PEREZ ORDOÑEZ, DIEGO. “La Constitución”. Temas de Derecho Constituconal. Editorial EDLE S.A. Octubre 2003.
- PONCE VILLACÍS, ALEJANDRO. “Independencia Judicial y Estado de Derecho”. Temas de Derecho Constitucional. Editorial EDLE S.A. Octubre 2003.
- RIGHI, ESTEBAN. Procurador General de la Nación de Argentina. Juicio: Rachid María de la Cruz c/Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de Personas. Amparo. Diario Judicial 30 noviembre 2009.
- RODRIGUEZ GARAVITO, CESAR. “El Test de Razonabilidad y el Derecho a la Igualdad”. Observatory de Justicia Constitucional. (con I. Jaramillo and M. Cepeda). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.1998.
- RUSE, MICHAEL. La Homosexualidad. Ediciones Cátedra. Madrid: Los Llanos. 1989.
- SABA, ROBERTO. “Discriminación, trato igual e inclusión”. De la aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos humanos por los tribunales locales. Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997.

- SALGADO, HERNÁN. Lecciones de Derecho Constitucional. Quito, AED, 1996.
- SALGADO, JUDITH. Igualdad y no discriminación, extracto de la ponencia “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”. Seminario La nueva Constitución al debate. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito: 26 noviembre 2008.
- SANCHO FERNANDO. Entrevista dada en “La homosexualidad en América Latina”. Colega. 3 julio 2009. 16 agosto 2010.
- SANTIAGO ANDRADE UBIDIA, Temas de Derecho Constitucional: Independencia Judicial y Estado de Derecho, Editorial EDLE S.A. Octubre 2003.
- SIERRA, FRANCISCO. “La progresividad de los derechos humanos”. Dossier Político. 11 octubre 2010. 19 octubre 2010.
- SILA, LUIS. “El matrimonio según el derecho romano”. Historia clásica. 27 noviembre 2007. México DF.
- SIMON, FARITH. Derechos de la niñez y adolescencia. Cevallos: Quito. 2009.
- SIMON, FARITH. Nuevo Régimen Constitucional. Temas tratados en clase, Universidad San Francisco de Quito. Colegio de Jurisprudencia., 19 marzo 2009.
- T. SAN ROMÁN. AURORA GONZÁLEZ ECHEVERRÍA. Las relaciones de parentesco, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra. 1994.
- TUTU, DESMOND. VIII Asamblea del Consejo Mundial de Iglesias. Amnistía Internacional “Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género” 1998. 30 marzo 2004. 19 octubre 2010.
- VANEGAS, V. Los ataques contra el grupo GLBT tienen sanción penal. La Hora A7. Quito, 24 de Septiembre de 2008.
- WILHELMI, MARCO A. “Derechos: enunciación y principios de aplicación”. Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2010.

Tratados Internacionales

- Carta Andina de Derechos Humanos, Decisión del Acuerdo de Cartagena 586, R.O. Suplemento 461. 15 noviembre 2004.
- Carta Democrática Interamericana. Organización de los Estados Americanos. 11 de septiembre de 2001 Lima, Perú.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 23 mayo 1969 U.N. Doc /CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrado en vigencia el 27 de enero de 1980.

Convención Interamericana de Derechos Humanos, O.E.A. Serie de Tratados No. 36, U.N.T.S. 123, 18 julio 1978.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial Adoptada y abierta a la firma y ratificación 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, 18 de diciembre de 1979 Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones. Adoptada y abierta a la firma y ratificación de 21 de diciembre de 1965.

Declaración Universal de Derechos Humanos, G.A. 217, U.N. Doc. A/810. 1948.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789. 19 enero 2010.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, 12 febrero 2002.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, GA. Res. 2200 A, 21 UN. Supp 16, 1966.

Leyes, sentencias y casos internacionales

Caso AI 599.0750496. Primera Cámara Civil de Rio Grande do Sul 2004. 14 marzo 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas violencia en las Américas, Washington, OEA/Ser. L/V/II.Doc. 68, 20 de enero de 2007.

Comité de Derechos Humanos. Observación General 18. Sobre la no discriminación. 11 octubre 1989.

Corte IDH, OC. Condición jurídica y derechos humanos del niño. OC- 17/02, 28 agosto 2002.

Corte IDH. OC. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. OC-18/03, 17 septiembre 2003.

Corte IDH. OC. Condición jurídica y derechos humanos del niño. OC- 17/02, 28 agosto 2002.

Lei de legalizacáo do casamento entre pessoas do mesmo sexo. 36/10. P.O. 21 junio 2010.
Traducción propia: Ley de legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. 36/10.

Ley 26.618. Boletín Oficial 22 de julio de 2010. Modificación al Código Civil. Matrimonio civil. Argentina.

