



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**“PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR
ORIENTACIÓN SEXUAL, Y LA ADOPCIÓN EN LOS GRUPOS LGBT”**

**Tesis previa a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de la
República del Ecuador**

Autor: Ana María Fernández Espinoza

Director: Dr. Sebastián López Hidalgo

Cuenca, Ecuador

2013

Agradecimiento

Mi más sincero agradecimiento al Dr. Sebastián López, por su paciencia, interés y por la dirección en este trabajo sin el cual no hubiera sido posible.

A mis queridos amigos Daniel y Paola, por haberme apoyado en todo momento.

Ana María Fernández E.

Dedicatoria

A mis papis sin ellos no hubiera sido posible por su apoyo incondicional y por confiar en mí ciegamente, mi hermana y mis hermosas sobrinas por ser mi fuerza día a día este logro es para ellos también.

A mi ángel adorado mi abuelita Quelita, por siempre confiar en mí y ser la que más quería que cumpla con esta etapa.

Ana María Fernández E.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE CONTENIDOS	iv
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	2
1. Principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual	2
1.1 Principio de igualdad y no discriminación. Evolución histórica y Constitucional.	2
1.2 Principio de igualdad y no Discriminación por orientación sexual. La heterosexualidad de la ley	6
1.2.1. La discriminación sexual en el Ecuador	10
1.3 El Género y la Orientación sexual.	12
1.4. Orientación Sexual	16
CAPITULO DOS	20
2. Los grupos LGBT y sus derechos	20
2.1 Los derechos en relación a los grupos LGBT y tratados internacionales que reconocen dicho derechos.	20
2.2 Derechos de los Grupos LGBT y su reconocimiento Constitucional.	28
2.3 Tratamiento de los derechos de los grupos LGBT: Análisis Comparado	30
CAPITULO TRES	41
3 La Adopción	41
3.2 Adopción por parejas LGBT.	44
3.3. El vientre subrogado como método para ser padres	45
3.4. La adopción, el derecho a la identidad y el principio de igualdad y nos discriminación en parejas del mismo sexo.	50
3.5 El derecho a la identidad	52
CAPITULO CUATRO	56
4. Análisis del caso	56
CONCLUSIÓN	62
BIBLIOGRAFÍA	64

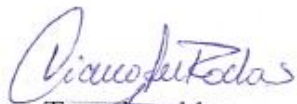
RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis del Principio de Igualdad y no discriminación por orientación sexual y la adopción los grupos LGBT, realizando un estudio al avance de la Constitución del Ecuador desde el año 1948 hasta la Constitución actual con alusión a ciertos actos discriminatorios a los cuales han sido víctimas dichos grupos, además se trata los diferentes tratados internacionales que defienden sus derechos, así como también el avance de este tema en diferentes países. Una propuesta sobre la adopción en los grupos LGBT, y los distintos métodos para llegar a ser padres, las normas que rigen en el Ecuador para lograr la adopción de las cuales se les deja fuera a los LGBT, sin dejar de tocar el tema del derecho a la identidad, terminando con el análisis del caso de la inscripción de una menor en el Ecuador de una pareja de lesbianas.

ABSTRACT

The goal of the present work is the analysis of the Principle of Equality and nondiscrimination due to sexual orientation and to the option of adopting in LGBT groups. We have studied the evolution of the Ecuadorian Constitution from the year 1948 until the current Constitution. We refer to certain discriminatory acts against these groups and to the different international treaties that defend their rights as well as to the progress in different countries regarding this issue. A proposal is then presented about adoption in LGBT groups and different methods to become parents as well as a study of the adoption laws and regulations in Ecuador, which leave out LGBT groups. We address the issue of the right to identity and we end with the analysis of the specific case in Ecuador regarding the inscription of a minor by two lesbians.




Translated by,
Diana Lee Rodas

INTRODUCCIÓN

Con el paso del tiempo las necesidades de los seres humanos han ido cambiando, dándose nuevas situaciones que afectan la vida en sociedad. Estas situaciones hacen referencia al reconocimiento de un gran grupo de personas con una diferente orientación sexual, creando la necesidad de regular su situación y fijar el alcance de las normas que hablan sobre las personas homosexuales, lesbianas transexuales reconocidos como los grupos LGBT. Con este reconocimiento se rechaza la creencia de que exista un modelo único de vida, que normalmente se intenta imponerlo de manera autoritaria, por considerarla mejor.

Es así que la Constitución ha ido evolucionando y presentando nuevos principios, como es el caso del Principio de Igualdad y no discriminación por orientación sexual, abriendo las puertas a estas nuevas tendencias sexuales a las cuales no podemos dejarlas de regular peor aun estando en la época que estamos discriminarlas como es el hecho de ser gay, lesbiana o transexuales los LGBT.

Por lo que he propuesto un análisis de los LBGT, en diferentes circunstancias por el hecho de que no pueden ser discriminados por su orientación sexual, da lugar ha plantearse ciertas interrogantes, como es el hecho del matrimonio para parejas del mismo sexo?; al darse este hecho del matrimonio también podrían adoptar y formar una familia?, ya que todos tenemos el derecho a formar una familia y llevar una vida normal en las mismas condiciones

CAPITULO I

1. Principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual

1.1 Principio de igualdad y no discriminación. Evolución histórica y Constitucional.

Para comenzar este análisis del principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual, es necesario realizar una investigación de la evolución histórica y constitucional en referencia a este principio; como ha avanzado y como se ha ido adaptando con el paso del tiempo a un mundo globalizado, en donde cada vez surgen nuevas circunstancias que necesitan de un marco jurídico para el pleno desenvolvimiento de la vida en sociedad.

Además un análisis sobre la heterosexualidad de la ley en donde buscare demostrar que la norma jurídica está dirigida solamente a las parejas heterosexuales, una explicación sobre lo que es la orientación sexual, el género y la discriminación sexual de las que son víctima los homosexuales.

Desde las primeras constituciones se le ha dado una gran importancia al principio de igualdad, es así que desde 1830, la Constitución del Ecuador, la misma que fue la más corta pues tan solo contaba con 75 artículos, en la que se reconocía el principio de igualdad sólo para los ecuatorianos pero en su espíritu republicano se contiene ya de modo incipiente e imperfecto principio de igualdad¹.

En la Constitución 1835 figura el principio de igualdad en el preámbulo como una de las bases de la Republica y también dentro del artículo 8 en donde se formula como el primer derecho de los ecuatorianos, a la igualdad ante la ley y la opción igual a elegir y ser elegido, perdurando hasta 1883².

¹ LARREA, Holguín Juan. Derecho Constitucional Ecuatoriano. Ed. VI.2000. pag 141.

² IBID. Pág. 141.

La expresión constitucional de 1835 ya puede llamarse perfecta, en materia de igualdad para la época³.

En el caso de la Constitución de 1843, en su artículo 88, consagró la igualdad ante la ley. La de 1845, concreta diciendo que en el Ecuador no habrá títulos, denominaciones, decoraciones de nobleza, ni distinción alguna hereditaria, esto equivale dado a las costumbres de la época a declarar la igualdad ante la ley, en donde las desigualdades podían provenir sobre todo de privilegios de clases sociales, las cuales la Constitución las desconocen⁴.

Desde la Carta Magna de 1850 hasta la de 1878 se volvió a la breve y tradicional disposición de “igualdad ante la ley”.

Las siguientes cartas vuelven a la lacónica y terminante disposición de 1843 “igualdad ante la ley“. La Constitución de 1869 fue considerada retrograda, contiene las mismas disposiciones que las anteriores con la peculiaridad de que, además, suprimió si quiera en parte, las discriminaciones económicas relevantes a la época.

La Constitución de 1878 por primera vez incluye el principio de igualdad en la enumeración de las garantías, en su artículo 17 numeral 7, pues hasta entonces se formulaba aparte como un principio anterior o más general que las garantías propiamente dichas.

La Constitución de 1883 no hace referencia directa o expresa al ya tradicional principio, pero en el capítulo de las garantías es amplio y se utiliza la expresión “todos”, lo que viene a ser en la práctica equivalente a proclamar la igualdad, además que esta Carta por primera vez suprime toda discriminación económica para el ejercicio de diputación o senaduría⁵.

En 1897 se vuelve a la acuñada expresión de “igualdad ante la ley” en donde se desarrolla la idea de que “No pueden concederse privilegios ni oponerse obligaciones

³ IBID. Pag 141.

⁴ IBID. Pág. 142.

⁵ LARREA, Holguín Juan. Derecho Constitucional Ecuatoriano. Ed. VI. Pág. 140.

que hagan a unos ciudadanos de mejor o peor condición que los demás”; la cual desapareció sin una explicación en la Constitución de 1906 en donde sólo habla sobre el no reconocimiento a empleos hereditarios, privilegios ni fueros personales, aproximándose así a la ya vieja redacción del año 1945⁶.

A criterio de Juan Larrea Holguín, la más acertada es la Carta Magna de 1967 que dedico dos artículos al respecto, en donde las expresiones utilizadas son claras y no dejan duda alguna, se recalca, se insiste y se desvanece toda duda, se quita cualquier tipo de pretexto para interpretaciones restrictivas, indicando que no habrá distinción alguna por motivos de raza, sexo, filiación, idioma, religión, opinión política, posición económica o social; además este precepto es utilizado para numerosos aspectos en otros artículos.

Existe una célebre formula que nos dice que “ la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”⁷. Abreviando la frase la igualdad debe ser tratada de modo igual y lo desigual de modo desigual⁸.

Mediante la igualdad se describe, se instaura o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común⁹. Debido a que nunca van a existir dos circunstancias iguales los juicios sobre la igualdad van a ser valorativos y a las consecuencias relativas normativas que se unen a las mismas¹⁰

Existen dos tipos de igualdad la igualdad material y la igualdad formal:

La igualdad formal es aquella que se traduce en una exigencia negativa que se acomoda a la propia naturaleza del Tribunal concebido como legislador negativo; este, cuando declara que una ley, una sentencia o una decisión viola la igualdad ante la ley desempeña una tarea de anulación o eliminación; mientras que la igualdad

⁶ IBID. Pag142.

⁷ ARISTOTELES, Político, Marías, J. y M. Araujo. C.E.C. Madrid, 1983, Pág. 83.

⁸ PRIETO LUIS. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. Pág. 111.

⁹ COMANDUCCI.p. Assagi di metaetica, Giappichelle, Totino, 1992. Pág. 108.

¹⁰ PRIETO. Luis. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. Pág. 113.

material exige el reconocimiento de que alguien tiene derecho a una prestación, implica una labor positiva, propiamente normativa¹¹.

En la redacción de la Constitución de 1998, lo mismo que en el proyecto del 45 reformada, hacen referencia a la mujer, al establecer que “cualquiera sea su estado civil, tiene iguales derechos y oportunidades que el hombre en todos los órdenes de la vida pública, privada y familiar especialmente en todo lo civil, político, económico, social y cultural”¹². Luego de los largos decenios de postergación, en 1998 el Ecuador dio un importante salto cualitativo al incluir en su Constitución el principio de no discriminación por orientación sexual y reconocer la diversidad y los derechos sexuales¹³. Así, la igualdad ante la ley significa el goce y garantía de los mismos derechos, en donde nadie quede excluido.

La igualdad supone eliminar todo tipo de privilegios, los fueros personales, las discriminaciones peyorativas, las dignidades hereditarias, las cuales existían en la época colonial en el Ecuador y en los primeros años de la República, ahora desaparecidos.

En la Constitución 2008 considerado el texto más igualitario que los anteriores, en especial a lo referente al género y visión intercultural, que puede ser verificado sobre todo en el catálogo de derechos en donde se reconoce el derecho a la igualdad en sus diferentes dimensiones: la formal, la material, y la igualdad en la diversidad, se extienden las modalidades, las formas de discriminación que quedan expresamente prohibidas creándose todo un sistema institucional sobre igualdad.

La Carta Magna actual, no solamente ha dado un gran paso con el reconocimiento y la protección contra cualquier tipo de discriminación por orientación sexual, sino también ha regulado las uniones de hechos entre parejas del mismo sexo, en donde si dejamos a la interpretación o la letra misma de esta disposición, estaríamos hablando de una regularización solamente patrimonial ,es decir, en donde la unión de una pareja del mismo sexo es legal en relación a los problemas que se pueda suscitar por

¹¹ IBID. Pág. 122.

¹² IBID. Pág. 143.

¹³ FEDAPEAS. Plan de igualdad y no discriminación por orientación sexual. Ed. I. 2005. Pág. 5. Quito-Ecuador

los bienes que tengan mientras la pareja se encuentre bajo el régimen de la unión libre y en el caso de una separación o ruptura de la pareja puedan acudir ante la ley para dividir los bienes que han acumulado durante el tiempo que ha durado la unión libre claro esta como lo establece el artículo 68 de la Constitución del Ecuador¹⁴.

La actual constitución representa una ruptura con las anteriores constituciones, adaptando ciertos elementos de la cosmovisión indígena andina, con el principio del buen vivir¹⁵ que implica la búsqueda de un equilibrio o armonía en una multitud de estudios.

El avance y la incorporación de estas nuevas situaciones han dado un nuevo enfoque y un desarrollo en el pensamiento tradicional del Ecuador, en donde no se trata de hablar de una nueva tendencia sino de una realidad que se venía escondiendo y que ahora de alguna u otra manera se acepta.

Con el reconocimiento de unión entre parejas homosexuales, se está considerando esta condición a la cual ya no se la esconde, lo que se bien por el contrario es regularla dando lugar a nuevas circunstancias que no se pueden dejar de lado.

1.2 Principio de igualdad y no Discriminación por orientación sexual. La heterosexualidad de la ley

Desde la constitución de 1945 se da un gran cambio. Se utiliza la expresión “el Estado protege a la familia, al matrimonio y a la maternidad¹⁶” estableciendo un

¹⁴ Art. 68.- La unión estable y monogamica 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.

¹⁵ Forma parte de una búsqueda de modelos de vida, como parte de sus reivindicaciones frente al modelo económico neoliberal. En el caso del Ecuador, estas reivindicaciones fueron reconocidas e incorporadas en la Constitución, convirtiéndose entonces en los principios y orientaciones del nuevo pacto social. Tomado de plan nacional del buen vivir.

