PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

"LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL COLECTIVO DE GAYS, LESBIANAS, BISEXUALES, TRANSEXUALES, TRAVESTIS E INTERSEXUALES (GLBT-I) Y SUS RESTRICCIONES DENTRO DEL RÉGIMEN CIVIL ECUATORIANO RELACIONADO CON LAS UNIONES DE HECHO".

JOSÉ AUGUSTO GARCÍA DÍAZ

DIRECTORA: JUDITH SALGADO ÁLVAREZ

QUITO, 2014

Quito, 24 de enero de 2013

Estimada Doctora
Ivette Haboud B.
Secretaria de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Presente.-

En cumplimiento de lo encomendado por la Facultad, sobre la disertación de grado **"LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE GAYS, LESBIANAS, BISEXUALES, TRANSEXUALES TRAVESTIS E INTERSEXUALES (LGBTI) Y SUS RESTRICCIONES DENTRO DEL REGIMEN CIVIL ECUATORIANO RELACIONADO CON LAS UNIONES DE HECHO"** de el estudiante **AUGUSTO GARCÍA DÍAZ**, a continuación encontrará mi informe sobre el mencionado trabajo:

1. La disertación representa una aplicación reflexiva de los elementos teóricos adquiridos por la estudiante durante su carrera.
2. La bibliografía es amplia y suficiente.
3. El tema que presenta el estudiante es interesante y de actualidad.
4. El trabajo se encuentra en general bien redactado y los argumentos del autor están bien construidos.
5. El trabajo resulta extenso, el primer capítulo es demasiado general y podría suprimirse o al menos enfocarse en las categorías que tienen relación con el objeto de estudio.
6. Recomiendo disminuir las citas textuales.
7. Falta relacionar el estudio del derecho comparado con el análisis de la situación ecuatoriana, en especial los contextos sociales y políticos en los que se desarrolló la normativa.
8. Considero que el trabajo cumple con las exigencias reglamentarias para alcanzar el grado de licenciatura, tomando en cuenta las consideraciones anteriores, consigno la calificación de **NUEVE (9) PUNTOS.**

Saludos cordiales

David Cordero Heredia
Profesor de la Facultad de Jurisprudencia

Recibido
24/06/14

Quito, junio 24 del 2014

Señora doctora
Mónica Ruiz Astudillo
SECRETARIA DE FACULTAD (E)
Presente.

Señora Secretaria:

He revisado la disertación elaborada por AUGUSTO GARCIA DÍAZ titulada "LOS DERECHOS CONTITUCIONALES DEL COLECTIVO GAYS, LESBIANAS, BISEXUALES, TRANSEXUALES, TRAVESTIS E INTERSEXUALES Y SUS RESTRICCIONES DENTRO DEL REGIMEN CIVIL ECUATORIANO RELACIONADO CON LAS UNIONES DE HECHO" y puedo informar lo siguiente:

1.- El trabajo presenta un interesante enfoque respecto de los derechos constitucionales del colectivo LGBTI en relación con el régimen civil, sin embargo es deficiente el tratamiento de la filiación, como vínculo jurídico que nace de la procreación, porque la investigación no corresponde a la naturaleza jurídica de esta institución.

2.- La disertación concluye que existe sustento constitucional para legalizar los matrimonios igualitarios a través de una reforma constitucional, pero, lamentablemente, no utiliza las herramientas jurídicas que la propia disertación propone (bloque de constitucionalidad y principios constitucionales), para determinar si a través de una sentencia emitidas por jueces constitucionales se podría permitir el acceso a este derecho.

La calificación que, según mi criterio corresponde, es de NUEVE sobre DIEZ.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle el testimonio de mi especial consideración.

Dra. María de los Ángeles Montalvo
DOCENTE

A Dios, mis padres y hermanos por ser siempre mi soporte espiritual e incondicional van estos sinceros agradecimientos. A mis tíos por permitirme concretar mis aspiraciones y metas. A mi tutora de tesis la Dra. Judith Salgado por su entrega y compromiso en la materialización de la presente tesis.

Y; finalmente dedico esta tesina a todos aquellos que luchan por la reivindicación de sus derechos, por la esperanza de un mundo más tolerante e inclusivo; a esas minorías que destruyen paradigmas propugnando el amor y la igualdad.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción……..... 1

Capítulo I

LOS PRINCIPIOS ENMARCADOS DENTRO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD APLICABLES A LOS DERECHOS DEL COLECTIVO GLBT-I EN EL ECUADOR……..... 4

1.1. La doctrina del bloque de constitucionalidad……. 5

1.1.1. Los componentes del bloque de constitucionalidad ecuatoriano……. 9

1.1.2. Tipos de Remisiones Constitucionales……. 13

1.2. Los principios rectores de los derechos constitucionales aplicables a los colectivos GLBT-I……..... 17

1.2.1. El principio de progresividad de los derechos…….. 19

1.2.2. El principio de igualdad y no discriminación…….. 23

1.2.3. Principio de directa aplicabilidad de los derechos constitucionales……. 30

CAPÍTULO II

LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO O MATRIMONIOS IGUALITARIOS DENTRO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y SUS DERECHOS DERIVADOS……..... 34

2.1. La regulación de las uniones de hecho en parejas del mismo sexo en Europa…. 35

España…….. 36

Francia……..... 38

Países Nórdicos……..... 40

Inglaterra…… 42

Bélgica…… 44

2.1.1. La regulación de las uniones de hecho en parejas del mismo sexo en América.. 45

Estados Unidos de Norteamérica……..... 46

Canadá……..... 49

México…… 50

Argentina…… 52

Colombia……..... 53

2.2. Derechos derivados de las uniones de hecho homosexuales en el Ecuador…… 54

2.2.1 La normativa constitucional y legal que regula las uniones de hecho en el Ecuador…….. 57

2.2.2 Derecho a una sociedad de bienes…… 61

2.2.3 Derechos de filiación y sucesión……. 62

2.2.4 Derechos laborales-seguridad social……. 65

2.2.1 La limitación constitucional al derecho de adopción en parejas homosexuales… 68

2.3. Nociones conceptuales de familia, sus elementos y su protección constitucional. 74

CAPÍTULO III

LOS DESAFIOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS NORMATIVAS DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LAS UNIONES DE HECHO EN PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL ECUADOR…….. 78

3.1. La limitación generada dentro de la legislación secundaria en contra de las uniones de hecho homosexuales……..... 79

3.1.1 La definición del art.222 del código civil ecuatoriano limita el pleno reconocimiento a las uniones de hecho homosexuales…….. 80

3.1.2 La teoría de la libre discrecionalidad sustentada por los notarios en la denegación del reconocimiento de las uniones de hecho homosexuales……..... 84

3.2 Aplicación de las resoluciones vinculantes para el Ecuador dentro de los instrumentos y organismos internacionales de derechos humanos……..... 87

3.2.1 Estudio de las jurisprudencias favorables al colectivo GLBT-I emitidas por naciones unidas, la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos……..... 89

3.2.2 Los principios de yogyakarta…….. 100

3.2.3 La iniciativa de naciones unidas en el establecimiento de sistemas de protección a las minorías GLBT-I, la resolución sobre orientación sexual e identidad de género……. 106

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES…… 110

BIBLIOGRAFÍA…….... 115

ANEXOS…….. 130

Resumen

La aprobación de la nueva Constitución estableció un verdadero cambio no solo constitucional sino también una evolución en la aceptación de la rica diversidad existente en nuestra nación. Aun así el verdadero desafío para el pueblo ecuatoriano se encamina en concebir nuevos espacios legales de tolerancia para con las minorías GLBT-I, un claro ejemplo de discriminación se da en las uniones de hecho en parejas del mismo sexo, las cuales no poseen la misma eficacia ni el mismo tratamiento que cualquier unión de hecho heterosexual. En tal sentido se ahondará en los principios de aplicación de los derechos reconocidos dentro de nuestra constitución y que son favorables a las minorías sexuales, prosiguiendo con un análisis detallado de los derechos derivados de la figura de la unión de hecho en el derecho comparado así como en la legislación nacional; finalizando esta investigación con los principales obstáculos legales y las normativas internacionales que deberían ser aplicadas para la resolución de antinomias jurídicas.

Abstract

The adoption of a new Constitution established a real change not only in the constitutional aspect but also in evolution of the acceptance of the rich diversity in our nation. However, the real challenge for the Ecuadorians is heading to devise new legal spaces of tolerance towards GLBT -I minorities, a clear example of discrimination occurs in the civil unions of same-sex couples , which do not have the same efficacy or the same treatment as any heterosexual civil union . In this regard we must delve into the principles recognized in our constitution which are favorable to sexual minorities, continuing with a detailed list of the rights that generated by the civil union in the international law as also in the local legislation; we complete this research with the main legal obstacles and the international regulations that should be applied for the resolution of legal antinomias.

INTRODUCCIÓN

En el último siglo, los Derechos Humanos han sido objeto constante de estudio y promoción por casi todos los países que mantienen directrices democráticas, en el caso de nuestra Latinoamérica derechos como: el sufragio universal, derechos específicos de la mujer, la protección de las minorías raciales, así como también, la integración de las personas con discapacidad a la sociedad, han sido el producto de la elaboración jurisprudencial de organismos internacionales, específicamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así también mediante iniciativas de naciones frente a las palestras de cada estado, mostrando así, la preocupación de los estados en ampliar el alcance de los Derechos Humanos en los anales del siglo XXI.

Sin embargo, como contraparte de estos avanzados espectros, los derechos de las minorías sexuales han sido un tema al que los países han relegado en reiteradas ocasiones dentro de la promoción de los marcos legales nacionales y la agenda gubernamental. Solamente en los últimos cuatro años , se ha podido vislumbrar, aisladas iniciativas en los países de Argentina, México, Brasil, Uruguay y Estados Unidosque han encauzado una expresas luchas tanto en el plano nacional como internacional en la promoción de los derechos de los colectivos GLBT-I (acrónimo con que se denominará a las personas Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transexuales, Travestis o Transgéneros e Intersexuales)[1]; así en el

[1]Al ser la presente tesina un estudio de diversos grupos sexuales, es necesario que se defina a cada uno de los miembros que componen la comunidad GLBT-I, utilizando para ello las definiciones desarrolladas por Naciones Unidas, así: el término **Gay** puede referirse a la atracción sexual por personas del mismo sexo, a un comportamiento sexual en personas del mismo sexo o a una identidad cultural de personas del mismo sexo. Utilícese el término «hombres que tienen relaciones sexuales con hombres», a menos que los individuos o grupos se identifiquen a sí mismos específicamente como «gays». El término **Lesbiana** se define a aquellas mujeres que tienen relaciones sexuales con mujeres. Una persona **Bisexual** se define como aquella que se siente atraída por hombres y mujeres, y/o que tiene relaciones sexuales con hombres y mujeres, lo cual se considera una identidad cultural. Se debe utilizar las expresiones «hombres que tienen relaciones sexuales tanto con hombres como con mujeres» y «mujeres que tienen relaciones sexuales tanto con mujeres como con hombres», salvo que las personas o grupos en cuestión se identifiquen como «bisexuales». **Transgénero:** Es el término que se aplica a la persona cuya identidad de género no se corresponde con su sexo biológico. Los transgéneros pueden ser hombres que se transforman en mujeres (aspecto femenino) o mujeres que se transforman en hombres (aspecto masculino). A los transgéneros es preferible llamarlos por «él» o «ella» atendiendo a su identidad de género; es decir, al género que representan y no a su sexo biológico. Una persona **Intersexual** es aquella que presenta de forma simultánea características biológicas masculinas y femeninas (características sexuales primarias y secundarias). Programa de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, *Orientaciones Terminológicas ONUSIDA,* http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/unaidspublication/2011/JC2118_terminology-guidelines_es.pdf, Acceso: 25 de Septiembre de 2013, hora.16:53.

caso de Estados Unidos, la administración del Presidente Barack Obama en febrero del 2013 exhortó a los Magistrados de la Corte Suprema por la no defensa de la constitucionalidad de la DOMA (Defensa de la Ley de matrimonio), la ley federal que define el matrimonio como un contrato entre un hombre y una mujer, logrando meses más tarde la abolición de la controversial ley por parte de la Corte Suprema[2], así también instó al Congreso, a revocar la política militar No Preguntes, No Digas.[3]

En nuestro país, muchas personas GLBT-I lidian todavía con la intolerancia y la discriminación pública sin que sus derechos, que como personas poseen, sean respetados y protegidos mediante mecanismos legales o jurisdiccionales, aún así, la Constitución Ecuatoriana incita a la promoción de sus derechos esenciales en todas las áreas de vulnerabilidad social, independientemente de la preexistencia de una normativa legal; esta es la gran paradoja que impera en nuestro sistema constitucional y legal en la que, por un lado poseemos el máximo desarrollo en materia de derechos constitucionales en aspectos como: derechos sociales, culturales, económicos, y de integración, instrumentos de protección de los Derechos Constitucionales[4], principios como: la aplicabilidad directa de los derechos, el principio pro homine y la instauración de garantías constitucionales encaminadas a dar plena vigencia a los derechos reconocidos dentro del bloque de constitucionalidad. Pero en su otra faceta, la cruda realidad sobrepasa el lirismo constitucional en el que un sistema jurídico ecuatoriano se ha vuelto negligente en la generación, y promoción de leyes adecuadas para la protección de los derechos de las minorías sexuales.

La presente tesina pretende dar luces sobre la situación de las parejas homosexuales dentro del Ecuador, los principales derechos que se han derivado desde la expedición de la nueva constitución, y las limitaciones legales que deben ser reformadas, para ello es necesario referirnos inicialmente a la naturaleza jurídica del Estado en donde habitan los ciudadanos GLBT-I, determinar los principios aplicables al ejercicio de sus

[2] Ley Doma en Estados Unidos podría ser derogada
http://www.biobiochile.cl/2013/03/27/la-ley-doma-en-estados-unidos-podria-ser-derogada.shtml
Acceso: 05 de Abril del 2013 a las 20:23
[3] Cfr., Declaración ONU a favor de los Gays
http://www.gayecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=554:declaracion-de-onu-a-favor-de-gays&catid=1:latest&Itemid=116
[4] Cfr, Roberto Villareal,Medidas cautelares, *instrumento de protección de derechos humanos*. Quito, Repositorio Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, p.86

derechos teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad, y las importantes figuras legales que pueden proteger y ampliar sus derechos, así en el primer capítulo se estudiará los principios que se encuentran recogidos dentro del bloque de constitucionalidad ecuatoriano y como estos se constituyen en estándares de protección para los derechos de las minorías sexuales.

A continuación y con el objetivo de bosquejar los efectos jurídicos que deberían derivarse de las uniones de hecho en parejas del mismo sexo, se indagará en las legislaciones internacionales tanto de países de Europa como de América, donde se analizará las evoluciones legales que se ha dado a la figura de la unión de hecho o el matrimonio igualitario en algunos casos, para con ello trasladarnos al ámbito nacional y establecer los derechos derivados de las uniones afectivas homosexuales reconocidas en la constitución y la jurisprudencia vinculante tales como el derecho a la seguridad social, derechos migratorios, derecho a una sociedad de bienes en común, derechos reproductivos, derecho a fomentar una familia, derecho a la igualdad, entre otros; finalizando este acápite con la temática de las familias homoparentales como una realidad latente en nuestro país y la protección que el estado debe brindarle a este nuevo tipo de familia constitucionalmente reconocido.

Finalmente, evidenciaremos en el tercer capítulo los obstáculos existentes en la práctica que limitan el pleno reconocimiento de las uniones de hecho en parejas del mismo sexo aducido por muchos notarios, la pertinencia de la figura de la libre discrecionalidad al momento de denegar las uniones en parejas del mismo sexo; así como también denotaremos la riqueza jurisprudencial de los sistemas internacionales de derechos humanos como son el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los cuales lograrían limitar las recurrentes violaciones que se ha dado a los grupos GLBT-I dentro de nuestro sistema legal.

CAPÍTULO I

LOS PRINCIPIOS ENMARCADOS DENTRO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD APLICABLES A LOS DERECHOS DEL COLECTIVO GLBT-I EN EL ECUADOR.

> *"Una de las consecuencias prácticas de este intento de revelación ha sido que el movimiento homosexual no ha superado la etapa de la reivindicación de los derechos políticos o de las libertades públicas relativas a la sexualidad, es decir, la emancipación sexual se ha limitado a una mera demanda de tolerancia sexual".*

Michel Foucault "Sexo y Poder"[5]

Este capítulo examinará los principales principios constitucionales aplicables en la protección de los derechos del colectivo de Gays Lesbianas Bisexuales Transexuales e Intersex (GLBT-I) tales como el principio de igualdad y no discriminación, el principio de directa aplicabilidad de los derechos y el principio de progresividad como componentes esenciales para evitar las violaciones y menoscabo de los derechos específicos del referido colectivo.

Por lo cual, en un primer momento, analizaremos en detalle el concepto de Bloque de Constitucionalidad, sus principales postulados, la definición que se ha generado desde la academia ecuatoriana y dentro del derecho comparado. Siguiendo esa lógica se examinará el desarrollo de la Corte Constitucional ecuatoriana y colombiana respecto de la presente temática; y, se extraerá las fortalezas evidenciadas durante los cinco años de desarrollo jurisprudencial nacional, con el objetivo de identificar las principales garantías previstas no solo dentro del cuerpo constitucional sino también dentro de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador.

[5] Michel Foucault, *Sexo y Poder*, http://anagal.files.wordpress.com/2007/08/web15maravilloso.pdf, Acceso: 11 de mayo de 2014, Hora: 19:48.

Una vez que se haya desarrollado una noción de los componentes que engloban nuestro bloque de constitucionalidad, se indagará propiamente en los principios constitucionales más favorables al reconocimiento pleno de los derechos del colectivo GLBT-I y como su plena vigencia podría incidir en la evolución de los derechos constitucionales de las minorías sexuales en el Ecuador.

1.1. La Doctrina del Bloque de Constitucionalidad.

La noción conceptual del bloque de constitucionalidad ecuatoriano es de reciente data; sin embargo su importancia teórica y práctica es inmensa, más aún con la expedición de una nueva Constitución, que consagra al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia cuyo deber primordial es el de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos[6]; jerarquizando en similar rango a los tratados de derechos humanos con la propia constitución.[7]

En ese mismo sentido se refiere el artículo 10 inciso primero de la carta fundamental al señalar que todas las personas sean individuales o colectivas "*son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos*"[8]; esta situación normativa explica porque las constituciones actuales ya no pueden ser consideradas como códigos reglados u operacionales; como vimos en los ejemplos anteriormente descritos, nuestra constitución se remite expresamente a otros cuerpos normativos o principios ajenos a su texto (en este caso instrumentos internacionales de derechos humanos) dotándolos del mismo rango constitucional con el objetivo de propender al desarrollo de los derechos humanos.

De lo expuesto anteriormente se puede colegir que la teoría del Bloque de Constitucionalidad procura sistematizar jurídicamente el fenómeno legal, por el cual las normas materialmente constitucionales, es decir, que las normas con fuerza

[6] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 3, numeral 1.
[7] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 426.
[8] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 10.

constitucional, son más numerosas que aquellas que son formalmente expresadas en el texto constitucional; manteniendo compatibilidad con la idea de una constitución escrita y con la supremacía de esta; ya que, es mandato de la propia carta fundamental que normas que no hacen parte de su tejido constitucional compartan; empero, su misma fuerza, toda vez que la constitución, como fuente suprema del ordenamiento jurídico de un estado, así lo ha ordenado[9]; un claro ejemplo de esto lo podemos encontrar en el art.424 inciso segundo de la constitución que dispone:

> *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.*[10]

El papel preponderante que la constitución otorga a los derechos humanos por encima de las actuaciones estatales y de cualquiera de sus producciones jurídico normativas derivadas del bloque de constitucionalidad, es el preludio para calificar al estado ecuatoriano como un Estado constitucional de derechos y justicia.[11]

Ahora bien, la existencia de un bloque de constitucionalidad adquiere suma importancia para los operadores de justicia, ya que esto tendría que traducirse en la generación de resoluciones integrales que respeten disposiciones y principios no solamente exclusivos de la constitución; así también la constitución ha generado potestades jurisdiccionales a los operadores de justicia para actuar subsidiariamente frente a una omisión o deficiencia legislativa bajo la premisa de que todos los derechos son directamente aplicables[12]; generando un rol activista y garantista del juez en defensa de los derechos humanos.

---

[9] Cfr., Rodrigo Uprimny, *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Pena*l, http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf, Acceso: 13 de marzo de 2013, hora:15:00

[10] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 424.

[11] Danilo Caicedo Tapia, *El Bloque de Constitucionalidad en el Ecuador,* http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf, Acceso: 14 de marzo 2013, hora:15:58

[12] Cfr., Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías ensayos críticos*, Quito, Editorial Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, P..181.

El desarrollo jurisprudencial emitido en los últimos años por La Corte Constitucional del Ecuador ha empezado a esbozar los primeros conceptos referentes al bloque de constitucionalidad al señalar que:

> *Bajo este nuevo paradigma (estado constitucional de derechos y justicia) se propugna la defensa no solo de los derechos que tradicionalmente han sido protegidos por la legislación positiva, sino también nuevas manifestaciones que, pese a no encontrarse desarrolladas en el ordenamiento interno de un determinado Estado, forman parte de la estructura jurídica del mismo, conformando la base del llamado Bloque de Constitucionalidad establecido principalmente por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por nuestro país.*[13]

Concomitante con la sentencia constitucional citada, el órgano constitucional ha referido la importancia de la instauración del Bloque de Constitucionalidad en la siguiente jurisprudencia:

> *El bloque de constitucionalidad nos permite interpretar las normas constitucionales, pero además, los tratados de derechos humanos orientan al Juez constitucional a identificar elementos esenciales que definan la fisonomía insustituible de la Constitución. En tal virtud, para resolver un problema jurídico no solo se debe tener presente a la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener relevancia para decidir esos asuntos.*[14]

Una referencia al derecho comparado nos muestra una diversidad de acepciones que se han dado al bloque de constitucionalidad; Bidart Campos se refiere expresamente a esta institución, definiéndola en el sentido de que *el bloque puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución*

[13] Sentencia No. 008-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009 emitida por la Corte Constitucional para el periodo de transición, Registro Oficial número 602, publicado el 01 de junio del 2009

[14] Sentencia No. 026-12-SIS-CC de 21 de junio del 2012 emitida por la Corte Constitucional para el periodo de transición, Registro Oficial número 781, publicado: 04 de septiembre del 2012.

documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.[15]

En cambio, los juristas españoles diferencian las expresiones bloque constitucional y bloque de constitucionalidad, dotando a la primera de naturaleza normativa, representada como una cláusula abierta que dirige a otras disposiciones, mientras que a la segunda le otorgan una función procesal como la suma de normas que, en conjunto, se dirigen a un mismo fin.[16]

La jurisprudencia colombiana, aunque no es uniforme respecto a lo que debe entenderse por Bloque de Constitucionalidad, lo define como "*todas aquellas manifestaciones que sin estar formalmente en el articulado de la Carta, hacen parte de ella por la remisión que el mismo Constituyente hizo a ellas para que tuviesen el mismo grado de coercibilidad y obligatoriedad de uno de sus mandatos*".[17]

Además, se caracteriza por dividirlo o clasificarlo en: bloque de constitucionalidad en *stricto sensu,* conformado por principios y normas de valor constitucional, establecidos de forma expresa en la Constitución y en ciertos tratados internacionales, y en bloque en *lato sensu*, que estaría conformado por normas de diversa jerarquía, que sirven de parámetro para ejercer el control de constitucionalidad.[18]

Basados en las definiciones anteriores y los elementos comunes que se han advertido dentro de la doctrina constitucional comparada; Danilo Caicedo ha proporcionado, un concepto de bloque de constitucionalidad que, a nuestro criterio, es el que mejor reúne los elementos conceptuales y manifiesta que: "*se entiende, con carácter general al bloque de constitucionalidad como el instituto jurídico que*

---

[15] Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,* citado por Andrés Gil Domínguez, "El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Revista Argentina de Derecho Constitucional, publicación No. 4, Buenos Aires, 2001, P. 58.

[16] Paloma Requejo, *Bloque constitucional y comunidades autónomas*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No. 22, Madrid, 1998, P.. 117-122.

[17] Sentencia D-5807 de la Corte Constitucional de Colombia, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm, Acceso: 07 de junio de 2013 hora: 16:04

[18] Sentencia C-191 de la Corte Constitucional de Colombia, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2012/a151-12.htm, Acceso: 07de junio de 2013 hora: 16:07.

integra los valores, principios y reglas del sistema jurídico, que no se encuentran en el articulado de la Constitución, los cuales se desprenden por medio de cláusulas de remisión establecidas en el cuerpo constitucional; como resultado, nuevos valores y principios se entienden anexados al texto constitucional con igual fuerza normativa, en un sentido sustancial en aplicación inmediata y directa del principio pro ser humano."[19]

1.1.1. Los Componentes del Bloque de Constitucionalidad Ecuatoriano.

La constitución ecuatoriana, siguiendo el ejemplo de la mayoría de constituciones contemporáneas, se compone de dos partes; por un lado encontramos la parte dogmática y por otro lado tenemos a una parte orgánica o procedimental; en el primera parte, se organizan todos los principios, valores y axiomas que posee una comunidad política, y es en la parte dogmática donde verdaderamente se da el reconocimiento de los derechos y libertades de los gobernados;[20] para Ramiro Ávila la importancia de la parte dogmática de la constitución radica esencialmente en que en este segmento "*encontramos las demandas de los movimientos sociales, los derechos tradicionalmente reconocidos por el constitucionalismo clásico y los nuevos titulares de derechos"*[21]; en un segundo momento; la Constitución, inspirada en los principios, valores, y derechos contenidos en la parte dogmática; establece las instituciones políticas estatales, delimita sus funciones y competencias, establece los procedimientos para designar a las personas envestidas de poder público y norma la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales; todo esto con el objetivo de que se pueda evitar cualquier arbitrariedad o abuso por parte del estado.[22]

Lo realmente nuevo en la Constitución del Ecuador del año 2008, radica esencialmente en el Estado se constituye para que los derechos existentes puedan ser efectivamente gozados y ejercidos por todos los habitantes del territorio, inclusive pudiendo ser conminado a su deber primordial mediante mecanismos

[19]Ob. Cit, Danilo Caicedo Tapia, *El bloque de constitucionalidad en el Ecuador-Derechos Humanos más allá de la Constitución*, Repertorio de revistas de la Universidad Andina del Ecuador, Quito, 2009, P..15.
[20]Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ediciones Legales, cuarta edición, 2012, P..47
[21] Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías ensayos críticos*, Quito, Editorial Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2012, p.185
[22] Cfr., Id.

jurisdiccionales[23], este nuevo paradigma ha generado una mayor preponderancia de los instrumentos internacionales de derechos humanos inclusive por encima del contenido constitucional; así lo ha determinado la Corte Constitucional dentro de sus sentencias vinculantes al manifestar que:

> *El Ecuador da cuenta de la supremacía constitucional, ya que el sistema jurídico normativo no puede contravenir los derechos dispuestos en ella, conforme consta en el artículo 424 de la Constitución. Sin embargo, tratándose de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público.*[24]

En definitiva, la Constitución ya no solamente se conjuga como la norma de grado (jurídico) jerárquico más elevado, sino que al contener una amalgama de principios y derechos garantizados mediante mecanismos jurisdiccionales, esta se constituye como la norma axiológicamente suprema, variable, expansiva y dinámica,[25] estas características nos permiten hablar propiamente de una constitución de valores antes bien que de una carta fundamental compuesta de reglas jurídicas positivas que delimiten el poder público.[26]

La concepción actual de una constitución en la que prevalezca el carácter axiológico e integral de sus normas, se debe, en gran medida a la conformación del Bloque de Constitucionalidad ecuatoriano y a la incorporación de nuevos elementos hacia este. Es así que, previo a la aprobación de la nueva constitución, el entonces Tribunal Constitucional entendía por Bloque de Constitucionalidad únicamente a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador; en efecto, la Jurisprudencia N° 1095-06-RA emitida por el referido órgano, es un claro ejemplo de lo que se ha afirmado.

---

[23] Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado,* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 9

[24] Sentencia No. 025-12-SIN-CC del 04 Septiembre de 2012 emitida por la Corte Constitucional para el periodo de transición; Registro Oficial 781, fecha de publicación: 04 de septiembre de 2012.

[25] Cfr., Susana Pozzolo citada en Miguel Carbonell, *El Canon Neoconstitucional*, Ciudad Fernández, Editorial Trotta, 2010, p. 170

[26] Cfr., Id.

La sala valora su legitimidad (valoración del contenido del acto administrativo) no solamente con el contenido constitucional y legal, sino con todo el ordenamiento jurídico nacional y con los instrumentos internacionales de derechos, inclusive humanos, que es lo que se conoce como "bloque de constitucionalidad.[27]

Si bien se podría hablar que otro elemento constitutivo del Bloque de Constitucionalidad para aquel tiempo eran los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; toda vez que el Ecuador mediante registro oficial número 801 publicado el 06 agosto de 1984 incorporó a su ordenamiento jurídico la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" reconociendo la competencia y obligatoriedad de las resoluciones emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el entonces Tribunal Constitucional no se refirió expresamente en ninguna de sus resoluciones, a la calidad que comportaban los fallos emitidos por la Corte dentro del Bloque de Constitucionalidad Ecuatoriano.

Esta situación denota el escaso desarrollo jurisprudencial del entonces Tribunal Constitucional concerniente a los componentes del Bloque de Constitucionalidad; ya que, para dicho organismo el concepto de Bloque Constitucional era asimilado en cierta forma, sino en su totalidad, con los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador.

Solamente a partir de la aprobación de la nueva Constitución del 2008, se podría hablar propiamente de alguna sistematización de los componentes del Bloque de Constitucionalidad ecuatoriano; esto no significa que el desarrollo que actualmente los magistrados constitucionales dan a la figura del Bloque Constitucional, sea el más adecuado y el más completo; sin embargo, con un posterior desarrollo jurisprudencial y la aplicación de los principios no solo constitucionales sino también aquellos recogidos en diversos tratados de derechos humanos, se podrá construir una dogmática más integral que permita mejorar el alcance y aplicación de los nuevos derechos constitucionales.

[27] Jurisprudencia N° 1095-06-RA de fecha 11 de septiembre de 2007 emitido por el entonces Tribunal Constitucional Registro Oficial S. 167. Fecha de publicación: 11 de septiembre de 2007.