Loi N° 99-944 relativa al Pacto Civil de Solidaridad (Pacte Civil de Solidarité o PACS).
Mécary, Caroline, y Levoy-Forgeot, Flora, Le Pacs, Presses Universitaires de France, Que sais-je?, Paris, 2000.

Sentencia C-075/07. Cámara de Diputados de Colombia. Régimen Patrimonial de Compañeros Permanentes: Parejas homosexuales y unión marital de hecho.- Vulneración de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad al excluirlos de régimen de protección patrimonial. 7 febrero 2007.

Sentencia C-075/07 Régimen Patrimonial de Compañeros Permanentes: Parejas homosexuales y unión marital de hecho.- Vulneración de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad al excluirlos de régimen de protección patrimonial. 7 febrero 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 42/08. Admisibilidad. Petición 1271-04 Karen Atala e Hijas vs Chile 23 de julio de 2008.

Corte IDH OC 4/84. 19 enero 1984. Propuesta modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización.

Corte IDH. OC. Cinco Pensionistas. 28 febrero 2003, Serie C No. 98.

Ley 13/2005. Boletín Oficial Español. 1 julio 2005. Ley por la cual se modifica el Código Civil en materia de derecho a Contraer matrimonio. 15. 2 junio 2005.

Corte IDH Opinión Consultiva 13/93. 16 julio de 1993. Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia C-029/09. Cámara de Diputados de Colombia. Parejas homosexuales y parejas heterosexuales -Improcedencia de un pronunciamiento de carácter general por vulneración del principio de igualdad/ -Diferencias impiden dar tratamiento igual a unas y otras. 28 enero 2009.

Sentencia C-029/09. Parejas homosexuales y parejas heterosexuales -Improcedencia de un pronunciamiento de carácter general por vulneración del principio de igualdad/ - Diferencias impiden dar tratamiento igual a unas y otras. 28 enero 2009.

Expediente 2147/10. Senado de la Nación Argentina,. Resolución remitida de la Cámara de Diputados de la Provincia de Chacao, vinculadas al proyecto que modifica el Código

Civil referente al matrimonio de parejas formadas por personas del mismo sexo.-
(Ref. Expte. CD-13/10). 14 julio 2010. 15 julio 2010.

Prensa

AGUIRRE, GERARDO. "Los efectos del vínculo matrimonial y el mecanismo legal para su terminación". Revista Judicial. Derecho Ecuador. 13 agosto 2005. 19 septiembre 2010.

ATALA RIFFO, KAREN. Consagración de la heteronormatividad y del Apartheid Jurídico. Texto de carácter académico publicado en el dossier "Matrimonio gay y Nuevos parentescos", Revista Crítica Cultural N°36, diciembre 2007, publicación dirigida por Nelly Richard.

CEVALLOS, DIEGO. Matrimonio homosexual. El Comercio. Opinión. 7 de agosto de 2010. Constitución y Homosexualidad. Lunas azules. Política y sociedad. 1 agosto 2008. 22 septiembre 2010.

Constitución y Homosexualidad. Lunas azules. Política y sociedad. 1 agosto 2008. 22 septiembre 2010.

El modelo español extiende la demanda de matrimonio entre los homosexuales en Europa. Marchas en Paris, Berlín y Lisboa. El Mundo. 26 junio 2005. 22 septiembre 2010.

La Unión de Hecho en el estado ecuatoriano. Diario Los Andes. Riobamba., 11 diciembre 2006. 20 octubre 2010.

Lesbofobia. Vistazo. Sección País. Edición No. 1034. 23 septiembre de 2010.

Portugal aprueba el matrimonio homosexual con apoyo de toda la izquierda. El Expreso. Diario Expreso. 8 enero 2010. 7 septiembre 2010.

Segregación residencial en las principales calles de Santiago. 19 octubre 2010. EURE.

SUAREZ, MARGARITA. "Primer Ministro Portugués defiende matrimonio homosexual en el parlamento". EL Hoy. 8 enero 2010. 9 mayo 2010.

Vistazo. Lesbofobia. Sección País. Edición No. 1034. 23 septiembre de 2010.

Leyes y asambleístas constituyentes ecuatorianos

ALARCÓN , FERNANDO. Asambleísta. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86.

ALVARADO , ROSANA. Asambleísta. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86.

Archivo Biblioteca Asamblea. "Reformas constitucionales a partir de 1830". Secretaría general. Tríptico. Julio 2008.

Asamblea Constituyente. Acta 1. Sumario. 1 diciembre 2007. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente. 15 de mayo de 2010.

Asamblea Constituyente. Acta 8. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente. 1 de marzo de 2010.