¹⁶ ALEGRE, Marcelo, GARGARELLA, Roberto. El derecho a la Igualdad Aportes para un constitucionalismo. Ed. 2007. Pág. 555.

marcado reconocimiento del comportamiento sexual que esta socialmente aceptado lo que le hace digno de una protección jurídica; es así que la Constitución ya comienza a nombrar el sexo.

En la constitución de 1979 la familia fue concebida como la célula fundamental de la sociedad en donde se le aseguraba condiciones morales, culturales y económicas para lograr este fin.

Siendo así que en este caso la familia no pudiera existir si no hay matrimonio porque este sería el único espacio donde está legitimada la relación sexual y la procreación

Estas dos constituciones mencionadas son las que podría decirse que muestran algún parámetro relacionado a la sexualidad y a la familia ya que la Constitución de 1998 en relación a este tema puede considerarse una codificación de la anterior Carta política de 1979.

Las normas constitucionales han ido ampliando el catálogo de derechos con lo que han incluido cada vez a más individuos y grupos como sujetos de derechos¹⁷, en donde el principio de igualdad paso de una formulación formal a una material. También estas normas constitucionales han plasmado tanto valores culturales como objetivos políticos; sin dejar de lado que la norma puede impulsar ciertos comportamientos sociales considerados adecuados a la cultura o a la política.

El derecho de igualdad y la prohibición de la discriminación en relación a todas las personas, desarrolla el fortalecimiento de la familia heterosexual, monogamica y legítima a lo largo de la vida constitucional del Ecuador.

Al hablar del principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual nos estamos refiriendo en sí al hecho de que ninguna persona puede ser discriminada por ser homosexual, lesbiana o transexual.

¹⁷ LEÓN, Irene y MTETWA ,Phumi. Globalización: alternativas GLBT. Ed. 2003 Pág. 55. Quito- Ecuador.

La Constitución garantiza la vida en sociedad de las personas de diferente tendencia sexual, proporcionándoles una protección jurídica con los derechos necesarios para tener una vida en sociedad para que el principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual pueda cumplir su fin máximo.

Otro de los avances importantes que se dio fue al respecto de “la heterosexualidad” como concepto. Con el reconocimiento de otros tipos de familia y de la unión libre sin limitaciones heterosexual constituye un gran adelanto, pero la familia constitucionalmente está caracterizada como heterosexual y la unión libre como monogámica entre dos personas libres sin vínculo matrimonial.

Se hace notar que a diferencia de las anteriores constituciones, el lenguaje utilizado da mayor apertura en determinados campos, contando con varias secciones específicas en relación a la familia, el matrimonio y los derechos sexuales.

También se incorporó derechos que antes no estaban reconocidos, dieron un avance en el orden económico, político, social y cultural, abriendo posibilidades inéditas de cambio pues entre otras cosas reconoce que la sociedad ecuatoriana es diversa y plural¹⁸, incluyendo múltiples causas antidiscriminatorias y que buscan la igualdad de las personas ante la ley, asegurando así las libertades fundamentales y demostrando también que el Estado debe proteger y fortalecer la diversidad y pluralidad.

De igual manera la Constitución reconoce los derechos sexuales y reproductivos, los cuales anteriormente eran considerados como propios de la vida privada, sin tener en cuenta que también tienen que ver con la posibilidad de tomar decisiones personales, es así que la Constitución también reconoce el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual, incluyendo también otros artículos en contra de la discriminación.

A nivel legal, podemos encontrar una serie de modificaciones para establecer una real coherencia con los cambios realizados en la Constitución, como es en el caso de

¹⁸ FEDAPEAS. Plan de igualdad y no discriminación por orientación sexual. Ed I. 2005 Pág. 7. Quito-Ecuador.

las reformas realizadas en el Código Penal Ecuatoriano que en el año 1997 se derogó el artículo 516 y se despenalizó las relaciones entre personas adultas de un mismo sexo, señalando que la homosexualidad no es una enfermedad, y tampoco se les considera delincuentes los cuales no pueden ser condenados penalmente.

Una vez derogado el artículo 516 del Código Penal del Ecuador en donde a los homosexuales se les consideraba enfermos o delincuentes, la Constitución del Ecuador de 1998 da un gran paso a prohibir su discriminación y considerarlos iguales ante la ley, lo que es un gran avance para todos los homosexuales, lesbianas y transexuales, aquí acaba el hecho de vivir escondidos por tradicionalismos absurdos y posturas machistas que no aceptan que existan seres humanos con una diferente orientación sexual, la cual no es un crimen ni una enfermedad simplemente cuestión de preferencias sexual, no hay porque ahondar en teorías que tratan de demostrar si nace o se hace se trata de aceptar que todos somos diferentes y podemos tener diferentes orientaciones; lo que se debe buscar es ajustarnos a las nuevas necesidades, por lo que las normas constitucionales han ido ampliando el catálogo de derechos incluyendo cada vez más a individuos y grupos como sujetos de derecho.

Con la inclusión de las palabras “orientación sexual” en la Constitución del Ecuador, se vuelve más notoria el reconocimiento de las diferentes realidades que se presentan en nuestro país, las cuales no eran nuevas pero se mantenían escondidas tanto en la vida en sociedad como en las leyes, así como se hizo en Constituciones anteriores con la mujer a la cual se le reconocían derechos, también mantienen ciertas limitaciones expresas; sucede de igual manera con el término orientación sexual, que por un lado constituyen nuevos sujetos de derechos, y por otro crea discursos para ejercer el control sobre estos nuevos sujetos de derecho¹⁹.

Nuestra Constitución expresa que todos somos iguales ante la ley, pero los actos demuestran lo contrario, cuando se ha querido hacer valer o los derechos establecidos en Constitución en donde la opción sexual deje de ser sujeto de discriminación, es ahí cuando se da una inestabilidad generando un imaginario en el que hay sujetos dentro de la ley, por encima de la ley y fuera de ella; donde los LGBT se encuentran fuera de esta.

¹⁹ CAICEDO Tapia. Danilo. Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad. Ed. I. 2010 Pág. 555. Quito- Ecuador.

En términos generales se puede asumir que el principio de igualdad implica que todas las personas que son miembros de una misma comunidad constitucional, tienen garantizados los mismos derechos constitucionales y por otra parte, son iguales ante la ley, llevando está a que tenga igual protección de la ley²⁰

1.2.1. La discriminación sexual en el Ecuador

La discriminación sexual hace referencia a cualquier distinción, exclusión o restricción que se haga sobre la base de la orientación sexual de una persona o grupo, cualquier tipo de prácticas que disminuyan la ciudadanía, la igualdad de oportunidades y trato en la vida pública y privada, impidiendo el ejercicio y disfrute de manera plena de ciertos derechos básicos y libertades fundamentales²¹.

Al referirnos a prácticas discriminatorias se incluyen ofensas, acosos, agresiones, burlas, así como también en relación a imágenes negativas asociadas a la apariencia sexual, los gustos. Dentro de las prácticas discriminatorias tenemos también cuando se niega un servicio, impedir el acceso a espacios públicos, negar posibilidades de empleo o despedir a una persona debido a su orientación sexual, entre otras.

Un tema que no se puede dejar de tratar apunta al hecho de las múltiples discriminaciones que violan el derecho de igualdad, debido a que las normas siempre están destinadas a un cierto grado de ineffectividad, por lo que es necesario reducir las discrepancias que existen entre la norma y el hecho, tratando de reducir las discriminaciones sufridas, las cuales dependerán de los diversos derechos fundamentales y las garantías existentes para evitar la discriminación sexual.

Según Ferrajoli se pueden distinguir dos tipos de derechos fundamentales: los derechos de libertad o de autonomía, a los que les corresponden prohibiciones de lesión o de impedimento impuestas a otros sujetos, sean estos públicos o privados, y

²⁰ ANON. José. Igualdad, diferencia, discriminación. Ed. I. 2010 Pág. 295. Quito Ecuador

²¹ FEDAPEAS. Plan de igualdad y no discriminación por orientación sexual. Ed. II. 2005. Pág. 14. Quito Ecuador.

los derechos – expectativas, a los que corresponden obligaciones positivas de prestación o de satisfacción por parte de otros sujetos²².

Evidentemente los derechos de libertad son los que menos se prestan a discriminación, sin embargo hay una específica libertad que se viola contantemente es la libertad sexual y la inviolabilidad del cuerpo por violencias o molestias de naturaleza sexual, observado como un derecho fundamental que no es exclusivamente de las mujeres, sino también de los varones, pero según Ferrajoli han sido inherente más a las mujeres, dejando fuera a los homosexuales lesbianas o transexuales que también pueden ser víctima de violencia sexual²³.

Todos estos tipos de discriminaciones como los acosas, violaciones, entre otras, se tratan de evitar con el principio de igualdad y no discriminación, que ha erradicado de una manera leve estas prácticas, pero no de manera completa pues todavía existe manifestaciones de discriminación.

No se puede dejar de lado las manifestaciones máximas de discriminación que se da no solo en el Ecuador sino también en el mundo como es el caso de la Homofobia, lesbofobia y transfobia.

La homofobia es el odio o el temor que se tiene a los gays, es decir a los hombres que les gustan los hombres; la lesbofobia es el odio hacia mujeres que les gusta las mujeres; y, la transfobia, odio a los transexuales. Este odio o temor vienen por los prejuicios que tienen las personas de que los gays son delincuentes, desviados sexuales, promiscuos, o le ven como una aberración sexual, en donde no se les permite mantener su vida normal ya que son despreciados por los homofóbicos, incluso víctimas de violencia, abuso, acoso por parte de los mismos²⁴.

Son víctimas de grandes injusticias si quieren conservar su trabajo llevar una vida en sociedad. La mayoría de homosexuales lo que trataba es de esconder su preferencia

²² FERRAJOLI, Luigi. Igualdad y diferencia. Ed. I. 2010. Pág. 173.

²³ IBID. Pág. 174

²⁴ ERIBON, Didier. Reflexiones sobre la cuestión gay. Ed. Anagrama. 2000. Pág. 370

sexual sin tener su lugar como ciudadano ya que se vive en una cultura homofóbica, por más de que se prohíba la discriminación por orientación sexual.

Los LGBT son víctimas diariamente de las más grandes discriminaciones que lamentablemente nos persiguen desde la educación conservadora y machista de nuestros hogares que no aceptan este hecho notorio, que cualquier tipo de declaración por parte de los homosexuales es mal visto y criticado, sin tener en cuenta que lo único que se busca es vivir una vida en sociedad.

Al existir el reconocimiento de la Constitución y su prohibición de discriminación los LGBT cuentan con cierta protección para evitar este tipo de abusos, ya que si son víctimas de algún tipo de discriminación pueden presentar recursos que los ampara y los protege.

1.3 El Género y la Orientación sexual.

Los seres humanos vivimos un gran proceso de cambio y avance científico en donde se utilizan elementos de orden biológico, simbólico y social, en que los hombres y mujeres tienen un margen en lo que es propio de ellos.

Es necesario hacer una diferencia entre género y orientación sexual, pues existe una gran confusión entre estos dos términos; porque muchas veces se utiliza el género para hablar sobre cuestiones de diferencia sexual.

El género es un concepto que ha ido evolucionando con el paso del tiempo, que aparece desde el reconocimiento de las mujeres. Es tomado como un conjunto de representaciones, prácticas y prescripciones sociales, que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre los sexos para simbolizar y construir socialmente lo que es propio de los hombres, es decir, masculino, y lo que es propio de las mujeres, lo femenino²⁵.

²⁵ LAMAS. Marta. Identidad femenina y discurso jurídico. Ed. Pág. 65.

El género se refiere a relaciones de poder, que se establecen entre las personas basadas en su sexo; el sexo es un término que es parte de la biología, en donde el género es un término prestado de la gramática²⁶.

Al género también se lo define como una construcción cultural y social para revisar críticamente la identidad de hombres y mujeres, que es diferente y cambiante de acuerdo con la época y el contexto histórico, económico y político. Analiza las relaciones entre varones y mujeres enraizadas históricamente, evidenciadas en roles, comportamientos, valores, gustos, temores, rasgos de la personalidad, red de creencias, actitudes, conductas, autovaloraciones y posiciones, todo lo cual se va incorporando a través de la socialización temprana como pautas de crianza en el ámbito familiar y termina internalizada como prácticas sociales, produciendo entre los géneros femenino y masculino diferencias culturales²⁷.

Según Joan Scott, el uso del género por las feministas, es tomado como una forma de referirse a la organización social de la relación entre los sexos²⁸

Al género se le entiende como una forma de clasificar fenómenos, un sistema social de distinciones en vez de una descripción objetiva con características inherentes²⁹, utilizado como calificativo para referirse a relaciones de género, intolerancia, violencia de género, etc.

El género es un término derivado del inglés *gender* y que entre los hispanos crea confusión, sin embargo no es más que una forma de clasificar o establecer de que especie viene alguien o algo, como es el caso del género femenino y masculino, también utilizado para el comercio; pero su raíz *gender* solo se utiliza para la diferencia de sexo entre masculino y femenino, es así que conceptualizar al género ha creado el tabú sobre la sexualidad, y también ha sido utilizado para pensar en la condición humana en las ciencias sociales y las humanidades³⁰.

Ahora bien, no fue fácil reconocer el esquema de género, ya que la división del mundo se encuentra basada en las diferencias biológicas y sobre todo a las que hace

²⁶ LEON.Irene y PHUMI.Mtetwa. Globalización Alternativas GLBT. Ed. 2003 Pág. 54. Quito- Ecuador

²⁷ QUINTERO VELASQUEZ, Angela Maria. Diccionario especializado en familia y genero

²⁸ SALGADO,Judith. Genero y derechos humanos. Pag 164. Ed. Corporacion Nacional.

²⁹ IBID. Pág. 55.

³⁰ LAMAS, Marta. Identidad femenina y discurso jurídico. Ed. Pág. 65

referencia en relación al trabajo de procreación y de reproducción. El género estructura la percepción, la organización concreta y simbólica de toda la vida en sociedad³¹.