A modo de conclusión, podemos determinar que en los últimos 5 años de desarrollo jurisprudencial constitucional, se ha establecido, si bien no de manera ordenada, los elementos esenciales del Bloque de Constitucionalidad y sus principales efectos, los cuales comprenden:

En primer lugar se encuentra los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos suscritos por el Ecuador conforme lo determina la Constitución en su art. 424 inciso segundo, desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia No. 008-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009; y principalmente en su Sentencia número 031-11-SEP-CC de fecha 10 noviembre del 2011 que señala:

> *En el Ecuador se ha reconocido que los tratados internacionales están al mismo nivel jerárquico que la Constitución, así también la importancia que estos tienen y la responsabilidad de que las autoridades, tanto judiciales como administrativas los apliquen de manera directa. Se mira como uno solo el conjunto de normas internacionales de derechos humanos sumados con el ordenamiento interno en esa materia (…) En este sentido, la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores forma parte del Bloque de constitucionalidad y debe ser aplicable de manera directa y sin dilación por las autoridades que conozcan los casos relativos a la protección de niños que han sido trasladados o retenidos ilícitamente.*[28]

En un segundo momento podemos establecer que los fallos y resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ,cuya competencia el Ecuador ha aceptado, es parte del Bloque de Constitucionalidad ecuatoriano; así lo ha expresado la Corte Constitucional mediante Dictamen No. 009-13-DTI-CC el cual enuncia que las normativas internacionales que se aplicará para el siguiente caso son la Convención Americana de Derechos Humanos, y en consecuencia, los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[29]

[28] Sentencia número 031-11-SEP-CC de fecha 10 noviembre del 2011 emitida por la Corte Constitucional, Registro Oficial S. N° 572.
[29] Dictamen número 009-13-DTI-CC de fecha 03 de mayo del 2013. Registro Oficial S. N° 946.

En tercer lugar tenemos a las jurisprudencias vinculantes emanadas por la Corte Constitucional conforme lo determina la propia Constitución en su artículo 436 numeral 6 al referirse a las competencias de la Corte Constitucional.

> *Numeral 6.- Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.*[30]

Finalmente como elemento esencial del Bloque de Constitucionalidad ecuatoriano se encuentran el contenido de la constitución, es decir, el preámbulo, los cuatrocientos cuarenta y cuatro articulados, las treinta disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, las treinta disposiciones del régimen de transición y una disposición final.

En síntesis, el tener claro los cuatro elementos fundamentales que componen el bloque de constitucionalidad ecuatoriano; como la unidad jurídica ideal para la protección y promoción de los derechos humanos, determinará la carencia de argumentación jurídica emanada por los funcionarios públicos, por la cual se están vulnerando los derechos del colectivo GLBT-I.

1.1.2. Tipos de Remisiones Constitucionales.

Como se ha expuesto en líneas anteriores; la incorporación del bloque de constitucionalidad al ordenamiento jurídico ecuatoriano ha sido el resultado de un procedimiento previo inclusive a la expedición de la nueva constitución del 2008; teniendo durante sus primeros años, una noción muy precaria subsumida exclusivamente dentro del concepto de los instrumentos de derechos humanos ratificados por el Ecuador; propiamente el avance sustancial que se dio al bloque de constitucionalidad sería a partir del año 2008 cuando ya la propia constitución se remite expresa o tácitamente hacia otras normas y principios, las cuales sin estar expresamente detalladas en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida que la propia constitución establece que esas otras

[30] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 436, numeral 6

normas, ya no solo relacionadas a los instrumentos internacionales de derechos humanos, tienen una suerte de valor constitucional.[31]

De manera general; el procedimiento de trasplante de normativas de distintos cuerpos jurídicos nació como resultado de la resolución de los estados a un problema de carácter interno, así mediante la retroalimentación , existen ciertos agentes que marcan el proceso de recepción: entre ellos los de adaptación a las realidades propias del país receptor y los de interpretaciones ajenas a la construcción primera de la figura; por lo cual, se hace común que se asevere que la locución, figura y/o idea que nace en un país se desfigura o desnaturaliza en su proceso de inserción a un derecho nacional distinto a aquel del que surgió; esta desnaturalización, modificación o variación genera una "nueva" institución provista de originalidad.[32]

Dentro de nuestro sistema constitucional se ha establecido a saber, seis tipos de cláusulas constitucionales; la primera cláusula, denominada cláusula de remisión o reenvío definida como: "*aquellas normas que, de manera expresa o tácita, redireccionan sus disposiciones a otros cuerpos normativos nacionales o internacionales, especificando, completando o ampliando sus contenidos*".[33] Un claro ejemplo de esto se encuentra establecido en el Art.424 de la constitución en la cual se determina que lo tratados internacionales más favorables a los derechos humanos prevalecerán sobre cualquier otra norma o acto de poder público.

Las cláusulas de remisión constitucional buscan optimizar el contenido de los derechos humanos en sustento de la dignidad del ser humano; siendo imposible que los derechos sean enumerados exhaustivamente por cuanto estos siempre se encontraran en un proceso de ampliación.[34]

La segunda clase de cláusulas constitucionales que conforman el Bloque de Constitucionalidad ecuatoriano son las Cláusulas Interpretativas. Como su nombre lo

[31] Rodrigo Uprimny, *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal.* http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf, Acceso: 30 de junio del 2013, hora: 14:50
[32] Ob. Cit Danilo Caicedo Tapia, *El bloque de constitucionalidad en el Ecuador,* p.15.
[33] Cfr., Id.
[34] Ob. Cit. Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, p. 69.

indica, este tipo de normas establecen lineamientos generales, desde los cuales deberán interpretarse las demás normas de la Constitución dotando de eficacia jurídica a los preceptos de derechos humanos contenidos tanto en la constitución como en los instrumentos internacionales.[35]

En nuestra carta constitucional, podemos observar el art.11 numeral 5 el cual establece que:

> *"En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia".*[36]

En tal sentido la constitución ha previsto un capítulo específico para la interpretación y aplicación de los derechos constitucionales. El Titulo II, Capítulo I, de la Constitución hace referencia a una amalgama de principios de aplicación de los derechos constitucionales, el cual contiene, entre otros, el principio de la titularidad y ejercicio directo de los derechos y garantías de forma individual o colectiva (Art.10); el principio de igualdad y no discriminación (Art. 11 Numeral 2); la progresividad y no restricción de los derechos (Art. 11 Núm. 8); la responsabilidad estatal y privada (Art. 11 Núm. 9) ; y, el reconocimiento de todos los principios y derechos como inalienables, irrenunciables, interdependientes y de igual jerarquía (Art. 11 Num.6).

Como tercer punto se encuentran las Clausulas Declarativas detalladas como aquellas que; recurren a los principios, es decir, mandatos que pueden realizarse en diferente medida, que no están precisamente determinados, sino que aparecen como antecedentes abiertos en alcance e intensidad; en este amplio espectro encontramos al art. 340 de la constitución que establece:

> *"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".*[37]

---

[35] Cfr., Id.
[36] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11, numeral 5.
[37] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 340, inciso primero.

Como se desprende del articulado aludido se puede determinar que la constitución remite al sistema nacional de equidad social a las normas, instituciones, sistemas, programas que serán posteriormente desarrollados sin desmérito de los derechos humanos constitucionalmente reconocidos.

En cuarto lugar la Constitución prevé cláusulas de remisión a textos cerrados, así, como su nombre lo indica, se refiere a un reenvío a normas expresamente determinadas hacia un cuerpo anexo al texto constitucional; ejemplo de esto lo encontramos en algunas constituciones latinoamericanas, los cuales, con la finalidad de completar su listado de derechos y libertades, se han remitido expresamente a la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; nuestra Constitución establece en sus arts. 423 y siguientes la integración latinoamericana estableciendo remisiones como: políticas de compensación para superar las asimetrías regionales, política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región; o, la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.[38]

Finalmente tenemos Cláusulas de Remisión a textos por desarrollar. Este es uno de los casos más comunes de reenvío. Muchas constituciones latinoamericanas como la colombiana y la boliviana se refieren a un marco normativo que aún se encuentra en construcción, marco que, por mandato constitucional deberá realizarse, más aún si el marco constitucional prevé mecanismos de coerción para dicha labor. En el caso ecuatoriano las referencias que se efectúan en esta modalidad son varias. Podemos citar a la ley que regulará el funcionamiento de la Asamblea Nacional, la que regulará a las comunas, recintos, barrios y parroquias urbanas, la ley que regirá a la jurisdicción indígena, la ley y los estatutos para la conformación de regiones autónomas y los demás cuerpos legales establecidos en las disposiciones transitorias.[39]

[38] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 423.
[39] Constitución de la República del Ecuador, Régimen de Transición.

1.2. Los principios rectores de los derechos constitucionales aplicables a los colectivos GLBT-I.

El reconocimiento de un nuevo catálogo de derechos dentro de la Constitución del 2008 complementados con garantías constitucionales específicas, propenden a que los derechos constitucionales no se conviertan en mera declaraciones que permanezcan en el papel sino que, puedan ser estos efectivamente materializados[40] por cualquier persona de manera individual o colectiva; esta declaración ha generado como consecuencia lógica, la aparición de nuevos titulares de derechos, y nuevos mecanismos de exigencia de los derechos constitucionales; en este sentido los principios constitucionales juegan un papel preponderante en dotar a los derechos de vitalidad jurídica, en eliminar el lirismo constitucional y consecuentemente en ser los precursores de nuevos precedentes jurídicos, ya que estos deben ser concebidos como normas jurídicas de directa aplicación.[41]

Los principios, a diferencia de las normativas legales tradicionales que se compone de un presupuesto fáctico y una consecuencia jurídica, son normas constitucionales por excelencia abstractas toda vez que su finalidad es iluminar o servir de parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica;[42] un claro ejemplo de esto lo podemos encontrar en el art.3 numeral 1 de la constitución que obliga al estado a:

> *"Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales".*[43]

El alcance del citado principio no se circunscribe únicamente a un grupo específico de personas como destinatarios de los derechos constitucionales, o se limita a determinar competencias a un órgano determinado que promueva el efectivo goce de los derechos de un colectivo o grupo social concreto; al contrario, su

[40] Ob. Cit. Ávila Santamaría Ramiro, *Los Derechos y sus Garantías ensayos críticos*, p. 181.
[41] Robert Alexy citado en Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías ensayos críticos*, Quito, Editorial Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2012, Pagina.63.
[42] Ob. Cit. Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías ensayos críticos*, p. 64.
[43] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 3, numeral 1.

hipótesis normativa es tan vasta que permite exigir a cualquier ente público o privado el respeto y la no exclusión de los derechos humanos englobados dentro del bloque de constitucionalidad ecuatoriano; así, la viabilización de este principio responderá a cada caso específico que se presentase; por lo que frente a un mismo hecho , los principios nos proporcionarían un "*haz de posibilidades para la persona que interpreta o aplica el derecho".*[44]

Una segunda característica que se deriva de los principios constitucionales es que al tener estos; un contenido abstracto, deben, en consecuencia, ser generales ya que su alcance de aplicación tiende a regir para todas las personas a las que la constitución ecuatoriana somete bajo su jurisdicción. En efecto, todo principio debe ser general por cuanto estos deben incitar al desarrollo de los derechos constitucionales, así como también a la resolución de las antinomias legales,[45] los cuales deben ser interpretados en su conjunto, como un todo, para todos y cada uno de los derechos.[46]

Finalmente se puede colegir que al ser todo principio de carácter abstracto y general estos deben, en consecuencia, ser ambiguos, por cuanto estos han de ser interpretados y recreados frente a un caso específico, proveyendo parámetros de comprensión que pueden ser mutables a las condiciones específicas de cada caso.[47]

Dentro de la historia constitucional no ha existido un momento en el cual se ha dado tanta preponderancia a los principios constitucionales como ahora. La instauración de una nueva constitución, no simplemente circunscribió la idea de reformar las instituciones estatales y ampliar un listado de derechos constitucionales; sino al contrario, los postulados constitucionales facultan al sistema jurisdiccional la posibilidad de mutar en su integralidad, los jueces ahora ya no son la boca de la ley sino los creadores e interpretadores de la constitución; es decir que todo operador de justicia debe velar por la protección del sistema constitucional y de los derechos que este recoge; esa es la verdadera evolución doctrinaria por la cual los principios se conjugan como los mecanismos de interpretación de la propia constitución.

[44] Ob. Cit. Ramiro Ávila Santamaría*, Los Derechos y sus Garantías ensayos críticos*, p. 63.
[45] Cfr., Id.
[46] Cfr., Id
[47] Cfr., Id.

Actualmente los principios constituyen los elementos claves para promover y satisfacer los derechos de los ciudadanos del estado constitucional de derechos y justicia; se enfocan en buscar soluciones creativas y controlar la constitucionalidad de las normas. Estas nuevas potestades pretenden generar una verdadera justicia permitiendo a los jueces inclusive inaplicar leyes que dificulten el ejercicio de la justicia.

> *"Si el efecto de la aplicación de una ley es un resultado injusto, los jueces deben crear una regla conforme a la Constitución. Para ello, deben ser, además, creativos. El juez, en este contexto, sospecha de la ley y cuando tiene la convicción de que ésta no se ajusta a los derechos y a la Constitución, puede inaplicarla. Las leyes pueden estar vigentes, por haber sido expedidas por autoridad competente y de acuerdo a un procedimiento preestablecido, pero inválidas, por ser inconstitucionales".*[48]

Una buena adecuación de los principios permitirá incluir un mayor número de titulares de derechos, establecer mecanismos de protección y finalmente realizar un progreso racional de los derechos humanos integrales a nuestro ordenamiento jurídico; dando paso al estado garantista que tanto anhelamos los ecuatorianos.

1.2.1. El Principio de Progresividad de los Derechos.

Una vez que se ha determinado las características esenciales que comportan los principios constitucionales y la conexidad que estos poseen con el Bloque de Constitucionalidad ecuatoriano; es menester analizar en detalle aquellos principios que sirven de protección a los derechos constitucionales del colectivo GLBT-I; aclarando que si bien todos los principios constitucionales pueden ser susceptibles de ser utilizados en el caso de resolución de antinomias, para nuestro presente estudio, y dada las cualidades especiales de los derechos (GLBT-I) que se pretenden proteger y promover, existen tres principios indispensables en la lucha del reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales; una vez realizada esta

[48] Luis Pasara, *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia,*
http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/2_El_Uso_de_los_instrumentos_internacionales.pdf Acceso: 18 de agosto de 2013, hora 18:15.

acotación, empezaremos el presente acápite, con el Principio de Progresividad de los Derechos.

Como primer punto se puede establecer que el Principio de Progresividad ha sido recogido por nuestra constitución en el art.11 numeral 8 que determina:

> "*El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio*".[49]

El articulado anteriormente descrito hace énfasis de manera complementaria a la prohibición de no regresividad de los derechos como elemento conexo al principio de progresividad de los derechos; y es que, una vez logrado el avance del disfrute de los derechos , el estado no podrá, salvo ciertas circunstancias, disminuir el nivel alcanzado; de igual manera; *este principio debe observarse en las leyes, en las políticas públicas, decisiones judiciales, y en general, en toda conducta estatal que afecte derechos. Se trata de un análisis sustantivo sobre las decisiones estatales; es decir, que* ***los contenidos asignados a su actividad no decrezcan lo ya logrado en cuanto al contenido y alcance del derecho***.[50] (*El subrayado me pertenece*).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en similar manera, se ha referido al Principio de Progresividad de todos los derechos en los siguientes términos:

> (…) *el desarrollo progresivo de los derechos no se limita a los económicos, sociales y culturales. El principio de la progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían. Los tratados sobre derechos humanos con frecuencia incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos (…) De manera que de ello se desprende (…) la obligación de los*

[49] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11, numeral 8.
[50] Luis Daniel Vásquez, Sandra Serrano, *Los principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad*, apuntes para su aplicación práctica. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/7.pdf, Acceso: 23 de mayo de 2013, hora: 16:00

Estados miembros de observar y defender los derechos humanos de los individuos dentro de sus jurisdicciones.[51]

Ante lo señalado, cabe realizar algunas consideraciones; en un primer momento el principio de progresividad de los derechos era entendido bajo el concepto de la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales; esto se traducía en la satisfacción y el efectivo goce de los indicados derechos por parte de los estados; la propia Convención Americana de Derechos Humanos en su Capítulo III titulado de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que: *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 que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (…).*[52]

Actualmente el principio de progresividad es plenamente aplicable a todos los derechos humanos ya que en su acepción de "no regresividad" este puede emplearse como un principio rector en la promoción de los derechos humanos dentro de los ordenamientos jurídicos internos de los estados , en consecuencia, su implementación obliga al estado a no solo establecer las medidas necesarias para realizar los derechos humanos, sino además, lo obliga a no dar marcha atrás en aquellos estándares o niveles de cumplimiento ya alcanzados.[53]

Es por ello que se habla del principio de progresividad como la gradualidad y progreso que se deben observar en los derechos constitucionales; la doctrina le atribuye la cualidad de graduable; toda vez que, la efectividad de los derechos no van a lograrse inmediatamente, sino que se trata un proceso que supone definir

---

[51] Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, *Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayorvigencia a los Derechos Humanos, de conformidad con laDeclaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y laConvención Americana sobre Derechos Humanos.*
http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.V.htm , Acceso: 24 de abril del 2013, hora: 12:59.

[52] Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*
http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/5.%20CONVENCION%20AMERICANA.pdf, Acceso: 18 de mayo del 2013, hora: 16:50.

[53] Cfr, Gustavo Moscoso, *Los Principios rectores de la hermenéutica de los Derechos Humanos*
http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congfilodere/ponencias/GustavoMoscosoSalas.pdf
Acceso: 01 de Mayo del 2013, hora: 12:34.

metas a corto, mediano y largo plazo;[54]entendiéndose como el diseño de planes para avanzar al mejoramiento de los derechos.

En el ámbito de los derechos humanos se entiende que el reconocimiento de los derechos; por parte de los estados, se debe dar con plena amplitud. Un reconocimiento amplio impide caer en una restricción, incluso involuntaria, de los derechos humanos, cuando éstos se positivizan en los textos constitucionales;[55] esta doble característica de progresividad y no restricción de los derechos emanadas del principio de progresividad ha sido puesta de manifiesto dentro de la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional ecuatoriana, la cual; con mucha prudencia ha determinado que:

> *Este pacto de progresividad no es otro que la prohibición de regresividad de los mismos, tal como lo admite el artículo 427 del Tratado de Versalles: (…) el orden público internacional tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de mayor extensión y protección de los derechos sociales'. Es decir, la no regresividad de los derechos está dentro de los principios que enriquecen el valor de la justicia, esto es, conforme lo establece el numeral 8 del artículo 11 de la Constitución de la República, que: 'el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas (…) será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.*[56]

La referida jurisprudencia da cuenta de la correlación existente entre el Principio de Progresividad, y el Principio de Prohibición de Regresividad dentro de su campo de aplicación, siendo, ambos principios, indispensables en el avance paulatino en la promoción de todos los derechos humanos. Los ordenamientos jurídicos nacionales de la región andina dan cuenta de una falta de desarrollo doctrinario del principio de prohibición de regresividad dentro de sus textos

[54] Ob. Cit. Luis Daniel Vásquez, Sandra Serrano *Los Principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad, Apuntes para su aplicación práctica*. p. 159.
[55] Ob. Cit Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional*, p.70.
[56] Jurisprudencia N° 129-12-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional para el periodo de transición, registro oficial número 743, publicado el 11 de julio del 2012.

constitucionales, inclusive llegando a confundir el primero con el Principio de Progresividad en uno solo, en efecto; acorde al tratadista Ramiro Ávila "*sobre la regresividad, las constituciones de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela no tienen referencia alguna*".[57]

1.2.2. El Principio de Igualdad y no Discriminación.

El principio de igualdad y no discriminación es uno de los elementos trascendentales en la protección y acceso a los derechos humanos, este principio se ha configurado también como un derecho fundamental; ya que como bien lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos "(...) *al hablar de igualdad ante la ley, este principio debe ser garantizado sin discriminación alguna*".[58] Así, la Constitución lo ha establecido como un derecho dentro de su art.64 numeral 4 que prescribe "*elDerecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación*".[59]

El concepto de igualdad es un principio que se encuentra en constante evolución, este representa los logros de las luchas sociales en la búsqueda del reconocimiento de la dignidad humana, especialmente, de las minorías sociales; su avance puede ser evidenciado dentro de la nueva Constitución del 2008; así, mientras que la Constitución de 1998 apenas enunciaba que todos los derechos son garantizados a los habitantes del Ecuador sin discriminación[60] la Constitución actual garantiza la igualdad como un derecho y a la vez como principio; de hecho, determina la prohibición de discriminación, y cierra con las acciones afirmativas; el art. 11 numeral 2 de la Constitución determina el principio de igualdad y no discriminación en los siguientes términos:

> *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*
>
> *2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.*

---

[57] Ob. Cit, Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías ensayos críticos*, p.90.
[58] Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL, *Herramientas para la protección de los Derechos Humanos, Sumarios de Jurisprudencias-Igualdad y no Discriminación,* Buenos Aires, Folio-Uno Editorial, 2009, p.39.
[59] Constitución de la República del Ecuador, Articulo 64 numeral 3.
[60] Ob. Cit. Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías* ensayos críticos, p.73.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.[61]

Concomitante a lo manifestado, el art. 3 numeral 1 de la Constitución implanta la obligación del estado ecuatoriano de "*garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (…)*"[62] bajo la premisa de "*fortalecer la unidad nacional en la diversidad".*[63]

La importancia de establecer parámetros de igualdad radica en un fundamento básico; la percepción de que todos los seres humanos somos diferentes pero no desiguales. Así lo puntualiza Ferrajoli al decir que: *"el principio de igualdad se establece sea porque somos diferentes, sea porque somos desiguales, para tutelar y revalorizar las diferencias y para eliminar o reducir las desigualdades".*[64]

En el ámbito internacional, el Ecuador al ser miembro de los veinticinco estados que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos[65] ha contraído la obligación de r*espetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones*

[61] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11 numeral 2.
[62] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 3 numeral 1.
[63] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 3 numeral 3.
[64] Luigi Ferrajoli, *La Igualdad y sus Garantías*, http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf Acceso: 29-04-2013 hora: 11:08
[65] Convención Interamericana de Derechos Humanos, emitida el 22 noviembre de 1969, Registro Oficial 801 publicado: 06 agosto 1984.

políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.[66]

Adicionalmente, al considerarse al principio de igualdad y no discriminación como eje rector en la protección no solo de los derechos de los colectivos GLBT-I sino de todos los derechos humanos en general, se debe conceptualizar las dos calidades derivadas de este principio y que ha sido recogida en el art. 64 núm. 4; estos son: la Igualdad Formal y Material.[67]

Iniciaremos señalando que la igualdad formal o igualdad ante la ley implica que ante un sistema jurídico y no solo dentro de una ley, todas las personas son tratadas en similar manera; Bobbio en similares términos ha definido a la igualdad formal como*una forma específica e históricamente determinada de igualdad de derecho o de los derechos (por ejemplo, en el derecho de todos a acceder a la jurisdicción común, o a los principales cargos civiles y militares independientemente del nacimiento.*[68]Lo cual nos da una clara idea de que la igualdad formal ha sido instituida desde los inicios mismos del constitucionalismo clásico; que para aquel momento, era el mecanismo más idóneo para garantizar la efectiva igualdad entre los ciudadanos.

Dentro de nuestra constitución; el art. 11 numeral 2 establece el principio de igualdad formal al decir que:*"Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades*".[69]Para concluir con este punto, esbozaremos un breve concepto de lo que es la igualdad en la ley al manifestar que; es aquel principio que, emanada por la propia constitución pretende eliminar cualquier clase de privilegios, o discriminaciones que menoscaben la dignidad humana, con el fin de que todo ciudadano sea tratado con justicia en similares condiciones que sus pares.

En respuesta a la carencia de los estados liberales de promover una efectiva igualdad de todos sus gobernados; elEstado Social de Derecho, es el primero en

[66] Convención Americana sobre Derechos Humanos, Articulo 1 numeral 1
[67] Constitución de la República del Ecuador
[68] Norberto Bobbio, *entre el Derecho y la Política*, http://www.eafit.edu.co/revistas/badp/Documents/badp9/BADP-09-norberto-bobbio.pdf, Acceso: 17de agosto de 13 hora: 0:02.
[69] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11, numeral 2.

introducir la idea de la igualdad material iniciándose así el debate respecto de la igualdad de oportunidades de los miembros de la sociedad; en tal sentido, se ha determinado que para lograr esta igualdad material, los poderes públicos deberán, en ocasiones, dictar normas aparentemente desiguales o aparentemente contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real.[70]La referida igualdad material a la que hemos hecho alusión en líneas previas, ha sido reconocida dentro de nuestra constitución como un derecho (Artículo 66, numeral 4); la cual en base al respeto de la diversidad de los miembros del estado, y la integralidad de cada persona, pretende combatir las desigualdades a la que un individuo o colectivo se ve enfrentada socialmente.[71]

Esta obligación estatal fue diseñada inicialmente para evitar los excesos del ejecutivo a los derechos constitucionales, sin embargo en la actualidad las obligaciones estatales han ampliado su alcance también a las autoridades judiciales y legislativas incitándolas a promover normativas que traten idénticamente situaciones análogas y solo hacerlo en forma diferente cuando no se asimilen. Jurídicamente, la regla se da en establecer la igualdad en todos los campos; siendo la desigualdad la excepción, ya que de lo contrario, aquella norma sería inconstitucionalidad, en tal sentido, Guastini argumenta que:

> *Las distinciones (o clasificaciones) realizadas por el legislador, para no ser discriminatorias, deben ser razonables. ¿Qué significa esto' significa que, para distinguir, deben existir razones, naturalmente?, ¿pero qué significa "razones"? en este tipo de contexto, es obvio que "razones" no significa simplemente argumentos, significa "buenos" argumentos, es decir, justificaciones*.[72]

[70] Encarna Carmona Cuenca , *El Principio de la Igualdad Material en la Constitución Europea* http://www.idpc.es/archivo/1213086682FCI8AECC.pdf, Acceso: 17 de junio de 2013, hora: 16:17.
[71] Edgar Andrés Buitrón, *La implementación de las uniones de hecho en parejas del mismo sexo en Ecuador como ejercicio de la igualdad de la comunidad LGBT-I*, Quito, Repertorio de la Universidad San Francisco de Quito, 2009, p. 98.
[72] Rubén Sánchez Gil, *Igualdad y Proporcionalidad* http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/11.pdf , Acceso:29 de abril de 2013, hora: 11:47

Dentro del tema que nos aborda, se puede determinar que el principio de igualdad y no discriminación no ha sido aplicado plenamente a los colectivos GLBT-I para favorecer la plena vigencia de sus derechos constitucionales; esta alarmante situación puede ser evidenciada en el primer *diagnóstico sobre las condiciones de vida, inclusión social, y cumplimiento de derechos humanos de este grupo poblacional*[73] desarrollado por el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos, el cual ha determinado que, en términos de discriminación por orientación sexual, el mayor porcentaje de dichos eventos se suscitan en espacios públicos (55,8%), mientras que en exclusión estos se dan, en mayor medida, en espacios privados (71,4%); en tanto que la violencia se experimenta más en los espacios públicos con el 65,6% y en los privados con el 52,1%.[74]

En el ámbito judicial no existen estadísticas que permitan advertir los casos de violaciones a los derechos de las minorías GLBT-I; esto, debido a que no existen datos reales de cuantas demandas judiciales existen al respecto; el problema para la activista GLBT-I Karen Barba radica en el limitado interés que el gobierno ha puesto en perseguir los delitos de odio cometido en contra de las minorías sexuales; en efecto, *los delitos de odio, pese a que son palpables y verificables, no se han podido judicializar, ahí tenemos una gran barrera ya que, pese a que nuestra constitución reconoce todas las formas de identidad y reconocimiento, no hay un trabajo coordinado con las instancias del gobierno para materializar los delitos, hemos visto que el gobierno se ha enfocado casi exclusivamente en temas de personas discapacitadas, sin embargo, hacia los colectivos GLBT-I pareciese que lo que marca desde la gestión del gobierno es la homofobia, transfobia, lesbofobia.*[75]De manera general podemos conocer que durante el año 2012 se han ingresado a nivel nacional 20.876 causas constitucionales de las cuales 4.024 siguen en trámite[76] sin que se especifique las materias constitucionales y los derechos que se pretende

[73] Estadísticas Grupo GLBT-I http://www.inec.gob.ec/estadisticas/?option=com_content&view=article&id=345&Itemid=334&TB_iframe=true&height=512&width=1242, Acceso: 17de agosto de 2013, hora: 12:47

[74] El Telégrafo, *La población GLBTI ecuatoriana aún vive en condiciones de desigualdad,* http://www.telegrafo.com.ec/economia/masqmenos/item/la-poblacion-glbti-ecuatoriana-aun-vive-en-condiciones-de-desigualdad.html, Acceso: 03 de enero de 2014, hora: 16:37.

[75] Karen Barba, entrevista personal, 14 de febrero de 2014.

[76] Consejo de la Judicatura, *Rendición de Cuentas, julio 2011-enero 2013,* http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/transparencia/transparencia-2013.html, Acceso: 17 de agosto 2013, hora: 14:20.

salvaguardar mediante las garantías jurisdiccionales recurridas; igualmente se conoce que se han ingresado desde el año 2012 la cantidad de 670.070 causas penales estando activas 71.777 causas en las cuales no se tiene información de las causas penales ingresadas bajo el supuesto delito de odio por orientación sexual tipificado dentro del art. inumerado después del art.212 y siguientes del Código Penal.[77] Estas estadísticas no concuerdan con la realidad delictiva que sufren muchos miembros del colectivo GLBT-I, toda vez que dichos miembros, en desconfianza del sistema judicial, no denuncian los delitos cometidos en contra de sí mismos a pesar de que son de públicamente conocidos.

Concomitante a lo expresado, el informe final emitido por la Comisión de la Verdad ha determinado que las personas homosexuales desconfían plenamente en el sistema judicial de nuestro país, *aunque la discriminación no esté tan latente en esta época como tiempos anteriores, la presión de los grupos homofóbicos crean desconfianza en las minorías sexuales para su empoderamiento;*[78]es decir, las personas homosexuales reconocen que el sistema judicial no ha generado mecanismos de protección efectivos a sus derechos constitucionales por lo que prefieren no denunciar los delitos o actuaciones violatorias de sus derechos, promoviendo así, su impunidad.

La insuficiencia de documentación oficial que permita determinar los procedimientos jurisdiccionales incoados por los colectivos GLBT-I para la protección o cese de violación a sus derechos constitucionales nos impide visualizar la problemática desde una dimensión más cercana con la realidad; apenas se ha podido vislumbrar, gracias al aporte de estudios de organizaciones de la sociedad civil, una pequeña muestra de los casos que se han podido recabar dentro de sus investigaciones; sabemos así que, durante el periodo 2008 a 2010 existieron cuatro habeas corpus para libertad de personas lesbianas sometidas a internamientos forzados en clínicas de rehabilitación, 2 aceptados y 2 negados; una acción de protección por expulsión de un equipo de fútbol, por beso entre lesbianas. La acción

[77] El Artículo. Inumerado después del Artículo.212 del Código Penal prescribe que: Será sancionado con prisión de seis meses a tres años el que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

[78]Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad -Violencia Sexual y Género,* http://www.coverdad.org.ec/informe-final, Acceso: 17 de agosto de 2013, hora: 15:55.

se ha aceptado, ha sido apelada, aún no resuelve todavía la restitución de sus derechos y reparación[79]; y, dieciocho denuncias de internamiento forzado de personas en clínicas de rehabilitación ante la Defensoría del Pueblo.[80]Como los más representativos.