Asamblea Constituyente. Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente. 15 de mayo de 2010.

BALERIO, ESTACIO. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86.

Código Civil del Ecuador. Suplemento RO N° 46 del 24 de junio de 2005.

Código Penal, Ley Reformativa al Código Penal y de Procedimiento Penal Ecuatoriano. R.O. 20 enero 2010.

Constitución de la República del Ecuador. Aprobada el 28 de Septiembre de 2010 y publicada en el R.O. No. 449. 20 de octubre de 2008

Diccionario Jurídico Espasa. Espasa Calpe: Madrid 2002.

JÁTIVA, MARIO. Asambleísta. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86.

MACHUCA, LINDA. Asambleísta. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86.

MONTAÑO MAE. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86.

PAVÓN, ANDRÉS PAVÓN. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86.

PEÑAFIEL, MARISOL. Asambleísta. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86.

QUEIROLO, ROSANA. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86.

ROHÓN CESAR. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86.

ROSADO, GISSEL. Asambleísta. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales. Acta 86.

SERGIO, SERGIO. Debate al Segundo informe presentado por la Mesa 1. Derechos y Garantías fundamentales.

VEGA, YURI. Homosexualidad, matrimonio y adopción. 30 septiembre 2010.
<http://www.derechoclub.com/biblio/derechocivil/homosexualidad.rtf>.

VELA, MARÍA SOLEDAD. Asamblea Constituyente. Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008.
Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente. 15 de mayo de 2010.

Artículos de internet

“Constitución y Homosexualidad. Lunas azules. Política y sociedad. 1 agosto 2008. 22
septiembre 2010. <http://www.lunasazules.com/2008/08/constitucin-y-homosexualidad.html>

“Cronología de la propuesta para crear una Asamblea Constituyente en el Ecuador”. El
Mundo. 30 noviembre 2007. 19 noviembre 2010. [Elmundoes.internacional,](http://www.elmundo.es/elmundo/2007/04/15/internacional/1176613019.html)
Barcelona.

<http://www.elmundo.es/elmundo/2007/04/15/internacional/1176613019.html>.

“Sección de oportunidades educativas”. Departamento de justicia de los Estados Unidos.
División de Derechos Humanos. 19 octubre 2010.
http://www.justice.gov/crt/edo/overview_spanish.php.

BALDEÓN, D. “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-](http://www.eluniverso.com/2009/09/20/1/1355/cambio-constitucional-termina-discriminacion.html)
[discriminacion.html](http://www.eluniverso.com/2009/09/20/1/1355/cambio-constitucional-termina-discriminacion.html) y consultado el 11 de octubre del 2009.

BARRÍA CECILIA. México DF: aprueba matrimonio gay. BBC Mundo. 22 diciembre 2009.
21 mayo 2010.
http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2009/12/091221_2340_mexico_gay_gm.shtml

BBC Londres, Breves: Doce parejas homosexuales legalizaron su unión de hecho en el
Ecuador. 2 julio 2010. 22 septiembre 2010. Buenos Aires. Sentido G.
[http://www.sentidog.com/lat/2010/07/02/doce-parejas-homosexuales-legalizaron-](http://www.sentidog.com/lat/2010/07/02/doce-parejas-homosexuales-legalizaron-su-union-de-hecho-en-ecuador/)
[su-union-de-hecho-en-ecuador/](http://www.sentidog.com/lat/2010/07/02/doce-parejas-homosexuales-legalizaron-su-union-de-hecho-en-ecuador/)

Breves: Doce parejas homosexuales legalizaron su unión de hecho en el Ecuador. 2 julio
2010. 22 septiembre 2010. Buenos Aires. Sentido G.
[http://www.sentidog.com/lat/2010/07/02/doce-parejas-homosexuales-legalizaron-](http://www.sentidog.com/lat/2010/07/02/doce-parejas-homosexuales-legalizaron-su-union-de-hecho-en-ecuador/)
[su-union-de-hecho-en-ecuador/](http://www.sentidog.com/lat/2010/07/02/doce-parejas-homosexuales-legalizaron-su-union-de-hecho-en-ecuador/)