Para la construcción del género, las sociedades presentan conceptos sobre las mujeres y los hombres que no se relacionan con la biología, pero en si el género no es otra cosa que las diferencias entre lo femenino y lo masculino. En relación al comportamiento, actitudes, consideraciones sociales, siendo el género una simple creación social, en donde a las mujeres al ser género femenino, se les ve como una figura de madre, y a los hombres, género masculino una figura de guerrero de fuerza, el cuerpo es la primera evidencia de la diferencia humana y, lo que establece como género, es la forma en las que las sociedades han nombrado al hombre y a la mujer por referencias biológicas y también por condiciones subjetivas a los hombres y mujeres, ciertas características que pertenecen al uno y al otro género. Es así, que muchos tratadistas lo asocian con la cultura, la división social y en la división sexual del trabajo, sobre todo las posturas feministas³²

El género da lugar a conceptos sociales y culturales sobre la masculinidad y la feminidad que son la base del sexismo, la homofobia y la doble moral; el termino género es creado o dado por las formaciones sociales, es una creación de la cultura, no es un concepto esencial del ser humano.

El género no es más que la diferencia entre el hombre y la mujer, que en si puede ser medida por la fuerza del hombre o la posición de macho del varón y la posición de débil de la mujer, que puede repercutir sobre todo en el ámbito del trabajo y la familia.

El género nos ayuda en el hecho de que, si todos somos iguales ante la ley, la palabra género es mal utilizada ya que al ser considerados iguales ante la ley, no se puede hacer una diferencia en cuanto a la posición del hombre o de la mujer, podemos ver

³¹ IBID. Pág. 331.

³² Feminista._ Conjunto de personas ,acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea de que dentro de las sociedades contemporáneas las mujeres son la perdedoras en el juego social, o lo que es lo mismo, al compromiso con la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, es decir, aquellas en las que existe una supremacía masculina.

que tiene un matiz homofóbico,¿ en donde quedarían los hombres que les gustan los hombres las mujeres que les gustan las mujeres?. En el caso de los transexuales, se les pondría en otra categoría completamente diferente, serían otro género, la expresión género no se utiliza de manera adecuada, ya que lleva explícito el hecho cualitativo del sexo de una persona.

El concepto de género ha sido una base muy importante para el desarrollo de estudios interdisciplinarios; durante algunos años ha sido utilizado para enfrentar el determinismo biológico, es decir, las características básicas que diferencian a un hombre de una mujer, en la actualidad esta categoría ha pasado a ser parte central en debates en relación a la historia, lenguaje, literatura, artes, educación, política, psicológica, medicina, derecho y trabajo lo cual demuestra que el concepto de género es muy versátil³³.

Para la mayoría el género no es otra cosa que la diferencia entre el hombre y la mujer, pero también existe una oposición que establece que las diferencias radican en la manera de pensar, obrar y valorarse siendo parte de la cultura de un país y de una época determinada, en donde cada uno tenga la libertad de decidir qué tipo de "género" al cual quiere pertenecer. Siendo así que hombres mujeres, heterosexuales, homosexuales, lesbianas y bisexuales sean modos de comportamiento sexual producto de la elección de cada persona, libertad que todas las personas debemos gozarla³⁴.

Si estamos hablando del género y que existen dos que son el hombre y la mujer por los diferentes argumentos planteados no se puede dejar de tratar el hecho de la violencia de género, que según el concepto no es otra cosa que "todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real daño físico, sexual o psíquico, incluida las amenazas, coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o privada"³⁵.

³³ LAMAS, Marta. Identidad femenina y discurso jurídico. Editorial biblos .Argentina. 2000. Pág. 66-67.

³⁴ <http://www.aciprensa.com/controversias/genero.htm>. Visitada el día 23 de enero de 2013 a las 11h05.

³⁵ EXPOSITO, Francisca. Violencia de género. Pág. 1.

Es importante hablar de la violación de género por el hecho de que el hombre ha tomado en la sociedad una postura del sexo fuerte mientras que las mujeres diariamente son víctimas de maltratos por esta concepción, colocándola en una situación más débil, se da lugar abusos que no solamente son físicos sino también psicológicos dejándonos a un nivel inferior.

Sucede lo mismo con los homosexuales que, por su diferente orientación se les trata de menospreciar. Por eso es que, tanto las mujeres como los grupos LGBT tratan de levantar su voz para una sociedad más igualitaria en derechos y obligaciones, que no por ser de sexo diferente o tener una tendencia sexual diferente, van a seguir siendo víctimas de maltratos injustos.

Para definir al género debemos tomar en cuenta las actuaciones sociales, en múltiples lugares y situaciones, como por ejemplo en el trabajo, la casa, un bar, entre otras, cada uno actúa como mandan nuestras ideas que normalmente responde a una creación cultural e histórica³⁶.

Es así que la sociedad considera que un comportamiento propio del hombre o de la mujer influye en la idea que ellos mismos tienen de lo que debe ser masculino y femenino y cuál es la actitud que corresponde a cada género a pesar de las diferencias de edad, clase, raza o sexualidad, dependiendo del tiempo y el espacio porque estos dos factores son los que modifican las ideas establecidas³⁷.

Cabe hablar sobre la discriminación de género que es una situación que determina diferencias y relaciones inequitativas entre el género masculino y femenino, debido a la desigualdad en la vida en sociedad y económica, que resultan del trabajo y la visión social que se tiene de esta como individuo productivo. Son las diferencias con respecto a sexo, roles, posiciones y condiciones entre hombres y mujeres, contraponiéndose a la protección y la promoción de los derechos y las libertades de las personas³⁸.

1.4. Orientación Sexual

³⁶ MCDOWELL, Linda. La definición de género. Pág. 5-6

³⁷ IBID. Pág. 9.

³⁸ QUINTERO, Velasquez, Angela Maria, Diccionario especializado en familia y género. pág. 466

La orientación sexual, según la Asociación Americana de Psicología, es la atracción duradera hacia otra persona en el plano de lo emotivo, romántico, sexual o afectivo. El término hace, por tanto, referencia a los sentimientos de una persona y al objeto hacia el que están enfocados sus deseos.

En función del sexo de la persona, hacia la que se tienen tales sentimientos se distingue la orientación heterosexual, homosexual, y bisexual.

La orientación heterosexual es la que tiene una persona que siente atracción afectiva y sexual hacia personas del sexo opuesto, una mujer a la que le atraen los hombres o un hombre al que le atraen las mujeres.

La orientación homosexual es la que tiene una persona que siente atracción afectiva y sexual hacia personas de su mismo sexo; una mujer que se siente atraída por mujeres, y que es denominada lesbiana, o un hombre que siente atracción por los hombres, supuesto que recibe la denominación de homosexual o gay³⁹.

La orientación sexual no es otra cosa que un modo de vida, que se encuentra definido por la atracción afectiva o erótica, de una persona hacia otra del mismo sexo (homosexual) del otro sexo (heterosexual), o de ambos sexos (bisexual), cada uno de nosotros tiene una orientación sexual, ya sea cualquiera de las descritas. La orientación sexual se refiere a nuestra preferencia a nuestro gusto por uno o por el otro sexo.

Con la aparición del concepto de orientación sexual en el Ecuador, desde la Constitución de 1998, es necesario reconocer la rapidez y profundidad de los cambios que se dan en la sociedad, en donde en ella se está brindando una posibilidad de vida a los gays y lesbianas.

³⁹ ALVENTOSA DEL RIO, Josefina. Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español. Pág. 31-32.

A nivel mundial no se puede olvidar que el tema de la orientación sexual, en relación al género y a las mujeres ha logrado pocos avances; uno de ellos que se vio fue el 22 de abril de 2002 que la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos aprobó la resolución E/CN.4/2002/L.51 sobre ejecuciones judiciales, mencionada primera vez a la orientación sexual entre las razones que llevan a cometer asesinatos en nombre de la pasión. Se reconoce también la orientación sexual como una categoría especial de personas cuyos asesinatos han sido investigados por la Relatora Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales⁴⁰.

En Ecuador, existe la prohibición de discriminación por orientación sexual a nivel constitucional, se ha reconocido la necesidad de tener planes concretos que permitan la accesibilidad a la justicia a la comunidad LGBT, porque si bien el Estado ha reconocido la prohibición de discriminación por orientación sexual, con esto está marcando las pautas para significativos cambios sociales e institucionales en donde sigue pendiente la adopción de medidas específicas que proporcionen la creación de un contexto favorable, donde la sociedad se comprometa a la erradicación de la discriminación y la vigencia de la igualdad .

A lo largo del tiempo, la Constitución del Ecuador se ha ido apegando a la realidad que está latente en el país. Como se puede apreciar, va desde un reconocimiento a la mujer, hasta aceptar la unión entre parejas homosexuales; las mismas que de alguna manera se ha llegado a notar poco a poco en nuestro país, a pesar de la postura de la iglesia y el pensamiento retrograda de muchas personas al no aceptar estos hechos.

Los LGBT⁴¹, han sido víctimas de grandes discriminaciones, sobre todo calificados como repugnantes, delincuentes, siendo encarcelados por el hecho de tener una diferente orientación, según las investigaciones realizadas por la ILGA⁴².

Los homosexuales, lesbianas, transexuales deben ser aceptados como individuos provistos de dignidad y que merecen un respeto, ya que a pesar de los avances

⁴⁰ LEON. Irene y MTETWA.Phumi. Globalización alternativa GLBT.Ed. Pág. 29

⁴¹ LGBT. Lesbianas, gays, bisexuales y transexuales

⁴² ILGA. Asociacion internacional de lesbianas, gays, transexuales e intersexo.

realizados se siguen viendo ciertas injusticias y violación de los derechos fundamentales por el simple hecho de ser como son.

CAPITULO DOS

2. Los grupos LGBT y sus derechos

2.1 Los derechos en relación a los grupos LGBT y tratados internacionales que reconocen dicho derechos.

Este capítulo va enfocado a un análisis de las diferentes normas, tratados y declaraciones en relación a los grupos LGBT, además se busca conocer sobre las clases de discriminaciones a las que han sido víctimas los LGBT a lo largo del tiempo; y los avances que se han dado en algunas legislaciones, es decir, los derechos a los cuales los LGBT han podido acceder por medio de sus luchas contra un mundo conservador.

Así, el movimiento LGBT comienza su trabajo buscando derechos a las diferencias, a ser distintos, porque de esta manera se les ha situado en las sociedades.

La historia del movimiento en América Latina, es distinta al del movimiento europeo que es más viejo que el de Estados Unidos. Lo que se ha observado en los últimos 25 años es como, por un lado, ha crecido la tolerancia y por otro, la intolerancia. Hay un tipo de discusión anacrónica, que está resurgiendo y enfocándose en la sexualidad, con la obsesión sexual de la derecha católica, que no es aislada. Una intolerancia social que surge de un pensamiento globalmente excluyente, por el hecho de la religión.

En su búsqueda de reconocimientos de derechos, no se trata de crear una ley de adopciones gay, de matrimonios gay, lo que se quiere es una aplicación adecuada de las normas ya vigentes; como se ha venido diciendo, un reconocimiento de los derechos de hombres y mujeres.

La creación de los movimientos LGBT se da por el hecho de discriminarlos y no aceptarles tales como son. Debiendo darse un reconocimiento inclusive sin LGBT, personas dignas y sujetos a los mismos derechos. Si por principio todos los

ciudadanos somos sujetos de derecho, se debe contar con los mismos derechos porque se tratan de ciudadanos contribuyentes que viven en la sociedad⁴³.

La intolerancia se encuentra presente en todos sus ámbitos, al igual que en épocas antiguas la xenofobia, el racismo y la homofobia, acompañados de las políticas conservadoras y de la religión que ha sido siempre uno de los grandes problemas para el avance.

Los diferentes foros mundiales, promueven un espacio para concretar las propuestas hacia la marcha de un mundo más igualitario. Es así que se tratan de impulsar los derechos de los grupos LGBT de una manera amplia, es decir, sin diferenciar las personas por su orientación sexual, raza, posición económica, religión y otros motivos.

Los grupos LGBT, son los gay u homosexuales varones, lesbianas, bisexuales y personas transgénico. Este último término incluyen los travestis y transexuales. Estos son los que luchan para el reconocimiento de los derechos de orientación sexual, que poco o nada ha sido regulado, lo cual tiene mucho que ver con la globalización que nos lleva a una gran cantidad de exclusiones para estos grupos en aspectos socioeconómicos y que afectan de una manera singular.

A finales del siglo XX se dieron muchos cambios importantes; reconocimientos relacionados con los derechos LGBT y los derechos sexuales, avances que están en peligro debido al conservadurismo de los países, los cuales analizaré a continuación.

En cuanto al tratamiento jurídico, dado a las minorías LGBT en el plano internacional, que a la vez genera compromisos de los Estados, partes y signatarios de pactos, convenciones, tratados o declaraciones frente a estos temas, y de igual forma con relación a la jurisprudencia internacional, existen ciertos tratados que los reconocen entre otros tenemos:

⁴³ LEON.Irena y LEÓN. Magdalena. Diversidades revista internacional de análisis. Ed I. Pág. 98.

Declaración de los Derechos Humanos,

Adoptada y proclamada desde el 10 de Diciembre de 1948, que desde su preámbulo reconoce la dignidad y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia, también considera la evolución de la sociedad por lo que busca que se acojan los seres humanos, sin temor o miseria a la libertad.

En su texto proclama que todos los estados promuevan el respeto a los derechos y libertades, y asegurarse de su respeto y reconocimiento universal.

Es así que la declaración de los derechos humanos, desde sus primeras líneas habla sobre la igualdad de las personas y con el fin de evitar todo tipo de discriminación.

De igual manera en el artículo 1, establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad, derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros aplicable completamente a los LGBT, que no son más que seres humanos con una simple orientación distinta con los mismos derechos y deberes que los heterosexuales.

En su artículo 2 en su primer párrafo establece que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

De igual manera el artículo 7 de la Declaración de los Derechos Humanos reconoce la igualdad ante la ley, sin ninguna distinción, en donde todos son sujetos de derecho y protección en contra de cualquier tipo de discriminación.

En relación a los LGBT, los artículos ya enunciados son los que están conectados con ellos, para evitar abusos, desigualdades mal fundadas por los intolerantes. La declaración de los derechos humanos en su texto, lleva implícito una protección total y antidiscriminatoria ante cualquier tipo de injusticia, maltrato o violación de derechos.

Manifiesta la igualdad en todos sus ámbitos, no existe ninguna discriminación, los LGBT son seres humanos, que son poseedores de estos derechos, y por su simple tendencia sexual diferente no dejan de serlo, aunque muchos criterios conservadores e irracionales lo piensen así.