La Defensoría del Pueblo dentro de su resumen ejecutivo titulado "Igualdad y no Discriminación", ha determinado la negligencia del estado en adoptar medidas enérgicas tendientes a evitar la discriminación de los miembros del colectivo GLBT-I dentro de sus recomendaciones generales; expresando que:

> *(…) existe fobia a las diversidades sexuales (en el Ecuador), los Principios de Yogyakarta señalan que los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas y de otra índole que resulten apropiadas para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en las esferas pública y privada, incluyendo programas de educación y capacitación para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género.*[81]

En realidad, el único gran avance que el estado ecuatoriano ha logrado en materia de no discriminación fue el haber destinado mayores recursos en la investigación, captura y suspensión de las clandestinas clínicas que trataban la homosexualidad como una enfermedad correctiva, aprobadas por el Ministerio de Salud y del Consejo Nacional de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes.[82]

La prioridad que el estado ecuatoriano ha dado para proteger los derechos de los colectivos GLBT-I es mínima; existiendo una falta de implementación de acciones afirmativas a favor de los mencionados colectivos al ser estos un grupo socialmente

---

[79] PADH, *Encuesta organizaciones, garantías interpuestas* http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/Actividadespadh/Informedh2010.pdf, Acceso: 17 de agosto de 2013, hora: 16:31

[80] Diario el Hoy, *Vance revela tortura y muertes en centros de deshomosexualización,* http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/vance-revela-tortura-y-muertes-en-centros-de-deshomosexualizacion-586674.html, Acceso: 17 de agosto de 2013, hora: 16:35.

[81] Defensoría del Pueblo, *Igualdad y no Discriminación- Resumen Ejecutivo*, http://www.dpe.gob.ec/images/CARTILLAS2012/DISCRIMINACI%C3%93N/DISCRIMINACI%C3%93N%20EJECUTIVO%20.pdf, Acceso: 17 de agosto de 2013, hora: 18:19.

[82] Cfr, Id.

discriminado; el propio ejecutivo ha señalado que "*tenemos (el gobierno) tantos problemas urgentes para tratar que meternos a discutir esas cuestiones donde hay mucha polémica, mucho debate, no es lo más lógico"*[83]dando el gobierno la espalda a la promoción de los derechos del colectivo GLBT-I al no ser estos considerados como una prioridad para el estado ecuatoriano. Esta particularidad implica el incumplimiento del estado ecuatoriano con la Observación General Número .18, emitida por el Comité de Derechos Humanos que ha determinado la obligación prioritaria de los estados en promover el principio de igualdad.

> *(…) el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación (…) las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima*.[84]

1.2.3. Principio de Directa Aplicabilidad de los Derechos Constitucionales.

El principio de directa aplicabilidad de los derechos se ha convertido en un estándar de exigibilidad que poseen todos los derechos constitucionales, por el cual se alude a la capacidad que tienen las personas para reclamar y obtener del Estado, y en ciertos casos de otros actores, el goce efectivo de sus derechos humanos.

Bajo esta lógica se ha argumentado que el principio de directa aplicabilidad propende a una pronta y adecuada aplicación de las normativas constitucionales por parte de los operadores de justicia; independientemente de la existencia de normas de menor jerarquía que desarrollaren los principios constitucionales; así pues, para la teoría neoconstitucionalista de la cual se encuentra impregnada nuestra constitución, toda norma constitucional muy aparte de que sea este un principio o una norma que

---

[83] El Universo, *Ecuador tiene temas más urgentes que el matrimonio gay dice Correa,* http://www.eluniverso.com/noticias/2013/05/25/nota/954661/ecuador-tiene-temas-mas-urgentes-que-matrimonio-gay-dice-correa, Acceso: 18 de agosto de 2013, hora: 17:15

[84] Comité de Derechos Humanos, *Observación General No.18, sobre la no discriminación*, LXXX periodo de sesiones, 11 de Octubre de 1989. p.10

contenga una hipótesis normativa y una consecuencia jurídica; es directamente aplicable.[85] Todas las disposiciones contenidas dentro del texto constitucional son de obligatorio cumplimiento, y si esto no llegase a suceder, el legitimado puede hacer uso de las garantías jurisdiccionales cuando se derive la omisión o violación de los derechos constitucionales; en ese sentido si observamos el considerando quinto por la cual se emite la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se demostrará que:

> (*…) el fin del estado y de la organización social es el goce de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza y que, para tal efecto deben existir recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competente que les permitan amparar a los seres humanos y a la naturaleza frente a actos u omisiones que amenacen o violen sus derechos (…).*[86]

Es por tal razón que el constituyente con el afán de precautelar el goce efectivo de los derechos constitucionales estableció el Principio de Directa Aplicabilidad de los derechos dentro del art.11 Numeral 3 que señala:

> *Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación para y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte*.[87]

El fundamento de este principio se sustenta en que la omisión emanada del legislador (no haber expedido normativa reguladora) no podrá estar por encima de los preceptos establecidos por la propia constitución; siguiendo esta lógica, juezas y jueces, así como cualquier servidor estatal tienen la obligación de ceñirse a tal importante mandato; sin embargo esto no significa que se generará aplicaciones arbitrarias de los principios y reglas por parte del juez, en última instancia para corregir tal deficiencia se ha establecido la acción extraordinaria de protección.[88]

---

[85] Ob. Cit. Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías ensayos críticos*, p 75
[86] Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
[87] Constitución de la República del Ecuador 2008, Articulo 11 numeral 3.
[88] Cfr, Salim Zaidán, *Técnicas de Litigio en DDHH – Neoconstitucionalismo*, Quito, Cevallos Editorial Jurídica, 2012, p. 108.

El operador de justicia puede; mediante la aplicación de este principio, resolver en contra de una regla o norma injusta; y, ante la carencia de normativa inferior frente a un caso, los jueces no podrán denegar justicia, solo bastaría la aplicación de un principio en concreto y la construcción de una regla para el caso.[89]

Bajo este enfoque, se colige que no se requiere una normativa inferior que regulen las Uniones de Hecho en parejas Homosexuales para que los notarios o jueces puedan reconocer la existencia de la Unión de Hecho Homosexual; y mucho menos cuando existe un procedimiento análogo en los arts. 223 y siguientes del Código Civil; aun así, las notarías dentro del país comparten el criterio de la "libre discrecionalidad del funcionario público" ante la ausencia de norma descartando la utilización de este principio destinado no solo exclusivamente a las autoridades judiciales sino también a cualquier persona que se encuentre en situación de poder.[90]

Resulta interesante como este principio ha sido aplicado en otras legislaciones; que inclusive, mediante la aplicación de este principio han contradicho e inobservado las normativas inferiores en pos de la plena vigencia de los derechos humanos, así el tratadista ecuatoriano Ramiro Ávila en defensa del principio de Directa Aplicabilidad ha citado el "Caso Massera" en los siguientes términos:

> *La regla decía –toda persona que no haya sido juzgada por el lapso de diez años, no podrá ser perseguida penalmente- en aplicación de la regla que establecida para la prescripción. (…) ¿Qué paso en Argentina cuando sucedieron violaciones masivas a los derechos humanos y ningún juez se atrevió a dictar sentencia o declarar culpable a algún miembro de la dictadura? Pasaron veinte años y hubo una corte que se atrevió a manifestar lo siguiente: esa regla de la prescripción le da seguridad jurídica al señor Massera, pero es una regla que da inseguridad a los argentinos, tengo veinte mil casos de desapariciones, treinta mil casos de tortura, treinta mil casos de niños que han sido secuestrados por militares, y si se aplica la regla, se consagra una injusticia. ¿Qué es lo que hace el juzgador? Con argumentaciones persuasivas, recurriendo a múltiples fuentes del derecho y a instrumentos*

[89] Cfr, Id.
[90] Ob. Cit, Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías ensayos críticos*, pp. 75-76.

internacionales de derechos humanos aplica el principio de la tutela efectiva y de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Al final, por dos principios, da una solución contraria prescrita en la regla. Fíjense como opera el principio: es aplicado directamente por el juez mediante argumentación, inobserva una regla que es a todas luces injustas y los dictadores de argentina fueron juzgados por la aplicación directa de principios y por la inaplicación de reglas (...).[91]

[91] Cfr, Id.

CAPÍTULO II

LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO O MATRIMONIOS IGUALITARIOS DENTRO DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y SUS DERECHOS DERIVADOS.

> *"Llegará el día en que un niño irá a la biblioteca de la escuela para buscar, en los libros de historia, alguna explicación sobre un hecho sorprendente que el profesor comentó en clase -Hasta principios del siglo XXI, el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres no estaba permitido-. Para nuestro pequeño ciudadano, esa antigua prohibición resultará tan absurda como hoy nos resulta la prohibición del matrimonio entre negros y blancos, o del voto femenino."*
>
> Discurso emitido por el Diputado Brasileño Jean Wyllys de Matos Santos sobre el matrimonio homosexual.[92]

El presente capítulo abordará los elementos esenciales que componen la figura jurídica de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo, para ello, iniciaremos la presente investigación con una recopilación de las principales legislaciones dentro del derecho comparado relativas a las regulaciones de las uniones en parejas homosexuales y del matrimonio en parejas del mismo sexo tanto en Europa, como en Norte América y en América Latina, puntualizando los principales derechos y obligaciones reconocidos a las parejas homosexuales dentro de sus ordenamientos jurídicos.

Bajo este prefacio, nos insertaremos en la investigación de la referida figura legal dentro del territorio ecuatoriano, recalcando las normativas constitucionales y legales que la regulan, y el desarrollo que ha tenido dicha institución desde 1978 año en el que se legalizó por primera vez en el Ecuador la unión de hecho, hasta el año 2008; fecha en la cual, se

[92] Carta Capital, *Bento XVI e as ameaças contra a humanidade* http://www.cartacapital.com.br/sociedade/bento-xvi-e-as-ameacas-contra-a-humanidade/, Acceso: 13 de mayo de 2014, hora: 11:09

reconoció a nivel constitucional como nuevos sujetos de las uniones de hecho a las parejas homosexuales, como producto de los cambios sociales dentro de la figura de familia.

Con las evoluciones legislativas que ha sufrido la figura de la Unión de Hecho y su plena equiparación a la institución del matrimonio, se podrá identificar el amplio espectro de derechos que podrían generarse a las parejas homosexuales si sus familias obtuvieran la adecuada cobertura legal a la que el estado ecuatoriano tiene la obligación constitucional de proteger y propender.

Finalmente, analizaremos aquellas normativas que definen a los distintos tipos de familia y los elementos que la conforman; es decir, mediante la investigación de los códigos legales del derecho de familia podremos vislumbrar las complejas y detalladas normas que regulan las relaciones familiares y la protección legal que se debería dar específicamente a la familia homoparental, en respeto al principio de igualdad y no discriminación.

2.1. La regulación de las Uniones de Hecho en parejas del mismo sexo en Europa.

El viejo continente fue el pionero en el reconocimiento de los derechos del colectivo GLBT-I; mediante la legalización de las uniones de hecho en parejas del mismo sexo y posteriormente con el reconocimiento de los matrimonios igualitarios dentro de sus estados. Actualmente nueve países han aprobado el matrimonio homosexual con plenos derechos dentro del continente europeo; Holanda, Bélgica, España, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Dinamarca, y Francia[93]; ratificando así, la voluntad regional de establecer mecanismos legales que puedan suplir las desigualdades sufridas contra dicho colectivo.

La primera nación en el mundo que abordó el tema de las uniones afectivas homosexuales desde el plano legal fue Dinamarca en 1989, mediante el denominado *Registered Partnership Act.* el cual contemplaba los mismos derechos legales a las parejas homosexuales debidamente inscritas que los adquiridos por matrimonio, a

[93] Cfr, Id.

excepción de la adopción[94]. Empero de la limitación contemplada dentro de la norma, esta figura legal significó un importante avance en los derechos de las parejas homosexuales, ya que por primera vez se desplegó una serie de derechos derivados de los matrimonios heterosexuales en ámbitos tales como: herencia, seguridad social, régimen impositivo fiscal, sociedad de bienes, todo ello mediante el registro de parejas del mismo sexo ante el Ministerio de Justicia.[95]

La figura legal instaurada por el país nórdico rápidamente fue imitada dentro de los ordenamientos jurídicos de sus vecinas naciones, Noruega en 1993 Suecia en 1994, Islandia en 1996 y Finlandia en el año 2001; en el caso de Noruega se instauró la figura del Registered Partnership con idénticas características que su predecesor; curiosamente esta figura legal no duraría más de una década ya que en 2001 Noruega se convirtió el primer país en reconocer jurídicamente el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Bajo esta breve introducción relativa al origen de la institución jurídica de las uniones de hecho en parejas homosexuales; procederemos a analizar los mecanismos legales encaminados a la protección y promoción de los derechos del colectivo GLBT-I en específico la implementación de la figura del matrimonio igualitario, dentro de los estados pertenecientes a la Unión Europea y sus principales implicaciones dentro del derecho comunitario europeo. Siendo los casos más significativos los siguientes:

España.

En el derecho español se reconoce la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo desde la promulgación de la ley 13/2005 por la que se modifica el Código Civil y demás normas conexas del derecho de familia. A breves rasgos,la referida introduce nuevos sujetos a la figura del matrimonio civil al establecer que: "*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean*

[94]Danish Parliament, *The Registered Partnership Act* http://www.qrd.org/qrd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments, Acceso: 10 de Septiembre del 2013, hora: 12:39.
[95]Cfr, Id.

del mismo o diferente sexo"[96]. Equiparando los derechos del colectivo GLBT-I en relación al matrimonio heterosexual. El legislador español, mediante esta ley, no pretendió elaborar un régimen paralelo al matrimonio heterosexual, sino al contrario, extendió el régimen jurídico del matrimonio tal y como estaba prescrito a las parejas homosexuales, así lo corrobora la disposición adicional primera de la ley que establece que: "*las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*".[97]

En consecuencia, los derechos y deberes reconocidos a los cónyuges son, así, idénticos con independencia de que sean de distinto o del mismo sexo. La asimilación que la ley provee es completa, incluyendo la posibilidad de adoptar.[98] En el derecho español, para que el matrimonio adquiera plena validez debe celebrarse ante autoridades civiles españolas, y al menos uno de los futuros esposos debe tener su domicilio dentro del territorio español.

El derecho español ha desarrollado en los últimos 8 años avanzados espectros en materia de promoción y protección de los derechos de la comunidad GLBT-I; en ese sentido cabe referirnos a la sentencia No. 6864-2005 de fecha 06 de noviembre del 2012 emitida por el Tribunal Constitucional Español, el cual reafirma el derecho al matrimonio como una sola institución indistintamente de los sujetos que la compongan.

> *(…) La Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de acción, una vez analizado el Derecho Comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales (…) El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente del ejercicio del*

[96] Base de Datos de la Legislación, *Ley 13/2005, de fecha 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, articulo 1.*
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l13-2005.html, Acceso: 15 de agosto de 2013, hora: 10:00.
[97] Ob. Cit. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, Disposición adicional primera Aplicación en el ordenamiento.
[98] Ob Cit, Luis María Díez Picazo, *En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo,* p.12.

derecho constitucional a contraer matrimonio (…) no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse.[99]

En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional Español determina la calidad del matrimonio como una figura jurídica ampliada; la cual no se modifica por la inclusión de nuevos titulares de esta, así el derecho sigue intacto, lo que cambia es quiénes lo ejercen; y cuyo ejercicio se dará en concordancia a las normas pertinentes del Código Civil; un razonamiento que se asienta tanto en la legislación nacional como en el desarrollo de la legislación comunitaria. Nótese la correcta argumentación emanada por el Tribunal Constitucional al incluir elementos constitutivos de su propio bloque de constitucionalidad como las normativas internacionales de derechos humanos, y las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para sustentar su decisión.

(…) Ello nos lleva a afirmar que la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en el Derecho comparado y en el Derecho europeo de los Derechos Humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo.[100]

El tratamiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo dentro del derecho español y la instauración de garantías apropiadas para su pleno ejercicio, ha inspirado las reformas necesarias para reafirmar los derechos del colectivo GLBT-I especialmente dentro de las leyes de los países de América Latina.

Francia.

El estado francés reconocía las Uniones de Hecho en parejas homosexuales mediante la ley de fecha 15 de noviembre de 1999 relativa al Pacto Civil de

[99] Sentencia No. 6864-2005 emitido por el Tribunal Constitucional Español, http://www.giurcost.org/casi_scelti/matrimonioomosexSpagna.pdf, Acceso 15 de agosto de 2013, hora: 16:05
[100] Cfr, Id.

Solidaridad (P.C.S)[101] el cual era definido como *un contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de diferente o igual sexo, para organizar su vida en común*[102] diferenciándolo del concubinato, una institución que también era contemplada dentro del derecho francés como aquella *unión (situación) de hecho, definida por una vida en común que presenta carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas de sexo opuesto o del mismo sexo, que viven en pareja*[103].

La forma de realización del pacto exigía, según el artículo 515-3, *la presentación de una declaración conjunta en la secretaría del Tribunal de instancia que resulte competente de acuerdo a la residencia común. Una vez presentada la totalidad de documentación exigida, el secretario debe inscribir esta declaración en un Registro del lugar de residencia. Esta inscripción confiere fecha cierta al pacto civil de solidaridad y lo hace oponible a terceros.*[104]

La inscripción en la forma prevista dentro de la ley otorgaba a los contrayentes los siguientes efectos jurídicos; reconocía efectos patrimoniales conjuntos determinándose que los bienes adquiridos con posterioridad a la suscripción del P.C.S son indivisos y en proporción; en ese sentido las obligaciones que contraía la sociedad era imputada a ambos contrayentes. Dentro del estatuto fiscal la ley preveía la posibilidad de que la pareja pudiese realizar una declaración conjunta del impuesto a la renta pero solo desde el inicio del tercer año de celebración del P.C.S en la secretaria del tribunal; así también se contemplaba la ampliación de los beneficios sociales y prestaciones de seguridad al otro contrayente tales como pensión de viudez, permisos laborales, utilidades, bonos familiares, permiso de residencia y acceso a redes de salud siempre y cuando uno de los contrayentes tuviera cobertura de seguridad social.[105]

---

[101] Pacto Civil de Solidaridad P.C.S o por sus siglas en francés P.A.C.S. http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/N144.xhtml, Acceso: 15 de agosto de 2013, hora: 16:04

[102] Cfr, Id.

[103] Cfr, Id.

[104] Cfr, Id.

[105] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Comparación entre la ley francesa de Pacto Civil de Solidaridad (PACS) y el proyecto de ley español que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/informes/estudios_pdf_informes/nro146%20.pdf, Acceso: 15 de agosto de 2013, hora: 16:09.

Actualmente con la Ley N º 2013-404 de 17 de mayo 2013 el matrimonio se apertura a las parejas del mismo sexo al reformarse la redacción de los articulados del Código Civil en el sentido de que: *dos personas del mismo sexo pueden casarse cuando; al menos uno de ellos o su ley personal o la ley del Estado dé los permisos de residencia*." [106]

En breves rasgos la reforma legal aprobada por el Parlamento de Francia anexa un catálogo de derechos anteriormente reservados a las parejas heterosexuales como el derecho de adopción, dando paso a una equiparación plena a los derechos de las parejas del mismo sexo en relación a los matrimonios heterosexuales.

Países Nórdicos.

Los países escandinavos a excepción de Finlandia han sido los pioneros en reconocer status legal a las uniones afectivas del mismo sexo, ya hemos visto que Dinamarca se constituyó en el primer país en aprobar, en 1989, una ley que permitía la unión civil de parejas del mismo sexo garantizándoles los mismos derechos que los matrimonios tradicionales en cuanto a propiedad, herencia, impuestos y seguridad social, exceptuándose el derecho de adopción. Con posteridad en 1993 Noruega inspirada en las normas danesas de unión civil homosexual, emitió, la ley número 40, de 30 de abril de 1993, relativa al *partnership registrado*; la referida norma garantizaba el derecho de las parejas homosexuales a registrar legalmente la propia convivencia reconociéndoles las misma consecuencias legales de aquellas derivadas del matrimonio, con la excepción del derecho de solemnizar la convivencia en una institución religiosa y el derecho de adoptar niños conjuntamente,[107] en 2008 Noruega abrió la puerta para que las parejas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio no solo civilmente sino también mediante la iglesia luterana, lo cual si bien queda a

[106] Assemblé Nationale*, Condiciones para que opere el Matrimonio Homosexual dentro del Territorio Francés* http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-28287QE.htm, Acceso: 15 de agosto de 2013, hora: 16:30.
[107] Ley número 40, de 30 de abril de 1993.

voluntad del sacerdote, se ha constituido en un derecho para las parejas homosexuales.[108]

En Suecia se reconoció las uniones civiles en parejas del mismo sexo, mediante la aprobación de la Ley sobre la convivencia registrada de 23 de junio de 1994 la cual se refiere exclusivamente a las parejas formadas por personas del mismo sexo que entendiesen registrar libremente la propia convivencia ante el Estado. Al igual que el caso noruego la ley generaba los mismos derechos a las parejas homosexuales que se encontraban reconocidos a las parejas unidas en matrimonio a excepción de la adopción.[109] El 1 de mayo del 2009 el Parlamento Sueco aprobó el matrimonio en parejas del mismo sexo concediéndoles los pocos derechos que les eran desconocidos mediante la figura de la unión civil de 1994; cabe resaltar que la legislación matrimonial moderna en Suecia es de un carácter práctico, sin injerencias religiosas o ideológicas ya que desde el año 2000 el país dejo de tener una religión oficial.[110]

En el caso de Holanda, su legislación ha mostrado ser una de las más progresistas en el mundo en cuanto a minorías sexuales se refiere; así en 1997 mediante la Ley del 5 de Julio 1997 que reforma el Libro I del Código Civil y Código de Procedimiento Civil, se legalizó las uniones en parejas del mismo sexo con los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio; lo realmente novedoso, es que solo cuatro años después, en el 2001 a través de la aprobación de la ley N° 26672 se reforma el artículo 30 del Código Civil Holandés que únicamente contemplaba el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, así como también extiende el deber de fidelidad de los conyugues del mismo sexo.[111] Esto implicaba que el régimen jurídico del matrimonio había de seguir siendo unitario; es decir, los derechos y deberes de los cónyuges serían los mismos independientemente de que sean de

[108] Aftenposten, *Same sex marriage law passed by wide majority* http://web.archive.org/web/20080613053045/http://www.aftenposten.no/english/local/article2479146.ece, Acceso: 09 de mayo de 2014, hora: 11:22

[109] Ley (1987:13) de Cohabitantes Homosexuales y la Ley de Registro de la Pareja de hecho, de 23 de junio de 1994.

[110][110] El País, Suecia legaliza el matrimonio gay http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/04/02/actualidad/1238623213_850215.html, Acceso: 09 de mayo de 2014, hora: 13:29.

[111] The Government of Netherlands, *Same-sex marriage* http://www.government.nl/issues/family-law/same-sex-marriage, Acceso: 09 de mayo de 2014, hora: 11:54.

distinto sexo o del mismo. Mediante la ley de 21 de diciembre de 2000 modificatoria al Código Civil holandés[112], a las parejas homosexuales se les reconoció nuevos derechos tales como: la adopción, la sociedad conyugal común y los derechos de filiación; un verdadero adelanto para la época pero circunscrito únicamente al ámbito nacional.

Por su parte Islandia cuya ley fue aprobada en 1996, inspirada en su homóloga danesa, fue el único país que reconoció, además del derecho a la unión de hecho, el derecho a adoptar a los hijos biológicos de cualquiera de los contrayentes; actualmente la situación de las parejas del mismo sexo en Islandia es distinta desde el 2009 con la entrada en vigor de la *Ley de Neutralidad de Género en el Matrimonio[113],* no solo que se ha reforzado los derechos conyugales de los contrayentes del mismo sexo sino que, se les está permitido que sus uniones sean celebradas bajo el servicio luterano*.* Por estas cualidades se ha reconocido a Islandia como un país tolerante e inclusivo a favor de las poblaciones GLBT-I inclusive la principal jefatura islandesa estuvo a cargo de Jóhanna Sigurðardóttir, quien tiene su lugar en la historia contemporánea al haber sido la Primera Jefa de Gobierno en ser abiertamente homosexual.[114]

Inglaterra.

Reino Unido, a diferencia de los países nórdicos, legaliza en el año 2004 las uniones homosexuales mediante su *Civil Partnership Act* inspirada en el modelo implementado por Dinamarca varios años atrás. Se trata de una norma muy amplia, dado que se compone de 429 páginas y está estructurada en 8 partes, en las cuales se regulan las uniones de hecho para las diferentes regiones de Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte así como establece los efectos jurídicos derivados de la legalizaciones de las uniones de hecho en parejas del mismo sexo. Cada parte se divide en capítulos y cada uno de éstos consta de artículos, por un total de 264

[112] Luis María Díez Picazo, INDRET Revista para el análisis del Derecho, *En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo,* número 2*,* Barcelona, 2007, p. 3.
[113]Jurist, *Iceland parliament approves same-sex marriage legislation,* http://jurist.org/paperchase/2010/06/iceland-parliament-approves-same-sex-marriage-legislation.php, Acceso: 09 de mayo de 2014, hora: 12:08.
[114]Encyclopedia Britannica, *Jóhanna Sigurðardóttir* http://www.britannica.com/EBchecked/topic/1511694/Johanna-Sigurdardottir, Acceso 09 de mayo de 2014, hora: 12:16.

artículos[115]que regulan los principales derechos patrimoniales, testamentarios, fiscales, entre otros a los que las parejas homosexuales dentro del territorio británico pudieran acceder.

Conforme lo determina su artículo primero, la ley regulaba la "*relación entre dos personas del mismo sexo (parejas civiles) la cual es formada una vez que ambos son registrados como parejas civiles"*[116]en este sentido, Lo que caracteriza a este tipo de unión civil es su inscripción en un registro (registration). Las partes de un civil partnership para tener derecho (elegibility) a ser registradas, deben reunir los siguientes requisitos: ser ambos solicitantes del mismo sexo; no estar casados o no tener un civil partnership o tenerlo disuelto; no ser menores de 16 años, o no encontrarse en el grado prohibido de parentesco. Para que el registro produzca efectos jurídicos para los contrayentes, la pareja debe suscribir el documento respectivo ante la autoridad del registro general competente de Inglaterra y Gales y en presencia de dos testigos que avalen el acto judicial.[117]

Los derechos que se derivan de la figura del civil partnership son similares a las generadas por el matrimonio, habiendo, particulares diferencias en la forma de su celebración; así, el primero se formaliza a través del registro respectivo; mientras que en el matrimonio civil existe una ceremonia en la cual la pareja además de firmar la inscripción, intercambia algunas frases. Igualmente, las parejas heterosexuales pueden optar por una ceremonia civil o religiosa, mientras que el civil partnership es exclusivamente un procedimiento civil.[118]

Con la promulgación de la ley denominada *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013,* las parejas homosexuales podrán casarse civilmente, quedando a facultad de las comunidades religiosas anglicanas celebrar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo;[119] cabe recalcar que dicha norma empezará a regir solamente del 01 de

[115] Cristian Zanotti, *La relación de equivalencia del Civil Partnership entre Inglaterra y España,* http://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/8587/TREBALL%20COMPLET%20-%20Cristian%20Zanotti.pdf?sequence=1, Acceso: 15 de agosto de 2013, hora: 17:01
[116] The National Archives, *Civil Partnership Act 2004, article 1.* http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/section/1, Acceso: 15 de agosto de 2013, hora: 16:45
[117] Ob Cit. Civil Partnership Act 2004, article 2
[118] UK. Government website. *Marriage and civil partnership in the UK*. www.gov.uk/marriages-civil-partnerships. Acceso: 03 de diciembre de 2013, hora: 9:15
[119] Ob. Cit Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, article 1 section 4.

julio del 2014[120], ya que dentro del capítulo décimo sexto de la sección segunda de dicha ley, se establece un período de vacancia legal hasta que el Secretario de Estado equipare ciertos derechos y beneficios sociales tanto para las parejas heterosexuales como homosexuales, proveyéndole un plazo perentorio, el cual fenece el 01 de julio de 2014. Así, dentro del territorio británico se ha terminado las pocas disparidades legales existentes para con las minorías sexuales, con relación al matrimonio.

Bélgica.

En el año de 1998 se aprobó la ley referida como *cohabitación légale*[121]la cual se enfoca en regular el ámbito patrimonial de los contrayentes; la referida norma establece estado legal intermedio entre la convivencia de hecho y matrimonio, toda vez que para que la cohabitación pueda ser validada por el funcionario competente, se requiere que la pareja demuestre tener un estado de vida en común (cohabitación) y que además tenga el registro legal de dicha cohabitación.[122]

El registro tiene una función más informativa de los bienes que componen la sociedad formada por los contrayentes, además que determina la responsabilidad solidaria de las obligaciones contraías entre los miembros. En un inicio no se contempló derechos de filiación o prestaciones sociales.

En el año del 2003 Bélgica se convirtió en el segundo país que aprobó el matrimonio homosexual después de Holanda, pero limitando el derecho a la adopción; el cual sería introducido con las reformas realizadas en el 2005 al cuerpo legal.

En conclusión con las reformas introducidas a la Ley del 13 febrero de 2003 emitida por el parlamento belga se garantizó la plena igualdad de las parejas

[120] Ob. Cit Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, article 16 section 5. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/pdfs/ukpga_20130030_en.pdf, Acceso: 15 de agosto de 2013, hora: 17:33.
[121] Archivo de Datos del Senado del Reino de Bélgica- Ley del Matrimonio http://www.senaat.be/www/?MIval=/dossier&LEG=2&NR=1173&LANG=fr, Acceso: 15 de agosto de 2013, hora: 18:53.
[122] Cfr, Id

homosexuales a contraer los mismos derechos y obligaciones que las parejas heterosexuales reafirmando así la indivisibilidad de la figura del matrimonio.

2.1.1. La regulación de las Uniones de Hecho en parejas del mismo sexo en América.

El proceso de legislar instituciones que regulen las uniones afectivas y los derechos derivados en parejas del mismo sexo, a diferencia de la evolución evidenciada dentro de los estados europeos, ha sido un tema heterogéneo dentro de los estados americanos, en ese sentido se puede denotar que países tales como: Canadá, Brasil, Uruguay, México, algunos estados de los Estados Unidos y Argentina mantienen los más altos espectros legales al haber aprobado el matrimonio igualitario con plenos derechos para los contrayentes homosexuales, mientras que, otros países que han pregonado políticas de inclusión y promoción de los derechos humanos dentro de sus territorios tales como: Chile, Perú, Nicaragua y Colombia, hasta la actualidad, se han mostrado reacios en promover normativas de protección a los derechos de las parejas del mismo sexo.