- CHAPARRO, ANDREA. CIDH concluye que se discriminó a jueza Atala. La Nación. 6 abril 2010. 1 octubre 2010. <http://www.lanacion.cl/cidh-concluye-que-se-discrimino-a-jueza-atala/noticias/2010-04-05/195745.html>
- Colega. La homosexualidad en América Latina. 3 julio 2009. 16 agosto 2010. <http://www.colegaweb.org/index.php/internacional-noticias-138/1114-la-homosexualidad-en-amica-latina>
- Cronología de la propuesta para crear una Asamblea Constituyente en Ecuador. El Mundo. 30 noviembre 2007. 28 julio 2010. <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/04/15/internacional/1176613019.html>
- DE LAS ERAS, MARÍA. “Matrimonio gay en México: con mayoría en contra”. Opina México. 11 enero 2010. 22 octubre 2010. http://www.opinamexico.org/opinion/MATRIMONIOS_GAY.pdf
- Diario Expreso. Portugal aprueba el matrimonio homosexual con apoyo de toda la izquierda. 8 enero 2010. 7 septiembre 2010. <http://www.diario-expreso.com/ediciones/2010/01/08/mundo/mundo/portugal-apruebal-matrimonio-homosexual-con-apoyo-de-toda-la-izquierda/>
- ECUADOR INMEDIATO: “El pastor Nelson Zavala piensa que Rafael Correar es un hombre de pensamiento bisexual” 22 de septiembre de 2010. 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.
- El Mundo. El Congreso aprueba la Ley permite a los homosexuales el matrimonio y la adopción. Elmundo.es. 30 junio 2005. 22 septiembre 2010. <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/06/30/espana/1120094708.html>
- ESTRADA, DANIELA. Karen, la jueza lesbiana, contra Chile. Periodismo humano. 13 marzo 2010. 1 octubre 2010. <http://periodismohumano.com/mujer/karen-la-jueza-lesbiana-contra-chile.html>
- FERNÁNDEZ DE LA MORA, GONZALO. “El imperativo de razonabilidad”. 22 septiembre 2010. <http://www.galeinb.com/razonesespanola/rl100-imp.htm>.
- Fundación Causana. Acción Cayejera Lésbica. 22 Septiembre de 2010. <http://desafiandomitos.blogspot.com/>
- Fundación Causana. Lesbianas ganan la batalla jurídica. 14 septiembre 2010. 22 Septiembre de 2010. <http://desafiandomitos.blogspot.com/>

- Fundación Triángulo. Gay Liberation Front. 19 mayo 2008. 22 septiembre 2010.
http://www.fundaciontriangulo.es/informes/e_Historia.htm
- GIALDINO, ROLANDO. Dignidad, Justicia Social, Principio de Progresividad y núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social. 19 enero 2010.
www.laboralistas.com.ar/.../Principio_de_progresividad_de_los_Derechos_Gialdino.doc.
- Hartza. Debate Iglesia Homosexualidad. <http://www.hartza.com/iglesia.htm>
- KLIKSBERG, NAUMB. Breve historia del racismo. Su relación con el rechazo a los matrimonios mixtos interracial, interreligiosos, e interculturales. Centro mundial de matrimonios mixtos.
http://www.matrimoniosmixtos.info/index.php?option=com_content&task=view&id=68&Itemid=93
- LANTIGUA, ISABEL. “Cuando la homosexualidad se consideraba una enfermedad”. Los errores de la ciencia. El mundo. 26 junio 2005. 21 septiembre 2010.
<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2005/06/24/medicina/1119625636.html>
- LATIMENDI, XAVIER. La homofobia también viene del sector público. El Telégrafo. 15 mayo 2009. 22 septiembre 2010.
www.asylumlaw.org/docs/sexualminorities/Ecuador051509.pdf
- MARTÍN MAGLIO, FEDERICO. FMMeducación. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789. 19 enero 2010.
<http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>
- ORGANIZACIÓN LESMODE. ¿Lesbofobia en Quito? 8 octubre 2007. 23 septiembre 2010.
<http://www.lesmode.org/lesbofobia-en-quito/>
- OYARTE RAFAEL. “Limitaciones formales”. Revista Judicial, Derecho Ecuador. 19 octubre 2010.
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2545&Itemid=426
- PELÉ, ANTONIO. Tesis doctoral sobre la historia y el fundamento de la dignidad humana. Universidad Carlos III, Madrid: 2002. <http://e-archivo.uc3m.es/dspace/handle/10016/3052>
- ROBLES, FRANCISCO. Igualdad ante la Ley. Derecho Ecuador. Revista Judicial. 20 junio 2000. 8 septiembre 2009.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2732&Itemid=426

Sección de oportunidades educativas. Departamento de justicia de los Estados Unidos.

División de Derechos Humanos. 19 octubre 2010.

http://www.justice.gov/crt/edo/overview_spanish.php

Tribunal Supremo Electoral. Asambleaístas electos. 15 septiembre 2008. 28 julio 2010.

<http://www.tse.gov.ec/ResultadosAsamblea2007/AsigEsc/pdf/Listado%20de%20>

[Asambleistas%20Electos.xls](http://www.tse.gov.ec/ResultadosAsamblea2007/AsigEsc/pdf/Listado%20de%20Asambleistas%20Electos.xls)