También la declaración establece métodos de protección, en contra de la violación a la Carta, y en donde todos los estados firmantes deben acatarlos y aplicarlas, en la totalidad de su texto.

Dentro de los derechos humanos, se deben destacar la importancia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). El cual fue adoptado y abierto a la firma, rectificación y adherido por la Asamblea General, el 16 de Diciembre de 1966, siendo parte de los pactos adoptados por las Naciones Unidas

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce derechos y compromisos de los Estados, el derecho de toda persona a la educación, el libre consentimiento para contraer matrimonio de los futuros cónyuges; la protección y asistencia en favor de los niños y adolescente sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición, también se les reconoce el derecho a participar en la vida cultural⁴⁴.

Recogiendo estas disposiciones, en iguales términos se pronunció la Proclamación de Teherán, emitida por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos. En dicha ciudad el 13 de mayo de 1968, en el documento en el artículo 1 se señala que es indispensable que la comunidad internacional cumpla su solemne obligación de fomentar y alentar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales para todos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u opiniones políticas o de cualquier otra índole⁴⁵

⁴⁴ <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>. Visitada el día 23 de Febrero de 2013 a las 15h32.

⁴⁵ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/34/pr/pr38.pdf>. Pág. 53. Visitada el día 23 de enero a las 20h30.

Por otra parte, la Misión Permanente de Brasil en el año 2003, presentó la primera propuesta para que la ONU emitiera una resolución sobre los derechos de las personas LGBT.

Se planteó un proyecto de Resolución sobre los derechos humanos y la inclinación sexual, en la Comisión de Derechos Humanos el 17 de abril de 2003, conocida como la Resolución Brasileña 7, invocando la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otras declaraciones y convenios relativos al principio de no discriminación, sin embargo este proyecto no contó con el apoyo requerido por lo que fue retirada la propuesta en el 2005, es así como en los años siguientes se fueron presentando proyectos los cuales no recibirían el apoyo necesario⁴⁶

Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de género de las Naciones Unidas

La Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas fue presentada a la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2008, en donde condenan todo tipo de violación, el acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y perjuicio por orientación sexual y por identidad de género, incluyendo la tortura, asesinato, arrestos. Fue un gran avance para los grupos LGBT en relación a sus derechos y protección jurídica.

Esta declaración primero fue propuesta como resolución por los franceses, la misma que provoco otra declaración en contra promovido por los países árabes.

La declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas condena la violación, el acoso, la discriminación, la exclusión, la estigmatización y el perjuicio basado en la orientación sexual y la identidad de género. A pesar de que esta declaración demuestra ser un avance obviamente los opositores lo calificaron como un intento de legalizar la pedofilia y otros actos deplorables⁴⁷.

Los países firmantes fueron 66 de los 192 miembros, Ecuador es uno de los 66.

⁴⁶ ALVENTOSA DEL RIO, Josefina. Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español. Ed. Pág. 75

⁴⁷ http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_UNU.pdf . Visitada el día 23 de octubre de 2012. A las 14h32.

El texto en si establece:

- Reafirmación de los artículos uno y dos de la Declaración de los Derechos Humanos y el artículo dos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Reafirmación del principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.
- Mostraron su preocupación por las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género, así como por los casos de acoso, discriminación, exclusión estigmatización y perjuicios dirigidos a personas con distinta orientación sexual.
- Condenan todo tipo de violación a los derechos humanos fundados en la orientación sexual, sobre todo en el caso de usar la pena de muerte, la práctica de torturas u otras penas crueles
- Realizan un llamado a los estados, para que se comprometan en la protección de los derechos humanos de las personas, también a que tomen medidas necesarias, para asegurar que la orientación sexual no pueda ser base de sanciones penales y también que realicen las investigaciones pertinentes, sobre casos de violaciones de derechos humanos.

Una ratificación de las Naciones Unidas, es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que contiene clausulas en contra de la no discriminación por orientaciones sexual, y además establece, que las leyes en contra de la homosexualidad son una violación a los derechos humanos

Declaración de Montreal sobre los Derecho Humanos de Lesbianas, Gay, Bisexuales y Transexuales del 29 de julio de 2006.

La declaración de Montreal engloba una seria de derechos y libertades para los LGBT, en su preámbulo comienza con la frase “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Adoptada por las Naciones Unidas desde

hace ya 60 años atrás. También establece en su preámbulo que nos debemos acomodar a las nuevas situaciones por las que pasa el mundo en relación a la raza, religión, sexo, y evitar todo tipo de discriminación, agregando en el texto la diferente orientación sexual, en donde también reconoce la violación y discriminación a la que son víctimas estas personas, por la falta de aceptación de los LGBT.

Se establece además que existe ciertos lugares que ya no permiten la discriminación por diferente orientación sexual como es el caso de Asia, América Latina, Europa del Este. Lo que busca esta declaración es que se garanticen los derechos, cambiar las leyes, trazar y aplicar nuevas políticas y adaptar practicas institucionales.

Los derechos fundamentales que plantean son: la protección de los derechos básicos de los LGBT, los cuales se encuentran establecidos y que jurídicamente no admiten discusión entre los que tenemos:

- Protección de la violencia de Estado y de la violencia privada, en relación con la despenalización de la homosexualidad, torturas, casos de odios, violación.
- Libertad de expresión, reunión y asociación ya que los grupos LGBT son víctimas de actitudes, en donde se restringe el derecho de los mismos, de la libertad de expresión sin permitirles que se dé el día del orgullo gay, encarcelan a periodistas que dan su punto de vista, restricciones al libre trabajo por su preferencia sexual.
- Libertad de tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo (en privado, con consentimiento mutuo y entre adultos) lo que se busca con este derecho fundamental es, que los LGBT tengan libertad sexual, libre decisión de tener relaciones sexuales con quien quiera para que no exista una violación a la vida privada, al no permitirles mantener estas relaciones. Para cumplir con este derecho fundamental como le llama en la declaración, es necesario la derogación de ciertas normas que van en contra del principio⁴⁸.

En sí, estos son los derechos que se establecen en la Declaración de Montreal. Además habla sobre los retos mundiales que hacen referencia a las diferentes luchas y adelantos que se debe hacer para que los Estados se apeguen más a la realidad, que

⁴⁸ http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_ONU.pdf. Visitada el día 23 de octubre de 2012 a las 14h40.

se dé un avance en las políticas internas para la protección, creación de programas de defensa los grupos LGBT.

- Un punto muy importante en el ámbito del derecho, es que se exige el derecho de asilo, basada en un temor bien fundado, de persecución por orientación sexual.
- Se exige también protección para los refugiados.
- Exigencia a los respectivos gobiernos nacionales, derechos de residencia a los compañeros extranjeros según las mismas condiciones de que disfrutaban las parejas casadas heterosexuales, sin discriminación basada en el sexo, orientación sexual o identidad de género.
- Reforma a los tratados internacionales en la materia y se conceda a las parejas homosexuales los mismos derechos que tienen las parejas casadas heterosexuales, entre los más importantes.

La declaración de Montreal en si, lo que busca es el respeto de los derechos humanos de los LGBT, así como su posición en la sociedad. Una posición en la que se les considere iguales a los heterosexuales, libres de discriminaciones, en relación al trabajo, la educación, libertad de expresión en sus derechos inherentes como seres humanos.

Estas son las declaraciones o tratados que reconocen los derechos LGBT, que no son otra cosa que los mismos derechos de las personas heterosexuales, simplemente aplicadas a sus necesidades.

En el caso de la declaración de Montreal es un texto en donde se ocupa únicamente de los derechos, protección e igualdad de los LGBT.

Expone todas las necesidades de estos grupos, enumera sus derechos implícitos a ellos, y establece un marco a seguir reconociendo ciertos derechos que en el Ecuador no se les reconoce.

De igual manera, describe ciertas formas de discriminación a las que son comúnmente víctimas y pide enérgicamente que los Estados busquen la manera correcta para protegerles contra estos actos.

Existen muchas declaraciones, convenciones, literatura sobre las intersecciones de orientación sexual, derechos, antidiscriminación para los grupos LGBT, pero no se ha logrado éxito completo cumplir con estos.

2.2 Derechos de los Grupos LGBT y su reconocimiento Constitucional.

En la mayoría de países, la lucha de los grupos homosexuales, históricamente se ha basado en tres cuestiones: la abolición de las leyes que criminalizan de manera directa o indirectamente la homosexualidad, la prohibición de discriminación por orientación sexual; y el reconocimiento de las relaciones conyugales y familiares de los LGBT⁴⁹.

Estas luchas algunas veces se han reconocido y en otros casos no. En el Ecuador se dieron dos de las tres luchas de los LGBT:

- la despenalización de la homosexualidad y
- el reconocimiento de la prohibición de discriminación por orientación sexual, justificándolo con el principio de igualdad.

Desde 1998 se incorporaron derechos que no estaban antes reconocidos, dando un gran avance desde su inicio con el reconocimiento en sociedad⁵⁰.

La Constitución de 1998 incluye también cláusulas anti-discriminatorias, previendo la igualdad ante la ley esto lo podemos observar desde el artículo 23 numeral tres que establece:

“La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole”⁵¹.

⁴⁹ RODRIGUES DA SILVA. Luchas y alternativas frente al racismo. Pág. 89.

⁵⁰ FEDAPEAS. Plan de igualdad y no discriminación por orientación sexual. Ed.I 2005 pag16. Quito Ecuador

⁵¹ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador del 20 de octubre del 2008. Registro oficial número. 449

No se reconocía únicamente derechos e iguales oportunidades a todas las personas, sino que además asegura la vigencia de libertades fundamentales⁵².

Además esta Constitución establecía que el Estado debe proteger y fortalecer la diversidad y pluralidad, que significa un reconocimiento de la diversidad de modelos de vida.

De la misma manera, se da el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, que antes no se encontraban en la Carta, por ser considerados parte de la vida privada, sin tomar en cuenta que también tiene que ver, con la posibilidad de tomar decisiones personales, y por lo tanto, con el ejercicio pleno de sus derechos como ciudadanos.

Se reconoce el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la vida sexual⁵³.

El artículo 43 de la Constitución de 2008 reconoce la existencia de violencia sexual, la prohíbe y señala que se atenderá a las víctimas de este tipo de prácticas⁵⁴ y garantiza el derecho a la privacidad y a guardar reserva sobre datos referentes a salud y vida sexual.

Estos derechos descritos son un reconocimiento a la orientación sexual de las personas, prohibiciones ante su discriminación o maltrato. También establece la necesidad de cambiar las relaciones violentas, desiguales y opresivas.

La Constitución actual ecuatoriana incluye otros artículos en relación a la antidiscriminación, especialmente en contra de las mujeres en el área económica y social, igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en el acceso al recurso de

⁵² FEDAPEAS. Plan de igualdad y no discriminación por orientación sexual. Ed. 16.

⁵³ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador del 20 de octubre del 2008. Registro oficial número. 449

⁵⁴ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador del 20 de octubre del 2008. Registro oficial número. 449

producción y en decisiones económicas para la administración de la sociedad conyugal⁵⁵. En relación a la educación promueve la equidad de género y elimina todo tipo de discriminación en materia educativa.

Un punto muy importante, es la cuestión de prohibir la publicidad por cualquier medio que promueva la violencia, racismo, intolerancia religiosa o política en cuanto afecte la dignidad del ser humano.

Uno de los avances más grandes de la Constitución de 2008, en relación a la Constitución de 1998 es el reconocimiento de la 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, según lo establecido en el artículo 69 de la Constitución del Ecuador⁵⁶.

Se da un reconocimiento de la unión entre dos personas del mismo sexo, se eliminó la frase de un hombre y una mujer de la constitución del 98, lo cual es un reconocimiento a la unión de hecho para los grupos LGBT, un derecho con el que no contaban.

Al hablar de planes o estrategias, para el avance en el reconocimiento de derechos para la comunidad LGBT, se plantea el hecho de mantener los elementos de los derechos humanos que hacen referencia a la diversidad y universalidad, probar la aplicación de estos principios a la sexualidad por medio de las críticas contemporáneas de los derechos humanos. Cualquier intento de edificar un marco de derechos humanos útil para un mundo diverso debe aprender de los errores de formulación de derechos previos, tanto en contenido como en proceso, y así esperar reclamos de falso universalismo basado en generalizaciones totalizadoras o fáciles⁵⁷.

2.3 Tratamiento de los derechos de los grupos LGBT: Análisis Comparado

⁵⁵ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador del 20 de octubre del 2008. Registro oficial número. 449

⁵⁶ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador del 20 de octubre del 2008. Registro oficial número. 449

⁵⁷ LEÓN Irene. MTETWA Phumi. Globalización alternativa GLBT. Ed. Pag 30.

En los últimos años se ha dado una evolución social y jurídica en los temas relacionados con la homosexualidad y transexualidad. En la sociedad se ha transitado del repudio a la tolerancia⁵⁸

Los LGBT en su lucha, buscan el reconocimiento por parte de los Estados de sus derechos, en donde sean tratados de igual manera que los demás.

Es así que los diferentes Estados han adoptado ciertos principios, criterios, normas en referencia a la regularización de los LGBT, para su desenvolvimiento de su vida en sociedad, en donde se necesita una dinámica de las normas, aplicarlas a las diferentes situaciones y necesidades de la comunidad LGBT.

Un breve análisis comprado contribuirá modestamente en este trabajo.

Leyes Españolas.

Tanto en España como en occidente la lucha, consecución y conquista de ciertos derechos, así como la institucionalización de la comunidad LGBT, se ha construido y constituido a partir de las reivindicaciones de los mismos, en donde la opinión pública española consiguiendo que las actitudes homofóbicas y los índices de rechazo hacia la homosexualidad disminuyan entre la población. Desde la década de los 60, permitieron que en el occidente industrializado gay y lesbianas, comiencen a reivindicar espacios políticos, sociales y culturales de los cuales habían estado históricamente marginados.

En España existe una ley en relación a los Homosexuales llamada ley de Cataluña sobre Uniones hecho Hetero y Homosexuales. Debido a que la Constitución española permite que las autonomías, regulen las instituciones jurídicas de carácter familiar; el Parlamento de Cataluña ha podido dictar una ley sobre las “Uniones de hecho hetero y homosexual”⁵⁹

⁵⁸ MEDINA. Graciela. Parejas Homosexuales y transexuales: Su derecho a la seguridad. Pág. 153.