Por lo expuesto se podrá denotar las disimilitudes legales en relación con los derechos del colectivo GLBT-I generadas de un país a otro, lo cual demuestra que el proceso de legalización de las uniones de hecho (o matrimonios homosexuales en ciertas naciones), no son simultáneas ni responden a influencias políticas derivadas de procesos de integración, las cuales si han sido percatadas dentro del derecho comunitario europeo; sino que, el avance en materia de derechos humanos responde, en gran medida, al ideal de respeto del principio de universalidad de los derechos humanos sin que elementos extra jurídicos como; la idiosincrasia, la cultura, la religión o la política puedan mermar el contenido y alcance de los derechos fundamentales de todo ciudadano.[123]

Dentro del presente acápite se analizará el tratamiento legal que se ha dado a los derechos del colectivo GLBT-I mediante el reconocimiento de las uniones de hecho en parejas del mismo sexo en unos casos y el matrimonio homosexual en

[123] Cfr, Miguel Carbonell, "Los derechos fundamentales en América Latina: una perspectiva neoconstitucionalista"*, Derecho y Humanidades*, Número 18, México D.F., 2011 p. 56.

otros, denotando los principales derechos derivados conforme a la normativa desarrollada en cada estado.

Estados Unidos de Norteamérica.

Las primeras iniciativas destinadas a promover los derechos de las minorías sexuales y específicamente a los colectivos GLBT-I se han dado dentro de las legislaciones de los gobiernos locales. El primer estado en legalizar las uniones afectivas y establecer los parámetros legales para las minorías sexuales fue el estado de Massachusetts en el 2003, mediante el caso Hillary Goodridge & otros vs. Department of Public Health[124] en el que se determina la inconstitucionalidad de cualquier ley estatal que defina el matrimonio exclusivamente como la institución legal entre un hombre y una mujer. Frente a dicha resolución, el senado estatal reforma el capítulo 207 al manifestar que

> *"(…) las mismas leyes y procedimientos que gobiernan el matrimonio tradicional también serán aplicables a los matrimonios del mismo sexo. No habrá procedimientos especiales para los matrimonios del mismo sexo".*[125]

Se dice que el Estado de Massachusets es el pionero en establecer un marco de protección para las parejas homosexuales, por cuanto si bien anteriormente algunos estados como California, Vermont y Hawaii en su momento ya habían establecido normativas encaminadas al registro de las parejas del mismo sexo, estos no habían procurado promover derechos a los contrayentes,[126]esto se debía al temor de contradecir la normativa federal que protegía el matrimonio heterosexual, la cual se encontraba vigente desde el 21 de septiembre de 1996.[127]

---

[124]Massachusetts Cases*, HILLARY GOODRIDGE & others vs. DEPARTMENT OF PUBLIC HEALTH* http://masscases.com/cases/sjc/440/440mass309.html, Acceso: 15 de octubre de 2013, hora: 12:26

[125] Massachusetts Trial Court, *Law About Same-Sex Marriage* http://www.lawlib.state.ma.us/subject/about/gaymarriage.html, Acceso: 15 de octubre de 2013, hora: 12:30.

[126]Human Rights Campaign, *Marriage Recognition in the US.* http://www.hrc.org/campaigns/marriage-center, Acceso: 16 de octubre de 2013, hora: 12:46.

[127]The Boston Globe, *The history of same-sex marriage in the US, 1970 to now,* http://www.bostonglobe.com/2013/06/26/same-sex-marriage-over-time/mbVFMQPyxZCpM2eSQMUsZK/story.html, Acceso: 16 de octubre de 2013, hora: 13:12

La Ley Federal de Defensa del Matrimonio o mejor conocida como D.O.M.A por sus siglas en inglés,[128] constituyó el mayor obstáculo legal para la promoción e instauración de sistemas legales locales que reconocieran derechos a las parejas homosexuales; toda vez que la referida normativa determina claramente que:

> *Ningún estado, territorio, posesión de los Estados Unidos, o tribus indígenas, serán requeridos para validar cualquier acto administrativo, instrumento público, o dictamen judicial de cualquier otro estado, territorio, posesión o tribu respecto de uniones entre personas del mismo sexo las cuales hayan sido legisladas como matrimonio bajo las leyes de otro estado, territorio, posesión o tribus, o por un derecho o reclamo derivado de dichas uniones.*[129]

Mediante esta ley, se conminaba a los demás estados federados a desconocer e invalidar jurídicamente cualquier tipo de unión entre personas del mismo sexo reconocidas previamente en otro estado o nación extranjera; en tal sentido, se podía dar el caso de que si un estado promovía el matrimonio homosexual dentro de su jurisdicción, los efectos jurídicos que podrían derivarse de estos no serían jurídicamente reconocidos.

Igualmente la D.O.M.A establecía una prohibición expresa de carácter general imposibilitando a futuro, la instauración del matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel federal, ya que establecía que:

---

[128] US Government Information, *Defense of Marriage Act (D.O.M.A.)* http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104hr3396enr/pdf/BILLS-104hr3396enr.pdf, Acceso: 16 de octubre de 2013, hora: 12:48

[129] Cfr, Id. Traducción hecha por el autor, el original:
"No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other state, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other state, territory, possession or tribe, or a right or claim arising from such relationship". En *Defense of Marriage Act (D.O.M.A.)*
http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104hr3396enr/pdf/BILLS-104hr3396enr.pdf, Acceso: 16 de octubre de 2013, hora: 12:49.

"*La palabra –matrimonio- significa únicamente la unión entre un hombre y una mujer como marido y mujer, y la palabra –esposo- se refiere únicamente a la persona del sexo opuesto el cual puede ser marido o mujer".*[130]

Si bien el espíritu de la norma se enfocaba en incentivar que los Estados, en base a su principio de autonomía legislativa, excluyeren dentro de su sistema legal local todo tipo de reconocimiento jurídico a las parejas del mismo sexo, tal como el matrimonio homosexual, ya que de ser el caso, sus derechos serían jurídicamente inexistentes tanto para otro estado como para el gobierno federal; sin embargo, lo que DOMA logró en definitiva fue que cada senado estatal interpretase su contenido en el sentido que más favorecieren a los intereses de sus ciudadanos, para lo cual, en un inicio, los estados establecieron diversos tipos de figuras legales que protegiesen los derechos ya adquiridos por las parejas homosexuales, tales como los *civil unions* y los *domestic partnerships*. Siendo el senado del estado de Massachusetts el primero en restringir el alcance de la DOMA exclusivamente para el matrimonio heterosexual.[131]

Hasta antes del 26 de junio del 2013, fecha en la cual el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró inconstitucional a la ley DOMA; el matrimonio homosexual había sido aprobado en 9 Estados y el Distrito Capital de Washington; así mismo, se habían establecido figuras legales similares a las uniones civiles para parejas del mismo sexo en 10 estados, lo cual denota que la ley DOMA estaba ya perdiendo terreno en su ideal de detener la legalización de los matrimonios homosexuales dentro de los Estados Unidos.[132]

---

[130] Cfr, Id. Traducción hecha por el autor, el original:
"the word 'marriage 'means only a legal union between one man and one woman a husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife" en *Defense of Marriage Act (D.O.M.A.).*
http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104hr3396enr/pdf/BILLS-104hr3396enr.pdf, Acceso: 16 de octubre de 2013, hora: 12:50.

[131] The Boston Globe, *The history of same-sex marriage in the US, 1970 to now.*
http://www.bostonglobe.com/2013/06/26/same-sex-marriage-over-time/mbVFMQPyxZCpM2eSQMUsZK/story.html, Acceso: 16 de octubre de 2013, hora: 13:12

[132] CNN, *Same-sex marriage in the United States,*
http://edition.cnn.com/interactive/us/map-same-sex-marriage/, Acceso: 09 de mayo de 2014, hora: 14:04.

La limitación legal que tenían las parejas del mismo sexo para que los derechos derivados de sus uniones civiles estatales sean reconocidos a nivel federal finalizaron cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso US. Vs Windsor[133] determinó la inconstitucionalidad de la ley D.O.M.A, y una ley estatal del estado de California denominada como Proposition 8, con una votación de 5 a favor de la inconstitucionalidad y 4 en contra de la derogación de la referida ley. Generando, como consecuencia, el reconocimiento a nivel federal de los derechos generados de las uniones civiles o matrimonios entre personas del mismo sexo regulados en cada estado.[134]

Canadá.

El caso canadiense es uno de los más peculiares dentro del derecho comparado en lo que respecta con nuestro caso, toda vez que, el proceso de legalización de los matrimonios en parejas del mismo sexo, respondió a iniciativas judiciales aisladas dentro de cada provincia del estado canadiense, así las provincias que autorizaron la celebración de matrimonios homosexuales fueron: Ontario, Columbia Británica, Quebec, Yukón, Manitoba, Nueva Escocia, Saskatchewan, Terranova y Labrador y New Brunswick.[135] Dentro de los referidos procesos judiciales, tanto los jueces provinciales o territoriales, decretaron que es inconstitucional y discriminatorio negar el derecho del matrimonio a las parejas homosexuales.[136]

Frente a las sentencias emanadas por los órganos judiciales provinciales; el gobierno federal (Cámara de los Comunes de Ottawa) el 30 de junio de 2005, promulgó la Ley C-38, mediante la cual, se autorizó el matrimonio federal entre

[133]Cornell University Law School, *United States vs. Windsor,* http://www.law.cornell.edu/supct/cert/12-307, Acceso: 19 de octubre de 2013, hora: 18:33
[134] Justia US Supreme Court, *Case United States v. Windsor,* http://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/, Acceso: 19 de octubre de 2013, hora: 18:43.
[135] Elí Rodríguez Martínez, *El Reconocimiento de las Uniones Homosexuales, una perspectiva de derecho comparado en América Latina.* http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/130/art/art7.pdf, Acceso: 20 de octubre de 2013, hora: 16:56.
[136] Cfr, Id.

personas del mismo sexo, con los mismos derechos y obligaciones legales que el matrimonio heterosexual.[137]

México.

Los Estados Unidos Mexicanos han tenido un avance progresivo a favor de las minorías sexuales a partir de la promulgación de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal el 16 de noviembre de 2006[138], este documento constituyó el primer esbozo legislativo en toda Latinoamérica para regular las uniones afectivas de las parejas del mismo sexo con los mismos derechos y deberes que las parejas instituidas bajo la figura del matrimonio. Conforme lo que determina dicha ley, su objeto es establecer las bases y regular las relaciones derivadas de las sociedades de convivencia en el Distrito Federal, para lo cual se constituye un acto jurídico bilateral, entre dos personas físicas de diferente o del mismo sexo mayores de edad y con capacidad jurídica plena, para establecer un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.[139]

Las principal innovación en esta ley estatal yace en la creación de un nuevo estado civil para los contrayentes, adicionalmente la constitución de una sociedad de convivencia genera entre los convivientes derechos alimentarios, sucesorios, previsión social y salud; en referencia a la adopción la Sociedad de Convivencia lo deniega para las parejas del mismo sexo; a pesar de ello la aprobación de la referida ley significó un paso importante en el reconocimiento de la diversidad sexual existente dentro del Distrito Federal de México ampliando el ejercicio de los derechos de sus ciudadanos.[140]

Por su parte el estado mexicano de Coahuila publicó en la ley de reforma al Código Civil y del Registro Civil para consagrar el Pacto Civil de Solidaridad para dar

[137] Cfr, Id.
[138] Universidad Nacional Autónoma de México, *Comentario a Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal*; http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/3/cl/cl7.pdf, Acceso: 11 de mayo de 2014, hora: 17:45.
[139] Gobierno del Distrito Federal de México, *Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal* http://www.df.gob.mx/index.php/ley-de-sociedad-de-convivencia-para-el-distrito-federal-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo, Acceso: 11 de mayo de 2014, hora: 18:03
[140] Ob. Cit Universidad Nacional Autónoma de México, *Comentario a Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal*; pp. 159-162

un reconocimiento formal al derecho de convivencia a las parejas del mismo sexo, poco tiempo después le seguiría el estado de Michoacán, Zacatecas, Veracruz y Guerrero con proyectos similares a la sociedad de convivencia y al pacto civil de solidaridad.[141]

En la actualidad, en dos de las treinta y dos entidades que forman los Estados Unidos Mexicanos el matrimonio en parejas del mismo sexo es legal; el Distrito Federal y el estado de Quintana Roo, con plenos derechos inclusive la adopción, la cual fue reformada dentro de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal en el año 2010.[142]

Uruguay.

Dentro del contexto latinoamericano, Uruguay es uno de los mejores referentes del proceso legal y constitucional para reconocer derechos conyugales a parejas del mismo sexo, su evolución legal y constitucional iniciaría en el año 2007 mediante la promulgación de la Ley número 18.246 referente a las Uniones Concubinarias.[143]

La referida ley determinaba un plazo de 5 años de convivencia ininterrumpida desligada de todo vínculo matrimonial entre los contrayentes,[144]para su reconocimiento; además de que facultaba a los contrayentes el derecho a adoptar; y, determinaba específicamente los beneficios y obligaciones de seguridad social. Un verdadero adelanto para aquel tiempo lo que lo constituyó en el primer país latinoamericano en reconocer el derecho a adoptar a las parejas homosexuales.

En 2013 el Senado Uruguayo, da un paso trascendental al aprobar la ley número 19.075 de Matrimonio Igualitario en el que se modifica el art. 83 del Código Civil Uruguayo, introduciéndole un primer inciso que establece que"*El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual*

[141] Cfr, Id.
[142] Latin American Herald Tribune*, Mexico City Lawmakers to Consider Gay Marriage* http://www.laht.com/article.asp?ArticleId=348002&CategoryId=14091, Acceso: 11 de mayo de 2014, hora: 18:44.
[143] Parlamento de Uruguay, *Ley Nº 18.246 de Unión Concubinaria*, http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18246&Anchor=, Acceso: 26 de octubre de 2013, hora: 14:53.
[144] Cfr, Id.

sexo."[145]Las disposiciones contenidas dentro de la ley 19.075 reforman los artículos del Código Civil uruguayo con el objetivo de incluir a las minorías homosexuales dentro del ámbito de aplicación del código en materia conyugal.

Argentina.

El estado federal argentino empezó el reconocimiento y promoción de los derechos de las minorías sexuales desde el 2003 con la aprobación de las uniones de hecho en Buenos Aires mediante ley 1004 de unión civil;[146]este evento marcaría el inicio de una serie de legalizaciones locales dentro del estado argentino, Villa Carlos Paz-Córdova en el 2007, y en Río Cuarto Córdova en el año 2009.[147]

En el año 2010, y fundamentado en los precedentes mencionados; el Senado de la República Argentina aprobó la Ley 26.618 o también llamada, Ley de Matrimonio Igualitario por el cual se reforma el Código Civil Argentino. Haciendo del Estado Argentino el primer estado de Latinoamérica en aprobar el matrimonio homosexual con plenos derechos.

Mediante esta ley se inserta nuevos sujetos de derechos dentro de la figura del matrimonio civil; y lo que es más notable es que taxativamente se determina la igualdad de derechos y obligaciones de los contrayentes independientemente de si estos son homosexuales o heterosexuales.

> "*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".*[148]

[145]Parlamento de Uruguay*, Ley Nº 19.075- de Matrimonio Igualitario*, http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=19075&Anchor=, Acceso: 26 de octubre de 2013, hora: 15:23.
[146]Comunidad Homosexual de la Argentina, *Historia del Matrimonio GLBT en Argentina*, http://www.cha.org.ar/historia-del-matrimonio-lgtb-en-argentina, Acceso: 27 de octubre de 2013, hora: 15:20.
[147] Graciela Medina, *Uniones de Hecho Homosexuales*, http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1527/1.pdf, Acceso: 27 de octubre de 2013, hora: 14:55.
[148] Senado de la Nación Argentina, *Ley 26.618*, http://www.unc.edu.ar/extension-unc/vinculacion/genero/legislacion-vigente-sobre-genero/nacionales/ley%20nacional%2026618-matrimonio-igualitario-2010.pdf, Acceso: 27 de octubre de 2013, hora: 15:38.

La ley de matrimonio igualitario, compuesta de cuarenta y tres articulados, reforma el código civil argentino en los ámbitos de validez matrimonial de las parejas homosexuales (artículos 2 y 3), patria potestad (artículo 8, 9, 14), administración de bienes conyugales (artículo 12), e inclusive la forma de integración de los apellidos del hijo adoptado (artículo 16).[149]

Colombia.

El reconocimiento y promoción de los derechos del colectivo GLBT-I dentro del estado colombiano surgió desde el año 2007, mediante la sentencia C-075 de 2007, por la cual se da el primer pronunciamiento judicial respecto del tipo de reconocimiento jurídico que se debía dar a las parejas homosexuales.[150]

Mediante esta sentencia se reconoció a las parejas del mismo sexo dentro del estado colombiano, derechos patrimoniales y la inscripción de su unión libre después de haber convivido mínimo dos años ininterrumpidos.[151]

En el 2009, la Corte Constitucional declaró como inconstitucionales alrededor de 25 normas jurídicas por vulneración al principio de igualdad, ya que, las referidas normas no se aplicaban en similar forma a las parejas homosexuales y heterosexuales; dicha decisión generó, en consecuencia, que las Autoridades reconociesen por primera vez la ausencia de mecanismos de protección en el ámbito patrimonial para las parejas del mismo sexo, y una latente discriminación de las uniones afectivas homosexuales por parte del estado lo cual se encuentra proscrito por la Constitución.[152]

Adicionalmente, la Corte Constitucional de Colombia ha determinado en diversos fallos su apoyo en la promoción de los derechos del colectivo GLBT-I, en tal sentido, la sentencia más notable, es sin lugar a dudas la C-577/11 de 2011 por la

[149] Cfr, Id.
[150] Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-075/07*, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm, Acceso: 27 de octubre de 2013, hora: 15:32.
[151] Cfr, Id.
[152] Corte Constitucional de Colombia , *Sentencia C-29/09,* http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm, Acceso: 27 de octubre de 2013, hora: 15:46.

cual se insta al Congreso Nacional a legislar los derechos a las parejas del mismo sexo; determinando que si para el 20 de junio de 2013, no se ha expedido la legislación correspondiente (ley de matrimonio homosexual), las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente para formalizar un vínculo contractual que les permita constituirse como familia, sin especificar el tipo de vínculo que podría serles reconocido.[153]Conducentes a superar el déficit de protección en contra de este grupo minoritario.

El 23 de abril del 2013, el Senado de la República de Colombia determinó que el matrimonio constituye la unión entre un hombre y una mujer; y, por lo tanto declarando inexistente la pretendida discriminación determinada por la Corte Constitucional, y en consecuencia, rechazó un ambicioso proyecto de ley que pretendía legalizar el matrimonio homosexual.[154]

Sin embargo, y al haber el senado colombiano incumplido con el mandamiento emanado por la Corte Constitucional; ya que en definitiva el Congreso de la República no reguló las uniones en parejas del mismo sexo, se habilitó el camino legal para que las parejas homosexuales puedan recurrir ante los jueces civiles municipales competentes para acceder a la figura civil del matrimonio tal como lo prescribió la Corte Constitucional dentro de su parte resolutiva. En consecuencia, hasta la presente fecha, existen dos casos de matrimonios en parejas del mismo sexo plenamente validados inclusive por la Corte Constitucional.[155]

Actualmente el argumento esgrimido para aceptar formalizar las uniones homosexuales bajo la institución del matrimonio radica en que, como en el orden jurídico colombiano no concurre normatividad sustancial ni procesal que regule cual es el contrato a celebrar ni el Juez competente ni el procedimiento aplicable a la

[153] Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-577/11, numeral 7, Exhorto dirigido al Congreso de la República.*
http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm, Acceso: 27 de octubre de 2013, hora: 16:13.
[154]Aristegui Noticias, *Matrimonios gay, rechazados por el senado de Colombia,*
http://aristeguinoticias.com/2504/mundo/matrimonios-gay-rechazados-por-el-senado-de-colombia/, Acceso: 03 de noviembre de 2013, hora: 16:11.
[155] El Espectador, *Corte Rechazó solicitud de nulidad de sentencia sobre uniones homosexuales,* www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-rechazo-solicitud-de-nulidad-de-sentencia-sobre-u-articulo-435807. Acceso: 03 de noviembre de 2013, hora: 16:24.

formalización de la unión de las parejas del mismo sexo, es necesario acudir a las normas aplicables a situaciones similares o análoga y que, de acuerdo a los mandatos de la Carta Suprema, garanticen favorablemente el derecho fundamental de las parejas homosexuales a formar este vínculo jurídico, como es el caso de las reglas aplicables al contrato del matrimonio civil y del proceso para la celebración del matrimonio civil, a voces del artículo octavo de la Ley 153 de 1887 y el artículo quinto del Código de Procedimiento Civil.[156]

2.2. Derechos derivados de las uniones de hecho homosexuales en el Ecuador.

La institución jurídica de la unión de hecho, apareció por primera vez en el Ecuador dentro de la constitución de 1978. Su introducción respondió a la necesidad imperante de regular el aspecto patrimonial y de filiación de aquellas parejas que habitaban en concubinato o mantenían lazos afectivos de hecho. Esta figura habría sido recogida en el artículo 25 de la Constitución de la República de 1978 que determinaba:

> *La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, da lugar a una sociedad de bienes, que se sujeta a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fueren aplicables, salvo que hubieren estipulado otro régimen económico o constituido en beneficio de sus hijos comunes patrimonio familiar.*[157]

De la redacción del artículo precedente se puede inferir que la institución creada dentro de la constitución de aquel entonces se enfocaba únicamente en establecer un régimen legal para el ámbito patrimonial originado de las uniones afectivas de un hombre y una mujer, aunque si bien hace un breve comentario

[156] El Espectador, *Juez de Bogotá celebrará el primer matrimonio homosexual en Colombia*, http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/juez-de-bogota-celebrara-el-primer-matrimonio-homosexua-articulo-433299, Acceso: 29 de mayo de 2014, Hora: 10:52.
[157] Constitución de la República del Ecuador de 1978 artículo 25, http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/biblioteca/1978-codificada-en-1997.pdf, Acceso: 27 de octubre de 2013, hora: 13:06

respecto de los derechos reales para los hijos derivados de dichas uniones, esto no significaba una regulación de los derechos de filiación existentes entre los padres e hijos.

Acorde al tratadista chileno Luis Parreguez la instauración de la figura legal de la unión de hecho generó las bases de un nuevo régimen jurídico, de extraordinario interés social, que si bien en sus mecanismos de aplicación quedaba sujeto a la promulgación de una ley secundaria, (que sería elaborada 4 años después) definió dos principios fundamentales para el nuevo tratamiento de las uniones de hecho en el derecho de familia ecuatoriana: a) Estas uniones, como tales, dejaban de constituir figuras delictivas, en cuanto concurrieran las condiciones previstas en la norma constitucional y b) Que, no obstante la apertura favorable a estas uniones, la norma constitucional no creaba ni pretendía crear un tipo matrimonial paralelo al matrimonio civil.[158]

Solamente a partir de la constitución de 1998, se equipara la unión de hecho con el matrimonio civil; reconociéndose, en efecto, los mismos derechos y obligaciones a las parejas unidas que aquellas constituidas en matrimonio. Así, el artículo 33 de la constitución mantiene los requisitos mínimos que su predecesora, pero inserta un elemento radical al expresar que con la unión de hecho se "*generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal"*.[159]

Con la introducción del referido parágrafo, se amplió el espectro de derechos dentro de la institución jurídica de la unión de hecho, en tal sentido, ya no solo que se contemplaba derechos patrimoniales para las parejas constituidas mediante dicha institución, sino que también, se generó un nuevo catálogo de derechos para las parejas heterosexuales tales como filiación, sociedad común de bienes, derechos sociales, y derechos sucesorios.

Con las últimas reformas realizadas dentro de la nueva constitución de 2008, las parejas homosexuales pueden acceder a los derechos y obligaciones contenidas

[158] Cfr, Luis Parreguez Ruiz, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Volumen II*, Cuenca, Universidad Técnica Particular de Loja, segunda edición, 1996, p. 256.
[159] Constitución de la República del Ecuador de 1998, articulo 33

dentro de la mencionada figura legal, esencialmente con la eliminación del requisito de un hombre y mujer como contrayentes, nuevos sujetos han sido incluidos dentro de la institución jurídica de la unión de hecho. Así la constitución vigente en su artículo 68 determina 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.*
>
> *La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.*[160]

A pesar de no encontrarse estipulado dentro de la antedicha norma, una de las graves falencias que se presenta para el reconocimiento de las uniones de hecho dentro de la legislación secundaria tanto en parejas heterosexuales como homosexuales, es la instauración de un plazo de dos años de convivencia ininterrumpida como requisito mínimo; en palabras de la activista GLBT-I Karen Barba *ya no es tan necesario, a menos que el notario lo requiera; pero, esta solemnidad no es tan imperante dentro de las notarías, a menos que uno sea extranjero ahí si existe mayor formalismo.*[161]

En la actualidad, existen un creciente número de parejas heterosexuales que optan por esta figura para regular sus uniones afectivas, esto se traduce en que, acorde al último Censo de Población y Vivienda realizado en Noviembre de 2010 un total de 2'214,067 personas vive en estas condiciones, lo que representa un 20,43% de la población total del país.[162]

En tal sentido, y a pesar de los impedimentos que se pueden visualizar, la figura legal de la Unión de Hecho tiene mayor acogida que en años previos, a pesar de ello, las normas que regulan dicha institución son elementales. Al respecto la Dra.

---

[160] Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 68
[161] Karen Barba, entrevista personal, 14 de febrero 2014.
[162] El Telégrafo, *Unión libre, tendencia que vence al matrimonio,* http://www.telegrafo.com.ec/sociedad/item/union-libre-tendencia-que-vence-al-matrimonio.html, Acceso: 27 de octubre de 2013, hora: 14:41.

María de los Ángeles comenta: *Por lo pronto, la Ley no ampara a los que no cumplen con los requisitos de estabilidad, convivencia y monogamia. Para ellos, hay un vacío legal*.[163]

Para los colectivos homosexuales, sin embargo y a partir de la promulgación de la nueva Constitución, esta figura ha sido el único mecanismo por el cual se ha podido legalizar sus vínculos afectivos; y, de la misma forma, ha sido con las uniones de hecho, la manera por la cual han logrado determinar progresivamente nuevos derechos que anteriormente no lo hubiesen podido adquirir, en especial los derechos de sociedad de bienes, derechos de filiación y derechos sociales.

2.2.1 La normativa constitucional y legal que regula las uniones de hecho en el Ecuador.

Las uniones de hecho no tienen un ordenamiento integral en el derecho positivo ecuatoriano, sus efectos se encuentran regulados en la Constitución de la República, en el Código Civil, y en la anacrónica Ley que Regula las Uniones de Hecho; dentro del ámbito constitucional esta ha sido únicamente recogida dentro del artículo 68 de la Constitución el cual pretende equiparar a la figura jurídica de la unión de hecho con la del matrimonio, dotándola de los mismos efectos jurídicos que el matrimonio civil. Sin embargo, el último inciso del articulo 68 contiene una cláusula restrictiva a las parejas homosexuales (derecho a adoptar), contraviniendo el principio de igualdad y no discriminación pero no desnaturalizando los elementos constitutivos de la unión de hecho que son la unión, afecto y proyecto de vida común.

Para la constitución; la idea familia estará siempre ligada a la diversidad de los tipos de familia, en ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico no puede continuar regulando para un solo modelo de familia; sino que, en respuesta a la organización política y social impuesta y a las realidades preexistentes dentro de nuestro territorio; todos los tipos de familia poseen la misma protección por parte del estado, así el artículo 67 de la Carta Fundamental establece que:

> *Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan*

[163] Vistazo, *Distintas formas de Amar*, http://www.vistazo.com/impresa/vidamoderna/imprimir.php?Vistazo.com&id=4934, Acceso: 27 de octubre de 2013, hora: 14:45.

integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.[164]

Por lo expuesto previamente se puede colegir que; a pesar de que exista puntuales limitaciones a los derechos de las familias homoparentales, estas no son excluidas por nuestro ordenamiento jurídico ya que al reconocer a nivel constitucional otros tipos de familia que la clásica familia heterosexual monogámica, se está implícitamente reconociendo los mismos derechos y obligaciones a todas las familias; en tal sentido, mediante una interpretación sistemática a la luz del texto constitucional y de los elementos constitutivos del bloque de constitucionalidad, se puede concluir que, las familias homoparentales, gozan de igual protección constitucional y legal ya que reúnen los mismos elementos básicos que cualquier otro tipo de familia.

Como segundo punto, es menester referirnos a las principales normas legales que regulan la institución de familia de la unión de hecho, así se puede determinar que existen dos cuerpos legales, a saber: el Código Civil y la Ley que Regula las Uniones de Hecho. El primero determina propiamente los requisitos que deben ser observados por la Autoridad competente, y el segundo, despliega el procedimiento a seguirse y las instituciones jurídicas derivadas del reconocimiento de la unión de hecho.

Analizaremos, en un primer momento las disposiciones contenidas dentro del título VI del Libro I de la Codificación al Código Civil que prescribe los requisitos esenciales de la referida institución jurídica; en efecto, el inciso segundo del art. 222 y el art. 223 del referido cuerpo legal se describen los requisitos legales, en los siguientes términos:

(…) La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes.

[164] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 67.

Art. 223.- Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos.

El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente.[165]

De lo citado previamente se colige que el primer requisito que la norma señala es la preexistencia de una unión estable y monogámica entre dos personas públicamente reconocida.

El segundo requisito que se desprende de las normas precitadas, es el período de convivencia; en tal sentido se entiende que el lapso mínimo que se exige para el reconocimiento de la unión de hecho es de dos años ininterrumpidos; al respecto el Dr. Geovany Cevallos Egas dice: "*Este requisito hace relación al tiempo mínimo que debe transcurrir para que este tipo de situaciones se pueda configurar como unión de hecho. Para ello se hacía necesario designar en el tiempo lo que debía entenderse por la unión libre*".[166]

Un tercer requisito que la norma exige es que los contrayentes se encuentren libres de vínculo matrimonial; con lo cual se evitaría problemas legales que se podrían derivar dentro de los regímenes de seguridad social, sociedad de bienes o hereditarios a manera de ejemplo.

El cuarto requisito es lo que la doctrina ha determinado como el de la finalidad de la unión de hecho, la cual responde a la concepción que el Código Civil ha dispuesto para dicha institución jurídica cuando taxativamente declara *"con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente da origen a una sociedad de bienes".*[167] De esta declaración, se deriva el concepto de la sociedad de hecho cuyas características comunes radican en un proyecto de vida común de los contrayentes fundado en el mutuo auxilio y la procreación.

---

[165] Codificación al Código Civil, Artículo 222 y 223.
[166] Geovany Cevallos Egas en José García Falconi, *Análisis jurídico sobre la existencia de la unión de hecho y su terminación en la legislación ecuatoriana*, Quito, Ediciones Rodin, 2006, p. 46.
[167] Codificación al Código Civil, Articulo 81.

Finalmente el quinto requisito se expresa en la publicidad de la unión de hecho, recogido en el art. 223 del Código Civil; es decir que, la unión debe tener un carácter público basados en principios y objetivos comunes, mostrándose para sí y para el mundo exterior, como marido y mujer, como una familia.