⁵⁹ IBID. Pág. 176.

Esta ley regula en forma integral el tema de las uniones de hecho, pero al ser dictada en Cataluña no regula lo relativo al trabajo y a la seguridad social. Esta ley cuenta con dos capítulos; el primero dedicado a la pareja homosexual y el segundo a la pareja heterosexual. En general el tratamiento de las dos uniones de hecho es similar salvo en lo relativo a la adopción.⁶⁰.

Las disposiciones respecto a las uniones homosexuales y heterosexuales son idénticas en lo relativo a:

- La autonomía de la voluntad
- La responsabilidad de deudas
- La disposición de vivienda en común
- Los alimentos
- La compensación en caso de disolución de la unión
- La tutela
- Los beneficios respecto a la función pública
- A la extinción de la unión
- Pensión periódica
- La extinción por defunción

En esta ley se establece quienes no pueden formar unión homosexual que son:

- los menores de edad
- los que se encuentran casados
- los que formen pareja estable con otra persona
- los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y,
- los parientes colaterales.

En relación a esta Ley de Cataluña podemos observar que establece ciertas pautas para la vida en unión de hecho en donde solo realiza pocas diferencias en relación a la condición de cada una de ellas.

⁶⁰ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador del 20 de octubre del 2008. Registro oficial número. 449

La ley de Cataluña en sí, acepta la unión de hecho, pero en el momento de la creación de la Ley, para contraer matrimonio homosexual dentro de España, fue Cataluña una de las que más se opuso, a pesar de esto en España se legalizó el matrimonio homosexual en el 2005, en donde se realizaron las modificaciones al código civil español. Este fue un gran avance para España ya que desde más o menos los 90 solo se reglaba la unión de hecho.

La adopción en España es también debido a que se les permite el matrimonio y tienen los mismos derechos que los matrimonios heterosexuales.

No podemos dejar de anotar que la Constitución Española reconoce el derecho a vivir libremente, cualquiera que sea la tendencia sexual, a pesar de las grandes luchas de la iglesia por no reconocer los derechos a los homosexuales⁶¹

Existe una sentencia dictada por el tribunal español de fecha 30 de septiembre de 2005, debido a que Don Ignacio Astarloa, actuando en representación de 71 diputados, los cuales interpusieron recurso de inconstitucionalidad en contra de la ley número 13/2005, del 1 de julio, para la modificación del código civil en materia del derecho de contraer matrimonio.

Entre los fundamentos de derecho tenemos:

- Que la ley impugnada, cuenta con varios apartados que modifican diversos preceptos del Código Civil. Entre el cambio más importante, en donde se añade un párrafo que establece que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo sexo o de diferente sexo⁶²”. Modificación que causaría cambios en la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio.

Dentro de los fundamentos de derecho se recuerda, que existen pocas instituciones en la historia de la humanidad con la tradición, solidez e importancia social del

⁶¹http://www.sabersinfin.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1147&Itemid=1.

Visitada el 4 de abril de 2013. A las 15h00.

⁶² Sentencia tribunal español. Presentada a trámite el 25 de octubre de 2005.

matrimonio: además que esta institución se acopla a las necesidades naturales sociales de la especie humana, por lo que la ley impugnada desnaturaliza el matrimonio.

- Otro de los argumentos presentados como motivo de inconstitucionalidad es, que caen en infracción de un artículo relativo al derecho a contraer matrimonio debido a dos razones: por un lado el hecho de que el matrimonio está reconocido al “hombre y a la mujer” y que la Constitución, dota al matrimonio de una garantía institucional asegurando su existencia. Al criterio de los retractores de la esta ley, el sentido del término “matrimonio”, la idea proveniente de su etimología es la idea de “madre”, que supone el engendramiento y la unión sexual entre un hombre y una mujer. Además con la expresión de hombre y mujer, es una reserva constitucional del matrimonio a favor de las parejas heterosexuales.

- El siguiente fundamento planteado por los recurrentes es la infracción de otro artículo del código español en relación a los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales ratificados por España, en donde aducen que tanto la Declaración de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio de Roma, para la Protección de los Derecho Humanos y las libertades Fundamentales, solo hacen referencia al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia

- Otro de los motivos plateados es por la infracción que recaen en relación al principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual, ya que piensan que es contraria a la Constitución porque a nadie se le ha impedido nunca contraer matrimonio por ser homosexual, ya que el matrimonio entre personas de sexo diferente no es equiparable a las parejas homosexuales, constituyendo una institución diferente, para validar este argumento se cita de nuevo el ATC considerando que la no regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo no constituye violación alguna.

- Como fundamento establecen que existe también infracción en relación a la protección de la familia y de los hijos; ya que abre la posibilidad a que la pareja homosexual adopten hijos, siendo así esto contrario al mandato de protección integral de los hijos puesto que se antepone la legitimación de las relaciones homosexuales al interés del menor. Además aducen que no existe una certeza sobre la convivencia del adoptado de vivir en un hogar de una pareja homosexual

- Argumentan el hecho de que el reconocimiento de las parejas del mismo sexo da un derecho que no tienen constitucionalmente reconocido, lo que llevaría a una alteración de la configuración del matrimonio.

Una vez expuestas las alegaciones solicitaron que se declare inconstitucional el párrafo primero del artículo único de la ley impugnada, y de los demás apartados del mismo Artículo y de las disposiciones adicionales primeras y segundas, declarando la nulidad de los preceptos y disposiciones impugnadas.

El 25 de octubre de 2005 se aceptó a trámite y se trasladó la demanda al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno.

Las alegaciones presentadas por el Abogado del Estado fueron:

- Comienza con un planteamiento previo sobre los modelos, que pueden existir en relación en el matrimonio homosexual. El modelo constitucional obligatorio la prohibición de discriminación por orientación sexual obliga a establecer el matrimonio homosexual. La homosexualidad se encuentra tutelada por dos derechos fundamentales: por un lado el de la libertad-intimidad y el de igualdad y prohibición de discriminación. También alega que la constitución a lo único que obliga es al mantenimiento del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en condiciones de igualdad y lo que sería inconstitucional no establecer ninguna ley para las parejas homosexuales que sea semejante al matrimonio en derechos y obligaciones, además que con el principio de libre desarrollo de la personalidad que determinan la obligación de regular las uniones homosexuales, sino se recurriría en una discriminación indirecta. La diferencia fundamental sería

que mientras las parejas heterosexuales la unión de hecho es una mera opción, en el caso de las parejas homosexuales la no regulación del matrimonio o de la unión civil significa condenarles a vivir fuera del derecho.

- Se aborda de manera conjunta la vulneración de ciertos derechos que están relacionados con la garantía constitucional del matrimonio; también en relación a la etimología de la palabra matrimonio, manifiestan que no es un argumento de peso, ya que la interpretación lo que pretende es garantizar la plena igualdad jurídica de los contrayentes, acabando con el concepto tradicional de establecer algún tipo de sumisión de la mujer. Además históricamente se considera que no hay duda de que el legislador no se planteó la posibilidad del matrimonio homosexual, ya que la historia de la homosexualidad ha estado vinculado al pecado, delito, enfermedad o anomalía psiquiátrica.
- Se rechaza que la ley recurrida vulnere el principio de igualdad, ya que de este mismo principio se deriva la necesidad de dar un trato igual a homosexuales y a heterosexuales.
- Finalmente se hace referencia a estudios sociológicos y psicológicos que desmienten el menor grado de compromiso de las parejas homosexuales, los mismos que demuestran que lo que resulta positivo para el desarrollo del menor.
- Las alegaciones finalizan con una serie de conclusiones, recordando que la Constitución Española no contiene un concepto de matrimonio sino que solo se limita a reconocer el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio.
- Se reitera que las garantías institucionales protegen frente a limitaciones que hagan inviable la subsistencia de la respectiva institución, en donde el matrimonio heterosexual no se encuentra limitada por la ley impugnada.
- Finalmente recuerdan que los elementos del matrimonio han ido cambiando con el paso del tiempo y que el derecho prohíbe toda forma de discriminación por orientación sexual en donde la homosexualidad ya se ha considerado como una opción sexual legítima como la heterosexual.

Expuestos estos argumentos se pidió la desestimación del recurso de inconstitucionalidad.

Una vez presentados los alegatos se señaló con fecha para deliberación y votación del recurso de inconstitucionalidad el día 6 de noviembre de 2012.

Hay que reconocer que el recurso que vulnera el derecho a contraer matrimonio, afirma que ha introducido importantes matices respecto del derecho constitucional, ya que este es un derecho de titularidad individual, pero no lo es de ejercicio individual, porque se necesita de otra persona para realizarse y del consentimiento mutuo, dejando de lado el debate de que si las personas homosexuales gozan o no del derecho de contraer matrimonio.

Esta ley lo que supone es una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, por lo que es necesario equiparar el estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexual; este reconocimiento implica la posibilidad para que cada persona pueda contraer matrimonio con la persona de su mismo sexo o de diferente en donde se reconozca plenamente su orientación sexual, sin afectar el contenido esencial del derecho.

El legislador lo que hace es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni tampoco menoscabando el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, ya que con la ley 13/2005 no introduce, restringe o deniega ninguna modificación en las disposiciones legales en relación al matrimonio civil de personas de sexo diferente.

En relación al mandato de protección a la familia que es principio rector de la política social y económica del Código Español, no se incumple, ya que el ordenamiento jurídico, no reconoce un derecho fundamental a adoptar, ya que la misma jurisprudencia ha establecido ya que en el procedimiento de adopción se configura como prevalente el interés superior del menor.

Por lo que no existe en consecuencia y según los argumentos presentados, razón para la inconstitucionalidad de esta ley, por lo que se da las modificaciones al Código Civil Español en relación al derecho de contraer matrimonio

Brasil

En relación a Brasil, en su Constitución no se encuentra la orientación sexual, solamente hace mención a cualquier forma de discriminación, aunque al ser un estado federal ciertas ciudades como es el caso de Sao Paulo, Rio de Janeiro cuentan con ordenanzas prohibiendo la discriminación por orientación sexual⁶³.

En relación al matrimonio homosexual en Brasil no se da, se ha presentado proyectos de leyes pero estos no han tenido cabida; es así que los mejores avances que han tenido ha sido por decisiones judiciales que les han reconocidos ciertos derechos a las parejas homosexuales como la cohabitación doméstica, y también en algunas oficinas de gobierno aceptan el matrimonio homosexuales en el exterior. No pueden adoptar de forma conjunta pero si de forma individual, a pesar de que no se acepta la adopción conjunta, algunas decisiones judiciales lo han permitido.

En el 2011 la corte Suprema de Brasil que es el país más católico del mundo acepto la unión homosexual y estableció los mismos derechos para las parejas heterosexuales y homosexuales. A pesar de que no fue una decisión del Parlamento, ningún juez podrá negar la unión homosexual.

Argentina

Otros de los países que ha demostrado un gran avance en relación a los derechos de los grupos LGBT es Argentina con la aprobación del matrimonio homosexual en julio del 2012 siendo así el primer país en Latino América en aprobar el matrimonio homosexual.

Sudáfrica

La Republica de Sudáfrica que es el primer Estado del mundo en ofrecer garantías constitucionales al prohibir la discriminación por motivo de orientación sexual entre los derechos reconocidos por Sudáfrica desde 1994, leyes y garantías contra la discriminación , desde el año 2006 se da la unión civil, pero antes de este hecho en el año 2002 con la ley del 10 de septiembre de la corte sudafricana se aceptaba la

⁶³ LEON, Irene y LEÓN, Magdalena. Diversidades revista internacional de análisis. Ed. I. Pág. 95-96

adopción homoparental y acceso permitido al servicio militar⁶⁴ .En cuanto al transexualismo se les permitió cambiar legalmente de sexo.

Existen ciertos países que todavía condenan a los homosexuales con multas, cárcel e incluso también con pena de muerte. Según el informe que fue realizado por la Asociación internacional de Lesbiana, Gay, Bisexual, trans e intersex (ILGA) hay 76 países que discrimina a las personas con diferente orientación sexual⁶⁵ .

Entre los países que condenan con pena de muerte la homosexualidad tenemos a: Irán, Mauritania, Arabia Saudí, Sudán, Yemen, Nigeria y Somalia, sobre todo por razones de índole religiosa; es así que existe penas como en el caso de Irán que castiga el lesbianismo con cien latigazos y en caso de que se repita por tres veces se les castiga con pena de muerte. Mauritania se les condena a los hombres con pena de muerte y a las mujeres con cárcel y una multa. En el caso de Yemen de igual manera cárcel para las mujeres lesbianas y varones solteros y pena de muerte para los casados, así también en Irán se castiga con pena de muerte las relaciones entre mujeres y sin ir muy lejos en relación a países de latino américa en Chile no se cuenta con una legislación al respecto de los homosexuales; según los estudios realizados por la ILGA⁶⁶ .

Entre los países de Europa en los cuales se ha legalizado el matrimonio homosexual se encuentran Holanda, Bélgica, Portugal, Suecia, Noruega, España⁶⁷

En los diferentes tratados y legislaciones del mundo podemos ver que se ha dado un avance en correlación a los derechos de los grupos LGBT, que poco a poco han ido cerrando tabús y conservadurismos extremos en donde a los LGBT se les considere de igual manera que a los heterosexuales, simplemente sean juzgados como personas miembros de una sociedad en la cual están para tener derechos y cumplir obligaciones impuestas por la misma.

⁶⁴ RUBIO, Aimar. Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos. Pág. 92.

⁶⁵ <http://ilga.org/>. Visitada el día 23 de enero de 2013 a las 22h30

⁶⁶ IBID.

⁶⁷ <http://www.ambienteg.com/glbtenel-mundo/los-derechos-lgbt-se-expanden-por-el-mundo>. Visitada el día 02 de abril de 2013.

Los tratados internacionales y las legislaciones están en búsqueda de una igualdad de derechos y obligaciones y una lucha constante contra la discriminación por orientación sexual; lo cual no se ha dado de manera tan profunda en el Ecuador porque ha a pesar de existir norma expresa en nuestro país, en contra de la discriminación todavía existe violación a los derechos de los grupos LGBT, los cuales son necesarios para su desenvolvimiento en su vida en sociedad.

Este capítulo se enfocó sobre todo al análisis de diferentes normativas en relación a los grupos LGBT, es decir, a su condición dentro de una sociedad a los derechos a los cuales son inherentes estas personas y de los que se los priva.

Los grupos LGBT han sido víctima de discriminación centenaria que se expresa en todos los ámbitos y afecta el conjunto de relaciones humanas, estos cambios son parte de un proceso largo y de un reconocimiento por los Estados, que se pueden lograr si es que se plantean metas concretas, en donde la ley se aplique de manera igualitaria para todos sin conceptuar dentro de ella el hecho de ser heterosexual u homosexual.

Las diferentes declaraciones todas toman como punto de partida o como el punto central el hecho de combatir las desigualdades y discriminaciones en donde todos seamos iguales y no seamos víctimas de abusos por el hecho de tener una diferente orientación sexual o por ser de otra raza, etnia o religión.

CAPITULO TRES

3 La Adopción

Este capítulo va dirigido a abordar el tema de la adopción en los casos de los homosexuales, un análisis sobre los diferentes métodos para ser padres como es el caso del vientre subrogado y las técnicas que lo han hecho posible sin dejar de pasar el hecho de que todas las personas tenemos una identidad, por lo que propongo conocer más a fondo el derecho a la identidad y que pasaría con las personas que vienen de un hogar homoparental en donde las leyes no permiten su reconocimiento.

3.1. La adopción. Requisitos para proceder con el trámite de la adopción en el Ecuador.

Algunos tratadistas que han hablado sobre la adopción, estiman que la filiación puede fundarse exclusivamente en los nexos de consanguinidad, considerándolo como una ficción jurídica tendiente a imitar los vínculos de sangre entre personas extrañas; y, otros, lo definen como una “realidad psicológica y social”⁶⁸.

Arturo Valencia Zea establece que “el verdadero padre o madre son los que han criado e infundido en sus hijos una vida moral y psicológica y no meramente fueron causa biológica de una escueta existencia orgánica”⁶⁹.

Una de las finalidades de la vida es formar una familia, un hogar, incluso uno de los fines del matrimonio según nuestra legislación es la procreación⁷⁰, esto solo lo tiene permitido las parejas heterosexuales, dejando fuera de este derecho a las parejas homosexuales; si estamos hablando de una sociedad igualitaria los homosexuales al no contar con la posibilidad de tener hijos por medio de la procreación tendrían que recurrir a métodos alternativos para tenerlo, pero no lo pueden hacer ya que el

⁶⁸ BORDA, Guillermo. Tratado de derecho Civil. Ed II. Pág. 103

⁶⁹ IBID. Pág. 474

⁷⁰ Art. 81.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

artículo 68 de la constitución establece que la adopción solo queda para parejas de distinto sexo⁷¹ , por lo que quedaría fuera de sus posibilidades la adopción.

La adopción es un método para que una niño o niña que ha perdido a sus padres y no cuentan con más familiares o ha sido abandonado pueda contar con una familia sustituta y no quede en el abandono.

En el Ecuador la adopción se encuentra regulada en el Código de la Niñez y Adolescencia, el cual presenta ciertos requisitos para poder contraer este compromiso que es adoptar a un niño o niña que en su caso son huérfanos, los cuales están buscando una familia.

Guillermo Borda considera a la adopción como un hecho frecuente en el cual las personas sin hijos quiebren el ansia de su paternidad frustrada en un hijo ajeno, al que tratan y educan como un hijo propio, lo cual merece toda la protección legal, brindando protección al menor por una parte, y por otra, a quien no los tiene de su sangre⁷².

El Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador establece a la adopción en su artículo 152 indica “.- 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.

⁷¹ Art 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

⁷² BORDA, Guillermo. Tratado de derecho Civil. Ed II. Pág. 476.

El Código Niñez y Adolescencia ha establecido una relación familiar en donde se le brinde al menor un hogar estable en el que se pueda desarrollar correctamente.

El artículo 159 del Código de la Niñez y Adolescencia establece los requisitos para adoptar:

Art. 159.- Requisitos de los adoptantes.- Los candidatos a adoptantes deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Estar domiciliados en el Ecuador o en uno de los estados con los cuales el Ecuador haya suscrito convenios de adopción;
2. Ser legalmente capaces;
3. Estar en pleno ejercicio de los derechos políticos;
4. Ser mayores de veinticinco años.
5. Tener una diferencia de edad no menor de catorce ni mayor de cuarenta y cinco años con el adoptado. La diferencia mínima se reducirá a diez años cuando se trate de adoptar al hijo del cónyuge o conviviente, en los casos de unión de hecho que cumpla con los requisitos legales. Estas limitaciones de edad no se aplicarán a los casos de adopciones entre parientes. Tratándose de parejas, los límites de edad se aplicarán al cónyuge, o conviviente más joven;
6. En los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales;
7. Gozar de salud física y mental adecuada para cumplir con las responsabilidades parentales;
8. Disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; y,
9. No registrar antecedentes penales por delitos sancionados con penas de reclusión.

Estas son las disposiciones para adoptar en el Ecuador, las cuales tienen como finalidad la protección del menor, encontrarle un lugar adecuado en donde se puede desarrollar, y que este hogar tenga los medios tanto psicológicos como económicos para que el menor se pueda desarrollar correctamente.

Una vez analizados los requisitos para adoptar nos encontramos que en el numeral 6 del artículo 159 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que en los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales. Por lo que no se permite la adopción a parejas homosexuales, a pesar de que en Ecuador se permite la unión de hecho para parejas homosexuales.

3.2 Adopción por parejas LGBT.

La adopción por parejas LGBT es un tema muy debatido, si es que deben o no adoptar, cuáles son sus derechos y si son los mismos derechos que tienen los heterosexuales, por que no se les permite adoptar y formar una familia? Estas son interrogantes que se ha venido dando por muchos años.

La adopción por parejas homosexuales, es un tema tabú que de una u otra manera está sucediendo dentro de nuestra sociedad, pero lamentablemente se le esconde debido a que la adopción no está permitido, para las parejas homosexuales, no obstante existe ciertos países que los permite en los cuales los menores han gozado las mismas condiciones y se han desarrollado de la misma manera que en un hogar de padres heterosexuales.

Entre los países que permiten la adopción encontramos a Holanda que fue el primero en permitirlo, cumpliendo con todos los requisitos exigidos por la ley Holandesa para poder hacerlo.

En el Caso de Estados Unidos al ser una nación federal existen ciertos departamentos que lo permiten como es el caso de la Florida, Nueva York, New Jersey, California, Vermont, entre otros.

Gran Bretaña legalizo la adopción para parejas homosexuales desde el año 2002.

Otro de los países que permiten la adopción es Dinamarca, fue el primer país en permitir el matrimonio entre parejas homosexuales, pero estas parejas solo pueden adoptar a los hijos de su pareja; lo mismo sucede con Suecia que permite la adopción de parejas homosexuales incluso de otros países como China, Colombia y Corea del

Sur, dándose aquí un problema por el hecho de que por lo menos en el caso de Colombia no se permite la adopción por homosexuales. Además en Suecia desde el 2005 se permite que parejas de lesbianas puedan recurrir al método de la inseminación artificial para poder tener hijos⁷³.

3.3. El vientre subrogado como método para ser padres

Los recientes progresos en el campo de la genética, las investigaciones realizadas, los resultados obtenidos, los adelantos científicos en la materia y su aplicación por medio de una tecnología cada día más perfeccionada, han planteado ciertos problemas en relación a la naturaleza y el destino de la humanidad⁷⁴.

Así, se plantea al derecho nuevos y difíciles problemas ante tales progresos, en donde la tecnología y la ciencia se había superado sobre un derecho que había sido construido sobre una realidad en la que no había ninguna de las posibilidades de incidir en el proceso de la reproducción humana que hoy existen.

Generando la necesidad de un cambio jurídico profundo, ya que estos avances científicos se deben adaptar a las nuevas necesidades tanto en el tema de la reproducción como en el hecho del reconocimiento de las diferentes orientaciones sexuales, las cuales también tiene el derecho a gozar de estos avances.

Una de las cuestiones que no se puede dejar de lado es la publicidad que se hace a niños fecundados en un laboratorio, cada vez que esta técnica de la inseminación artificial, ha tomada mayor incremento y probablemente cada vez sea más.

En el caso de la inseminación artificial siempre se necesitara de una mujer, que produzca un ovulo que va a ser fecundado; y en donde la contribución del varón es momentánea en cuanto que ofrece el espermatozoide que ha de fecundar el ovulo.

⁷³ RUBIO Liona, Aimar. Anuario de acción humanitaria y derechos humanos. Pág. 103.

⁷⁴ GROS, Héctor. Ética, bioética y derecho. Ed. Pág. 31.

El deseo de tener un hijo a toda costa y las técnicas que lo posibilitan constituye una cuestión muy compleja que se da en los supuestos en que se disocia la gestación haciendo intervenir a otra mujer ajena a la pareja que procrea⁷⁵.

A más de la adopción como método para ser padres se ha vuelto muy común en países del primer mundo el vientre por alquiler o la maternidad subrogada, que es una nueva etapa en la historia de la humanidad en la que la técnica nos permite influir a procrear, nacer y morir⁷⁶.

El filósofo alemán Rudiger Safranski establece que “Tal vez el ser humano del futuro tenga que percibirse como el producto de la planificación deliberada. Sus creadores – que solían ser sus padres y que son ahora los donantes de esperma, las dueñas del útero alquilado, los empleados del laboratorio y los bancos genéticos- librarán al mundo un ser humano que necesariamente tendrá que verse como una inversión ambulante⁷⁷.

La necesidad de establecer reglas morales para frenar las manipulaciones genéticas que pueden llevar a modelar la especie humana de acuerdo con las leyes, porque nos encontramos en un momento peligroso para la historia de la libertad en razón de que la invención técnica ha lanzado un desafío a la invención moral⁷⁸.

Nuevos avances en las técnicas de reproducción están revolucionando la reproducción y la concepción humanas, y hacen posible, en un grado que no para de crecer.

Con estos avances acerca del vientre por alquiler se ha reclamado un gran sentido de responsabilidad; no todo lo posible resulta al mismo tiempo lícito y humanizado. Es la sociedad la que debe dar las respuestas en base a los valores de un tiempo y lugar y el jurista encuadrará en las normas, los deberes que impone la responsabilidad , ya

⁷⁵ WAGMAISTER, Adriana. Maternidad sub-rogada. Derecho del Nino. Ed. Pág. 193

⁷⁶ WAGMAISTER, Adriana. Maternidad subrogada. Derecho del Nino. Ed. Pág. 187.

⁷⁷ GROS, Héctor. Ética, bioética y derecho. Ed. Pág. 196.

⁷⁸ WAGMAISTER, Adriana. Maternidad subrogada. Derecho del Nino. Ed. Pág. 188.

que la investigación científica puede arrollar la regulación normativa con su vertiginoso crecimiento en busca de la libertad⁷⁹.

Esta libertad requiere de un marco normativo con leyes especiales que deber ser proyectadas no por juristas solamente sino con la participación de expertos en cada materia, a fin de que todas las personas involucradas se pongan de acuerdo para no anteponer la técnica a la ética⁸⁰.

La primera inseminación artificial con éxito se realizó en el año de 1884, y la primera fertilización in vitro es un desarrollo más reciente. En 1978 nació la primera niña concebida en un tubo de ensayo, es decir, por medio de la inseminación artificial⁸¹.

El uso creciente de las técnicas de fecundación in vitro ha hecho posible la subrogación materna en varios países, naciendo miles de niños de esta manera.

Estas investigaciones científicas han creado nuevas necesidades las mismas que deben ser regladas ya que imponen una responsabilidad que deben ser dirigidas hacia leyes especiales.

La maternidad subrogada no es otra cosa que la gestación por cuenta de otro o por encargo, alquiler de útero, útero alquilado, alquiler de vientre, madre de alquiler, madre suplente, etc, en donde el embrión de la pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a término el embarazo y da a luz al hijo en beneficio de la pareja⁸².

De la misma manera se conoce casos de mujeres que han consentido ser inseminadas para concebir un hijo que, una vez nacido, están obligadas a entregarlo a una pareja constituida por el dador del semen y su pareja sea esta una mujer o un hombre.

⁷⁹ IBID. Pág. 189.

⁸⁰ IBID. Pág. 189.

⁸¹ GROS, Héctor. Ética, bioética y derechos. Ed. Pág. 188.

⁸² WAGMAISTER, Adriana. Maternidad subrogada. Derecho del Niño. Ed. Pág. 190.

El tema de la maternidad subrogada es tratado como un hecho en donde un hombre y una mujer que no han podido tener hijos engendran a su hijo por medio de este procedimiento. Ahora bien, que pasaría en el caso de una pareja homosexual, clasificado este como un tema complejo ya que se puede dar el caso de que una mujer donante de ovulo que gesta al hijo concebido con el semen del miembro de una pareja homosexual, en el caso de una pareja de varones o en el de una mujer que no sería cuestión de alquiler de vientre sino de una fertilización in vitro en donde una de ellas llevaría al menor en el vientre.

Este método del vientre por alquiler o la maternidad subrogada sería otra manera para que las parejas homosexuales puedan tener hijos y formar una familia, el problema se da en el hecho de que en el Ecuador no se les permite adoptarlos, peor aún, no existe una legislación al respecto de la maternidad subrogada dándose un vacío legal enorme.

El vientre por alquiler es una realidad latente en el Ecuador, se pueden encontrar incluso anuncios en el internet donde mujeres están dispuestas a prestar su vientre o su ovulo en el caso para procrear un niño por un periodo de tiempo y luego entregarlo a la pareja que los alquilo por una cantidad de dinero y los cuidados durante su embarazo, después del cual no tiene ningún contacto más con el menor.

La Convención Internacional sobre los derechos del Niño, proclama el derecho del niño a la identidad, a la salud, y a pertenecer a una familia como aquellos comprometidos en donde el menor se pueda desarrollar y formar en un ambiente sano nada dice que este hogar tenga que ser formado por un hombre y una mujer, solamente lo que se busca es que el niño pertenezca a un ambiente sano.