Anteriormente existía el principio de la vocación de la legitimidad que se resumía en la aptitud de los contrayentes para poder contraer nupcias y poder validarlo así el principal requisito que exigía el Código Civil era la distinción de sexos entre los contrayentes; este principio quedó rezagado cuando se introdujo la unión de hecho homosexual a nivel constitucional; por lo tanto ahora, teóricamente, cualquier clase de unión sería válida si se cumple los requisitos citados anteriormente.

Acorde con la Directora de la Fundación Causana Karen Barba; *para la materialización de la unión de hecho dos personas capaces y libres de vínculo matrimonial, deben ir con una minuta elaborada por un abogado, donde indique que las personas quieren formar un unión de hecho, y que se verifique que supuestamente la pareja vive por 2 años de manera estable y monogámica.*[168]

2.2.2 Derecho a una Sociedad de Bienes.

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1978, los efectos derivados de la figura de la Unión de Hecho se han mantenido casi sin mayores modificaciones; en tal sentido la constitución de 2008 ha determinado que el reconocimiento de las uniones de hecho entre dos personas libres de vínculo matrimonial generan los mismos derechos y obligaciones que las parejas constituidas en matrimonio.[169]

Uno de los principales derechos derivados de la figura legal estudiada, es sin duda, la generación de una unidad patrimonial independiente de los contrayentes, esta figura es denominada en la institución del matrimonio como sociedad conyugal, mientras que dentro de las uniones de hecho ha sido denominada como sociedad de bienes.

[168] Cfr, Id.
[169] Cfr, Constitución de la República del Ecuador, Articulo 68.

La importancia de la constitución de esta figura paralela, pero no distinta de la sociedad conyugal, radica en establecer una masa patrimonial universal donde se pueda aportar los bienes propios y futuros de los cónyuges, se determine los gananciales de cada uno y se configure la administración de dicha entidad jurídica, tal como sucede en la sociedad conyugal.

En ese sentido, el artículo 4 de la Ley que Regula las Uniones de Hecho determina las normas aplicables a la sociedad patrimonial de hecho, al manifestar que:

> "*Las personas unidas de hecho podrán constituir patrimonio familiar para sí y en beneficio de sus descendientes, el cual se regirá por las reglas correspondientes del Código Civil. La sociedad de bienes subsistirá respecto de los restantes*".[170]

Igualmente el artículo 8 de la precitada ley establece el régimen jurídico aplicable a la sociedad de hecho en el siguiente sentido:

> "*Art. 8.- El haber de esta sociedad y sus cargas, la administración extraordinaria de sus bienes, la liquidación de la sociedad y la partición de gananciales, se rigen por lo que el Código Civil dispone para la sociedad conyugal*".[171]

De lo citado anteriormente se deduce que, el régimen legal aplicable para la Sociedad de Hecho se encuentra dentro del Libro I del Código Civil, Título V, Parágrafo 2 relativo a la Sociedad Conyugal y las Capitulaciones Matrimoniales.

Finalmente se debe recalcar que la jurisprudencia vinculante relativa al caso que nos atañe, se ha inclinado en asimilar la condición jurídica de los concubinos a la de los cónyuges, determinando inclusive que la forma de partición de los bienes corresponderá en la misma forma establecida para la partición conyugal.

> *(…) una sociedad de hecho conocida en nuestra legislación como el cuasicontrato de comunidad. En aquel estado de cosas, cada uno de los concubinos atiende las necesidades del hogar formado, en forma similar a la que realizan los cónyuges (…) Esta interacción de las diversas actividades con*

[170] Ley que Regula las Uniones de Hecho, Articulo 4.
[171] Ley que Regula las Uniones de Hecho, Articulo 8.

el recurrir del tiempo, dan origen, en la generalidad de los casos a la adquisición de bienes, y por lo tanto legal, a la luz de nuestra legislación, causa derechos, entre los cuales los relativos a la copropiedad de los bienes adquiridos durante ella y a la filiación de los hijos, que claramente lo establece el No. 4 del Art. 157 del Código Civil, tienen especial relevancia (…).[172]

2.2.3 Derechos de Filiación y Sucesión.

Las familias como núcleos primigenios de la sociedad, encuentran su máxima expresión mediante la descendencia de los contrayentes, es por ello que el derecho de familia, ha establecido el derecho de filiación por el cual se regula las continuas relaciones existentes entre los padres y sus hijas e hijos, y que en consecuencia se determina la identidad de sus descendientes, la patria potestad de la que gozan las madres y padres y la generación de los derechos de sucesión hereditaria.

Se ha definido a la filiación como el vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores, vínculo que tiene su fundamento en un hecho, como la procreación, la reproducción asistida o la adopción. La doctrina habla de tres clases de filiación a saber; la matrimonial, la cual tiene su origen en el matrimonio, es decir, la que correspondería a los hijos concebidos en matrimonio, la segunda es la llamada extramatrimonial; por la que se reconoce a los hijos de personas no unidas entre sí por la figura del matrimonio; en este caso se ubicarían los hijos nacidos dentro de cualquier tipo de unión de hecho o legal; y por último se conoce la filiación adoptiva por la cual se crea un vínculo paterno-filial que si bien no corresponde a una realidad biológica, la ley lo considera como tal.[173]

Sin importar que el origen de la filiación se derive del matrimonio, la unión de hecho o la adopción; el primer efecto inmediato que emana de la filiación, es el reconocimiento de la descendencia de los contrayentes; es decir, con la filiación se establece en un primer momento, la identidad de los hijos.

---

[172] Resolución No. 48-2003, Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, Registro Oficial No. 66 del 22 de abril de 2003.
[173] Cfr, Augusto Cesar Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, décima Edición, 2011, p. 729.

El derecho a la identidad, establecido por la filiación, ha sido garantizado en nuestra constitución dentro del art. 66, numeral 28 que establece lo siguiente:

> *El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.*[174]

Sin embargo, el derecho a la identidad se muestra más imperioso para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, siendo obligación del estado, el respeto y cuidado de la identidad de los niños tal como lo establece la Convención de los Derechos del Niño dentro de su artículo 8, numeral 1; instrumento multilateral de carácter internacional que forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

> *"Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".*[175]

De lo recogido previamente se desprende la importancia que tiene la figura legal de la filiación para determinar la identidad de la descendencia de las parejas constituidas mediante matrimonio o por uniones de hecho; pero por otra parte, la filiación también genera una serie de derechos y deberes que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados, englobados dentro de la figura de la patria potestad.[176]

Dentro de nuestra legislación, el concepto más integral de lo que es la patria potestad, ha sido enunciada dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, como; *el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos*

[174] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 66, numeral 28.
[175] Convención Sobre los Derechos del Niño, Artículo 8, numeral 1.
[176] Ob. Cit, Augusto Cesar Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, p. 829.

e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.[177]

Este concepto nos da un prefacio sobre qué clase de obligaciones se establecen para los padres a favor de sus hijos, así podemos establecer el derecho a la alimentación, desarrollo integral, educación y provisión de cuidados médicos, y por otra parte se reservan los padres su consentimiento para que su hijo pueda realizar ciertos actos o contratos legales, como la autorización para contraer matrimonio, autorizarlo para salir fuera del territorio, autorizarlo para comparecer en juicio, o disponer de bienes inmuebles y muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, previa autorización judicial; procedimientos regulados dentro del Código Civil.

Como segundo punto, en relación a los derechos sucesorios para las parejas reconocidas bajo la figura de la unión de hecho, debemos observar lo prescrito dentro del art.10 de la Ley que Regula las Uniones de Hecho.

> *Art. 10.- Las reglas contenidas en el título II, libro tercero del Código Civil, referente a los diversos órdenes de la sucesión intestada en lo que concierne al cónyuge, se aplicarán al conviviente que sobreviviere, del mismo modo que los preceptos relacionados a la porción conyugal*.[178]

En base a lo expresado dentro del artículo previo se puede establecer que la situación del cónyuge sobreviviente de las parejas heterosexuales y del cónyuge sobreviviente de parejas del mismo sexo son asimilables, pues dentro de la norma como dentro del Código Civil no existe ninguna diferenciación, por lo que en base a una interpretación integral, los convivientes homosexuales están protegidos por el mismo procedimiento legal para las sucesiones intestadas en matrimonio; estipuladas en las reglas del título II del libro tercero del Código Civil.

2.2.4 Derechos Laborales-Seguridad Social

[177] Código de la Niñez y Adolescencia, Articulo 105.
[178] Ley que Regula las Uniones de Hecho, Articulo 10

Dentro de los beneficios sociales que se derivan de la unión de hecho, se han determinado dos tipos de beneficios para los contrayentes, a saber existen, los beneficios del seguro social y las utilidades laborales. El primero, se encuentra recogido dentro del art.102 de la Ley Orgánica de Seguridad Social, en cuya parte pertinente establece lo siguiente:

> *El Seguro General de Salud Individual y Familiar protegerá al asegurado contra las contingencias de enfermedad y maternidad, dentro de los requisitos y condiciones señalados en este Título"*
>
> *El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, y sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, así como el jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual. Las beneficiarias del seguro de maternidad recibirán atención de embarazo, parto y puerperio.*[179]

Así también, el art. 194 de la Ley de Seguridad Social en su literal c) reconoce el derecho de viudez a la persona que sin hallarse actualmente casada hubiere convivido en unión libre, monogámica y bajo el mismo techo, con el causante, libre también de vínculo matrimonial, por más de dos años inmediatamente anteriores a la muerte de éste.[180]

Las normas citadas determinan una ampliación de la cobertura del régimen de seguridad social a los contrayentes reconocidos mediante unión de hecho, por lo que, no existiría impedimento para que una persona homosexual pueda acceder a la cobertura de salud y viudez derivada de su pareja. En nuestro país, se ha sentado un precedente al respecto a favor de las parejas homosexuales; específicamente en el tema de pensión de viudez y montepío.

En agosto del 2011 Janneth Peña, solicitó la pensión de montepío y cesantía por la defunción de su compañera Thalía Álvarez Carvallo, fallecida unos meses antes y afiliada al IESS. Ambas mantuvieron una unión de hecho durante tres años y

[179] Ley Orgánica de Seguridad Social, Articulo 102
[180] Ley Orgánica de Seguridad Social, Articulo 194

10 meses legalmente reconocida ante un notario.[181] Sin embargo, le tomaría más de cuatro meses para lograr que la entidad de una respuesta a su requerimiento. "*Hubo desconocimiento y discriminación de los funcionarios que en algunos casos no permiten ni hablar. No me podían recibir los papeles y dijeron que no era viable porque nunca se había hecho."*[182]A pesar de todos los inconvenientes suscitados en la tramitación del proceso administrativo, logró en diciembre del 2011 que el IESS le reconociese a su favor la prestación de montepío y la cesantía como a cualquier otra pareja en estado de viudez.

Esto marca un verdadero adelanto al menos dentro de los derechos de seguridad social en parejas del mismo sexo, actualmente con el precedente interpuesto por Janeth Peña muchas otras parejas podrán acceder a los mismos beneficios de seguridad social sin necesidad de mayores letargos administrativos por parte de las entidades públicas.

Por otra parte, dentro del ámbito jurisprudencial, se ha reconocido los beneficios de seguridad social que le asisten al contrayente dentro de la Resolución No. 0838-2007-RA emitida por la tercera sala de lo civil y mercantil de la Corte Nacional, el cual en su parte expositiva determina:

> *(…) el reconocimiento de una unión de hecho únicamente debe favorecer a los convivientes y no afectarles, pero, eso sí, teniendo validez constitucional esta forma de familia debe ser respetada por la sociedad y garantizados los derechos que le corresponde como a cualquier familia formada por vínculo matrimonial, pues así manda la Carta Fundamental, en aplicación del derecho a la igualdad que impone que deben percibir el mismo trato quienes se encuentran en igual condición (….) La señora María Mediana no ha sido tomada en cuenta por el Instituto de Seguridad Social como beneficiaria de las prestaciones concedidas con motivo del fallecimiento de su compañero con quien formó una familia de hecho. En definitiva, se ha incurrido en una omisión ilegítima, al desconocer el derecho que como conviviente supérstite tiene la accionante, derecho que*

[181] Periodismo Humano, *Ecuador reconoce la pensión de viudedad a una lesbiana* http://periodismohumano.com/sociedad/discriminacion/ecuador-reconoce-la-pension-de-viudedad-a-una-lesbiana.html, Acceso: 09 de mayo de 2014, Hora: 20:02.
[182] Cfr, Id.

proviene del reconocimiento establecido en el artículo 38 de la Constitución a las uniones de hecho y de la disposición del artículo 232 del Código Civil que, de manera expresa, señala los beneficios del seguro social para quienes hubieren formado una unión de hecho.[183]

En materia laboral, se ha establecido el derecho al pago de utilidades a las parejas constituidas en unión de hecho, así lo expresa el art. 97 de la Codificación al Código de Trabajo que determina:

El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas. Este porcentaje se distribuirá así:

El diez por ciento (10%) se dividirá para los trabajadores de la empresa, sin consideración a las remuneraciones recibidas por cada uno de ellos durante el año correspondiente al reparto y será entregado directamente al trabajador.

El cinco por ciento (5%) restante será entregado directamente a los trabajadores de la empresa, en proporción a sus cargas familiares, entendiéndose por éstas al cónyuge o conviviente en unión de hecho, los hijos menores de dieciocho años y los hijos minusválidos de cualquier edad.[184]

Finalmente mencionaremos otros derechos reconocidos dentro del régimen laboral como el de licencia por fallecimiento de la pareja del trabajador, estipulado dentro del art.42, así como el poder acceder a préstamos hipotecarios destinados a la mejora de la vivienda de los contrayentes reconocidos bajo la figura de la unión de hecho, según lo prescrito en el art.206 del Código de Trabajo.

2.2.5 La limitación constitucional al Derecho de Adopción en parejas homosexuales.

La adopción es una institución de derecho civil por la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, respecto de un menor de edad llamado adoptado. Es así como el Código Civil

[183] Resolución No. 0838-2007-RA, Tercera Sala, E.E. 48, 24-de abril de 2008.
[184] Codificación al Código de Trabajo, Artículo 97.

ecuatoriano define a esta institución propia de las uniones de hecho como del matrimonio.[185]

El Código de la Niñez y la Adolescencia, por su parte, concibe a la adopción desde su finalidad entendida esta como la de *garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados.*[186]

La adopción constituye la forma de generar descendencia a las parejas que por sus condiciones fisiológicas, o biológicas no puede tenerlos, con lo cual se le permite cumplir con sus vocaciones paternales o maternales, y por otra parte, dar padres a quienes no lo tienen, sea por haberlos perdido, por no haber sido reconocido por ellos, o por haberse desentendido de su atención y educación, para lo cual, se crea un vínculo legal con quienes realmente se ocupan de su cuidado.[187] Esto en base al principio del interés superior del niño reconocido a nivel constitucional dentro del artículo 44 definido en los siguientes términos:

> *El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.*
>
> *Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales*.[188]

La adopción sigue el procedimiento establecido dentro del título VII del Libro II del Código de la Niñez y la Adolescencia, y subsidiariamente con lo que se encuentra determinado dentro del título XIV del libro I del Código Civil. En similar

[185] Cfr, Código Civil, Articulo 314.
[186] Código de la Niñez y la Adolescencia, Articulo 151.
[187] Ob Cit. Augusto Cesar Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, p. 787.
[188] Constitución de la República del Ecuador, Articulo 44.

manera, el Código de la Niñez ha instituido la adopción plena en virtud de la cual se sustituye la filiación anterior del adoptado, quien deja de pertenecer a su familia de origen, con la cual solo queda ligado por los impedimentos matrimoniales, y adquiere todos los derechos y deberes que corresponden a cualquier hijo en la familia del adoptante.

El artículo 152 del Código de la Niñez y Adolescencia se pronuncia respecto de la adopción plena en el siguiente sentido:

> *La ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo*
>
> *La adopción extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen. No obstante, quedarán subsistentes los impedimentos matrimoniales que afectaban al adoptado por causa de las relaciones de parentesco extinguidas.*[189]

A la luz de estas disposiciones, se determina que el adoptado adquiere la posición de hijo biológico dentro del núcleo familiar de los adoptantes, quedando emplazado el hijo adoptado en situación de hijo, de modo que es indudable la existencia de parentesco entre adoptante y descendientes del adoptado. Así mismo, el Código de la Niñez y Adolescencia, genera derechos para el adoptado de sucesión y alimentos.

No cabe duda que en los últimos años nuestra legislación ha hecho grandes avances en materia de adopción pretendiendo eliminar cualquier distinción entre los hijos biológicos y los hijos adoptivos de una familia equiparando a estos últimos en todos los derechos y reconocimientos legales que cualquier hijo biológico. La importancia de la adopción, no puede ser ajena a nuestro objeto de investigación toda vez que las nuevas familias homoparentales requieren siempre de la

[189] Código de la Niñez y Adolescencia, Articulo 152.

intervención de un tercero (prestador de útero, prestador de semen, adoptante) para el ejercicio y la construcción de un hogar.[190]

Actualmente, las diferentes realidades sociales y la concepción de la familia como un elemento social evolutivo, ha obligado a que nuestro ordenamiento jurídico progresivamente identifique estos nuevos tipos de familia y establezca las normas de protección necesarias para el pleno desenvolvimiento de los miembros de estos núcleos familiares; es algo lógico que la Constitución no podrá fijar todos los distintos tipos de familia existentes dentro del territorio, ya que podría cometer el error de excluir a unas y exaltar a otras, pero si tiene la obligación de establecer un marco jurídico por el cual el legislador ha de encaminar su producción jurídica.[191]

En tal sentido, la constitución no se refiere dentro de sus articulados exclusivamente a la familia constituida mediante matrimonio, sino que también hace referencia a otros tipos de familia como las familias transnacionales (Art. 40 numeral 6), las familias homoparentales (Art.68), las familias adoptivas (Art. 69 numeral 6). Las nuevas realidades de familia existentes en nuestro país abonan a un nuevo concepto de familia exaltando los valores axiológicos que la componen antes que la calidad de los sujetos que la integran. En esta evolución social el matrimonio, también ha empezado a sufrir alteraciones, derivado de los procesos sociales y sus estructuras familiares.[192] Actualmente, la constitución establece como valores máximos, muy por encima de la preservación de la figura burgués del matrimonio, los derechos y libertades de los miembros de la familia, así lo prescribe dentro del segundo inciso del articulo 67 el cual indica;

> "*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*".[193]

[190] Cfr, Eva Rotenberg, *Homoparentalidades- Nuevas familias*, Buenos Aires, Lugar editorial, 2007, p. 82.
[191] Rosario Valpuesta Fernández, *La protección constitucional de la Familia*, Quito, Foro de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2006, p.141.
[192] Ob. Cit, Rosario Valpuesta Fernández, La protección constitucional de la Familia, p.153.
[193] Constitución de la República del Ecuador, Articulo. 67.

El artículo previo determina sin lugar a dudas, que el fundamento del matrimonio se ha alejado de la concepción clásica procreativa; actualmente, la figura civil del matrimonio encuentra su cimiento en la igualdad de derechos y el pleno consentimiento de los intervinientes; de tal suerte que, nuestra carta fundamental abandona paulatinamente a la función procreativa del matrimonio, dejando que la legislación secundaria pueda regularla o reformarla con mayor facilidad que el contenido de sus disposiciones constitucionales.

Esta notable evolución trae consigo el reconocimiento de las familias homoparentales por parte del estado, las cuales ya no son desconocidas en la constitución; toda vez que, al encontrar dentro de estos núcleos familiares, elementos trascendentes tales como; un proyecto de vida en común, permanencia, solidaridad y exclusividad en pareja, se ha visto la necesidad de proveer una protección constitucional específica a sus miembros, dejando de lado el elemento reproductivo característico en otros tipos de familias; generando en consecuencia, que nuestro ordenamiento jurídico deje de asociar la función procreativa con la familia.[194]

En contraste con la visión plural de familia recogida dentro de la constitución, se ha impuesto una limitación a las parejas homosexuales e indirectamente a las familias homoparentales en su ejercicio al derecho de adopción. Concretamente el inciso segundo del art. 68 de la constitución restringe el derecho de adoptar al manifestar que; *la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.*[195]

Mediante la inserción del presente postulado dentro de nuestra carta fundamental, el estado ecuatoriano procura generar una especie de salida temporal a las cuestiones derivadas de las familias homoparentales; en otras palabras, el estado encuentra el sustento legal de deslegitimar las relaciones de familia nacidas entre las parejas homosexuales y sus hijos adoptivos, lo contradictorio se muestra entre el artículo 67 y el 68 de inciso final de la Constitución, ya que por un lado el estado tiene la obligación constitucional de proteger a la familia homoparental y potencializar sus

[194] Ob. Cit, Rosario Valpuesta Fernández, *La protección constitucional de la Familia*, p.154.
[195] Constitución de la República del Ecuador, Artículo 68.

derechos, pero por otro lado, la restringe a un contenido específico de derechos y limitaciones como por ejemplo el derecho a adoptar.

Si bien la adopción de parejas homosexuales es un tema susceptible el cual ha generado dos posiciones claramente antagónicas en las que, por un lado se propugna a la familia como institución social única basada esencialmente en el componente heterosexual y la otra, por la cual se inclina nuestra constitución, que propende al reconocimiento de la familia como una realidad múltiple y diversa; desde la última década, nuestro sistema legal ha prestado cierta atención y preocupación a la presente temática sin haber generado verdaderas respuestas, sino al contrario, se ha mostrado pasivo en solventar mecanismos legales apropiados, la importancia de entablar una discusión oportuna sobre la adopción en parejas homosexuales en palabras de Juan Marco Vaggione radica en que *la discusión sobre los derechos de las personas LGBTQ como padres y madres es parte del debate sobre las familias en las sociedades contemporáneas (…) la legitimación de las personas LGBTQ como padres y madres es, simplemente, un reconocimiento del carácter plural y diverso de los arreglos familiares en las sociedades contemporáneas. La demanda de estos derechos es una demanda de una sociedad más justa y democrática.*[196]

Las recientes investigaciones de renombrados psicoanalistas respecto de la adopción en parejas homosexuales y las familias homoparentales cada vez más, con mayores argumentos psicológicos, determinan que la anormalidad y disfunción tantas veces alegadas dentro de las palestras judiciales para denegar el derecho a adoptar a las parejas homosexuales, son inexistentes; en tal sentido, recogemos el criterio de la psicoanalista Joyce McDougall quien reconoce que *los más importante (en una familia) no es lo homoparental o lo heteroparental, sino la capacidad de ser padre. Eso es lo que cuenta, la capacidad de amar al niño, de educarlo para que pueda devenir en un sujeto. Que este sujeto sea viviente, activo, dinámico (….) padres que se puedan identificar al hijo en sus deseos y necesidades (…) que sean homo o hetero no tiene ninguna importancia*.[197]

[196] Cristina Motta, Macarena Sáez, *La Mirada de los Jueces- Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana-Tomo II*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp.53-54.
[197] Ob. Cit. Eva Rotenberg, *Homoparentalidades- Nuevas familias,* p.1.

A modo de conclusión diremos que el estado ecuatoriano, ha pretendido deslindarse de sus obligaciones constitucionales frente al tema de la adopción en parejas homosexuales al haber introducido una clausula restrictiva y discriminatoria para el referido grupo minoritario, sin embargo, los nuevos cambios sociales y las complejas relaciones de familias generadas en la actualidad dejan el debate planteado, en la actualidad entender que la familia se deriva de la figura del matrimonio monogámico heterosexual es un criterio reduccionista y segregacionista contra los diferentes tipos de familia, de allí que el derecho no puede estar ajeno del aporte científico emanado por la psicología y la sociología los cuales se inclinan mayoritariamente a la adopción homoparental "*ya que a la final, lo que va a diferenciar a los niños criados por una pareja del mismo sexo de otros es lo que diferencia a los seres humanos entre sí: la particularidad del trayecto identificatorio y las elecciones de objeto de cada uno. Cada modo de paternidad –homo paternidad, adopción, mono paternidad, familias tradicionales, familias separadas, y cualquier otra forma que podamos imaginar. Tendrá su propia configuración de angustia. Pero, desde el punto de vista de constitución del psiquismo no existe a priori, ninguna evidencia que nos permita decir que un modelo es más o menos patogénico*".[198]

2.3. Nociones conceptuales de familia, sus elementos y su protección constitucional

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no existe propiamente una definición concreta de familia, esta al ser una institución por naturaleza amplia, sin embargo, el derecho ecuatoriano ha procurado dar las nociones principales de los elementos constitutivos de la familia; es por ello que reviste de importancia analizar tanto las normativas constitucionales como legales de los presupuestos que configuran la idea de familia.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano en su tratamiento constitucional deja un concepto abierto de familia. Establece parámetros de protección y definición de familia como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando la consecución de sus fines. Estas relaciones familiares se establecen en su artículo 67:

[198] Ob. Cit. Eva Rotenberg, *Homoparentalidades- Nuevas familias,* p.147.

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.[199]

Este artículo protege la familia como concepto nuclear e institución diversa, reconociendo estructuras familiares constituidas por vínculos jurídicos y por vínculos de hecho. La unión de hecho se "*equipara en derechos y obligaciones a las familias constituidas mediante matrimonio*"[200], por lo que los efectos jurídicos de la unión de hecho y el matrimonio deberían ser los mismos. La familia como núcleo fundamental brinda una protección a sus integrantes sin importar necesariamente la situación de sus integrantes sea esta entendida como su identidad de género o condición sexual, por lo que existe un reconocimiento expreso de las uniones homosexuales en el art. 68 de la Constitución de la República:

Lo manifestado anteriormente debe ser concatenado con lo que expresa la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, la cual indica que el derecho a formar una familia radica en el auxilio mutuo como finalidad y no la procreación: "*los jóvenes tienen el derecho a formar parte activa de una familia que promueva relaciones donde primen el afecto, el respeto y la responsabilidad mutua entre sus miembros y a estar protegidos de todo tipo de maltrato o violencia".*[201]Adicionalmente el mismo instrumento permite a los jóvenes en su artículo siguiente a elegir libremente a su pareja*: "la libre elección de la pareja, a la vida en común y a la constitución del matrimonio dentro de un marco de igualdad de sus miembros*".[202] Así, se podría inferir que la libre elección tampoco está limitada en cuanto a la condición sexual o identidad de género de la pareja con la cual se pretende construir un régimen de vida en común.

Por otra parte dentro de las normas secundarias, podemos citar el artículo 96 del Código de la Niñez y la Adolescencia que determina el apoyo y protección del

[199] Constitución de la República del Ecuador, Articulo 67.
[200] Constitución de la República del Ecuador, Articulo 68.
[201]Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, Artículo 19, literal 1.
[202] Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, Artículo 20, literal 1.

Estado a la familia que se da "*a efecto de que cada uno de sus integrantes pueda ejercer plenamente sus derechos y asumir sus deberes y responsabilidades"*.[203]

Otra norma de protección es la contenida dentro del artículo 9 del Código de la Niñez y Adolescencia, la cual considera a la familia como "*un espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolecente"*[204]incluyéndole el derecho a tener una familia para los niños.

Adicionalmente la importancia de la familia está garantizada en algunos instrumentos internacionales. El articulo 17 literal 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos protege a la familia como un "*elemento natural y fundamental de la sociedad*".[205] El artículo 6 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre garantiza que "*toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella*".[206] En el mismo sentido, la garantiza el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al enunciar que; "*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"*,[207] y también es reconocido por el artículo 23. Literal 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que es el único instrumento internacional que establece el derecho para el matrimonio circunscrito para un hombre y mujer.

La realidad nos demuestra la existencia de una pluralidad de familias cuya finalidad permanente siempre se centrará en la protección y la ayuda mutua de sus integrantes[208], si bien el derecho idealizó por muchos años el modelo occidental de la familia tradicional protegiéndolos y exaltándolos por encima de otras realidades sociales, vemos actualmente que las normas del derecho de familia han ido reconociendo progresivamente distintos tipos de organizaciones familiares[209], y en este punto es imperante delinear el nuevo rol del estado frente a los nuevos contextos familiares, ¿acaso le es permitido al estado realizar un trato diferenciado a los

[203] Código de la Niñez y la Adolescencia, Articulo 96.
[204] Código de la Niñez y la Adolescencia, Articulo 22.
[205] Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 17, literal 1.
[206] Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Articulo 6.
[207] Declaración Universal de Derechos Humanos, Articulo 16.
[208] Universidad de Chile, *Matrimonio entre parejas de un mismo sexo,* http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/16996/18544, Acceso: 09 de mayo de 2014, hora. 21:20.
[209]Cfr, Id.

distintos tipos de familia? A nuestra consideración no cabría ningún trato diferenciado al conglomerado de organizaciones familiares existentes en nuestro país, si hemos determinado que toda familia tiene como sustento de su propia existencia la protección, un proyecto de vida en común, y la ayuda mutua de sus integrantes, el ejercicio de la sexualidad de los contrayentes no debería ser un factor determinante para el reconocimiento o limitación de sus derechos dentro del contexto familiar, lastimosamente, en nuestro país el ejercicio de la sexualidad de los contrayentes debe ser siempre enfocado al ámbito reproductivo, como aval de una unión afectiva valida y socialmente aceptable.

Desde la perspectiva histórica los cambios que se generan dentro de los miembros de la familia siempre han producido un debate sobre el tratamiento que el estado debe darles a estas nuevas figuras de familia; un claro ejemplo de ello fue el matrimonio interracial, a mediados del siglo XX, declarado ilegal en los Estados Unidos de América[210], trasladándose la discriminación racial al quehacer jurídico, ello motivó a que, mediante sendas resoluciones, las cuales tuvieron fundamento en el derecho de la igualdad ante la ley, se determinase la validez de las uniones afectivas entre personas de diferente origen racial. Así en el caso de las minorías sexuales, cualquier argumentación sobre la regulación del derecho de familia que haga distinción entre homosexuales, heterosexuales o transexuales inducen a la idea de la existencia de familias de primera y segunda categoría y en consecuencia violentarían el derecho de igualdad ante la ley.[211]

Para concluir, podemos determinar que nuestro ordenamiento ecuatoriano aunque no tiene una definición de expresa familia, si establece sus principales valores tales como el afecto, la reciprocidad y la voluntad de vida en común de sus miembros, valores que son plenamente aplicados por cualquier unión de hecho en parejas del mismo sexo, mereciendo así la protección del estado ecuatoriano.

[210]Universidad Nacional Autónoma de México, *El Matrimonio Interracial, su incidencia y prohibición,* http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/81/dtr/dtr11.pdf, Acceso: 09 de mayo de 2014, Hora: 21:47

[211] Ob. Cit, Universidad de Chile, *Matrimonio entre parejas de un mismo sexo.*

CAPÍTULO III

LOS DESAFIOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS NORMATIVAS DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LAS UNIONES DE HECHO EN PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL ECUADOR.

> "*Ser parte de una minoría sexual implica, de forma profunda, que también dependemos de la protección de los espacios públicos y privados, de las sanciones legales que nos protegen de la violencia, de las garantías institucionales de varios tipos contra la violencia no deseada que se nos impone y de los actos violentos que a veces sufrimos. En este sentido, nuestras propias vidas y la persistencia de nuestro deseo dependen de que haya normas de reconocimiento que produzcan y sostengan nuestra viabilidad como humanos."*
>
> *Judith Butler "Deshacer el género".*[212]

Hemos visto dentro de los dos capítulos previos, la existencia de una amplia gama de derechos que se derivan de la invocación de los preceptos constitucionales aplicables a los colectivos GLBT-I, específicamente a las parejas homosexuales se les ha reconocido, la posibilidad de legalizar sus uniones afectivas y por consiguiente dándoles la oportunidad de acceder a los derechos de salud, filiación, hereditarios, entre otros; en consecuencia, se podría estimar que la aplicación de estos derechos dentro de las legislaciones secundarias no supondrían mayor obstáculo; sin embargo, es lamentable observar el creciente antagonismo existente entre las disposiciones constitucionales y la práctica legal en el reconocimiento de los derechos a estas minorías sexuales.

Por tal razón, resulta necesario dedicar un apartado dentro del presente capítulo en el que se recopile las principales normas legales que desarrollan y determinan el alcance de los derechos de las parejas homosexuales, y sus respectivas limitaciones en su aspecto

[212] Judith Butler, *Deshacer el Género*, Barcelona, Editorial Paidós, 2006, p. 57.

práctico, denotando el rol de los notarios dentro de la legalización de las uniones de hecho, los principales obstáculos a los que se enfrentan las parejas homosexuales y el procedimiento que debe seguirse para que sus uniones afectivas adquieran pleno reconocimiento legal, para ello hemos reunido la opinión de varios activistas en materia de derechos humanos, los cuales a través de sus vivencias y experiencias nos aproximarán a la realidad en la aplicación o no de los preceptos constitucionales a favor de las minorías sexuales.

Como segunda parte, se examinará las resoluciones más representativas emitidas por los diferentes órganos internacionales de derechos humanos, relativos a los derechos reconocidos a las parejas homosexuales tanto en el sistema americano de derechos humanos como en su homólogo europeo, esto, con el objetivo de determinar la evolución internacional respecto de la temática de las minorías sexuales en otros estados.

Finalizando el capítulo con los principales instrumentos de derechos humanos en materia de protección y promoción de las personas GLBT-I a nivel mundial, los cuales forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

3.1. La limitación generada dentro de la legislación secundaria en contra de las Uniones de Hecho Homosexuales.

Uno de los principales conflictos derivados del reconocimiento constitucional de las uniones de hecho en parejas homosexuales, ha sido la imposibilidad de establecer mecanismos legales idóneos para propender a su plena validez. Si bien la unión de hecho homosexual, en teoría, es regulada con las mismas leyes que la unión de hecho heterosexual, esto en la práctica ha generado que en muchos casos, los servidores públicos, aduzcan la inexistencia de normas específicas para las parejas homosexuales para reconocer su validez legal, cuyo resultado ha generado que el precepto constitucional sea inobservado al carecer de un desarrollo normativo posterior. La consecuencia de ello estriba en que todavía muchos servidores públicos mantienen fuertemente arraigada una cultura jurídica legalista dando prevalencia a las normas secundarias que a los propios preceptos constitucionales inclusive.

Así a pesar de que la propia constitución expresamente obliga a todo servidor público, judicial o de otra índole, la aplicación directa de los derechos constitucionales advirtiéndoles que: *"(…) No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución(…).*"[213], en la práctica tal disposición ha sido inobservada en más de una ocasión al tratarse de los derechos de las minorías sexuales; en tal sentido, durante los últimos años ha existido una continua violación de los derechos de las personas GLBT-I por parte de los organismos estatales, al abstenerse de tramitar las uniones de hecho homosexuales.

Por estas consideraciones, el presente subcapítulo analizará en detalle el procedimiento establecido para la legalización de una unión de hecho de manera general y los supuestas reformas necesarias para que las parejas homosexuales puedan acceder a esta figura; y por otro lado, examinaremos la teoría de la libre discrecionalidad emitida por los notarios para denegar la legalización de las uniones homosexuales y su procedencia legal y constitucional.

3.1.1 La definición del art.222 del Código Civil ecuatoriano limita el pleno reconocimiento a las uniones de hecho homosexuales.

Hemos dejado asentado en el capítulo anterior, el reconocimiento constitucional que se ha dado a la institución de la Unión de Hecho y sus regulaciones legales respectivas, las cuales no han sido plenamente reformadas de conformidad a las introducciones realizadas con la promulgación de la nueva constitución, si bien esto no debería afectar los derechos ya reconocidos a las parejas homosexuales. Sin embargo, y a pesar de que el artículo 68 de la constitución valida las uniones de parejas del mismo sexo, existe resistencia por parte de autoridades públicas como los notarios los cuales se han mostrado, expresamente opuestos con el espíritu imperante de la norma constitucional, manifestando que:

[213] Constitución de la República del Ecuador, Articulo 426, inciso segundo.

"(…) para operativizar la unión de hecho entre homosexuales primero debe reformarse el Código Civil que todavía establece que sólo se puede celebrar uniones de hecho entre un hombre y una mujer. Antes de esta reforma es imposible".[214]

Esta aseveración emitida por el Presidente del Colegio de Notarios de Pichincha Dr. Fernando Arregui Aguirre, se ha convertido en la justificación para que muchos notarios, a criterio personal, decidan no solemnizar las uniones homosexuales, así un estudio realizado por Diario el Comercio respecto de la temática que tratamos, ha concluido que los notarios se han vuelto reacios a consumar este tipo de uniones.[215]

La Constitución de la República del Ecuador reconoce plenamente las uniones de hecho homosexuales, en su artículo 68 al manifestar 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.*[216]

El Código Civil, por otra parte, dentro del artículo 222 mantiene los mismos caracteres establecidos dentro de la constitución, a excepción de su definición de los sujetos de derecho intervinientes dentro de la figura jurídica al expresar que:

> *La unión estable y monogámica de **un hombre y una mujer**, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante*

[214] Cfr, Diario La Hora, *Las notarías no unen a parejas gays*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/896629/-1/Las_notarias_no_unen_a_parejas_gays_.html#.UoeZaPlg-So, Acceso: 16 de noviembre de 2013, hora: 11:29.
[215] El Comercio, *Una pareja gay cuenta las trabas para hacer trámites,* http: //www.elcomercio.ec/sociedad/pareja-cuenta-trabas-hacer-tramites_0_609539200.html, Acceso: 16 de noviembre de 2013, hora: 14:10.
[216] Constitución de la República del Ecuador, Articulo 68.

matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.[217]

Frente a lo expuesto se puede colegir que los notarios han resuelto privilegiar la norma contenida dentro del Código Civil por encima de las disposiciones constitucionales, lo cual, aparte de constituir una limitación a los derechos del colectivo GLBT-I, muestra el precario conocimiento constitucional de los referidos funcionarios públicos, los cuales, en un acto propiamente legalista, no aplican los vastos principios constitucionales frente al presente supuesto, sino que al contrario, absolutizan normas secundarias dotándolas de independencia inclusive de la propia Constitución. Para Karen Barba Directora de la Fundación Causana "*es muy común que las parejas homosexuales sufran discriminación al momento de solicitar su legalización*".[218]

No olvidemos que por efectos del Principio de Supremacía Constitucional todas las normas, sean estas leyes, reglamentos, resoluciones, decretos, así como los actos administrativos de carácter particular, deben someterse irrestrictamente a la Constitución de la República, tanto en el aspecto formal o de su creación, como en el aspecto material, referido a su contenido. Estos contenidos constitucionales, en específico los derechos, son de directa e inmediata aplicación (art. 11 numeral 3 de la Constitución), progresivos (art.11 numeral 8 de la Constitución), y cuya interpretación debe ajustarse a proveer mayor vigencia y alcance (art. 427 de la Constitución). En consecuencia la interpretación que debe darse a los contenidos constitucionales será enfocada desde su integralidad; en efecto, para el Director de la Fundación Equidad, Efraín Soría, *cada artículo debe concatenarse con los otros, así cuando se aplican los articulados de la constitución debemos advertir si alguno de ellos afecta los derechos constitucionales.*[219]

El tratadista Rafael Oyarte determina que el Principio de Supremacía Constitucional comporta dos conceptos integrales entre sí, por un lado, afirma la existencia del principio como supremacía material según la cual, la superioridad de contenido de la Constitución, impide que las normas inferiores alteren a la

[217] Lo subrayado me pertenece, Código Civil, Artículo 222.
[218] Karen Barba, entrevista personal, fecha: 14 de febrero de 2014.
[219] Efraín Soria, entrevista personal, fecha: 07 de febrero de 2014.

Constitución; y por otra parte, el principio como supremacía formal, por la que se impone que en la expedición y reforma de la Constitución se exijan mecanismos y requisitos más rigurosos que para las normas ordinarias, y como un segundo aspecto, supone que en la Constitución se establezcan los procedimientos por medio de los cuales deben crearse, extinguirse y modificarse las normas jurídicas.[220]

Es por ello que se dice que dentro de la Constitución reside el fundamento de validez de toda norma jurídica, y por eso, esta se impone como el máximo instrumento de nuestro ordenamiento jurídico. Así lo reconoce el primer inciso del art. 424 de la Carta Fundamental al decir que:

> *"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".*[221]

En el mismo sentido, la constitución, aparte de ser la norma jerárquica superior de nuestro estado, representa también el primer cuerpo jurídico de aplicación frente a un supuesto fáctico, esta obligación emana del inciso primero del artículo 425 de la Carta Fundamental que cito:

> *"El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos".*[222]

Por lo expuesto, se ha evidenciado que, dentro de la normativa constitucional, existe suficiente regulación para que se avale, por parte de los notarios públicos, las uniones de hecho en parejas homosexuales; sin embargo, a pesar de existir esta flagrante oposición por parte de dichos funcionarios; las instituciones de control como el Consejo de la Judicatura se han mantenido distantes respecto de este tema. "*Esto*

[220] Cfr, Rafael Oyarte Martínez, "*La Supremacía Constitucional*", en Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Quito, Publicaciones del Tribunal Constitucional, 1999, p. 75.
[221] Constitución de la República del Ecuador, Articulo 424.
[222] Constitución de la República del Ecuador, Articulo 425.

nos hace pensar que el gobierno y las instituciones estatales no tienen interés en construir precedentes sobre la temática de personas GLBT-I"[223], señala Karen Barba.

3.1.2 La teoría de la libre discrecionalidad sustentada por los notarios en la denegación del reconocimiento de las uniones de hecho homosexuales.

El fundamento al que muchos notarios han recurrido para obstaculizar las uniones de hecho homosexuales radica en que, supuestamente, al no existir las reformas legales necesarias para regular las disposiciones constitucionales concernientes a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, la ley, en tales casos faculta al funcionario público su libre discrecionalidad para reconocer o no las uniones de hecho homosexuales, hasta que se realicen las reformas pertinentes al Código Civil en materia de la referida institución. En ese sentido se ha manifestado el Dr. Jorge Machado Cevallos, Notario Primero del Cantón Quito, al expresar que *"(...) por el momento queda a libre discrecionalidad de cada notario si se legalizan o no las uniones de hecho. Porque la norma no es clara, solo dice de la unión de dos personas con fines de constituirse en una familia".*[224]

En tal consideración, es necesario realizar un estudio integral de la Teoría de la Libre Discrecionalidad, sus respectivos alcances y limitaciones; y, lo que es más trascendental dentro de la presente tesis, la pertinencia de alegar dicha figura para desconocer los derechos constitucionales de las parejas homosexuales. Iniciaremos exponiendo que frente a las actuaciones de los servidores públicos, las cuales deben ajustarse al principio de legalidad, se les reconoce cierto margen discrecional en sus actuaciones y en la expedición de decisiones las cuales pueden ser calificadas, aparte de racionales como razonables frente al caso que se le ha planteado a dicho funcionario.[225]

Sin embargo, y con el afán de evitar indicios subjetivos que pudieran ser contemplados como actuaciones discrecionales, se expidió el 10 de octubre del 2002

---

[223] Karen Barba, entrevista personal, fecha: 14 de febrero de 2014.
[224] El Universo, *Organismos Estatales Aún Tienen Dudas* http: //www.eluniverso.com/2009/09/20/1/1355/organismos-estatales-aun-tienen-dudas.html?p=1355A&m=1548,%2012%20de%20febrero%20de%202011,%20Acceso:%2023:05., Acceso: 16 de noviembre de 2013, hora: 17:38.
[225] Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, Considerando tercero.

el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, el cual es plenamente aplicable al servicio notarial, al ser el único instrumento legal que regula la teoría de la libre discrecionalidad de forma general. Este determina que:

> *La potestad discrecional de la administración (…) se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder(…)*[226]

El precitado párrafo nos introduce la noción de la racionalidad a la que deben sujetarse los funcionarios públicos en la prestación de un servicio, ahora bien, las resoluciones emitidas por los poderes públicos a más de ser racionales tienen la obligación constitucional de ser motivadas, Así lo refiere el propio reglamento al sostener que; *La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad (…) en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto(…).*[227]

De allí que las resoluciones de los funcionarios públicos emanadas de un acto discrecional serán válidas siempre y cuando sean motivadas y racionales. Si bien este reglamento fue elaborado inicialmente para las entidades que componen la función ejecutiva; actualmente, es plenamente aplicable a la función judicial y por ende al servicio notarial, ya que la nueva Constitución concibe a la función notarial como un servicio público reglado y cuya dependencia recae en el Consejo de la Judicatura, órgano administrativo encargado de regular el sistema de tasas, salarios, ingreso, sanciones y destitución del personal que compone el servicio notarial, conforme lo ha prescrito el art. 199 de la Constitución.

[226] Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, Artículo 2 inciso primero.
[227] Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, Artículo 4 inciso cuarto.

Adicionalmente debemos rescatar un elemento adicional para que opere la figura de la libre discrecionalidad de los funcionarios públicos, y es que dicha figura jurídica, para ser aplicada por un funcionario público, debe serle expresamente otorgada por una norma. Así, se ha pronunciado La Corte Constitucional en referencia a la discrecionalidad de los jueces en la aplicación de medidas sustitutivas, que recogemos a continuación:

> *Sin duda, la aplicación de estas medidas alternativas, concedidas dentro de la constitución específicamente a los jueces y tribunales, demanda actualización de parte de ellos, y fundamentalmente, tener presente que la norma constitucional tiene supremacía sobre cualquier otra secundaria. Además, si bien la norma concede discrecionalidad a los jueces para la aplicación de medidas alternativas, exige también de mucha imaginación y creatividad por parte de los jueces, a fin de no sobreponer normas de menor jerarquía a las constitucionales y para buscar hallar tales medidas*.[228]

Con estos fundamentos, se puede determinar que la actuación emanada por los notarios, bajo el supuesto legal de la discrecionalidad frente a la legalización de las uniones de hecho, carece de los presupuestos enunciados previamente, toda vez que, el denegar derechos por cuanto existe contradicción o lagunas legales para las parejas homosexuales no es un criterio racional ni motivado, por cuanto la propia constitución ha determinado la justiciabilidad de los derechos y su directa e inmediata aplicación, así mismo no existe ninguna ley que conceda a los notarios poseer potestades discrecionales para solucionar problemas de antinomias, principal argumento sobre la cual se sustenta la discriminación en contra de las parejas homosexuales. "*Es penoso que quede a voluntad de los notarios el legalizar o no las uniones de hecho, (…) en la práctica es muy común que las parejas homosexuales sufran discriminación al momento de solicitar su legalización".* Señala Karen Barba.

Es por ello que la figura de la libre discrecionalidad argumentada por muchos notarios, respecto de aceptar o no las uniones de hecho homosexuales, no tiene cabida legal, e inclusive, genera una clara violación constitucional respecto del

[228] Sentencia No. 019-10-SCN-CC de fecha 5 de agosto de 2010 emitida por la Corte Constitucional, Registro Oficial 272-S, publicado el 6 de septiembre de 2010.

principio de motivación de las resoluciones judiciales (art.76, numeral 7, literal l) además que viola la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento integrante de nuestro bloque de constitucionalidad, sin que el Consejo de la Judicatura establezca sanción alguna contra estos funcionarios públicos que incumplen con su deber constitucional, basándose primordialmente en aspectos personales e inconstitucionales por encima de los preceptos constitucionales.

Al presente, existe todavía renuencia por muchas notarías para la legalización de parejas del mismo sexo, "*no existe información, muchos notarios se burlan de las parejas que solicitan los requisitos para la legalización de sus uniones"* expresa Efraín Soria "*hemos logrado determinar qué notarías dan mayor apertura en la legalización de nuestras uniones y les enviamos donde ellos a las parejas que nos solicitan información"*[229]*;* en el caso de Guayaquil las trabas que deben afrontar las parejas del mismo sexo en legalizar su unión son mucho más difíciles, acorde con un estudio elaborado por la Fundación Silueta X en Guayaquil de las 42 notarias existentes, solo 12 saben cómo realizar el proceso de legalización de una unión de hecho homosexual; pero de esas, únicamente 2 notarías han realizado todo el procedimiento completo. Las otras manifiestan que no han tenido ningún registro de uniones en parejas del mismo sexo.[230]

Estos obstáculos han limitado el acceso de las parejas del mismo sexo a la figura de la unión de hecho, así acorde al INEC de 2.805 miembros GLBTI encuestados, solo el 1,2% posee una unión libre registrada.[231]Un porcentaje ínfimo que evidencia que la legalización de las uniones de hecho se ha constituido en un privilegio antes bien que un derecho.

3.2 Aplicación de las resoluciones vinculantes para el Ecuador dentro de los instrumentos y organismos internacionales de Derechos Humanos.

[229] Efraín Soria, Entrevista Personal: 07 de febrero de 2013.
[230] Organización Silueta X, *Las Trabas en Trámites Afectan la Legalización de las Uniones GLBTI*. http://siluetax.wordpress.com/category/actividades/page/13/, Acceso: 11 de mayo de 2014, hora: 19:56.
[231]INEC, *Población GLBT-I* http://www.inec.gob.ec/estadisticas/?option=com_content&view=article&id=345&Itemid=334&TB_iframe=true&height=512&width=1242, Acceso: 08 de mayo de 2014, hora: 16:33.

La legislación internacional, los principios de aplicación de derechos humanos, así como las resoluciones emitidas por los organismo supranacionales de derechos humanos, en los últimos años, han cobrado especial protagonismo dentro de los sistemas jurídicos nacionales; en nuestro caso; actualmente son cada vez mayores el número de sentencias vinculantes que emite la Corte Constitucional en las que reconoce la relevancia de la doctrina de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así por ejemplo, mediante las sentencias emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuestra Corte Constitucional ha defendido los derechos constitucionales de los discapacitados[232] o los derechos concernientes al debido proceso.[233]

Estas innovaciones dentro de nuestro sistema constitucional, cuya mayor incidencia se ha originado desde la promulgación de la nueva constitución en el año 2008, pretende garantizar la debida aplicación y promoción de los derechos de todas las personas que habitan dentro del estado ecuatoriano.

Sin embargo, el Ecuador, tiene un largo camino que recorrer en el tema de las minorías sexuales, un claro ejemplo de ello puede darse, en que la sociedad ecuatoriana, así como su presidente, a pesar de que la propia constitución reconoce y protege la diversidad de las familias[234]; se han mantenido en la defensa legal y cultural del concepto tradicional (heterosexual) de familia.[235] En tal sentido, las experiencias de las familias homoparentales y sus reivindicaciones sociales, solo podrán ser visibilizadas desde las palestras internacionales; en donde, en más de un caso, la evolución jurisprudencial cada vez más se inclina a reconocer a las parejas homosexuales y sus familias como nuevos sujetos de protección; así, *desde la jurisprudencia (internacional) se ha ido dotando a las personas LGBTQ de diversos*

[232] Resolución de la Corte Constitucional 6, Registro Oficial Suplemento 724, fecha de publicación: 14 de junio de 2012.
[233] Resolución de la Corte Constitucional 106, Registro Oficial Suplemento 724, fecha de publicación: 14 de junio 2012.
[234] Constitución de la República del Ecuador, Articulo 67.
[235] Cfr, Aci Prensa, *Ecuador: Correa rechaza ideología de género y afirma que defender la familia es cuestión moral,*
http://www.aciprensa.com/noticias/ecuador-correa-rechaza-ideologia-de-genero-y-afirma-que-defender-la-familia-es-cuestion-moral-37571/#.UwEp0vl5N5c, Acceso: 16 de enero de 2014, hora: 16:13.

derechos que desdibujan los contornos tradicionales del derecho en Latinoamérica(…) dando al derecho (nacional) un importante dinamismo".[236]

La importancia de estudiar los principales fallos relativos a las parejas homosexuales y sus familias dentro del sistema internacional de derechos humanos, reside en aprehender de nuevas experiencias que ya han sido debatidas en otros países, y que podrán ser aplicadas dentro de nuestro sistema legal a favor de las personas GLBT-I; los cuales mediante una participación política, podrán lograr una presión por el reconocimiento igualitario de sus derechos tantas veces atropellados por nuestro estado.

3.2.1 Estudio de las jurisprudencias favorables al colectivo GLBT-I emitidas por Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal… Europeo de Derechos Humanos.

Es innegable que el activismo político por parte de los colectivos GLBT-I en los últimos años han conseguido importantes reivindicaciones dentro de los ámbitos sociales, políticos y culturales; ello se ha alcanzado mediante una constante lucha dentro de la esfera judicial de cada país. Han transcurrido alrededor de 24 años desde que la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud, eliminó la homosexualidad de su lista de enfermedades psiquiátricas[237]; y, a partir de ese punto histórico, los movimientos de diversidad sexual han impulsado el desarrollo de importantes avances en materia de derechos humanos, iniciando desde la despenalización de la homosexualidad hasta el matrimonio igualitario con plenos derechos.

En la actualidad, son cada vez más los organismos jurisdiccionales de derechos humanos, que han reconocido mediante fallos emblemáticos, la necesidad de ampliar los derechos de las personas GLBT-I en base a su dignidad humana;

---

[236] Ob. Cit, Cristina Motta, Macarena Sáez, *La Mirada de los Jueces- Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana-Tomo II,* p.23.

[237] El Siglo de Torreón, *1990: La OMS elimina la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales,* http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/741295.1990-la-oms-elimina-la-homosexualidad-de-la-lista-de-enfermedades-mentales.html, Acceso: 21 de febrero de 2014, hora: 19:01.

estos casos que si bien son circunscritos a personas y elementos específicos, han logrado construir un razonamiento judicial disidente de las condiciones injustas a las que muchas personas GLBT-I han sido sometidas por sus propios estados, ampliando los criterios legales sobre la sexualidad humana.[238]

Estos razonamientos judiciales, sustentados en la dignidad humana como en el derecho a la igualdad, han logrado fracturar un sistema reconocido exclusivamente para las parejas heterosexuales, generando, como consecuencia, el nacimiento de la familia homoparental; en este escenario, cabe destacar que si bien la doctrina y la jurisprudencia no han sido uniformes dentro de los órganos regionales e internacionales de derechos humanos sobre los temas de la diversidad sexual; sin embargo, la tendencia general se ha subsumido en aportar con mayores criterios al respeto e inclusión integral de todas las personas GLBT-I dentro de la sociedad, y en este punto, la actuación de los jueces dentro de la región juega un papel preponderante en la construcción de nuevos sistemas sociales, más inclusivos y tolerantes.

Bajo este prefacio, estudiaremos los casos más emblemáticos dentro de la jurisprudencia internacional dentro de los organismos internacionales de derechos humanos tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; nuestra propuesta será considerar, en un inicio, las principales jurisprudencias dentro del sistema europeo de derechos humanos y sus implicancias, para con posteridad, adentrarnos con los casos emblemáticos de temática GLBT-I dentro del sistema interamericano de derechos humanos.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el tema de las minorías sexuales y grupos GLBT-I no es nada nueva; en efecto, si revisamos su trayectoria jurisprudencial respecto de los derechos de las sexualidades diversas podremos observar casos que se remontan desde los inicios mismos del Tribunal

[238] Cristina Motta, Macarena Sáez, *La Mirada de los Jueces- Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana-Tomo II,* p.23

Europeo[239]; sin embargo, la importancia que daría el Tribunal a los colectivos GLBT-I en promover sus derechos y establecer las obligaciones de los estados miembros, iniciaría desde las reformas introducidas dentro del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), así como también desde promulgación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF); siendo esta, la primera carta internacional de derechos humanos que incluye explícitamente el termino orientación sexual como figura de no discriminación.[240]

El primer logro para los colectivos GLBT-I por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) fue el establecimiento de la identidad de género, y la orientación sexual, como parte integrante de la esfera de la vida privada de las personas, generando como contraste, el derecho de no injerencia del estado en la vida privada de sus ciudadanos. El reconocimiento del derecho a la intimidad personal de los colectivos GLBT-I tiene su referente en los casos Christine Goodwin contra el Reino Unido e I. contra el Reino Unido por la cual las demandantes, que se habían sometido en ambos casos a operaciones de reasignación de sexo de varón a mujer, se quejaron de que la Administración se negó a autorizar la modificación de sus partidas de nacimiento para que se reflejara en éstas su nuevo género.

Aunque en otros documentos, el nombre de las demandantes podían modificarse; las partidas de nacimiento seguían utilizándose para ciertos fines legales en los que el género resultaba relevante, como en el ámbito del empleo o la jubilación, lo que significaba que las demandantes se enfrentarían a situaciones de vergüenza y humillación al verse obligadas a revelar su condición de varones desde el punto de vista legal.[241] El TEDH resolvió que se trataba de un caso de violación del derecho al respeto de la vida privada y del derecho al matrimonio conforme al artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. [242]

---

[239] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Manual de legislación europea contra la discriminación,* p.15
http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf, Acceso: 21 de febrero de 2014, hora: 21:56.
[240]Cfr, Id
[241] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso “Christine Goodwin contra el Reino Unido”, Sentencia No. 28957/95 del 11 de julio de 2002.
[242]Ob. Cit Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Manual de legislación europea contra la discriminación.* p. 96.

En el año 2003, el TEDH emite el primer precedente jurisprudencial en relación a las parejas homosexuales y delinea los derechos que se derivaban de sus uniones afectivas; en el caso Karner contra Austria; el TEDH interpreta la legislación nacional de Austria (sección 14 de la Ley de alquileres), que generaba el derecho de un pariente o un compañero de vida a heredar automáticamente un contrato de arrendamiento cuando el arrendatario principal fallecía. En este caso, el demandante había cohabitado con su pareja el señor Siegmund Karner siendo este el arrendatario principal por cinco años del inmueble, este había fallecido y en consecuencia el dueño de la casa desalojo al demandante. Los órganos jurisdiccionales nacionales interpretaron que la legislación excluía a las parejas homosexuales, aun cuando sí podían incluirse parejas heterosexuales que no estaban casadas. La Administración aceptó que se había producido un trato diferenciado por motivos de orientación sexual, pero argumentó que estaba justificado para proteger a los miembros de familias tradicionales frente a la pérdida de su alojamiento.[243]

En este caso El TEDH determinó que, aunque la protección de la familia tradicional podía constituir un fin legítimo, "*el margen de apreciación [...] es estrecho [...] cuando existen diferencias en el trato por motivos de género o de orientación sexual*".[244] El TEDH así mismo estipuló que: *el principio de proporcionalidad no requiere únicamente que la medida elegida resulte adecuada en principio para la realización del objetivo buscado. Debe ponerse de relieve asimismo que era necesario, para alcanzar tal objetivo, excluir a determinadas categorías de personas (en este caso, las que mantienen una relación homosexual), desde la perspectiva de la aplicación de la sección 14 de la Ley de alquileres*.[245] En este sentido, el TEDH estableció que sí existía una discriminación, puesto que la Administración podría haber empleado medidas de protección de la familia tradicional sin colocar a las parejas homosexuales en tal situación de desventaja.[246]

[243] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso "Karner contra Austria" Sentencia No. 40016/98 del 24 de julio de 2003.
[244] Cfr, Id.
[245] Ob. Cit, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Manual de legislación europea contra la discriminación.* p.102
[246] Cfr, Id.

Adicionalmente, el TEDH como resultado de los nuevos precedentes jurisprudenciales ha reforzado el derecho a no sufrir discriminación el cual se puede apreciar de mejor manera en el caso Bączkowski y otros contra Polonia, el alcalde de Varsovia emitió ciertas declaraciones públicas homofóbicas señalando que no autorizaría una manifestación para concientizar sobre la discriminación por razón de la orientación sexual. Cuando se planteó la decisión ante el órgano administrativo competente, éste denegó la autorización por otros motivos, como la necesidad de evitar enfrentamientos entre los manifestantes. Sin embargo, el TEDH consideró que las declaraciones del alcalde podrían haber influido en la decisión de las autoridades competentes y que la decisión estaba basada en motivos de orientación sexual y, por tanto, constituía una vulneración del derecho a la libertad de reunión y de asociación, así como también el derecho de los ciudadanos a no sufrir discriminación.[247]

Sin embargo, la novedad jurisprudencial más reciente emitida por el TEDH se muestra en el controversial caso*Schalk and Kopf vs Austria.*[248]; el cual por la trascendencia que tiene dentro del derecho internacional comunitario, ha de merecer nuestra atención.

Horst Michael Schalk y Johan Eranz Kopf fracasan en el intento de contraer matrimonio en 2002 ante la oficina de registro civil austríaca. Frente a esto promueven diversos recursos administrativos y judiciales. Agotadas las instancias recurren al *Verfassungsgerichthof* (Corte Constitucional Austríaca), el cual, siguiendo la misma línea que sus antecesores, desestima el pedido de los pretendidos contrayentes[249] toda vez que el Art. 44 del Código Civil Austriaco determina que: "*El contrato matrimonial es la base de las relaciones familiares. Por el contrato matrimonial dos personas de sexo opuesto declaran su voluntad legal de vivir juntas en matrimonio indisoluble, para procrear y criar a los hijos y la ayuda mutua*".[250] Ante este resultado, los recurrentes demandan a la República de Austria ante el TEDH el 5 de agosto de 2004

[247] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso "Bączkowski y otros contra Polonia" Sentencia No. 1543/06 del 3 de mayo de 2007.
[248] Corte Europea de Derechos Humanos, "Case of Schalk and Kopf v. Austria", Sentencia No. 30141/04 del 24 de junio de 2010.
[249] Jorge Lafferriere, "Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea". *Persona y Derecho*, No.63, febrero 2010, Buenos Aires, 2010, p. 13.
[250] Cfr, Id.