El derecho humano a la procreación se erige en el derecho al hijo como derecho absoluto y la autonomía de la voluntad pro creacional adquiere otra dimensión, el deseo del hijo a toda costa y las técnicas que lo posibilitan constituyen una cuestión compleja que se da en los supuestos en que se disocia la gestación haciendo intervenir a otra mujer ajena a la pareja que procrea⁸³.

⁸³ WAGMAISTER, Adriana. Maternidad subrogada. Derecho del Niño. Ed. Pág. 194

Se ha sostenido que la voluntad pro creacional ejercida mediante técnicas artificiales es proporcionalmente menos valiosa que en derecho inalienable de todo ser humano a vivir en dignidad, porque por el uso de la tecnología se crea un nuevo ser. Todo esto nos lleva plantearnos interrogantes se trata de derecho al hijo o derecho del hijo?

Autores como Hernández Ibáñez, Moreno y Luque Casariego han afirmado que si se ha pactado que la maternidad legal corresponde a persona distinta de la que ha dado a luz, esta debe ser la madre, independientemente de la validez del contrato, en razón de que ella es la que ha deseado tener ese niño, se debe valorizar el deseo de ser madre, lo que se llama maternidad psicológica. No obstante se ha privilegiado a los padres que han deseado tener el hijo sobre la que únicamente lo gesto en los casos de alquiler de útero sin aportación de ovulo aunque sin distinguir si el embrión es fruto de aquellos o si ha habido donante de ovulo.

Desde el punto de vista de la pareja sea esta heterosexual u homosexual, se defiende el derecho a planificar libremente su propia reproducción, entendido que la procreación constituye el resultado de una actividad libre, fruto de la conjunción de genes de dos personas involucradas en ella, así lo expresa Pantaleón Prieto y Trabucchi⁸⁴.

Es necesario también que al tiempo de la aplicación de la técnica del vientre por alquiler la mujer este en condición, sin riesgos para el feto, lo que agrega un tema más cuando se trata de disociación de madres, es decir que se suma el adecuado análisis de la posibilidad de sobre llevar el embarazo a estudio del material genético, la adecuada selección y conservación en su caso.

El vacío legal en relación al vientre por alquiler implica un riesgo permanente, pues carece de un adecuado control de actividades y no sabemos a ciencia cierta cuál de estas técnicas utilizan⁸⁵, es decir, alquilando el vientre, donando esperma, el ovulo, fertilización in vitro; que en el caso de darse un problema de este tipo cual sería la resolución que tomaran nuestros tribunales, al no existir una regulación

⁸⁴ WAGMAISTER, Adriana. Maternidad subrogada. Derecho del Nino. Ed. Pág. 194.

⁸⁵ IBID. Pág. 196

3.4. La adopción, el derecho a la identidad y el principio de igualdad y nos discriminación en parejas del mismo sexo.

Según José C. García Falcón dice que el derecho a la identidad, “es un derecho a ser reconocido en "su peculiar realidad", con los atributos, calidad, caracteres, acciones que lo distinguen respecto de cualquier otro individuo; de tal manera que el campo del Derecho a la Identidad es amplio, pues ya más allá de conocer su procedencia genética, va a la personalidad individual en el sentido social y psíquico, inclusive se refiere a los modos de ser culturales de cada uno.

Desde la Constitución de 1945 se establece un cambio de paradigma en donde se preocupa por apoyar a la familia y su desarrollo, estableciendo que el Estado protege a la familia, al matrimonio y a la maternidad, también habla de un reconocimiento del comportamiento sexual aceptado es decir la pareja heterosexual, que es digno de protección jurídica⁸⁶.

La Constitución de 1979 en donde la institución del matrimonio sufrió un cambio fundamental, su regulación se incluyó enteramente en las disposiciones relativas a la familia, convirtiéndole a la familia en la célula fundamental de la sociedad, y por esto debe ser protegida y garantizada por el Estado en donde le asegura condiciones morales, culturales y económicas que favorezcan la consecución de sus fines, en donde se puede dar por entendido que no existe familia sin matrimonio en donde es el único espacio en el cual esta validada las relaciones sexuales y la procreación.

La Constitución de 1998 en relación a la doctrina constitucional se puede considerar que se mantiene de igual o es una codificación de la anterior Constitución de 1979, donde se le sigue reconociendo a la familia como la célula fundamental de la sociedad y es un principio de garantía establecer las condiciones que favorezcan la consecución de sus fines. Lo anterior se refuerza con la protección a la maternidad, el

⁸⁶ ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto. El derecho a la igualdad aportes para un constitucionalismo igualitario. Ed. Pág. 557.

haber familiar y la regulación restrictiva de la unión de hecho que responde a los mismos parámetros del matrimonio tradicional⁸⁷.

Lo que no se puede dejar de tratar es el hecho de que si a los menores; los cuales han sido adoptados, las parejas han alquilado un vientre o han recurrido a la inseminación artificial, son niños que tienen derecho a una identidad

El principio de igualdad da a lugar a tratos diferenciados razonables, en donde las situaciones merecen tal tratamiento, pero debe también ir en sentido contrario y aceptar que muchas diferencias, todas ellas recogidas por la Constitución, de raza, sexo, orientación sexual, cultura, clase social, no deben imponerse como estigmas que menoscaben el derecho a presentarse libremente ante la sociedad y vivir a plenitud sus propios anhelos y pretensiones⁸⁸.

Lo que trata el principio de igualdad es de reconocer las diferencias y a estas diferencias se les permita subsistir dentro de una misma sociedad sin que exista inconveniente al respecto. Una verdadera igualdad es un motor de cambios, de verdades y de justicia⁸⁹.

Solo en plena igualdad la libertad sexual será una realidad, la diversidad sexual dejará de generar rechazo.

Igual sucede con todas las otras realidades materiales sexuales, el uso del sexo está permitido solo en un sentido reproductivo, negándose el placer por sí mismo, sin ninguna razón que no sea cultural⁹⁰. Solo en los últimos años se ha redescubierto al cuerpo como objeto, tanto de las presiones sociales como de los estigmas culturales. Sin embargo, el derecho aún no logra incorporar esta sexualidad a su ordenamiento, no existe norma que permita las expresiones sexuales libres.

⁸⁷ ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto. El derecho a la igualdad aportes para un constitucionalismo igualitario. Ed. Pág. 558.

⁸⁸ ALVENTOSA DEL RIO, Josefina. Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español.

⁸⁹ CENTENO, Rodrigo. Foro de revista de derecho.

⁹⁰ ALVENTOSA DEL RIO, Josefina. Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español

Esta es una realidad latente, en la que nos encontramos normados por una ley completamente heterosexual y masculina, en donde el principio de igualdad y no discriminación no es otra cosa que un enunciado el cual no demuestra ninguna eficacia simplemente una norma escrita que no demuestra su alcance.

3.5 El derecho a la identidad

El derecho constitucional a la identidad, es un derecho a ser reconocido, con los atributos, calidad, caracteres, acciones que lo distinguen respecto de cualquier otro individuo, pues ya más allá de conocer su procedencia genética, va a la personalidad individual en el sentido social y psíquico, inclusive se refiere a los modos de ser culturales de cada uno⁹¹.

Como lo señalo un Tribunal Italiano en 1987 se trata de "la verdad exterior del propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional etc.; que tiene una persona en el ambiente social⁹²".

De este modo este derecho es importante, porque permite establecer la procedencia de los hijos respecto de los padres, porque es un hecho tan natural e innegable que nadie puede desconocer y constituye la relación más importante de la vida, su incidencia se manifiesta no sólo en la familia sino en el conglomerado social, esto es el derecho de saber quién es su padre y madre; y esto sin duda contribuye a la identificación de una persona.

Los elementos del derecho de identidad son la: paternidad, la maternidad, caracteres físicos y morales, profesión, residencia etc.⁹³

El concepto planteado para el derecho a la identidad según la UNICEF es que desde el momento en el que nacen, los niños y las niñas necesitan forjarse una identidad. Para

⁹¹ http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3197. Visitada el 24 de diciembre de 2012 a las 18 horas.

⁹² http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3197. Visitada el 24 de diciembre de 2012 a las 18 horas.

⁹³ http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3197. Visitada el 24 de diciembre de 2012 a las 18 horas.

ello, el primer paso es inscribir el nacimiento en los registros públicos y de esa forma contar con un nombre y una nacionalidad. El registro civil universal es la base para que las personas accedan a todos los demás derechos. Además, el registro es un elemento esencial en la planificación nacional a favor de la infancia, porque ofrece datos demográficos sobre los cuales diseñar estrategias⁹⁴.

Completamente vacío y donde el derecho a la identidad es visto como el simple hecho de la inscripción en el registro civil para el nombre y la nacionalidad sin preocuparse de otros aspectos más importantes; solamente está dando una concepción al derecho, al nombre, no hace referencia alguna al derecho a la identidad.

El Derecho de identidad es un derecho que nos corresponden a todos ya que la propia Constitución lo establece tanto en su artículo 23 numeral 24 y en el 48 y 49, establece que todos tenemos derecho a conocer nuestra identidad, a conocer nuestro origen ya que este derecho es inherente a la persona⁹⁵.

Fernández Sessarego, muestra una definición del derecho de identidad personal: menciona que supone “ser uno mismo” y no otro, pese a la interacción social; marca junto con la vida y la libertad una trilogía de intereses que se pueden calificar como esenciales y por ello merecen una privilegiada tutela jurídica⁹⁶

En las diferentes legislaciones del mundo se ha buscado la manera de acoplar este tema al entorno sin discriminarlos sin dejarlos fuera de la posibilidad de tener un hijo y formar una familia; poco a poco se ha buscado la manera de llegar a que las diferentes sociedades a la igualdad y que no exista discriminación por orientación sexual, a pasos pequeños se ha ido dotándoles de derechos de los cuales en la antigüedad no podían gozar, primero con la aceptación del matrimonio o de la unión libre homosexual. Una vez que se reforma estos hechos⁹⁷, no se puede prohibir que

⁹⁴ http://www.unicef.org/argentina/spanish/children_11139.htm. Visitada el día 24 de diciembre de 2012 a las 20 horas

⁹⁵ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador del 20 de octubre del 2008. Registro oficial número. 449

⁹⁶ <http://www.aperturas.org/articulos.php?id=0000621&a=Homoparentalidades-Nuevas-familias&iframe=true&width=80%&height=80%>. Visitada el día 3 de enero de 2013.

formen una familia o que procreen o adopten niños a la final lo que buscan es formar un hogar.

Ahora bien aquí se presenta el problema del desarrollo del menor en un hogar homosexual, como sería la manera en que el menor se va a desarrollar en un ambiente que sea normal para él o para la sociedad?; este concepto de familia es un concepto tradicional y por costumbre debido a que no se puede aceptar el hecho de que un menor se desarrolle con una pareja del mismo sexo.

Hay que detenernos a pensar por un momento en el que hecho de que pasaría con las madres solteras o los padres solteros, los niños que crecen en hogares de padres separados o divorciados, peor aún en hogares con violencia domestica padres alcohólicos o madres alcohólicas, drogadictos e incluso en el peor de los casos con padres que violen a sus hijas. Todos estos casos también deberían ser vistos con aberración y dañino para el desarrollo de un menor sea o no sea adoptado, simplemente por mantener lo establecido por la sociedad estamos dejando en la orfandad a muchos niños que han sido abandonados o han perdido a sus padres y/o familiares, es hora de no tenerle miedo a la realidad y no seguir con estos paradigmas de un hogar conformado por parejas heterosexuales.

Quizás un marco de asesoría o ayuda al menor se puede desarrollar de igual manera que los demás niños, obviamente en el caso de un menor adoptado estos deben y cuentan con asistencia psicológica.

Además las carentes leyes solamente tratan de esconder lo que realmente se está dando en el Ecuador.

Con solo navegar en la web podemos encontrar cualquier cantidad de anuncios en los cuales se solicita un alquiler de vientre para poder cumplir su finalidad, simplemente de una manera ilegal.

Con este trabajo lo que se ha buscado es demostrar que la adopción, el vientre por alquiler, la inseminación artificial bien llevados y regulados pueden funcionar, además que con su reconocimiento se les podrá dotar de una identidad a los menores

sin dejar vacíos en sus partidas cumpliendo su derecho a la identidad y saber cómo vinieron al mundo.

CAPITULO CUATRO

4. Análisis del caso

Nicola Rotheron y Helen Bicknell son una pareja de lesbianas que radican en Ecuador desde el año 2007, en una granja a dos horas de Quito, en donde sobreviven cultivando, dando clases de inglés y recibiendo a extranjeros. La pareja viendo los cambios en la Constitución decidieron quedarse en el Ecuador.

Antecedentes

Es el caso de dos inglesas Hellen Bickmell y Nicola Rotheron una pareja de lesbianas que llevan juntas 14 años y legalizaron su unión de hecho en Inglaterra; las cuales desde hace 5 años viven en Ecuador.

Por medio de la inseminación artificial Nicola Rotheron quedó embarazada con el semen donado por un amigo de la pareja, es así como comienza su historia y lucha, desde el inicio no sabían cómo hacer con la inscripción de la niña que llevaría el nombre de Satya Amani.

Decidieron la concepción artificial de la menor debido a que pensaron que en el Ecuador sus derechos estaban protegidos por la Constitución.

Una vez que nació la pequeña Satya acudieron al registro civil para inscribirla cumpliendo con las leyes ecuatorianas, cuando llegaron al registro civil para cambiar primero su estado civil de solteras a unión de hecho y también para poder inscribir a Satya, lo cual no fue posible no pudieron realizar ninguna de las dos cosas, es decir, no pudieron inscribir a Satya y tampoco cambiar su estado civil.

Es aquí donde comenzó el problema de estas dos madres porque no les permitieron realizar la inscripción de la menor como es lógico ya que en Ecuador no se acepta ni se han dado casos de inscripción de menores con dos madres o dos padres en su caso.

Sin contar con una explicación lógica en la cual les diga las razones por las cuales no la pueden inscribir a pesar de que en el Ecuador se aprueba estas uniones y se

reconoce todo tipo de familia, es decir diversidad familiar, no se les permitió la inscripción ni de su unión de hecho peor aún de su hija.

La pareja acudió a la justicia ecuatoriana en búsqueda de una solución para su problema sin saber que aquí sería donde empieza el verdadero problema.