Los demandantes alegaron que la legislación austriaca violentó el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que reconoce el derecho a contraer matrimonio en los siguientes términos: "*A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho".*[251]Frente a este alegato, el Gobierno Austriaco, planteó la duda de si el referido artículo podría encuadrarse en el petitorio emitido por los demandantes, así también determinó la inexistencia de un consenso europeo para admitir el matrimonio de personas del mismo sexo. Con estos antecedentes la Corte concluye que debido a la redacción del artículo 12 del CEDH no se puede imponer al Gobierno austríaco la obligación de garantizar a las personas del mismo sexo el acceso al matrimonio. Sin embargo, en sus considerandos 90 a 95 la Corte estudia si la naturaleza de las uniones de personas del mismo sexo configura los elementos de una *vida familiar* en los términos del art. 8 del CEDH el cual configura el derecho al respeto a la vida privada y familiar, y decide, por primera vez en la historia de sus jurisprudencias, incluir en su concepto la noción de vida familiar a las parejas del mismo sexo.[252]

En consecuencia, determinar que las parejas del mismo sexo son parte de los múltiples tipos de familias y tienen el derecho a conllevar una vida familiar, sin embargo la Corte no considera discriminatorio que los Estados mantengan una definición heterosexual del matrimonio derivada de la definición establecida en el art. 12 del CEDH. No obstante en el mismo fallo, la Corte también considera que el CEDH es un *"instrumento vivo"*[253]*,* y que ella tiene la potestad de actualizarlo, por lo que, en consecuencia, nos haría pensar que todavía el tema del matrimonio igualitario no ha sido zanjado en su totalidad.

La controversial sentencia, si bien rechaza temporalmente la obligación de los estados a reformar la institución del matrimonio para incluir a las familias homoparentales, determina que, por efectos de la vida en familia que mantienen muchas parejas homosexuales, los estados si tienen, efectivamente, la obligación de

[251] Corte Europea de Derechos Humanos, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, articulo 12 http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, Acceso: 01 de marzo de 2014, hora: 10:53.
[252] Ob. Cit, Jorge Lafferriere, "Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea, p. 9.
[253] Cfr, Id.

legalizar sus uniones afectivas mediante los mecanismos legales nacionales. Esta afirmación reviste vital importancia, puesto que al determinar patrones similares a las obligaciones del matrimonio, la Corte insta a los estados miembros a generar marcos legales apropiados para las parejas homosexuales.

A manera de cierre podemos manifestar que la noción tradicional de familia dentro del sistema europeo ha sufrido grandes resquebrajamientos, consecuencia natural de las continuas luchas sociales promovidas por los activistas GLBT-I. Actualmente, las nuevas tendencias muestran la vida familiar como una cualidad esencial de los nuevos tipos de familia; y en más de una ocasión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha protegido los derechos de las nuevas familias y sus integrantes; si bien el TEDH ha establecido la no discriminación de las parejas homosexuales en el acceso a instituciones que reconozcan sus uniones afectivas, indirectamente ha redefinido al matrimonio en pos de una verdadera igualdad para las minorías sexuales; si bien, este ideal aún sigue en construcción, las referidas jurisprudencias dan cuenta de una evolución en las instituciones de familia dentro del sistema judicial europeo.

En contraposición con el incesante desarrollo jurisprudencial en materia de los derechos de las minorías sexuales evidenciado dentro del sistema europeo de derechos humanos, encontramos que, dentro de nuestro sistema regional latinoamericano, los derechos de los grupos GLBT-I así como también los derechos sexuales y reproductivos han sido escasos. En efecto, para Paulo Viturro, "(…) *en Latinoamérica, la fuerte influencia de la Iglesia católica, sumada a los quiebres democráticos de diversos países, son causas importantes del bajo reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos".*[254]

La clara participación política de la Iglesia católica dentro de la región, sumada al desconocimiento de los derechos humanos por parte de los principales jefes de estado dentro del territorio de latinoamericano, ha constituido un limitante importante para el cambio jurisprudencial en relación a la concepción tradicional de familia; sin embargo, tras largos años de activismo por parte de los colectivos GLBT-I

[254] Ob. Cit, Cristina Motta, Macarena Sáez, *La Mirada de los Jueces- Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana-Tomo II,* p. 29.

esta realidad está siendo modificada, cada vez más, los estados nacionales empiezan a generar espacios de participación e inclusión para la legitimidad de las nuevas uniones afectivas. Así para las personas GLBT-I "*se les está reconociendo una mayor legalidad como parte de las relaciones familiares; así, las formas en las que la familia es legalmente constituida empiezan a redefinirse*".[255]

Las limitaciones que muchas legislaciones contemplan para las personas lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero han promovido que sus situaciones de exclusión y discriminación lleguen de manera excepcional a conocimiento de los órganos regionales de derechos humanos, cuyas resoluciones constituyen importantes aportes dentro del proceso de construcción de normas internacionales inclusivas a las familias homoparentales.

Así, dentro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos existe el caso Martha Lucía Álvarez vs. Colombia.[256] En el cual la peticionaria alegó que su integridad personal, honra e igualdad, se encuentran afectados por la negativa de las autoridades penitenciarias de autorizar el ejercicio de su derecho a la visita íntima debido a su orientación sexual. Dentro del proceso, el Estado alegó que permitir visitas íntimas a homosexuales afectaría el régimen de disciplina interna de los establecimientos carcelarios dado que, en su opinión, la cultura latinoamericana es poco tolerante de las prácticas homosexuales en general.[257] La Comisión determinó que los hechos alegados constituían violaciones al artículo 11 de la Convención Americana[258]relativa a la protección a la honra y la dignidad.

Este precedente determinó por primera vez dentro del sistema americano de derechos humanos la no injerencia del estado en la vida personal y familiar de una persona GLBT-I, así como también reconoció que el derecho a la intimidad personal, es un derecho derivado de su honra y dignidad humana.

---

[255] Cfr, Id

[256]Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Nº71/99, Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez vs Colombia, 4 de mayo de 1999.* En Informe Anual CIDH 1997, supra nota 26, p. 271.

[257] Cfr, Id.

[258] Cfr, Id.

Sin embargo, en la actualidad el debate ya no gira en torno al respeto de los derechos de las minorías sexuales en sus espacios de intimidad y vida personal, sino que con las nuevas construcciones de familia, el tema de las familias homoparentales y sus derechos intrínsecos es una situación que ha merecido el análisis no solo de los estados miembros además, desde la perspectiva de derechos humanos, la visibilidad de estas realidades sociales han sido discutidas dentro del seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El caso Karen Atala Riffo y Niñas Vs. Chile es sin duda el primer caso en instancias regionales sobre maternidades GLBT-I en el continente americano así como el primero en tratar el ejercicio de los derechos humanos desde la visión de su orientación sexual. En enero del año 2003, Ricardo Jaime López Allende, presentó una demanda ante el Juzgado de Letras Villarrica de Chile, en contra de Jacqueline Karen Atala Rifo, de quien se encontraba separado de hecho desde el mes de mayo del año 2002. En la demanda el actor reclamaba la tenencia de sus tres hijas menores M.V. y R.; argumentando el reclamo de la tenencia de sus hijas obedecía a la homosexualidad reconocida de su ex cónyuge la señora Karen Atala quien convive con su nueva pareja. Según el juzgado la demanda presentada es rechazada por cuanto no existe ninguna causal legal alguna que inhabilite a la madre de las menores la tenencia de las mismas.[259] La referida resolución llegó mediante recurso de queja ante la Corte Suprema de Chile la cual invalida la sentencia de primera instancia, concediéndole a Jaime López Allende la custodia de sus hijas las menores M.V.R.[260]

La sentencia de la Corte Suprema de Chile tiene su fundamento en el principio del *interés superior del niño* y la potencial amenaza de la actitud homosexual de la madre, al denotar que la preocupación fundamental de los padres debe siempre estar ser enfocada en el interés superior de los niños contenidos en las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y que sin embargo la abierta homosexualidad expresada por la madre pudiese poner en riesgo la salud mental de

[259]La parte correspondiente de los antecedentes se basa en el Acápite III sobre la Posición de los Peticionarios presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso 12.502 Karen Atala e hijas, disponible en www.cidh.oas.org

[260] Cfr, Id.

las niñas,[261] en esta línea, la prueba testimonial aportada en el proceso a criterio de la Corte Suprema debió ser apreciada en el proceso, ya que acorde con dichos testimonios, el deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en el que se desenvuelve la existencia de los menores, ya que, desde que empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual las niñas han sido objeto de discriminación social derivada de este hecho. Así la madre de las menores, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, ha antepuesto sus intereses, postergando los de sus hijas, generando en ellas la eventual confusión de roles sexuales que puede producírseles por la carencia en el hogar de un padre.[262] Por dichos considerandos, la Corte Suprema de Chile invalida la sentencia de la Corte de Apelaciones y el fallo del Juzgado de Letras de Villarrica y concede a Jaime Allende la custodia de las menores M.V.R dando lugar a su demanda.

Como consecuencia de esta resolución, la señora Atala Riffo acude ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aduciendo que la resolución emitida por el sistema judicial chileno se relaciona con la discriminación e injerencia arbitraria en su vida, ocurridas en el contexto de un proceso judicial sobre la custodia y cuidado de sus tres hijas. La Comisión con estos antecedentes el 17 de septiembre de 2010 presentó de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra el Estado de Chile por trato discriminatorio e interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R.[263]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2012, después de un largo proceso en el cual se involucraron varias organizaciones a favor y en contra de la demandante, concluyó que, evidentemente existió una vulneración por parte del estado chileno al denegar la tutela de la progenitora en razón de una supuesta protección al principio del interés superior del menor; en este punto, la Corte Interamericana constató que la determinación del interés superior del niño, en casos

[261] Sentencia del 24 de febrero del 2012 *Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile*, párr. 55. http://www.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/atala-sentencia-integra-1.pdf, Acceso: 14 de mayo de 2014, hora: 10:53.
[262] Sentencia del 24 de febrero del 2012 *Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile*, párr. 53.
[263] Sentencia del 24 de febrero del 2012 *Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile*, párr. 3.

de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.[264] Precisamente la Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.[265]Declarando en su parte resolutiva que "*no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar".*[266]

En la Sentencia la Corte a más de declarar a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley) y otros artículos relativos a la no discriminación, estableció que la orientación sexual configura una categoría prohibida de discriminación enmarcada en "otra condición social" que establecido en el artículo 1.1 de la Convención.[267]

Actualmente, el estado chileno, ha incitado la generación de políticas no discriminatorias en contra de los colectivos GLBT-I un claro ejemplo de ello es la expedición de la ley Zamudio aprobada el 12 de julio del año 2012; la cual define lo que es la discriminación arbitraria, el procedimiento judicial que deberá regir frente a los actos discriminatorios para detener la violación de los derechos de las personas discriminadas, y los mecanismos para establecer una sanción eficaz en contra de los agresores;[268] y, con la victoria de Michelle Bachelet en las elecciones presidenciales

[264] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ficha técnica: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com_content&view=article&catid=40:resumen&id=1612, Acceso: 01 de marzo de 2014, hora: 16:31.
[265] Sentencia del 24 de febrero del 2012 *Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile,* párr. 175.
[266] Sentencia del 24 de febrero del 2012 *Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile,* párr.172.
[267] Sentencia del 24 de febrero del 2012 *Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile,* párr. 92.
[268] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Ley Zamudio o de No Discriminación*, http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/ley-de-no-discriminacion, Acceso: 14 de mayo de 2014, Hora: 16:39.

de 2013 se plantea la posibilidad de legalizar el matrimonio homosexual dentro del territorio de Chile con plenos derechos.[269]

En definitiva, los instrumentos regionales de derechos humanos, mediante sus precedentes jurisprudenciales defienden el derecho a la intimidad personal y a la autodeterminación de los ciudadanos; si bien los organismos americanos de derechos humanos aún no han tratado el tema de las minorías sexuales y sus derechos con la misma frecuencia que su homólogo europeo, esto no desmerita el avance que se han dado en las limitadas jurisprudencias estudiadas con anterioridad y que sin duda plantean nuevas cuestiones que se derivan de las familias homoparentales; la conclusión lógica a que nos ha llevado el presente estudio puede sintetizarse en la progresiva fracturación de las normas heteronormativas que aún siguen vigentes dentro de muchas legislaciones latinoamericanas.

3.2.2 Los Principios de Yogyakarta.

En las últimas décadas, hemos visto un paulatino desarrollo de iniciativas nacionales encaminadas a propender los derechos de igualdad y no discriminación para las personas de distinta orientación sexual e identidad de género; en algunos casos, dichas iniciativas lograron mejorar la calidad de vida de las personas GLBT-I dentro de sus comunidades; en otros, sin embargo, no lograron mermar las violaciones a los derechos humanos de las personas con distinta orientación sexual o identidad de género. Estas grandes disparidades que existían en materia de derechos humanos de un estado a otro no fueron debidamente atendidas dentro del seno de la comunidad internacional. La incapacidad de parte de muchos organismos internacionales radicaba en la falta de una comprensión sólida del régimen legal internacional en materia de derechos humanos y su debida aplicación a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género.[270]

---

[269] EMOL CHILE, *Bachelet a favor de legalizar el Matrimonio Homosexual,* http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/04/15/593443/bachelet-en-frente-al-espejo.html, Acceso: 06 de marzo de 2014, hora: 17:15

[270] Cfr, Los Principios De Yogyakarta, http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf, Acceso: 31 de enero de 2014, hora: 21:07.

Bajo estos antecedentes un distinguido grupo internacional de expertos en derechos humanos se reunió en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia, para delinear un conjunto de principios internacionales en relación con la orientación sexual y la identidad de género; surgiendo así los Principios de Yogyakarta (PDY).[271]

Los principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta) se instituye como el primer instrumento internacional de defensa y promoción de los derechos de las colectividades GLBT-I, circunscrito en veinte y nueve principios, recomienda e insta tanto a las instituciones estatales como a la sociedad civil a la protección, goce y no discriminación de los derechos intrínsecos reconocidos a las personas con distinta orientación sexual e identidad de género.

Desde su preámbulo, los Principios de Yogyakarta sientan las bases para una correcta aplicación y desarrollo de los derechos humanos en las minorías sexuales, mediante la introducción de sus respectivas definiciones, se ha generado un aporte conceptual insoslayable en la legislación internacional de los Derechos Humanos; en tal sentido, para el Derecho Internacional Público la orientación sexual e identidad de género se circunscriben en las siguientes definiciones:

> La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.[272]
>
> La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole,

[271] *Guía del activista para usar los Principios de Yogyakarta* http://iglhrc.org/sites/default/files/Guia_del_activista_Principios_Yogyakarta.pdf, Acceso: 15 de mayo de 2014, hora: 13:18.
[272] Ob. Cit, Principios de Yogyakarta, Preámbulo.

siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.[273]

Los presentes conceptos procuran instaurar definiciones que permitan una mayor comprensión de la sexualidad humana dentro de las legislaciones nacionales, en consecuencia, cuestiona la imposición de un género u orientación sexual socialmente aceptado, para dar paso al reconocimiento de las sexualidades diversas existentes dentro de los estados. Justamente, la verdadera trascendencia de los Principios de Yogyakarta radica en que no instaura o adiciona nuevas clasificaciones, generaciones o categorías de Derechos Humanos; sino que, logra adaptarlos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a la realidad de las personas no heterosexuales y las respectivas obligaciones de los estados en la promoción de los derechos humanos a este colectivo.[274]

Dentro de nuestro estudio, resulta indispensable referirnos al segundo principio, el cual establece el derecho a la no discriminación por orientación sexual en los siguientes términos:

> *"Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase (…)".*[275]

De lo expresado previamente podremos colegir que dicho principio establece no solamente la obligación del estado de promover la igualdad y no discriminación por orientación sexual, sino que también la instituye como un derecho trascendental

[273] Cfr, Id.
[274] Cfr, Mauricio Pulecio Pulgarín, *Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humano,* http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/70/73, Acceso: 01 de febrero de 2014, hora: 14:00.
[275] Ob. Cit, Principios de Yogyakarta, Principio 2.

de la persona. Dichos elementos se encuentran consagrados dentro de nuestra constitución dentro de los artículos 11 numeral 2 y el artículo 66 numeral 4 que recoge los derechos de los ciudadanos a la igualdad formal, material y no discriminación.

El principio veinte y cuatro, por otra parte, consagra el derecho de toda persona a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género en los siguientes términos:

> *Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.*[276]

La importancia que tiene este principio dentro de la comunidad internacional reviste en establecer regulaciones legales a las uniones afectivas homosexuales dándoles el carácter de un familia con los mismos derechos y obligaciones que cualquier tipo de familia ya existente dentro de la regulación de cada estado; en ese sentido, se pretende garantizar que ninguna familia reciba un trato discriminatorio por parte de los Estados por la orientación sexual o identidad de género de sus miembros, lo cual es una obligación contenida dentro de sendos instrumentos internacionales tales como: el Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Articulo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del Artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros. Dentro de nuestra constitución dicho principio se encuentra enmarcado dentro del Artículo 67, el cual reconoce la diversidad de formas de familia basadas en la *igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.*[277]

En definitiva, los Principios de Yogyakarta surgen como respuesta a las continuas violaciones evidenciadas por los estados frente a las personas de diferente orientación sexual e identidad de género, no es una invención per se, sino al contrario

[276] Principios de Yogyakarta, Principio 24.
[277] Constitución de la República del Ecuador, Articulo 67.

constituye una declaración lógica y coherente de las obligaciones que los Estados y actores no gubernamentales tienen que respetar, resguardar y satisfacer los derechos humanos de todas las personas sin importar su orientación sexual e identidad de género. Sin embargo, el debate jurídico se ha centrado en determinar la trascendencia jurídica de estos principios; siendo el punto central del debate el carácter o no de *Soft Law* de los Principios de Yogyakarta. Se entiende como "*Soft Law"* o "Derecho Blando" a los instrumentos internacionales que carecen de un proceso de ratificación, los cuales si bien enumeran derechos, no poseen mecanismos de protección internacional.[278] Una cualidad especial de estos instrumentos es su incidencia o potencial incidencia dentro de la producción normativa del Derecho Internacional Público, específicamente en la formación de nuevas normas y obligaciones internacionales.[279]

Los instrumentos Soft Law, acorde con Ramiro Ávila Santamaría comprenden: las declaraciones, las resoluciones, las normas mínimas y las directrices.[280] En ese sentido, para muchos tratadistas, los Principios de Yogyakarta sí se encontrarían dentro del grupo de *Soft Law* ya que estos se enmarcan con lo prescrito en el literal d) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,[281] al haber sido elaborada por veinte y nueve reconocidas y reconocidos especialistas procedentes de 25 países del mundo[282] se ha convertido en fuente doctrinal de derecho.

Para Ángeles Mazuelos Bellidola calificación de ciertos instrumentos como Soft Law solo puede hacerse *ex post facto*, ya que es la efectiva incidencia de estos

[278]Ob. Cit Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías- ensayos críticos*, p. 85.
[279] Ob. Cit. Mauricio Pulecio Pulgarín, *Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos.*
[280] Cfr, Id.
[281]El Articulo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia determina como las fuentes primarias y secundarias del derecho internacional las siguientes:
a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. Cfr,*Estatuto De La Corte Internacional de Justicia*, http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm, Acceso: 20 de enero de 2014, hora: 20:00.
[282] Ob. Cit, Principios de Yogyakarta, Introducción.

instrumentos en la dinamización del Derecho Internacional Público lo que logra convertirlos en fuente de derecho, además al ser los PDY de reciente data, no pueden ser todavía categorizados propiamente como Soft Laws, pero su progresiva incidencia dentro del Derecho Internacional Público es evidente.[283] Con fundamento en los PDY gobiernos como el de Argentina, Canadá, República Checa, Brasil y Dinamarca, han liderado las discusiones sobre diversidad sexual en los distintos encuentros de miembros activos de organismos internacionales.[284]

Por otra parte, existe un sector de la doctrina que rechaza enfáticamente la característica de *Soft Law* dada a los Principios de Yogyakarta, para dichos tratadistas la razón estriba en que al haber sido una manifestación fruto del diálogo académico de los activistas de derechos humanos para los estados, estos no han logrado todavía tener una amplia repercusión dentro del contexto internacional y que inclusive dicho instrumento ha sido desconocido para muchos expertos en materia de derechos humanos.[285]

Si bien el debate aún sigue en pie dentro de la comunidad internacional, nuestro sistema jurídico enmarca la pertenencia de los Principios de Yogyakarta dentro del *Soft Law* ecuatoriano, ya que los derechos que reconoce nuestro ordenamiento jurídico no solo se derivan de la constitución sino también de la dignidad de las personas y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tal como lo prescribe el art. 424 de la Constitución.

En conclusión, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los Principios de Yogyakarta forman parte de los instrumentos internacionales denominados como *Soft Law*, los cuales constituyen una de las fuentes principales de los derechos humanos para nuestra constitución.[286] En la práctica, algunos organismos públicos han empezado a utilizarlos dentro de la defensa de los derechos de los colectivos GLBT-I,

[283] Ob. Cit. Mauricio Pulecio Pulgarín, *Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos,* p.256.
[284] Ella Wegen, *Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*. http://ebookbrowsee.net/thesis-weggen-yogyakarta-principles-soft-law-pdf-d66038938, Acceso: 16 de mayo de 2014, hora: 12:48.
[285]Ob. Cit. Mauricio Pulecio Pulgarín, *Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos,* p.248
[286] Ob. Cit Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías- ensayos críticos*, p. 85.

un claro ejemplo de ello podemos verlo en el pronunciamiento del Defensor del Pueblo respecto del reportaje sobre la homosexualidad como moda de fecha 15 de noviembre de 2013 al expresar que: "*En el caso de Ecuador, la Constitución ha desarrollado muchos de los Principios de Yogyakarta, los cuales se vienen aplicando en las políticas públicas, así como en las medidas de protección y defensa a favor de esta comunidad (GLBT-I)*".[287]

Esta tendencia a reconocer la diversidad sexual dentro de nuestro estado así como la integración de los Principios de Yogyakarta dentro de las políticas públicas, fomentará la creación de nuevas instituciones de protección a los efectos jurídicos derivados a las parejas del mismo sexo.

3.2.3 La iniciativa de Naciones Unidas en el establecimiento de sistemas de protección a las minorías GLBT-I, la resolución sobre Orientación Sexual e identidad de Género

Alrededor del mundo, millones de personas sufren discriminación, violencia, tortura, secuestros e incluso asesinatos debido a su orientación sexual e identidad de género,[288] en muchos casos, esta persecución ha sido auspiciada por los propios estados, los cuales han irrespetado los derechos básicos de estas minorías sexuales al considerarlos como criminales; en efecto, acorde con Naciones Unidas, en setenta y seis países las relaciones consentidas entre personas del mismo sexo constituye un delito reprimido con penas que van desde la prisión hasta la pena de muerte, en siete países.[289] Esta preocupante situación ha hecho eco en muchos estados, los cuales, desde el contexto internacional han reconocido la urgencia de establecer mecanismos de protección para la población GLBT-I dentro del seno de Naciones Unidas, como resultado en el año 2011 y gracias al aporte incesante de ochenta y cinco países, entre los cuales se encontraba el Ecuador, se logró la aprobación de la primera resolución de Naciones Unidas relativa a derechos humanos, orientación

[287] Defensoría del Pueblo Ecuador- *Pronunciamientos Oficiales*,http://www.portalfio.org/inicio/noticias/item/13418-ecuador-pronunciamiento-del-defensor-del-pueblo-respecto-del-reportaje-sobre-la-homosexualidad-como-moda.html. Acceso: 10 de enero de 2014, hora: 19:34. Acceso: 13 de febrero de 2014, hora: 19:30

[288] Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, *ONU destaca los derechos humanos de las personas LGBT en el Día Internacional contra la Homofobia,* http://acnudh.org/2013/05/onu-destaca-los-derechos-humanos-de-las-personas-lgbt-en-el-dia-internacional-contra-la-homofobia/, Acceso: 01 de febrero de 2014, hora: 12:00.

[289] Cfr, Id.

sexual e identidad de género por parte del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.[290] Con este precedente, las Naciones Unidas, en los últimos tres años, ha abanderado la lucha contra la homofobia desde las esferas internacionales mediante la elaboración del primer Informe de Naciones Unidas relativo a la orientación e identidad de género, el primer debate intergubernamental oficial dentro del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y la creación de la campaña a nivel mundial "Libres e iguales" en el año 2013 destinada a concienciar a la sociedad de la violencia y discriminación que sufren las personas GLBT-I.[291]

La resolución emitida por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su parte resolutiva insta al Alto Comisionado de Naciones Unidas a la realización de un informe que documente las leyes, prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género y como se debería aplicar la normativa internacional para subsanar dichas prácticas discriminatorias a nivel de los estados; así, como resultado de ello, el 17 de noviembre de 2011surgió el primer Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos relativos a la discriminación por orientación e identidad de género, una herramienta que ayuda a entender el alcance de las obligaciones que los estados tienen para la protección de los derechos humanos de las personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersex. El informe se circunscribe en cinco obligaciones básicas donde la acción estatal debe ser destacada. Desde la protección a personas frente a la violencia provocada por la homofobia, como la prevención de la tortura, la descriminalización de la homosexualidad, en los países que aún lo mantienen, así como la prohibición de la discriminación por orientación sexual e identidad de género; y la defensa de las libertades de expresión, asociación y reunión pacífica de la sociedad GLBT-I. Para cada una de estas obligaciones, los estados se verán compelidos de adoptar las medidas, decisiones y resoluciones emanadas por los organismos de derechos humanos de la ONU.[292]

---

[290] Cfr, Id.
[291] Cfr, Id.
[292] Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas de Derechos Humanos, *Nacidos libres e iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos,* http://acnudh.org/2013/02/nacidos-libres-e-iguales-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-las-normas-internacionales-de-derechos-humanos/, Acceso: 21 de febrero de 2014, hora: 17:56.

La trascendencia del informe en instancias internacionales es indiscutible, ahora por primera vez en la historia, el máximo organismo de derechos humanos ha reconocido expresamente que, los derechos de las personas GLBT-I, son derechos humanos, en base a que "*el principio de universalidad no admite excepciones. Los derechos humanos son un derecho verdaderamente innato de todos los seres humanos".*[293]Como resultado, el presente informe cuestiona la carencia de políticas gubernamentales que se mantienen en muchos estados en referencia con el tema de las personas GLBT-I, así como también obliga a los Estados, en virtud de las normas internacionales de derechos humanos, a que aborden las problemáticas existentes con medidas legislativas inclusivas.[294]

El Comité de Derechos Humanos mediante emblemáticos casos ha iniciado un marco internacional de no discriminación en base a la orientación sexual, el caso más notorio sobre derechos GLBT-I es *Toonen Vs. Australia* de 1994 por el cual se determinó que el concepto de orientación sexual constituye una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1102 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2103 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso que la referencia a la categoría "sexo" incluiría la orientación sexual de las personas.[295]

Precisamente, desde que se decidió la causa Toonen, los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados han instado a los Estados a reformar las leyes que tipificaban penalmente la homosexualidad o la conducta sexual entre personas del mismo sexo, y han acogido con beneplácito la revocación legislativa o judicial de ese tipo de leyes, en el caso de Chile, el Comité expresó su complacencia al despenalizar las relaciones homosexuales consentidas, sin embargo el Comité continúa preocupado ante la discriminación de la que son objeto ciertas personas

[293] Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas de Derechos Humanos, *Informe de Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos,* http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf, Acceso: 21 de febrero de 2014, hora: 12:56.
[294]Cfr, Id.
[295] Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Toonen Vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 6.14.

debido a su orientación sexual, entre otros ámbitos, frente a los tribunales y en el acceso a la salud.[296]

Por lo expuesto, se puede concluir que el aporte que Naciones Unidas frente a las violaciones de derechos humanos de personas GLBT-I se enfoca a la construcción de una respuesta coordinada contra las injusticias que sufren estas personas por parte de la sociedad y del estado; así, frente a un sistema nacional represivo de las personas GLBT-I, en materia internacional, los sistemas internacionales de derechos humanos, constituyen el medio más eficaz para que una persona, que se encuentre en condición de vulnerabilidad por su condición sexual, pueda obtener ayuda y protección por parte de los organismos internacionales. Tal como el Secretario General de Naciones Unidas lo ha dicho (Los GLBT-I) *"No están solos. Todas las Naciones están obligadas por el derecho internacional de los derechos humanos a proteger a todas las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero de la tortura, discriminación y violencia*".[297]

[296] Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de Chile* (CCPR/C/CHL/CO/5), párr. 16

[297] Diario La Estrella, *ONU reconoce derechos de gays en Día Internacional contra la Homofobia,* http://laestrella.com.pa/online/noticias/2013/05/17/onu-reconoce-derechos-de-gays-en-dia-internacional-contra-la-homofobia.asp, Acceso: 21 de febrero de 2014, hora: 18:39.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Una vez que se ha denotado dentro del desarrollo de la presente tesina, la carencia de instrumentos legales que efectivamente protejan los derechos específicos de los colectivos de Gays Lesbianas Bisexuales Transgénero e Intersex reconocidos dentro de nuestro bloque constitucional se han llegado a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. A partir del año 2008 el estado ecuatoriano, adopta un nuevo sistema constitucional inspirado en el respeto, protección y promoción de los derechos humanos, bajo la doctrina neoconstitucional, la cual, ha delineado postulados constitucionales de avanzada dentro de nuestro sistema jurídico, como la instauración de principios constitucionales, un catálogo de derechos en constante evolución con sus debidas garantías, especialmente para las minorías del país, entre los cuales se encontraban los grupos GLBT-I, que por muchos años han sido invisibilizados y públicamente discriminados.

2. Es innegable que la Constitución del año 2008 ha realizado grandes avances en materia de derechos humanos como: la no discriminación por orientación sexual, el reconocimiento de las diversidades sexuales existentes dentro del territorio, y la legalización de sus uniones afectivas homosexuales, siendo claros ejemplos de la evolución que la sociedad ecuatoriana ha tomado a favor de los colectivos GLBT-I. Al respecto de estos avances constitucionales, se demuestra que las vulneraciones persisten, y que los recursos legales son ineficaces hasta la actualidad. La postura de los notarios de no registrar uniones de personas del mismo sexo, y la expresa postura gubernamental discriminatoria a las familias homosexuales, son evidentes indicios de violaciones a derechos humanos. Es indudable que estas vulneraciones responden a una actitud homofóbica a nivel estatal, que contraponen los principios de igualdad, directa aplicabilidad y no discriminación.

3. Nuestro sistema constitucional no solo se nutre del contenido expreso de la propia constitución, sino que, a través de una década de estudio, la Corte Constitucional ha integrado otros elementos que mantienen la misma jerarquía y buscan desarrollar los postulados constitucionales, estos elementos se configuran en lo que se conoce

actualmente como el Bloque de Constitucionalidad, los cuales, constituyen los mecanismos idóneos para fomentar nuevos derechos favorables a las minorías sexuales.

4. Así las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los principios de Yogyakarta que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, en la temática GLBT-I han reconocido lineamientos internacionales aplicables a dichos colectivos para la promoción de sus derechos, sin embargo, en nuestra realidad ninguna autoridad pública se ha valido de dichos instrumentos para proteger efectivamente los derechos de las minorías sexuales, siendo, en contraposición, la tendencia generalizada a denegar el acceso a sus derechos.

5. Existe todavía una renuencia por parte de muchos notarios en la aplicación de las garantías y principios constitucionales emanados de la carta magna ecuatoriana; esta situación si bien puede responder por un desconocimiento de los derechos constitucionales y sus mecanismos de protección, en el caso de las minorías sexuales, la actitud legalista que han tomado muchos de estos servidores judiciales responde mayoritariamente a criterios personales discriminatorios.

6. Si bien el Ecuador garantiza a nivel constitucional el derecho a las uniones de hecho en parejas homosexuales, empero este se restringe dentro del artículo 222 del Código Civil el cual solo reconoce dicha institución para parejas heterosexuales, constituyendo su contenido una clara antinomia, que podría ser subsanada por la autoridades públicas si se aplicase el principio de Supremacía Constitucional o el principio de Progresividad de los Derechos, sin embargo, para los notarios esta inconsistencia se ha convertido en la pretexto ideal para que se restrinja la legalización de las uniones afectivas homosexuales al no existir un procedimiento específico hacia los parejas del mismo sexo; al respecto se concluye que, el procedimiento que debe aplicarse para la legalización de las uniones de hecho homosexuales es el establecido en los artículos 223 y siguientes del cuerpo sustantivo civil, ya que la institución de la Unión de Hecho es una sola indistintamente de que los contrayentes sean homosexuales o heterosexuales.

7. Para el colectivo GLBT-I la unión de hecho constituyó su más importante lucha social, derivada del principio de igualdad y no discriminación pretendía equiparar los derechos de las parejas homosexuales a la de los heterosexuales. Sin embargo, la introducción de la institución de la Unión de Hecho dentro de nuestro sistema legal respondió a otras circunstancias, siendo considerada, hasta la actualidad como una figura inferior al matrimonio, estos contrastes han generado profundas diferencias legales y sociales entre el matrimonio, la Unión de Hecho Heterosexual, y la Unión de Hecho Homosexual, siendo esta ultima la figura más limitada.

8. Si bien las parejas del mismo sexo están constitucionalmente prohibidas de acceder a la institución matrimonial, esto no significa que no sean reconocidas como otro tipo más de familia ya que el artículo 67 de la Constitución protege a todos los tipos de familia por igual, y, en consecuencia otorgándole los mismos derechos y beneficios por parte del estado. Hemos advertido dentro del desarrollo de la presente tesina que la definición tradicional de familia constituye una discriminación y una irreal ilusión respecto de los nuevos modelos de familia que se están desarrollando en nuestros tiempos; por lo tanto, el estado debería tomar acciones afirmativas con estos nuevos núcleos familiares para limitar la constante discriminación de las que son víctimas.

9. La importancia de que se reconozcan plenamente a las familias homoparentales como otro tipo más de familia permitiría que estas pudieran gozar de derechos como porción conyugal, seguridad social, régimen común de bienes, derecho de sucesión, tratamiento tributario, e inclusive la posibilidad de adoptar a los hijos biológicos del otro conviviente, así también como las obligaciones respectivas que cumplen las parejas constituidas en matrimonio. Siéndoles aplicables a las parejas homosexuales las disposiciones relativas a violencia intrafamiliar inclusive.

10. El reconocimiento de las uniones de hecho en parejas homosexuales, ha tenido mayor cabida en países de la Unión Europea, región en la cual, inclusive se ha legalizado el matrimonio igualitario en algunos casos. Dinamarca fue el pionero en establecer un régimen de unión de hecho homosexual que ha sido imitado por

posteriores países incluso el Ecuador, el cual, ha seguido los mismos parámetros instaurados por el país nórdico.

11. En el caso latinoamericano, se evidencia una creciente aceptación y promoción hacia los derechos de los grupos GLBT-I, con la aprobación del matrimonio igualitario en Argentina, Uruguay y Colombia, este último mediante la intervención de la Corte Constitucional y el sistema judicial. Nuevas tendencias en materia de derechos humanos se imponen, convirtiendo a nuestra región, después de Europa en la región de mayor avance en temas de inclusión y promoción de minorías; de allí que el Estado Ecuatoriano tiene la gran tarea de emular los avances constitucionales de sus naciones hermanas y promover nuevos derechos a las parejas homosexuales como el matrimonio con plenos derechos.

12. En el contexto internacional, la lucha por los derechos de los grupos GLBT-I ha sido apropiada por organismos internacionales tal como el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, institución que, en los últimos años ha cobrado importante relevancia en la protección de los derechos de las personas gays, lesbianas, transexuales e intersex, la cual, basada en respeto al principio universal de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, ha fomentado la campaña del mismo nombre, en defensa y protección contra la violencia y discriminación que sufren las minorías sexuales alrededor del mundo.

13. Se debe acotar que la institución jurídica de la Unión de Hecho efectivamente ha generado mayores derechos para las parejas homosexuales, empero, esta figura, por las limitaciones constitucionales discriminatorias tal como la prohibición de adoptar, no es la institución ideal para la protección de los derechos de las personas GLBT-I, a través de la presente tesina se puede concluir que el Matrimonio Homosexual con plenos derechos sería la figura legal apropiada para derribar definitivamente cualquier sesgo de discriminación en contra de los colectivos GLBT-I.

14. Si bien en la presente tesis no se ha analizado a profundidad el tema del matrimonio igualitario se puede concluir que, al igual que la evolución de los derechos específicos de las minorías sexuales en el derecho comparado, el matrimonio

homosexual tiene sustento constitucional para ser legalizado dentro de nuestro país, ya que los instrumentos internacionales de derechos humanos así como los principios constitucionales abren la posibilidad de que se reforme el segundo inciso del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana que define al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer.

15. Las recomendaciones que se podrían generar dentro de la presente tesina, para la protección de las familias homoparentales y las parejas homosexuales se enfocar en tres lineamientos determinados que son:

a. La participación de las organizaciones no gubernamentales dentro del escenario parlamentario, incitando a la elaboración de una ley contra la discriminación tal como ya ha sucedido en Chile o en México, enfocada específicamente a la población GLBT-I promoviendo el respeto a la orientación sexual diversa en aspectos públicos y educativos..

b. Se debería igualmente fomentar a la creación de una Ley de Protección y Promoción de las Familias en la cual se establezca claramente las responsabilidades del Estado a favor de la protección de los nuevos núcleos familiares; y, en esta ley se establecería acciones afirmativas a favor de las familias homoparentales tal como protección de datos personales o estabilidad laboral.

c. Finalmente correspondería remitir una declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 222 del Código Civil por ser contrario a los preceptos emanados del artículo 68 de la Constitución del Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Codificación al Código de Trabajo Registro Oficial Suplemento No. 167 del 16 de diciembre de 2005.

Código Civil, Registro Oficial Suplemento No.46 del 24 de junio de 2005.

Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial No. 737del 03 de enero de 2003.

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial No. 544 del 09 Marzo de 2009.

Código Penal, Registro Oficial Suplemento No.147 del 22 de enero de1971.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No 449 del20 de octubre de 2008.

Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, Registro Oficial No. 463del 10 de noviembre de 2008.

Convención Americana de Derechos Humanos, emitida el 22 noviembre de 1969, Registro Oficial 801 publicado: 06 agosto 1984.

Convención sobre los Derechos del Niño, Registro Oficial Suplemento No.153 del 25 de noviembre de 2005.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Registro Auténticodel de 10 diciembre 1948.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento No. 52 del 22 de octubre 2009.

Ley Orgánica de Seguridad Social, Registro Oficial Suplemento No. 46 del 30 de noviembre de 2001.

Ley que Regula las Uniones de Hecho, Registro Oficial No. 399 del 29 de diciembre de 1982

Resolución de la Corte Constitucional 6, Registro Oficial Suplemento No. 724, fecha de publicación: 14 de junio de 2012.

Resolución de la Corte Constitucional 106, Registro Oficial Suplemento No. 724, fecha de publicación: 14 de junio 2012.

Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública.

Libros

Abolafio MorenoEstrella, JesúsGutiérrez, *Adopción y Parejas de Hecho, Universidad de Huelva*, Portularia, Editorial Universidad de Huelva, 2004.

Ávila Ramiro, Grijalva Agustín, Martínez Rubén, *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Serie Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Ávila Santamaría Ramiro, *Los Derechos y sus Garantías ensayos críticos*, Quito, Editorial Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2012.

Belluscio Augusto Cesar, *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, décima Edición, 2011.

Boaventura De Sousa Santos, *La caída del ángelus novus: ensayos para una nueva teoría social*, Bogotá, editorial ILSA, 2003.

BorrilloDaniel, *Homofobia*, Editorial Bellaterra, Barcelona, 2001.

BuitrónEdgar Andrés*, La implementación de las uniones de hecho en parejas del mismo sexo en Ecuador como ejercicio de la igualdad de la comunidad LGBT-I*, Quito, Repertorio de la Universidad San Francisco de Quito, 2009.

CantarellaEva, *Según Natura- La bisexualidad en el mundo antiguo*, Madrid, AKA editorial, 1991.

CarbonellMiguel*, El Canon Neoconstitucional*, Ciudad Fernández, Editorial Trotta, 2010.

CarbonellMiguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo- Ensayos Escogidos*, Madrid, Ediciones Trotta, Primera Edición, 2007.

FalconíJosé García, *Análisis jurídico sobre la existencia de la unión de hecho y su terminación en la legislación ecuatoriana,* Quito, Ediciones Rodin, Primera edición, 2006.

Falconí TrávezDiego,*Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBTT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género*, Quito, Repositorio de la Universidad San Francisco de Quito, 2005.

Flacelieré Robert, Love in the Ancient Greece, Nueva York, Greenword Press, 1962.

Fuentes ContrerasEdgar, *Materialidad de la Constitución, la Doctrina del Bloque de Constitucionalidad,* Bogotá, Editorial Ibáñez, Primera Edición, 2010.

FukuyamaFrancis, *La gran ruptura*, Buenos Aires, Editorial Atlántida,1999.

KemelmajerAida, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.

MieliMario, *Elementos de la Critica Homosexual*, Milán, Feltrinelli Editorial, 2002.

MottaCristina, SáezMacarena, *La Mirada de los Jueces- Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*-Tomo II, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.

Oyarte Martínez Rafael, "*La Supremacía Constitucional*", en Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Quito, Publicaciones del Tribunal Constitucional, 1999.

Parreguez RuizLuis, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano*, Volumen II, Cuenca, Universidad Técnica Particular de Loja, segunda edición, 1996.

Peña GarcíaCarmen, *Homosexualidad y Matrimonio*, Madrid, Publicación de la Universidad Pontificia Comillas, 2004.

Rotenberg, Eva *Homoparentalidades- Nuevas familias*, Buenos Aires, Lugar editorial, 2007.

Salgado PesantesHernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ediciones Legales, cuarta edición, 2012.

Senado de la Nación Argentina, Ley 26.618, del 21 de julio del 2010.

TeránManuel, *"Manual de Derechos Internacional Público Contemporáneo",* Quito, Editorial Letra Nueva, 1982.

Valpuesta FernándezRosario, *La protección constitucional de la Familia*, Quito, Foro de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2006.

ZaidánSalim, *Técnicas de Litigio en DDHH – Neoconstitucionalismo*, Quito, Cevallos Editorial Jurídica, 2012.

Revistas:

Caicedo Tapia Danilo, *El bloque de constitucionalidad en el Ecuador-Derechos Humanos más allá de la Constitución*, Quito, Repertorio de revistas de la Universidad Andina del Ecuador 2009.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL, *Herramientas para la protección de los Derechos Humanos, Sumarios de Jurisprudencias-Igualdad y no Discriminación,* Buenos Aires, Folio-Uno Editorial, 2009.

Díez Picazo, Luis María, INDRET Revista para el análisis del Derecho, *En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo,* número 2*,* Barcelona, 2007.

DomínguezAndrés Gil, "*El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*", en Revista Argentina de Derecho Constitucional, publicación No. 4, Buenos Aires, 2001.

LafferriereJorge, "Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea". *Persona y Derecho*, No.63, febrero 2010, Buenos Aires, 2010.

Requejo Paloma, *Bloque constitucional y comunidades autónomas*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No. 22, Madrid, 1998.

En Internet:

Aci Prensa, *Ecuador: Correa rechaza ideología de género y afirma que defender la familia es cuestión moral,*http://www.aciprensa.com/noticias/ecuador-correa-rechaza-ideologia-de-genero-y-afirma-que-defender-la-familia-es-cuestion-moral-37571/#.UwEp0vl5N5c, Acceso: 16 de enero de 2014.

Archivo de Datos del Senado del Reino de Bélgica- Ley del Matrimoniohttp://www.senaat.be/www/?MIval=/dossier&LEG=2&NR=1173&LANG=fr, Acceso: 15 de agosto de 2013.

Aristegui Noticias, *Matrimonios gay, rechazados por el senado de Colombia,*http://aristeguinoticias.com/2504/mundo/matrimonios-gay-rechazados-por-el-senado-de-colombia/, Acceso: 03 de noviembre de 2013.

Assemblé Nationale*, Condiciones para que opere el Matrimonio Homosexual dentro del Territorio Francés* http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-28287QE.htm, Acceso: 15 de agosto de 2013.

Base de Datos de la Legislación, *Ley 13/2005, de fecha 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, articulo 1.* http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l13-2005.html, Acceso: 15 de agosto de 2013.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Comparación entre la ley francesa de Pacto Civil de Solidaridad (PACS) y el proyecto de ley español que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/informes/estudios_pdf_informes/nro146%20.pdf, Acceso: 15 de agosto de 2013.

Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, *Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayorvigencia a los Derechos Humanos, de conformidad con laDeclaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y laConvención Americana sobre Derechos Humanos.*http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.V.htm , Acceso: 24 de abril del 2013.

Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad -Violencia Sexual y Género,* http://www.coverdad.org.ec/informe-final, Acceso: 17 de agosto de 2013.

Comunidad Homosexual de la Argentina, *Historia del Matrimonio GLBT en Argentina*, http://www.cha.org.ar/historia-del-matrimonio-lgtb-en-argentina, Acceso: 27 de octubre de 2013.

Consejo de la Judicatura, *Rendición de Cuentas, julio 2011-enero 2013,* http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/transparencia/transparencia-2013.html, Acceso: 17de agosto 2013.

Constitución de la República del Ecuador de 1978 http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/biblioteca/1978-codificada-en-1997.pdf, Acceso: 27 de octubre de 2013.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, articulo 12, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, Acceso: 01 de marzo de 2014.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-29/09,* http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm, Acceso: 27 de octubre de 2013.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-075/07*, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm, Acceso: 27 de octubre de 2013,

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-577/11, numeral 7, Exhorto dirigido al Congreso de la República.* http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm, Acceso: 27 de octubre de 2013.

Cornell University Law School, *United States vs. Windsor,* http://www.law.cornell.edu/supct/cert/12-307, Acceso: 19 de octubre de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ficha técnica: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*,http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com_content&view=article&catid=40:resumen&id=1612, Acceso: 01 de marzo de 2014.

Cristian Zanotti, *La relación de equivalencia del Civil Partnership entre Inglaterra y España,* http://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/8587/TREBALL%20COMPLET%20-%20Cristian%20Zanotti.pdf?sequence=1, Acceso: 15 de agosto de 2013.

Diario La Estrella, *ONU reconoce derechos de gays en Día Internacional contra la Homofobia,* http://laestrella.com.pa/online/noticias/2013/05/17/onu-reconoce-derechos-de-gays-en-dia-internacional-contra-la-homofobia.asp, Acceso: 21 de febrero de 2014.

Danilo Caicedo Tapia, *El Bloque de Constitucionalidad en el Ecuador,*http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf, Acceso: 14 de marzo 2013.

Danish Parliament, The *Registered Partnership Act*http://www.qrd.org/qrd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments , Acceso: 10 de Septiembre del 2013.

Defense of Marriage Act (D.O.M.A.) http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104hr3396enr/pdf/BILLS-104hr3396enr.pdf, Acceso: 16 de octubre de 2013.

Defensoría del Pueblo, *Igualdad y no Discriminación- Resumen Ejecutivo*, http://www.dpe.gob.ec/images/CARTILLAS2012/DISCRIMINACI%C3%93N/DISCRIMINACI%C3%93N%20EJECUTIVO%20.pdf, Acceso: 17 de agosto de 2013.

Defensoría del Pueblo Ecuador- *Pronunciamientos Oficiales*,http://www.portalfio.org/inicio/noticias/item/13418-ecuador-pronunciamiento-del-defensor-del-pueblo-respecto-del-reportaje-sobre-la-homosexualidad-como-moda.html. Acceso: 10 de enero de 2014.

Diario La Hora, *Las notarías no unen a parejas gays*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/896629/-1/Las_notarias_no_unen_a_parejas_gays_.html#.UoeZaPlg-So, Acceso: 16 de noviembre de 2013.

Diario el Hoy, *Vance revela tortura y muertes en centros de deshomosexualización,* http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/vance-revela-tortura-y-muertes-en-centros-de-deshomosexualizacion-586674.html, Acceso: 17 de agosto de 2013.

El Comercio, *Una pareja gay cuenta las trabas para hacer trámites,* http: //www.elcomercio.ec/sociedad/pareja-cuenta-trabas-hacer-tramites_0_609539200.html, Acceso: 16 de noviembre de 2013.

El Espectador, *Corte Rechazó solicitud de nulidad de sentencia sobre uniones homosexuales,* www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-rechazo-solicitud-de-nulidad-de-sentencia-sobre-u-articulo-435807. Acceso: 03 de noviembre de 2013.

El Siglo de Torreón, *1990: La OMS elimina la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales,* http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/741295.1990-la-oms-elimina-la-homosexualidad-de-la-lista-de-enfermedades-mentales.html, Acceso: 21 de febrero de 2014.

El Telégrafo, *Unión libre, tendencia que vence al matrimonio* http://www.telegrafo.com.ec/sociedad/item/union-libre-tendencia-que-vence-al-matrimonio.html, Acceso: 27 de octubre de 2013.

El Telégrafo, La población GLBTI ecuatoriana aún vive en condiciones de desigualdad, http://www.telegrafo.com.ec/economia/masqmenos/item/la-poblacion-glbti-ecuatoriana-aun-vive-en-condiciones-de-desigualdad.html, Acceso: 03 de enero de 2014.

El Universo, *Ecuador tiene temas más urgentes que el matrimonio gay dice Correa,*http://www.eluniverso.com/noticias/2013/05/25/nota/954661/ecuador-tiene-temas-mas-urgentes-que-matrimonio-gay-dice-correa, Acceso: 18 de agosto de 2013.

El Universo, *Organismos Estatales Aún Tienen Duda*shttp: //www.eluniverso.com/2009/09/20/1/1355/organismos-estatales-aun-tienen-dudas.html?p=1355A&m=1548,%2012%20de%20febrero%20de%202011,%20Acceso:%203:05., Acceso: 16 de noviembre de 2013.

EMOL CHILE, *Bachelet a favor de legalizar el Matrimonio Homosexual,* http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/04/15/593443/bachelet-en-frente-al-espejo.html, Acceso: 06 de marzo de 2014.

Encarna Carmona Cuenca , *El Principio de la Igualdad Material en la Constitución Europea* http://www.idpc.es/archivo/1213086682FCI8AECC.pdf, Acceso: 17 de junio de 2013.

Estatuto De La Corte Internacional de Justicia, http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm, Acceso: 20 de enero de 2014.

Estadísticas Grupo GLBT-I http://www.inec.gob.ec/estadisticas/?option=com_content&view=article&id=345&Itemid=334&TB_iframe=true&height=512&width=1242, Acceso: 17de agosto de 2013.

Ferrajoli Luigi, *La Igualdad y sus Garantías*, http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf Acceso: 29-04-2013.

Graciela Medina, Uniones de Hecho Homosexuales, http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1527/1.pdf, Acceso: 27 de octubre de 2013.

Gustavo Moscoso, Los Principios rectores de la hermenéutica de los Derechos Humanos http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congfilodere/ponencias/GustavoMoscosoSalas.pdf Acceso: 01 de Mayo del 2013.

Human Rights Campaign, Marriage Recognition in the US. http://www.hrc.org/campaigns/marriage-center, Acceso: 16 de octubre de 2013.

Justia US Supreme Court, Case United States v. Windsor, http://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/, Acceso: 19 de octubre de 2013.

Latin American Herald Tribune, Mexico City Lawmakers to Consider Gay Marriage http://www.laht.com/article.asp?ArticleId=348002&CategoryId=14091.

Los Principios De Yogyakarta, http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf, Acceso: 31 de enero de 2014.

Luis Pasara, El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia, http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/2_El_Uso_de_los_instrumentos_internacionales.pdf Acceso: 18 de agosto de 2013.

Massachusetts Cases*, HILLARY GOODRIDGE & others vs. DEPARTMENT OF PUBLIC HEALTH*http://masscases.com/cases/sjc/440/440mass309.html, Acceso: 15 de octubre de 2013.

Massachusetts Trial Court, *Law About Same-Sex Marriage*http://www.lawlib.state.ma.us/subject/about/gaymarriage.html, Acceso: 15 de octubre de 2013.

Mauricio Pulecio Pulgarín, *Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos,*http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/70/73, Acceso: 01 de febrero de 2014.

Norberto Bobbio, *entre el Derecho y la Política*, http://www.eafit.edu.co/revistas/badp/Documents/badp9/BADP-09-norberto-bobbio.pdf, Acceso: 17de agosto de 2013.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas de Derechos Humanos, *Informe de Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos,* http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf, Acceso: 21 de febrero de 2014.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas de Derechos Humanos, *Nacidos libres e iguales: Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos,* http://acnudh.org/2013/02/nacidos-libres-e-iguales-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-las-normas-internacionales-de-derechos-humanos/, Acceso: 21 de febrero de 2014.

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, *ONU destaca los derechos humanos de las personas LGBT en el Día Internacional contra la Homofobia,* http://acnudh.org/2013/05/onu-destaca-los-derechos-humanos-de-las-personas-lgbt-en-el-dia-internacional-contra-la-homofobia/, Acceso: 01 de febrero de 2014.

Organización Panamericana de la Salud, *La homofobia es lo que debemos curar*, http://new.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=5411&Itemid=1, Acceso: 01 de Mayo del 2013.

Pacto Civil de Solidaridad P.C.S o por sus siglas en francés P.A.C.S. http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/N144.xhtml, Acceso: 15 de agosto de 2013.

PADH, *Encuesta organizaciones, garantías interpuestas* http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/Actividadespadh/Informedh2010.pdf, Acceso: 17 de agosto de 2013.

Parlamento de Uruguay, *Ley Nº 18.246 de Unión Concubinaria*,

http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18246&Anchor=, Acceso: 26 de octubre de 2013.

Parlamento de Uruguay*, Ley Nº 19.075- de Matrimonio Igualitario*, http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=19075&Anchor=, Acceso: 26 de octubre de 2013.

Programa de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, *Orientaciones Terminológicas ONUSIDA,*http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/unaidspublication/2011/JC2118_terminology-guidelines_es.pdf, Acceso: 25 de Septiembre de 2013.

Revista Panorama, *Estos son los Catorce Países que reconocen el Matrimonio Homosexual,*http://www.panorama.com.ve/portal/aPágina/push/noticia63533.php, Acceso: 01 de Mayo del 2013.

Rodrigo Uprimny, *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Pena*l, http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf, Acceso: 13 de marzo de 2013.

Rodríguez Martínez Elí, *El Reconocimiento de las Uniones Homosexuales, una perspectiva de derecho comparado en América Latina.*
http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/130/art/art7.pdf, Acceso: 20 de octubre de 2013.

Rubén Sánchez Gil, *Igualdad y Proporcionalidad*
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/11.pdf , Acceso:29 de abril de 2013.

Sentencia C-191 de la Corte Constitucional de Colombia, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2012/a151-12.htm, Acceso: 07de junio de 2013.

Sentencia D-5807 de la Corte Constitucional de Colombia, http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm, Acceso: 07 de junio de 2013.

Sentencia No. 6864-2005 emitido por el Tribunal Constitucional Español, http://www.giurcost.org/casi_scelti/matrimonioomosexSpagna.pdf, Acceso 15 de agosto de 2013.

The Boston Globe, *The history of same-sex marriage in the US, 1970 to now,* http://www.bostonglobe.com/2013/06/26/same-sex-marriage-over-time/mbVFMQPyxZCpM2eSQMUsZK/story.html, Acceso: 16 de octubre de 2013.

The National Archives, *Civil Partnership Act 2004, article 1.* http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/section/1, Acceso: 15 de agosto de 2013.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Manual de legislación europea contra la discriminación.* Página.15http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf, Acceso: 21 de febrero de 2014.

UK. Government website. *Marriage and civil partnership in the UK*. www.gov.uk/marriages-civil-partnerships. Acceso: 03 de diciembre de 2013.

Universidad de Toronto, De *Sodomia Tractus*, www.archive.org/details/desodomiatractat00sini, Acceso: 03 de Marzo el 2012.

US Government Information, *Defense of Marriage Act (D.O.M.A.)* http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104hr3396enr/pdf/BILLS-104hr3396enr.pdf, Acceso: 16 de octubre de 2013.

Vistazo, *Distintas formas de Amar*, http://www.vistazo.com/impresa/vidamoderna/imprimir.php?Vistazo.com&id=4934, Acceso: 27 de octubre de 2013.

Entrevistas:

Karen Barba, entrevista personal, fecha: 14 de febrero de 2014.
Efraín Soria, entrevista personal, fecha: 07 de febrero de 2014.

Jurisprudencia:

Comité de Derechos Humanos, Observación General No.18, sobre la no discriminación, LXXX período de sesiones, 11 de octubre de 1989.

Corte Europea de Derechos Humanos, "Case of Schalk and Kopf v. Austria", Sentencia No. 30141/04 del 24 de junio de 2010.

Corte Interamericana De Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de Febrero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Nº71/99, Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez vs Colombia, 4 de mayo de 1999.* En Informe Anual CIDH 1997, supra nota 26, Página. 271.

Dictamen número 009-13-DTI-CC de fecha 03 de mayo del 2013. Registro Oficial S. N° 946.

Jurisprudencia N° 1095-06-RA de fecha 11 de septiembre de 2007 emitido por el entonces Tribunal Constitucional Registro Oficial S. 167. Fecha de publicación: 11 de septiembre de 2007.

Jurisprudencia N° 129-12-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional para el periodo de transición, registro oficial número 743, publicado el 11 de julio del 2012.

Resolución No. 0838-2007-RA, Tercera Sala, E.E. 48, 24-de abril de 2008.

Resolución No. 48-2003, Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, Registro Oficial No. 66 del 22 de abril de 2003.

Sentencia No. 008-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009 emitida por la Corte Constitucional para el periodo de transición, Registro Oficial número 602, publicado el 01 de junio del 2009.

Sentencia No. 019-10-SCN-CC de fecha 5 de agosto de 2010 emitida por la Corte Constitucional, Registro Oficial 272-S, publicado el 6 de septiembre de 2010.

Sentencia No. 025-12-SIN-CC del 04 Septiembre de 2012 emitida por la Corte Constitucional para el periodo de transición; Registro Oficial 781, fecha de publicación: 04 de septiembre de 2012.

Sentencia No. 026-12-SIS-CC de 21 de junio del 2012 emitida por la Corte Constitucional para el periodo de transición, Registro Oficial número 781, publicado: 04 de septiembre del 2012.

Sentencia No. 031-11-SEP-CC de fecha 10 noviembre del 2011 emitida por la Corte Constitucional, Registro Oficial S. N° 572.

ANEXOS

Guía de Preguntas que serán formuladas dentro de las entrevistas en el Proyecto de Tesina titulado la limitación de los derechos del colectivo GLBT-I establecidos en la Constitución

Entrevistado (a):

Fecha:

1. Generales de Ley
2. ¿Cuál es su relación con el colectivo GLBT-I ecuatoriano?
3. ¿A breves rasgos que avances en materia de derechos humanos se han generado en los últimos años a favor del colectivo GLBT-I ecuatoriano?
4. ¿En que radica la importancia de que la Constitución reconozca la validez de las Uniones de Hecho en parejas del mismo sexo?
5. Qué nuevos derechos se han generado a las parejas homosexuales con la legalización de sus uniones afectivas?
6. ¿Usted podría decirnos cuantas parejas homosexuales conoce que hayan optado por legalizar su alianza mediante la figura jurídica de la Unión de Hecho?
7. ¿A breves rasgos cómo definiría usted el trato de los notarios frente a la legalización de las uniones de hecho homosexuales?
8. ¿Conoce usted los requisitos legales que deben observarse para la legalización de una Unión de Hecho homosexual?
9. Desde su perspectiva personal, ¿cuáles han sido los obstáculos más evidentes al iniciar el proceso de legalización de una Unión de Hecho?
10. Uno de los requisitos que exige el Código Civil es que la unión afectiva debe ser pública y continua por el lapso de dos años, en tal sentido, desde su experiencia, ¿cómo se ha logrado probar dicho requisito ante los servidores judiciales para cuya unión sea legalizada?
11. La Unión de Hecho homosexual no permite la adopción, toda vez que el art. 67 de la constitución lo deniega tácitamente, en tal sentido ¿cuál es su criterio respecto de este inciso?

12. ¿Considera usted que la Unión de Hecho, con los requisitos y limitaciones contenidos tanto dentro de las leyes como en normas constitucionales, es la figura adecuada para la protección y promoción de los derechos del colectivo GLBT-I?

13. ¿Por qué a su criterio el Matrimonio homosexual es necesario para proteger y promover los derechos de las parejas homosexuales?

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, José Augusto García Díaz, C.I. 0603577057 autor del trabajo de graduación intitulado: Los Derechos Constitucionales del Colectivo de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transexuales, Travestis e Intersexuales (GLBT-I) y sus Restricciones Dentro del Régimen Civil Ecuatoriano Relacionado Con Las Uniones De Hecho, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA:**

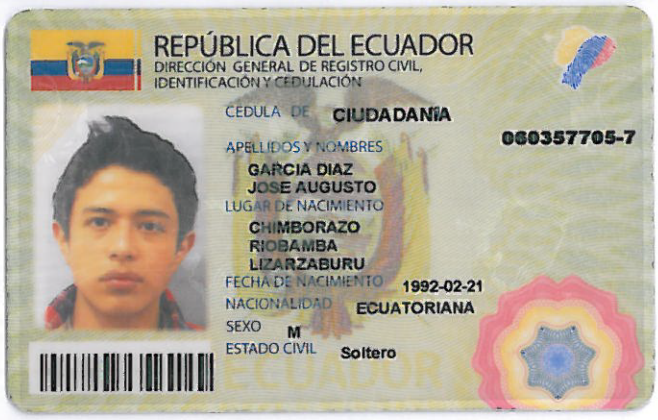
1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontifica Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENECYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontifica Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, D.M. 25 de Junio de 2014



Firma



REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA
0603577057

APELLIDOS Y NOMBRES
GARCIA DIAZ
JOSE AUGUSTO

LUGAR DE NACIMIENTO
CHIMBORAZO
RIOBAMBA
LIZARZABURU

FECHA DE NACIMIENTO 1992-02-21

NACIONALIDAD ECUATORIANA

SEXO M

ESTADO CIVIL Soltero



INSTRUCCIÓN
SUPERIOR

PROFESIÓN / OCUPACIÓN
ESTUDIANTE

V4144V4244

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
GARCIA SANCHEZ JOSE ANIBAL

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
DIAZ MERINO JULIA LUCILA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2011-06-06

FECHA DE EXPIRACIÓN
2021-06-06

0000036010