Cuentan que se presentaron en el Registro Civil para la inscripción de la menor no y no la pudieron realizar debido que en el Sistema del Registro Civil no se permitía inscribir a la menor con dos madres; peor aún cambiar su estado Civil a Unión de Hecho, se informó a la pareja que deben presentar su queja escrita; al cual tuvieron una respuesta grosera y sin sentido en donde la persona que respondió lo hizo con prepotencia y desprecio.

En el Registro Civil fueron víctimas de malos tratos, falta de consideración y poca toleración que en el fondo se desencadena en una discriminación el hecho de que se les trata diferente por su orientación sexual.

En la lucha por cumplir su objetivo esta pareja de lesbiana interpuso una acción de protección por el hecho de no permitirles inscribir a su hija.

El 4 de mayo de 2012, acudieron al tribunal de garantías penales las dos partes, por un lado las madres de Satya con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y por otro lado el director del Registro Civil con sus abogados y la Procuraduría del Estado.

Obviamente la opinión pública no se hizo esperar en las afueras del juzgado en donde había argumentos a favor y en contra de las inglesas. Por un lado los activistas de los grupos LGBT mostrando su apoyo a las inglesas en busca del reconocimiento de sus derechos y por otro las posiciones conservadoras que todavía temen a las nuevas realidades.

La audiencia se llevó a cabo el día 4 de mayo de 2012, en el juzgado cuarto de garantías penales, en donde los argumentos de parte de la Procuraduría General del Estado y el Registro Civil fueron que no existía una verdadera familia, no eran de Ecuador y aparte de todo no eran casadas, buscando solucionar el problema por medio de la inscripción de Satya solo con el nombre de su madre biológica, es decir

como una madre soltera, ese fue el argumento del procurador del Estado y del Registro Civil, tratando de tapar una clara discriminación hacia esta pareja, además que sin dejar de lado que por ser de otro nacionalidad a pesar de contar con la residencia de nuestro país, se les discrimina por este hecho al decir que “aparte son de otro país”.

Una vez presentados estos argumentos el juez que sigue la causa, dicta sentencia, en el cual argumento que el Registro Civil no había realizado ningún tipo de discriminación, por lo que la menor debía ser inscrita con una madre es decir con su madre biológica calificando a la demanda como un caso administrativo y no como una violación de derechos humanos.

Recibida la sentencia al día siguiente fue presentada la apelación pero hasta la presentación de este trabajo no ha habido novedades al respecto.

Al recibir esta noticia la pareja expreso que va hacer valer sus derechos ya que no les parecía correcta la misma, y recurrirían hasta las últimas consecuencias para que se hagan valer sus derechos, es más incluso hablaron de recurrir a la corte internacional para hacer valer sus derechos.

El hecho de no permitirle la inscripción de la menor, está probando que se trate de una persona sin identidad la misma que tiene derecho a esta, y que sea acreedora de derechos y obligaciones; otros de los problemas que causa este hecho es que al ser sus madres de nacionalidad Inglesa la pequeña tendrá doble nacionalidad, en donde sí se encuentra permitido la inscripción con dos madres, pero para poder realizar dicha inscripción primero lo deben hacer en el Ecuador en el cual no se les permite que lo realice.

Otro de los puntos que no se puede dejar fuera es que el Registro Civil y la Procuraduría del Estado al decir que no se trata de una familia reconocida por el Ecuador, están errando completamente y actuando inconstitucionalmente ya que en artículo 67 de la Carta Magna se establece “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. 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.” Es así que Satya Nicolla y Hellen conforman una familia diversa como se ha dicho reconocida por la constitución.

Otros de los argumentos que encontraron esta pareja para su defensa y hacer valer su derecho está establecido en el reconocimiento de la constitución ecuatoriana en su Art. 68.- La unión estable y monogamica 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.

Al estar juntas por más de catorce años a la fecha, estaríamos hablando de una unión estable y monogamica, generándoles los mismos derechos de familia constituida mediante el matrimonio, entonces estamos hablando que al tener los mismos derechos y obligaciones que un matrimonio quiere decir que tienen el derecho a procrear que es una de las finalidades del mismo, y este si sería el caso de las inglesas que procrearon por medio de la inseminación artificial, las inglesas lo que buscan en la inscripción de la menor ya que legalmente la pequeña Satya no existe.

La ley del Registro Civil necesita una actualización,- que al momento de la presentación de este trabajo se está realizando- porque la vigente es del año 1978 completamente antiguo que lo único que está causando es problemas y también dando lugar a injusticia e inconstitucionalidades ya que con el reconocimiento de la unión de hecho entre dos parejas del mismo sexo provoca este tipo de controversias.

La lucha de Hellen y Nicola no se trata de capricho de ellas, sino que, por un lado el hecho de que no le pueden dar la doble nacionalidad a Satya porque primero debe ser inscrita en el Ecuador y con esto podrían inscribirle en Inglaterra; y por otro lado es el hecho que si por alguna circunstancia a su madre biológica le sucediera algo que pasaría con la pequeña, es una interrogante que nos debemos hacernos.

Muchas han sido las opiniones al respecto una de ellas es la de ladra. Silvana Tapia: “En estos momentos, con ocasión de la acción de protección presentada por dos ciudadanas inglesas residentes en Ecuador, se han puesto sobre la mesa de debate, una vez más, las cuestiones que hemos mencionado.

Ellas exigen que se admita la inscripción de su hija como hija de ambas -es hija biológica de sólo una de ellas-. La Procuraduría ecuatoriana ha sostenido que la "familia homosexual" no existe, y por lo tanto no puede ser reconocida por el Estado, en vista de que la pareja gay es infértil y no puede procrear naturalmente. Con este criterio se le niega a una niña un derecho básico: el derecho a la identidad. Y de esto se desprenden una serie de consecuencias adicionales, como la imposibilidad de obtener un pasaporte para la menor, con el objeto de protegerla bajo la legislación del país de origen de sus madres.

No mencionemos los demás derechos fundamentales como la salud y la educación que se materializan para el individuo a través de su identidad, pues una persona que no existe no puede tener derechos. Finalmente, aunque mucho más se puede discutir en torno al tema, agregaré que la familia no es una construcción meramente biológica, es un concepto social que incluye aspectos de afectividad, cercanía, solidaridad y permanencia de los vínculos que no se originan necesariamente en el hecho biológico.

El razonamiento de la Procuraduría lleva a la conclusión de que las parejas que no son aptas para procrear no tienen derecho a vivir en familia y esto, si se es coherente, debería incluir también a los heterosexuales infértiles, de lo contrario se estará vulnerando el principio de no discriminación por la orientación sexual.

A mi criterio, es hora de superar los prejuicios sociales discriminatorios arcaicos, adoptar una visión antropológica incluyente, que abrace la diversidad como un fin, pero también como un medio hacia la convivencia armónica y el enriquecimiento de la cultura humana.

Es hora de que los legisladores sean realmente progresivos y no restrictivos de derechos; que la doble moral o la mojigatería dejen de ser las motivaciones centrales

de nuestra comunidad para decidir quién tiene o no derecho a tener derechos. Al fin y al cabo, ¿qué es más inmoral: que dos personas que se aman y conviven quieran formar un hogar o que un niño deba crecer sin padres, con padres que no lo protegen, o siendo víctima de la marginación a la que lo relega una sociedad intolerante?”⁹⁸.

Lamentablemente mientras no estemos dispuestos a acoplarnos a los nuevos sucesos que se han dado en el mundo no vamos a poder avanzar, ni por más que se dicten leyes para hacerlo, se necesita de verdadero apoyo para que estas circunstancias sigan su curso y no sea un caso en manos de la justicia sin resolver.

⁹⁸ <http://www.lunasazules.com/2012/05/adopcion-y-filiacion-lgbti.html>. Visitado el día 24 de enero de 2013 a las 9:30.

CONCLUSIÓN

Al hablar de la igualdad ante la ley significa gozo actual de los mismos derechos, y además capacidad general para adquirirlos, iguales garantías, y seguridad de que no se excluya a nadie arbitrariamente, pero la adquisición y ejercicio de los derechos supone el cumplimiento de ciertos requisitos, sin los cuales no se puede hacer efectivos.

Con el análisis realizado hemos podido ver los avances que se han dado en las Diversas Constituciones del Ecuador; desde el escaso reconocimiento a las mujeres dentro de una sociedad hasta llegar hoy a la prohibición de discriminación por orientación sexual, siendo esto un gran avance para las nuevas necesidades existentes.

Este avance se ha dado gracias a las luchas realizadas por los grupos LGBT, ya que su constante trabajo para lograr el reconocimiento de sus derechos ha sido el eje principal para que las diferentes Constituciones, legislaciones, Tratados Internacionales, Organizaciones en el mundo, los hagan valer.

Se busca la protección a las personas de diferente orientación sexual, reconocer sus derechos que les permita tener una vida normal como el resto como los heterosexuales, en donde tampoco se trata de que se den leyes solamente para ellos sino que las mismas leyes para los heterosexuales se aplique a la vida de los LGBT.

Con esto, ha dado lugar a que se traten temas como matrimonio entre parejas homosexuales, ya que si somos todos iguales ante la ley porque solo los heterosexuales se pueden casar y formar una familia y los homosexuales no, esto en el caso del Ecuador, ya que en ciertos países si se ha permitido el matrimonio homosexual; a pesar de existir en la Constitución en el Art 68 el reconocimiento a unión libre entre parejas homosexuales que sean estableces y monogamicas, generan las mismas obligaciones que las familias que vienen de un matrimonio heterosexual, se está reconociendo el derecho a formar una familia; dejándolos fuera de la adopción un hecho que debe ser tratado y no solamente prohibirlo por el solo hecho

de no tratarse de un hogar funcional formado por un papa y una mama, porque en donde quedan los derechos de los niños?, no se puede negar el hecho de muchos menores se desarrollan en ambientes de maltrato, drogadicción, alcoholismo, entre otros casos, a pesar de venir de un hogar heterosexual, también se trataría de un ambiente distinto en donde el menor se vería afectado psicológicamente, sin dejar de lado la cantidad de niños abandonados que existen en nuestro país.

Por posturas religiosas, conservadores, homofóbicas, han dado lugar a que no se acepte la adopción homosexual o el reconocimiento de este tipo de familias, dejando a muchos menores sin su derecho a la identidad.

Es hora de cambiar el paradigma y tomar en cuenta como ha venido funcionando el matrimonio homosexual y la adopción en ciertos países que lo reconocen, siendo un ejemplo claro y preciso que no ha perjudicado en nada al concepto del matrimonio, peor aún de familia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Marcelo y GARGRELLA, Roberto. El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo. Ed. 2007
- ARIAS. Tania. Igualdad y no discriminación por razones de género en la Constitución y en Justicia electoral.
- BAZAN, Víctor. Defensa de la Constitución Garantimos y Controles. Sociedad anónima editorial. Argentina
- CAICEDO, Daniel. PORRAS, Angélica. Igualdad y diversidad sexual. La hegemonía de la heterosexualidad en el derecho ecuatoriano. LexisNexis. Argentina S.A. Mayo 2007
- CHAMBERLAIN, Line. Lucha LGBT y la mundialización. Primera edición en español. Quito 2005.
- DEUSTO, Universidad de Deusto. Anuario de Acción humanitaria y derechos humanos.
- ERIBON, Dider. Reflexiones sobre la cuestión gay. Editorial Anagrama. Barcelona.
- FERNANDEZ, Valle Mariano. Matrimonio y diversidad sexual: Lección sudafricana. Editorial LexiNexis. Argentina. Mayo 2007.
- Frías Navarro, María Dolores*; Pascual Llobell, Juan y Monterde i Bort, Hector. * Dpto. de Metodología. Facultad de Psicología. Avenida. Blasco Ibáñez, 21. 46010 Valencia.
- FUNDACION DE ACCION, ESTUDIOS Y PARTICIPACION SOCIAL, fedaeps. Plan de igualdad y no discriminación por orientación sexual. Segunda edición. Quito 2003

- HARARI, Sofía. PASTORINO, Gabriela. Acerca del género y el derecho. Colección Identidad, mujer y derecho. Editorial Biblos. Argentina 2000.
- LAMAS, Marta. Genero, diferencias de sexo y diferencia sexual. Editorial Biblos. Argentina.
- LARREA, Juan. Derecho constitucional ecuatoriano. Volumen uno. Sexta edición.
- LEON, Irene. MTETWA, Phumi. Globalización: alternativas LGBT.
- MEDINA, Graciela. Parejas homosexuales y transexuales: su derecho a la seguridad jurídica. Derecho de adopción. Herencia. Rubinzal- Culzoni Editores. Argentina.
- Movimiento Nacional GLBT. Movimiento GLBT Ecuador.
- PRIETO, Luis. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. Ministerio de justicia derechos humanos y culto. Quito Ecuador 2010.
- RODRIGUEZ, Rafael .Uniones homo-afectivas y Constitución en el Ecuador. Foro Revista de derecho
- SAAVEDRA MODESTO. El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo. Tirant lo Blanch. Valencia 2002
- SABA, Roberto. El derecho a la igualdad aportes para n constitucionalismo igualitario. Lexis Nexis. Argentina. 2007.
- TSINONIS, Nikolaos. Memoria y homosexualidad: sufrimiento, olvido y dignidad.
- VALENZUELA, José Manuel. Los estudios culturales en México. Consejo Nacional para la cultura y las artes. México. Primera edición. 2003

VINUELAS, Olga. Lesbofobia. Edición bellotera . Capelladas Barcelona.

Páginas de Internet visitadas:

- ¹ <http://www.lunasazules.com/2012/05/adopcion-y-filiacion-lgbti.html>
- <http://ilga.org/>
- <http://www.aciprensa.com/controversias/genero.htm>
- <http://www.ambienteg.com/glb-en-el-mundo/los-derechos-lgbt-se-expanden-por-el-mundo>.
- http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3197
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/34/pr/pr38.pdf>
- .
- http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_ONU.pdf
- http://www.sabersinfin.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1147&Itemid=1
- http://www.unicef.org/argentina/spanish/children_11139.htm.
- <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>.

Tratados Internacionales y sentencias:

- Declaración de los derecho Humanos
- Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de género de las Naciones Unidas
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- Sentencia Tribunal español entrada a trámite el 25 de octubre de 2005.

Códigos y Leyes:

- Constitución Ecuatoriana de 2008.
- Código Civil del Ecuador
- Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador.