

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

“CARÁCTER DISCRIMINATORIO DEL ARTÍCULO 68 DE LA  
CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR RESPECTO DE LA ADOPCIÓN”

Realizado por:

JUAN PABLO FALLU PROAÑO

Como requisito para la obtención del título de:

ABOGADO

QUITO, SEPTIEMBRE DE 2011



## DECLARACION JURAMENTADA

Yo, Juan Pablo Fallú Proaño, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentada para ningún grado o calificación profesional y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de propiedad Intelectual, su reglamento y la normatividad institucional vigente.

**JUAN PABLO FALLU PROAÑO**

**CC 1712222940**

## **DECLARATORIA**

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado

### **CARÁCTER DISCRIMINATORIO DEL ARTÍCULO 68 DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR RESPECTO DE LA ADOPCIÓN.**

Realizado por el alumno

**Juan Pablo Fallú Proaño**

Como requisito para la obtención del título de

**ABOGADO EN JURISPRUDENCIA**

Ha sido dirigido por el profesor

**DRA. MÓNICA RODRÍGUEZ**

Quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....

**DRA. MÓNICA RODRÍGUEZ**

**Director**

Los profesores informantes

Dra. Ana Intriago, y Dr. Gabriel Galán

Después de revisar el trabajo escrito presentado,

Lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador

**DRA. ANA INTRIAGO**

**DR. GABRIEL GALÁN**

**QUITO, SEPTIEMBRE DE 2011**

## DEDICATORIA

A mis hermanas, Diana Carolina y Ana Valentina,  
ustedes representan la mejor parte de mi vida.

A mi Padres,  
por apoyarme en tiempos difíciles y de mucha tensión.

Y a mi eterna compañera,  
tu lealtad ha sido reconfortante durante todos estos años.

## AGRADECIMIENTO

A todo el grupo humano que forma parte de la Universidad Internacional Sek Ecuador,

catedráticos, personal administrativo y auxiliares de servicio.

Su ayuda ha sido invaluable para la finalización

de este capítulo de mi vida.

## RESUMEN

La ciencia del derecho, los ordenamientos jurídicos y las sociedades deben procurar que todas las personas logren tener acceso a las condiciones necesarias para desarrollar sus vidas plenamente y alcanzar la felicidad. La gran mayoría de estados y naciones del mundo inspiradas en el pensamiento occidental y las ideas revolucionarias de libertad proclamadas en la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776 y la Revolución Francesa de 1789, y a la vez, consternadas y reflexivas tras el final de la segunda guerra mundial, en consenso, crean la organización mundial de Naciones Unidas (ONU) en el año 1945, que a la vez daría paso a la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de Diciembre de 1948. El fin esencial de Naciones Unidas es la paz y el bienestar de todos los habitantes de la tierra. En esta primera década del siglo XXI diez países de los más desarrollados del mundo, como Estados Unidos, España, Suecia, Suiza y Argentina, entre otros, han normalizado completamente, bajo el imperio de ley, las relaciones afectivas y familiares entre personas del mismo del sexo, permitiéndoles unirse civilmente, casarse y adoptar niños. La historia demuestra que los derechos gay han sido reconocidos de manera progresiva o paulatinamente por lo que podría decirse que Ecuador se encuentra a mitad del camino, ya que actualmente, la Constitución de la República del Ecuador, en vigencia desde el 20 de Octubre de 2008, solo permite que las parejas del mismo sexo se unan civilmente. Este derecho es reconocido en el artículo 68 de la CRE, lo cual innegablemente, representa un avance jurídico y social para el Ecuador, sin embargo, el inciso final del artículo mencionado prohíbe expresamente que parejas del mismo sexo adopten niños. Esta prohibición es un acto legislativo que claramente discrimina a un grupo determinado de personas, en base a su orientación sexual, impidiéndoles desarrollar su personalidad y sus vidas a plenitud, sin mencionar, que por medio de la ley se transgrede sus derechos civiles y se ratifica el prejuicio o estigma social.

## ABSTRACT

The evolution of humankind implies that continuously new trends are developing in social interaction, both individual and collective, that emerge as products of interpersonal relationships such as those that occur within the context of family, labor relations, economics or any other activity in which people are related. A great number of countries of the world have been inspired by western thought and the ideas of liberty proclaimed in the U.S. Declaration of Independence of 1776 and the French Revolution of 1789. However, at the end of World War II, the vast majority of the world's nations joined together to create the United Nations in order to promote peaceful settlement of international disputes and foster the protection of all people's basic human rights. Thus, the United Nations (UN) on December 10, 1948 established the Universal Declaration of Human Rights. The essential purpose of the United Nations is to ensure the peace and the welfare of all the inhabitants of the world. In the first decade of the 21st century, ten of the most developed countries of the world, such as Spain, Sweden, Switzerland, Argentina, and the United States, among others, fully legalized marriages of same sex couples thereby giving such marriages the same weight of law as heterosexual marriages, thus allowing them to adopt children. History shows that "gay rights" are being recognized in a progressive and gradual way. The Constitution of the Republic of Ecuador, in force from October 20, 2008, only permits same sex couples to unite civilly, not in a formal and traditional marriage. This right is recognized in Article 68 of the Constitution of the CRE which, undeniably, represents a social and legal advance for Ecuador. Nevertheless, the final clause of the article specifically prohibits same sex couples from adopting children. This prohibition is a legislative act which clearly discriminates against a specific group of people with regard to sexual orientation, thus preventing them from pursuing their lives to the fullest, without mentioning that through the law these couples' civil rights have been infringed upon, resulting in the already existing prejudice, or social stigma against gay people.

## RESUMEN EJECUTIVO

A continuación propongo un análisis jurídico exhaustivo de la norma constitucional contenida en el art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador respecto de la prohibición, a parejas homosexuales para adoptar niños.

El art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador establece lo siguiente:

“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 ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.”

El objetivo y pretensión primordial de esta investigación es demostrar con un proceso técnico jurídico, que la restricción de adoptar niños para parejas homosexuales, incluida en el art. 68 de la Constitución, en su parte dogmática, es claramente una discriminación en base a la orientación sexual, promueve la desigualdad entre ciudadanos, induce a la confusión y contradicción con los principios constitucionales y de derechos humanos y produce una afectación trascendental en el ejercicio pleno de los derechos civiles reconocidos en la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Para alcanzar la meta propuesta fundamentaré mi defensa en tres máximas irrefutables de derecho, al menos, en el pensamiento occidental, como lo son, el orden jerárquico de las normas, situando a la constitución como la norma superior y a las demás leyes debajo de ella, el principio de igualdad de todos ante la ley y el principio universal de derechos humanos.

Teniendo como base para el análisis jurídico estos argumentos, y a través de la utilización de la técnica jurídica, realizaré un ejercicio intelectual que consiste en la interpretación de las normas pertinentes y la determinación del grado de coherencia del ordenamiento jurídico vigente.

Al ser ésta, una investigación científica jurídica, el enfoque siempre estará dirigido al estudio, aplicación y eficacia de la norma, empero, sabemos que, el fin de toda norma es regular conductas y actuaciones humanas, por lo que debo apoyarme en otras ciencias y disciplinas del conocimiento como la sociología, la antropología, la medicina, biología, la política, la estadística y la historia para desarrollar los tópicos que devienen del análisis de la norma constitucional, como la familia, la homosexualidad, matrimonio, unión de hecho adopción de niños y discriminación.

Al explicar estos fenómenos de la sociedad, tanto en Ecuador como en el mundo, estableceré las inconsistencias de carácter social del inciso II del art. 68 de la Constitución del Ecuador con las tendencias humanas modernas. Y por medio del derecho comparado le asignaremos un valor jurídico a esas diferencias, semejanzas, datos estadísticos y fácticos.

La ciencia del derecho y los ordenamientos jurídicos, deben caracterizarse por ser progresistas, humanos e incluyentes. Deben ser, un medio para la eliminación de estigmas sociales, de tratos y conductas discriminatorias, que promueven síntomas de desigualdad y de odio contra minorías y ciudadanos diferentes.

## **DERECHOS HUMANOS SIGLO XXI**

El origen de los derechos humanos debe ser abordado tomando en consideración tres aspectos esenciales: a) la inspiración filosófica que los concibe y alimenta, b) los antecedentes históricos más relevantes con los que se los pueda relacionar, y, c) su aparición formal o material.

No existe una serie específica de datos históricos a la que se le pueda atribuir una conexión, o, que se le considere como antecedente innegable de los derechos humanos, sin embargo, si existen picos o momentos históricos relevantes en que se refleja e identifica la tendencia de la humanidad, a reconocerlos, como lo es la cristiandad, o las revoluciones francesa y americana, que representan el comienzo de la era contemporánea.

La aparición formal de los derechos humanos al concluir la segunda guerra mundial. El mundo se quedó perplejo, una vez que se conocieron los horrores perpetrados bajo el régimen nazi. La comunidad internacional, liderada por la coalición que derrotó a Hitler y a

su imperio de tortura, desolación y muerte, en consenso, fundan la Organización de Naciones Unidas (ONU), por medio de la suscripción de la Carta en de creación en San Francisco 1945.

Esta organización fue creada con la intención de promover la paz mundial, erradicar la guerra, sentar las bases de una organización mundial que armonice la relación entre naciones, y principalmente mejorar la calidad de vida de las personas de todo el mundo.

Para cumplir este objetivo, las Naciones Unidas (ONU), congregadas en la Asamblea General, que es el órgano rector de la (ONU), aprobaron la resolución 217 A (iii) unánimemente, el 10 de Diciembre de 1948 en Nueva York, dando vida jurídica a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

“... Los derechos humanos son aquellas libertades, facultades, instituciones, o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna y no depender exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente... .. Condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas identificándose consigo mismos y con los otros...”

#### Derechos de primera y segunda generación.-

Se basan esencialmente en los principios de libertad, igualdad y bien común, que se encuentran consagrados en la Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano 1789, que terminó con la monarquía absolutista que reinaba en Francia y en la Declaración de Independencia de los Estados de Unidos de Norteamérica de 1776.

A los derechos de primera generación, se les conoce también como derechos civiles y políticos, puesto que hacen referencia a libertades de las personas y a su participación política.

- Libertad personal, derecho a no ser sometido a esclavitud, torturas, tratos inhumanos o degradantes.
- Libertad de religión, de pensamiento, de expresión, de prensa y de asociación.
- Derecho a la privacidad o intimidad, al honor y a la dignidad.

- Derecho a la propiedad.
- Derecho a un juicio justo y público.
- Derecho a participar en la vida política y ostentar cargos públicos.
- Derecho al sufragio, elegir y ser elegido.

El surgimiento del capitalismo como modelo económico y la aparición de las grandes fábricas e industrias hizo que las economías fluyan de manera vertiginosa, sin embargo, la liberalidad excesiva con que se asumió el uso de los recursos produjo una distribución inequitativa de la riqueza.

Como consecuencia de todo esto, surgen los derechos de segunda generación, que apuntan principalmente al mejoramiento del estilo de vida de las personas.

- Derecho al trabajo, a una remuneración justa e igualdad de oportunidades.
- Derecho a la seguridad social.
- Derecho a condiciones adecuadas para trabajar.
- Derecho a la huelga, a la formación de gremios y asociaciones.
- Derecho al descanso.
- Derechos de personas minusválidas o con enfermedades graves.
- Derecho a la protección de la familia.
- Derecho a la educación.
- Derecho a vivienda, a su salud y a alimentación.
- Derecho a participar en la vida cultural.

A estos derechos se los conoce también como derechos económicos, sociales y culturales.

#### Derechos de solidaridad o de tercera generación.-

- Derecho a la paz, a la democracia y la autodeterminación.
- Derecho al desarrollo.
- Derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.
- Derecho al uso de las ciencias y tecnologías.

La clasificación de los derechos humanos se ha dado conforme han evolucionado los conceptos primarios de libertad, de igualdad y del bien común.

El siglo XX fue una época de grandes avances científicos, sociales y humanos, en todas las áreas del conocimiento, Los estados a través del derecho, emprendieron el reconocimiento de los derechos humanos con la suscripción de tratados y acuerdos internacionales.

Ecuador en ejercicio y práctica del derecho internacional ha reconocido legalmente los principios y normas de derechos humanos al suscribir y ratificar tratados y convenios internacionales.

Los más importantes son los siguientes:

- Carta de Creación de la Organización de las Naciones Unidas, San Francisco 1945.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948.
- Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados 1969.

La aplicación de las nociones contenidas en estos instrumentos o documentos de derecho internacional está establecida en la Constitución de la República del Ecuador en su art. 417 establece que:

“... en caso de los tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos se aplicaran los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

Y en el art. 424 en relación al anterior que establece:

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

La diversidad de culturas y manifestaciones humanas, han provocado guerras, disputas y conflictos de toda índole. A pesar de las diferencias religiosas, políticas o sociales que

puedan surgir, todas las culturas han coincidido en que la familia es la base de la sociedad, de la nación y del estado.

La familia es una institución social y jurídica que ha sido reconocida dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, como un elemento social determinante para la evolución de la humanidad.

El art. 16 numeral tercero de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina:

“La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

Y el art. 67 inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador establece que:

“Se reconoce a 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...”

El ser humano y la familia son antes que el estado y que el derecho, es decir, las leyes deben acomodarse a las transformaciones sociales que provocan la aparición de familias que no encajan en los modelos tradicionales, y, que son, claramente, diferentes en su estructura. Sin embargo, los lazos afectivos y emocionales inclusive, pueden ser iguales o más fuertes.

La familia ha sufrido importantes transformaciones de toda clase como por ejemplo, ha existido una mezcla de culturas y de razas. La migración de personas ha conllevado a una pluriculturalidad a nivel mundial en que, aspectos como el idioma, la religión, raza, posturas políticas y las diferencias sociales de cualquier tipo, no han sido un impedimento para la formación de familias aparentemente diferentes.

El núcleo básico padre – madre – hijos, se ha modificado representativamente, ahora tenemos familias en que los abuelos son los jefes de hogar, o los tíos, incluso, existen familias constituidas solo por hermanos y amigos.

La tendencia de la sociedad sugiere que en los países más desarrollados el rol del hombre y de la mujer se ha invertido totalmente en algunos casos.

La familia actual tiene muchos matices, algunos bastante coloridos pero aún son puras y simples manifestaciones de la madre naturaleza.

Diez de los países más desarrollados del mundo como Estados Unidos, Canadá, España y otros, han normalizado totalmente la relación afectiva entre personas del mismo sexo, concediéndoles la posibilidad de casarse, de unirse civilmente y de adoptar niños en caso de no tener hijos propios o de querer formar una familia.

Aproximadamente treinta países entre los que está Ecuador, han llegado a legalizar o legitimar estas relaciones por medio de instituciones jurídicas como la unión de hecho, de bienes o civil, que a la vez son funcionales con parejas de diferente sexo, obviamente.

Las familias en que la pareja es del mismo sexo, sin duda alguna, es una idea o realidad difícil de digerir, al menos, en una sociedad con una profunda herencia católica como la nuestra. Sin embargo, con la globalización y en plena era de la información, es imposible no notar que existen fenómenos sociológicos que han adquirido notoriedad y fuerza suficiente para demandar una atención de sus necesidades y derechos.

La manera de asumir estos cambios de la sociedad es siendo tolerantes con la gente que no habla nuestro idioma, que tienen otra religión o tendencia política, cultura, raza, creencia o una orientación sexual distinta.

Para comprender de mejor manera a las familias formadas por parejas homosexuales explicaré detalladamente todos los datos relevantes que se refieren a la homosexualidad.

### **FENOMENO SOCIOLOGICO.- LA HOMOSEXUALIDAD.-**

Las conductas homosexuales han aparecido en el transcurso de toda la historia de la humanidad, son consistentes con la evolución del ser humano como una manifestación natural de la sexualidad que, en ningún caso, compromete a la especie, ni la corrompe.

Con el objetivo de entender mejor la naturaleza humana y determinar qué condiciones se requieren para desarrollarse a plenitud, en especial, en el aspecto sexual, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en Génova, Suiza en el año 2002, emitió un reporte técnico de sexualidad, en que define la salud sexual y la sexualidad en los siguientes términos:

“Salud sexual es un estado físico, emocional, mental y social de bienestar en relación a la sexualidad, no es simplemente, la ausencia de enfermedad, disfunción o debilidad. La salud sexual requiere que se aborde la sexualidad y las relaciones personales sexuales, con respeto y actitud positiva, así como también, la posibilidad de tener experiencias sexuales seguras y placenteras, libres de coerción, discriminación y violencia...”

“La sexualidad es un aspecto central en la vida del ser humano que engloba el sexo, la identidad de género y los roles en la relación, la orientación sexual, el erotismo, el placer, la intimidad y la reproducción. La sexualidad se aprecia y se expresa en pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas y prácticas. Aún cuando la sexualidad abarca todos estos aspectos, no siempre se los expresa o experimenta a todos. La sexualidad está influida por factores de interacción humana biológica, social, económica, política, cultural, ética, legal, histórica, religiosa y espiritual.”

Estas apreciaciones son producto de un proceso de aprendizaje y estudio pormenorizado del fenómeno de la sexualidad, que atiende únicamente al ciclo evolutivo de la sociedad. Son lo que llamaríamos las tendencias modernas a las que la sociedad apunta, sin embargo, no siempre se tuvo esta idea o concepción de la sexualidad y de la homosexualidad, especialmente.

En lo que a las conductas homosexuales se refiere, como fenómeno sociológico, éstas han sufrido cambios muy marcados en cuanto a su manifestación y las reacciones de la sociedad frente a ellas.

- En la edad antigua clásica las conductas homosexuales eran aceptadas, toleradas y celebradas tanto en Grecia como en Roma, es decir, desde el siglo VIII a. c. hasta el siglo IV d. c., que es cuando la Iglesia Católica nace.
- Durante toda la edad media, es decir, desde el siglo V hasta el siglo XV se trató la homosexualidad como un pecado gravísimo, en que, incluso se consideraba que la persona homosexual estaba poseída por el demonio, razón por la cual, es la época en que menos datos y registros se tiene.
- A partir del siglo XV hasta mediados de siglo XX, se desarrolló el estudio del fenómeno de la homosexualidad como una enfermedad o trastorno patológico, visto

desde la perspectiva médica y, desde el punto de vista moral se la consideró como una aberración o perversión de la persona. “En 1952, la Asociación Americana de Psiquiatría catalogó a la homosexualidad en el Manual Diagnóstico Estadístico de Trastornos Mentales, como un trastorno social patológico de la personalidad.”

- La revolución sexual, movimiento de jóvenes en las décadas del 60' y 70' del siglo XX, proclamaron la libertad sexual de hombres y mujeres, promoviendo asuntos como el aborto, la homosexualidad, el sexo libre, la igualdad de género y otros aspectos relacionados con la sexualidad. El 17 de mayo de 1990, La Organización Mundial de la Salud declaró a la homosexualidad una orientación sexual diferente y la excluyó de la lista de enfermedades mentales.
- En la actualidad, siglo XXI, algunos de los países más desarrollados e influyentes, han normalizado completamente las relaciones entre personas del mismo sexo otorgándoles la posibilidad de contraer matrimonio y de poder adoptar niños en caso de no tener los propios.

Si contrastamos el fenómeno de la homosexualidad con los conceptos de sexualidad y salud sexual, podremos apreciar que las conductas homosexuales, dentro de una situación de consenso y libre de violencia o coerción, son perfectamente funcionales y naturales.

El mundo actual como lo conocemos, sus libertades, sus tendencias, dan a las personas el ambiente propicio para expresarse de maneras en que en otras épocas no lo hubieran hecho debido a las represalias, restricciones e imposiciones que existían.

Todas las falsas apreciaciones que se desarrollaron en el transcurso de la historia acerca de la homosexualidad encuentran su origen en que estas relaciones afectivas, emocionales y sexuales, jamás podrían reproducirse como especie.

La normalización o legalización de las relaciones homosexuales no las promueve, sino más bien, da la posibilidad a las personas de expresarse sin miedo a ser discriminados, agredidos, rechazados o moralmente cuestionados. Les garantiza y reconoce su derecho a existir.

Para apreciar de manera general el fenómeno sociológico, se han utilizado dos términos: “homosexualidad” y “conductas o prácticas homosexuales”, con el objetivo de

diferenciarlas del modelo convencional basado únicamente en la relación heterosexual, entre hombre y mujer, sin embargo, existe una diferencia sustancial entre las dos, tal como lo veremos después.

Actualmente, existen tipos y niveles respecto de la homosexualidad que son claramente determinados como lo son:

- 1) *Lesbianas*: relaciones entre mujeres.
- 2) *Gays*: relaciones entre hombres.
- 3) *Bisexuales*: Hombres y mujeres.
- 4) *Transgénero*: personas que han tenido una reasignación de sexo.
- 5) *Pan sexuales o intersexuales*.- básicamente pueden relacionarse sexualmente con cualquier persona indistintamente de su género u orientación sexual.

Lo que se ha concebido normal o convencional con el transcurso del tiempo respecto de la sexualidad es la heterosexualidad, es decir, las relaciones entre hombre y mujer.

La naturaleza y evolución de la humanidad han mostrado otra clase de relaciones, así como también un sinnúmero de situaciones ocasionales de carácter sexual como relaciones bisexuales, tríos u orgías, que cada día son más recurrentes.

La homosexualidad como orientación sexual significa que la persona se identifica con su sexo, es decir, el hombre se siente hombre y se ve como hombre, más no siente atracción por el sexo opuesto, sino lo contrario, siente atracción sexual, emocional y afectiva por personas del mismo sexo, sucede igual en las mujeres. No existen conflictos psicológicos ni morales, hay total aceptación de sí mismo.

La homosexualidad como conducta casual, implica que la persona tenga encuentros o realice actos o conductas homosexuales esporádicas. Su identidad sexual es coherente con su género y su atracción predominante es hacia las personas de diferente sexo. Sería el caso específico de un bisexual por ocasión, sin embargo, existen niveles, por lo que cabría la posibilidad de que surjan personas con un nivel equilibrado de atracción hacia ambos sexos, provocando dilemas negativos internos.

Los comportamientos y tendencias sexuales han alcanzado tal dinamismo, que sería irresponsable asegurar que las relaciones homosexuales son anormales y las heterosexuales no. Los nuevos tratadistas abordan el tema desde la perspectiva de diversidad sexual, principalmente.

Es necesario que la sociedad se informe y se eduque correctamente acerca de la homosexualidad como una manifestación de la sexualidad humana, por lo que concluiré, con una lista de falsas apreciaciones que se tienen acerca de las personas homosexuales.

- Es falso que un homosexual varón sea siempre afeminado, o que una mujer lesbiana debe ser masculinizada.
- La homosexualidad en ningún sentido es una perversión o aberración, es una orientación sexual diferente más no anormal, es una manifestación de la sexualidad que se desarrolla en un grupo menor de personas, que encajan perfectamente como una minoría que debe ser protegida por cualquier estado que base su organización en los principios de democracia y de derechos humanos.
- Varios factores, elementos o detonantes pueden intervenir o fusionarse para que una persona sea gay como lo vimos anteriormente, sin embargo, no es ético que se le atribuya a ninguno de ellos el origen de la homosexualidad, simplemente porque todos carecen de comprobación. Lo que sí es verdad es que es un fenómeno sociológico vivo que debemos acomodar a la sociedad y a nuestras leyes.
- No existe tratamiento alguno que revertir la homosexualidad.
- La mayor cantidad de delitos sexuales perpetrados a niños y niñas han sido ejecutados por personas que públicamente demuestran conductas heterosexuales. Si un homosexual incurriera en estas aberraciones no sería por su orientación sexual per se, aunque cabría el caso, de que su falta de adaptación sexual le causara trastornos patológicos de tipo sexual. Un homosexual sano es igual a una persona heterosexual sana, lo único que los diferencia son sus preferencias sexuales.
- La homosexualidad no aparece como un síntoma de degeneración de la sociedad a causa de la liberalidad sexual que se suscitó en el siglo XX, la liberalidad sexual dio la apertura necesaria para que cientos de miles de homosexuales tengan la valentía

de gritar al mundo soy gay y es mi derecho serlo, tal como lo hicieron las mujeres reclamando la igualdad de género y la no discriminación.

- Es muy probable que ser homosexual haya sido bastante complicado en casi todas las épocas de la civilización, pero la realidad actual muestra que millones de homosexuales viven vidas respetables, honorables, satisfactorias y plenas en todo sentido.
- Y por último, es falso que las personas gay deseen ser heterosexuales, lo que verdaderamente quieren y esperan es que la sociedad los acepte por completo, como una forma de diversidad humana, son personas que lo único que hacen es luchar por la vida al igual que todo el mundo.

La suscripción de la Carta de la Organización de Naciones Unidas y Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, cambiaron el rumbo del derecho y del mundo, completamente. La persecución de ciertos grupos humanos como estrategia militar, por parte del “*third reich*”, liderado por el Adolfo Hitler, en la segunda guerra mundial, que acarrió el genocidio de millones de personas injusta, deliberada y criminalmente, conllevó a que los países y naciones del mundo, en consenso, decidieran, basar la organización y estructura social (estado) en el bienestar del ser humano, reconociendo los derechos inalienables, imprescriptibles e irrenunciables que tienen todas las personas sin diferencia alguna.

A partir de esto, los estados más desarrollados como Estados Unidos, España, Canadá, Inglaterra y otros, comenzaron a promover de manera masiva los Derechos Humanos convirtiendo a sus metrópolis más importantes, Nueva York, Los Ángeles, Madrid, Ámsterdam, Quebec, Buenos Aires, México D F, se convirtieron en mecas de tolerancia, respeto y aceptación a todas las personas indistintamente de su religión, su cultura, sus creencias, raza, condición migratoria, status legal, género u orientación sexual y cualquier otra condición o factor, que los haga diferente a la mayoría de personas, rechazando cualquier acto de discriminación, de odio, violencia, intimidación o burla.

Este entorno de reflexión, revaloración y análisis de las estructuras sociales establecidas, otorgó las condiciones propicias para que se den cambios sociales bastante significativos en la sociedad.

El sexo como conducta normal de las personas, siempre había sido tratado, hasta esos días, misteriosamente. La influencia de la Iglesia en la sociedad, la concepción del sexo como pecado y el rol que aquella le daba a la mujer provocó una histeria colectiva que terminó en lo que conocemos como la revolución sexual.

Era el momento y lugar indicado para que miles y miles de personas homosexuales reclamen de una vez por todas, su derecho a una vida plena.

Durante siglos, los homosexuales han sido víctimas de persecuciones, de tratos denigrantes, de actos de violencia, de odio e intolerancia debido a su condición sexual. Han sido obligados a vivir en la sombra, avergonzados de sus instintos naturales sexuales, sus gustos y tendencias.

La madrugada del 28 de junio de 1969, en el barrio neoyorquino Greenwich Village, comenzaría, a través de una serie manifestaciones y protestas, el camino hacia el reconocimiento social y legal de derechos de las personas que tienen orientaciones sexuales diferentes al de la gran mayoría, como gays, lesbianas, transgenero y otros, fenómeno que ha ocurrido de manera progresiva y diferenciada en los países del mundo.

En pleno siglo XXI, el término *gay* es el que ha tenido mayor acogida dentro de la comunidad homosexual y en la sociedad en general, ya que, por ser ambiguo o "*light*", ha sido el catalizador perfecto para que la sociedad de a poco vaya eliminando los prejuicios contra estas personas y las connotaciones negativas que tienen palabras como homosexual, lesbiana, transexual o transgenero. Es por eso que las siglas GLBT (gay, lesbianas, bisexuales, transgenero), a pesar de unir a todos los grupos con orientación sexual distinta a la convencional, no ha logrado la unificación de los grupos, ni tampoco la aceptación de éstos. Una de las medidas para insertarse en la sociedad de manera pacífica ha sido instaurar oficialmente como símbolo de la comunidad gay, al arcoíris, en señal de paz y principalmente de respeto, amor y tolerancia a la diversidad humana.

Los problemas de odio, violencia y discriminación no eran los mayores males que enfrentaban este grupo minoritario, sino también, la imposibilidad de realizarse en pareja, de enamorarse y formar una familia que esté protegida por el estado y reconocida por la sociedad.

La temática de la homosexualidad como un fenómeno sociológico es real y con el paso del tiempo acarrea mayores consecuencias en el ámbito social, jurídico y familiar. La homosexualidad ha sido abordada por las legislaciones de los estados de una manera muy diferente en algunos casos.

Al igual que muchas sociedades que se han preocupado de ajustar las leyes al comportamiento y tendencias sociales, que aparecen como producto de la dinámica de las relaciones interpersonales, otras se han mantenido, en sus principios tradicionales y no han permitido, que transiciones legislativas aporten nuevos cambios sociales. Países como: Emiratos Árabes Unidos, Arabia Saudita, Irán, Nigeria, Pakistán, Mauritania y Yemen, castigan con pena de muerte los actos homosexuales. Otros países como: Bangladesh, Camboya, Corea del sur, Japón India, Singapur, Nepal, Uganda, consideran delito menor las prácticas homosexuales y se les imponen multas o meses de cárcel a las personas descubiertas.

El fenómeno de la homosexualidad se ha manifestado mayormente en las sociedades occidentales, y, particularmente en los países industrializados o en vía de desarrollo que poseen las metrópolis más grandes y representativas del mundo. Los países subdesarrollados, son los que han mostrado renuencia y rechazo, a pesar de que el hecho es recurrente. En estos países es muy común todavía, la discriminación y la persecución a pesar de que las leyes los amparan.

El reconocimiento social y jurídico de parejas gay constituidas en matrimonio, o en una unión de hecho o de bienes, es el mayor problema al que se enfrenta el derecho y la sociedad, ya que la migración de personas, sea con fines laborales, de turismo o de cualquier otra índole, puede generar relaciones jurídicas, que de hecho suceden, y éstas producen efectos jurídicos inmediatos, que al encontrarse en un conflicto de leyes entre legislaciones u ordenamientos jurídicos, podrían provocar que una persona, indiferentemente, de su pertenencia a un estado determinado, sea vulnerada en sus derechos humanos y libertades civiles.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), fue creada por el Consejo económico y social, que es uno de los órganos más representativos de la (ONU), casi inmediatamente después de que ésta se fundó formalmente en San Francisco en 1945.

La Organización Mundial de la Salud, en Gónova Suiza, el 28 de enero del año 2002, emitió un documento oficial llamado “Reporte Técnico de Salud Sexual” En este documento se enlistan los Derechos Humanos en materia de sexualidad, que son inherentes de mujeres y hombres, indistintamente de su orientación sexual, que devienen de los derechos fundamentales de vida, libertad e igualdad consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

- “El estándar más alto posible, de salud sexual, incluido el acceso a cuidado médico sexual y reproductivo.
- Información oportuna respecto de la sexualidad.
- Respeto a la integridad del cuerpo humano.
- Escoger pareja o compañero.
- Decidir acerca de su actividad sexual.
- Relaciones sexuales consensuales.
- Derecho al matrimonio.
- Decidir el tener hijos o no, y cuando hacerlo.
- Derecho a una vida sexual saludable, placentera y segura.”

Los Derechos Humanos relativos a la sexualidad, que nos presenta la (OMS), organismo esencial de Naciones Unidas (ONU), son el marco científico - legal de cómo debe abordarse la homosexualidad en todos los países que son miembros de la (ONU) y por tanto de la (OMS), así como también los que suscribieron la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

La Comunidad Gay ha ganado importantes batallas en esta primera década del siglo XXI, tanto es así que, los diez estados que normalizaron totalmente las relaciones entre parejas gay, otorgándoles la posibilidad de casarse y de adoptar, lo hicieron entre los años 2000 y 2010.

La homosexualidad en Ecuador, como fenómeno sociológico, se ha desarrollado paralelamente al de la mayoría de países occidentales principalmente. El 27 de Noviembre de 1997 se despenalizó la conducta homosexual, eliminándola como delito del Código Penal ecuatoriano.

A partir de esta fecha, Ecuador comienza un verdadero proceso de cambio de actitud y de respeto y tolerancia a grupos sociales diferentes que a pesar de que llevan vidas que difieren al de la gran mayoría, no dejan de ser ciudadanos cobijados por la ley. En este proceso sirvió de mucho el movimiento migratorio de ecuatorianos hacia Estados Unidos, España y otros países desarrollados, ya que al ser una emigración masiva, permitió que la sociedad ecuatoriana interactúe con otras culturas expandiendo su capacidad de aceptación de la diversidad humana.

El 20 de Octubre de 2008, entra en vigencia la actual Constitución de la República del Ecuador, documento que se caracteriza por la declaración expresa del estado ecuatoriano de ser un país precursor del respeto a los derechos humanos de las personas, y que su tarea principal es garantizar y promover el efectivo goce de los derechos humanos en todo el mundo.

Desde un punto de vista netamente jurídico esta prohibición o restricción que establece el art. 68 CRE, a las parejas homosexuales para poder adoptar niños, es completamente inadmisibles, incoherente y atentatoria de la ciencia del derecho, de los derechos consagrados en la Constitución del Ecuador y en los tratados internacionales suscritos por el estado ecuatoriano en ejercicio de su soberanía y atendiendo los principios y normas del derecho internacional.

Contraviene el principio más básico del estado de derecho y democrático, como lo es el principio de igualdad en derechos y obligaciones, que debe haber entre los ciudadanos.

## **FUNDAMENTOS EN DERECHO**

La manifestación más pura de la ciencia del derecho son los ordenamientos jurídicos de los estados del mundo. Los órdenes normativos, además de regular la conducta de las personas y, de organizar política e institucionalmente las sociedades, tienen la obligación de encarnar

los fines más nobles de la humanidad como lo son: La paz, la justicia, el bienestar común y el derecho de todos a la búsqueda de la felicidad.

El comportamiento legislativo de creación de normas, de los honorables asambleístas, que actuaron en la creación de la Constitución que rige a Ecuador, encaja a la perfección con las corrientes y tendencias filosóficas y sociales modernas, que sitúan a los derechos humanos como el principio universal de derecho, que los ordenamientos jurídicos de los estados que suscribieron la Carta de creación de las Naciones Unidas en San Francisco en 1945, deben incluir como valor humano, moral, social y legal, en sus órdenes jurídicos.

La aplicación de la técnica interpretativa jurídica, es un proceso científico social que somete la norma sujeta a interpretación, a un análisis meticuloso basado en cuatro filtros elementales:

- *Elemento gramatical*
- *Elemento lógico*
- *Elemento histórico*
- *Elemento sistemático*

Además se utiliza otras herramientas jurídicas, como la apreciación de la costumbre, los principios generales del derecho, la equidad, sana crítica y el sentido común, que es inherente a todas las personas. El intérprete, aplica su inteligencia, razón sabiduría, conocimientos empíricos y científicos, todo con el fin de lograr, una interpretación que refleje claramente, la búsqueda de la justicia.

El estado ecuatoriano es un país que no juega un rol estelar en el concierto internacional y en la geopolítica mundial, ni siquiera un papel secundario, es por esto, que el ejercicio del derecho internacional y la suscripción del estado ecuatoriano de tratados y convenios internacionales, en cada momento de la historia republicana de Ecuador, muestran la visión que tuvieron nuestros antecesores, de que participando activamente en las relaciones internacionales con los demás estados, estimularía el desarrollo humano y social de Ecuador en todos sus aspectos.

Sin embargo, la suscripción de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, acarrearán obligaciones de los estados frente a las personas, obligaciones que han sido asumidas por Ecuador, sin ninguna clase de limitación.

El fenómeno sociológico de la homosexualidad ha sido explicado detalladamente, no existe razón alguna para que las personas homosexuales sean tratadas diferenciadamente, la influencia de la religión católica y algunos de sus preceptos más importantes son totalmente incongruentes con el estado de derecho, el principio de democracia y de igualdad, y los principios universales de derechos humanos.

Al restringirles el derecho a la adopción de niños a las parejas gay, en el art. 68 de la CRE, se produce una incoherencia notable con los siguientes artículos, de la misma CRE: arts. 1, 3 numerales 1 y 4, arts. 9, 10, 11 numerales 2, 3, 4, 6, 7 y 8, art. 66 numerales 3, 4, 5, 9, 10, 18, 20, y el art. 67 y el propio art. 68., en su primer inciso.

Los artículos citados contienen en el texto de sus normas, los principios del estado democrático de derechos, laico y diverso, el principio de igualdad en derechos y obligaciones de todos los ciudadanos frente a la ley, el principio de no discriminación entre personas, y los derechos y libertades civiles necesarios para vivir.

La norma contenida en el art. 68 de la CRE, sometida a la interpretación gramatical, lógica, histórica y sintética, es completamente contraria a los pensamientos universales humanos, sociales y jurídicos, que motivaron la creación de una nueva Constitución, es indiferente con los principios, derechos y garantías que proclama la constitución y principalmente representa un acto legislativo de discriminación, en razón de la orientación sexual.

El Ecuador no está asumiendo, ni jurídica ni socialmente, con responsabilidad, las obligaciones que devienen de la ratificación del estado ecuatoriano de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

Al parecer suscribimos todos estos tratados de derecho internacional sin entender las consecuencias jurídicas, sociales y culturales que éstos acarrearán e implican.

Nuestra herencia cultural, profundamente religiosa y católica, es el único obstáculo que impide que las personas gay, tengan acceso al ejercicio de todos sus derechos humanos, sin

limitación alguna. El tema de la pareja homosexual y de la persona homosexual, en general, ha sido manejado, mejor dicho, ha sido controvertido, de manera política y con auspicio de la iglesia católica.

Si bien es cierto que la religión y la fe, son una fuente positiva de principios y de valores morales y sociales, ciertos de estos principios y leyes religiosas presuponen conductas determinadas, que las personas deben tener en razón de su fe, pero que jurídicamente, no tienen ningún valor, consecuencia o efecto.

Una sociedad educada e ilustrada en el concepto de derechos humanos, no puede concebir jamás que la religión influya en el otorgamiento de derechos y garantías para los ciudadanos que conforman dicha sociedad, Ecuador es un estado laico desde comienzos del siglo XX.

Como estado signatario de la Carta de creación de Naciones Unidas de 1945, el Ecuador suscribió la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969 y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados 1969. Además, es miembro de la Organización Mundial de la Salud (OMS) 1945, dato que resulta determinante para mi exposición. A excepción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que fue patrocinada, promovida y ejecutada por la organización de Estados Americanos OEA 1948, los demás tratados internacionales son proyectos e iniciativas de los órganos rectores de Naciones Unidas, primordialmente.

Al confrontar, las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, con parte, de la norma contenida en el art. 68 de la CRE, específicamente, en la que se prohíbe expresamente la adopción de niños para parejas homosexuales, o mejor dicho, que restringe la adopción de niños, solo para parejas de distinto sexo, se podrá apreciar la interpretación restrictiva, discriminatoria y negativa, que se hace de una conducta humana, la cual es regulada a través de una norma constitucional, que atenta contra la personalidad jurídica de una minoría ciudadana.

La prohibición de adoptar niños a parejas homosexuales que se establece en el art. 68 de la CRE, es contraria totalmente con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

## **APLICACIÓN DEL DERECHO COMPARADO**

El derecho comparado es una rama de la ciencia del derecho que sirve para el estudio científico - social, y doctrinario de los distintos ordenamientos jurídicos. Confronta el contenido de las normas de uno o varios sistemas legales u ordenamientos jurídicos, basándose en un caso concreto o una conducta determinada, que es regulada por éstos, para apreciar las semejanzas, diferencias, y, el tratamiento jurídico con el que las distintas legislaciones abordan las nuevas manifestaciones sociales, que demandan regulación.

A mi criterio, el derecho comparado, resulta ser una herramienta más del jurista, para la correcta y justa interpretación de las normas y las leyes, que regulan una sociedad.

En virtud de la emigración masiva de personas ecuatorianas hacia países como Estados Unidos, España y Argentina en los últimos treinta o cuarenta años, he creído conveniente analizar las normas pertinentes al reconocimiento de derechos humanos y libertades civiles para personas y parejas gay, en estos estados soberanos.

El movimiento migratorio de millones de ecuatorianos hacia los países mencionados, implica repercusiones y efectos sociales, culturales y jurídicos inmediatos, que transforman a nuestra sociedad, a través de las ideas y pensamientos universales de carácter filosófico, intelectual, social, familiar, cultural y económico, que surgen en el seno de las sociedades más desarrolladas y civilizadas, regándose como semillas de evolución humana por todo el mundo.

El derecho comparado nos proporciona una perspectiva global, de cómo, el mundo va cambiando, nos muestra los valores morales, principios humanos y directrices jurídicas que aparecen y simbolizan el camino a la realización y la felicidad de las personas.

El vínculo que se ha desarrollado entre Ecuador y los Estados Unidos, España y Argentina debido a la migración masiva de personas ecuatorianas hacia los territorios de estos estados, implica repercusiones sociales, culturales, económicas, jurídicas, políticas y de otras índoles, que transforman a nuestra sociedad trascendentalmente.

A pesar de que la nueva Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 2008, en comparación con la Constitución Política del Ecuador de 1998, realiza un avance significativo en lo que se refiere a los derechos y libertades de personas y parejas gay, permitiéndoles unirse en unión civil, también se ratifica en mantener una postura discriminatoria frente a ellos, impidiéndoles la posibilidad de adoptar niños e incluso de contraer matrimonio, quebrantado de esta manera sus derechos humanos y el principio de igualdad de todos ante la ley.

Las legislaciones norteamericana, española y argentina han reformado sus leyes en favor de los derechos de personas gay, precisamente en virtud, de la significación jurídica que representa el no reconocimiento de estos derechos.

La prohibición de contraer matrimonio o de adoptar niños para parejas gay, simboliza un síntoma de discriminación a estas personas en base a su orientación sexual, les impide desarrollar plenamente su personalidad y su vida, y mantiene vivo un estigma o prejuicio social que debe ser removido, en virtud del principio jurídico de la igualdad y de los derechos humanos.

El mantener vigentes normas de carácter discriminatorio dentro del ordenamiento jurídico, representa una contradicción abismal con el derecho y con las tendencias humanas y sociales contemporáneas. Al menos así es como lo han visto legisladores, jueces, políticos y jurisconsultos de Estados Unidos, España, Argentina y otros países.

Del estudio del fenómeno de la homosexualidad, contrastado con la historia humana y la evolución del derecho en Ecuador y el mundo, es evidente que el tratamiento del fenómeno gay y su reconocimiento social y jurídico, se ha desarrollado de forma progresiva, a partir de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948.

Los avances científicos y médicos, han demostrado que la homosexualidad aparece como una variante más de la sexualidad humana, que no es un trastorno psicológico o físico, ni mucho menos una enfermedad.

Es simplemente una orientación sexual diferente, empero, de ninguna forma es contraria o atentatoria a la naturaleza humana, ya que es propia de un grupo minoritario de la sociedad.

El estado de Ecuador se maneja claramente dentro de un contexto de respeto al estado de derecho y al derecho internacional, de democracia, de libertades, de derechos, de garantías y de respeto a la diversidad y a la dignidad de las personas.

Es completamente absurdo y contrario a derecho, que se impida la adopción de niños y el matrimonio a personas gay, en virtud de principios religiosos y no, basándose en principios jurídicos universales.

Indiferentemente del objetivo primario de esta investigación, que radica en demostrar el carácter discriminatorio de la norma contenida en el art. 68 de la CRE, que establece la prohibición expresa a parejas homosexuales de no poder adoptar niños, es necesario y fundamental, explicar como una norma que discrimina a las personas en base a su orientación sexual, que es claramente contradictoria a los principios, derechos y libertades civiles consagrados en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos, y que contradice los principios jurídicos más elementales, no ha sido todavía, controvertida o cuestionada en derecho.

Apartándome de cualquier postura política, y enfocándome estrictamente en la parte dogmática de la Constitución, que contiene los principios y los valores sobre los cuales se refunda el estado, que proclama los derechos y las libertades civiles, y que además, establece las garantías de protección, que facultan a las personas para hacer efectivos esos derechos y libertades, la Constitución de la República del Ecuador es un instrumento de derecho preponderantemente humanista, progresista y moderno.

A partir del 20 de octubre de 2008, fecha en que entró en vigencia la Constitución de la República del Ecuador, el ordenamiento jurídico del estado ecuatoriano, por medio de su Constitución, reconoció expresamente, en el art. 68 de la CRE el derecho de las parejas homosexuales a legalizar en unión de hecho sus relaciones afectivas y familiares, y en el art. 67 ibídem, establece la obligación del estado de proteger a la familia constituida de hecho, de la misma manera que protege a la familia constituidas por matrimonio.

Desde una perspectiva social, el reconocimiento jurídico que la Constitución de Ecuador realiza en favor de la comunidad gay, al permitirles unirse legalmente en unión de hecho, es sin duda alguna, una victoria trascendental.

En cambio, desde la perspectiva jurídica, existe una doble valoración de la norma contenida en el art. 68 de la CRE. Por un lado, el reconocimiento jurídico de las parejas gay implica un avance significativo de sus derechos civiles, y por otro, reafirma legalmente, la discriminación, el prejuicio y el estigma social impuesto a las personas homosexuales durante cientos de años, al no otorgarles los derechos humanos y civiles, de contraer matrimonio y de adoptar niños.

Mi razón me dice que después de tanto años en que la comunidad gay ecuatoriana ha vivido en un ambiente hostil y discriminatorio, la capacidad de legalizar las relaciones civiles y familiares para las personas gay, a pesar de que no gocen con el derecho civil de adoptar niños, dará la posibilidad de que estas relaciones sean más notorias en la sociedad por lo que de manera progresiva se generará mayor tolerancia, aceptación y empatía con el fenómeno sociológico gay, lo cual, espero que signifique el reconocimiento de todos los derechos que devienen de la ciudadanía y de la persona, en el desarrollo de una vida sexual, afectiva, familiar y social distinta de lo convencional.

## ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN.- .....	PÁG. 1
CAPÍTULO PRIMERO: DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI..... .....	PÁG. 8
1.1 ORIGEN, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.- .....	PÁG. 8
1.2 CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.- .....	PÁG. 14
1.3 PRINCIPIOS, APLICACIÓN Y ALCANCE.- .....	PÁG. 16
1.4 LA FAMILIA, EXPECTATIVAS PARA EL SIGLO XXI.-.....	PÁG. 18
CAPÍTULO SEGUNDO: FENÓMENO SOCIOLÓGICO: LA HOMOSEXUALIDAD.- .....	PÁG. 22
2.1 NATURALEZA, ORIGEN Y PERSPECTIVAS.- .....	PÁG. 22
2.2 CONCEPTO DE HOMOSEXUALIDAD, FUNDAMENTOS MÉDICOS, SICOLÓGICOS Y SOCIALES.- .....	PÁG. 27
2.3 REVOLUCIÓN SEXUAL, LIBERTAD SEXUAL Y APARECIMIENTO DE LA COMUNIDAD GAY.- .....	PÁG. 34
2.4 UNIONES CIVILES, MATRIMONIO GAY Y ADOPCIÓN.- .....	PÁG. 38
2.5 LOS DERECHOS DE SEXUALIDAD Y LA COMUNIDAD GAY EN EL FUTURO.- .....	PÁG. 42
CAPÍTULO TERCERO: FUNDAMENTOS EN DERECHO..... .....	PÁG. 48

3.1 EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL, MARCO NORMATIVO PRIMORDIAL.- .....	PÁG. 48
3.2 LA TÉCNICA JURÍDICA: INTERPRETACIÓN.-.....	PÁG. 62
3.3 ART. 68 DE LA CRE FRENTE A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.-.....	PÁG. 68
3.4 ART. 68 DE LA CRE FRENTE A LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.-.....	PÁG. 77
3.5 LA FIGURA JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN, EN EL ORDEN NORMATIVO DEL ECUADOR.-.....	PÁG. 96
CAPITULO CUARTO: APLICACIÓN DEL DERECHO COMPARADO .....	
.....	PÁG. 108
4.1 EL FIN DEL DERECHO COMPARADO EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.- .....	PÁG. 108
4.2 LOS DERECHOS GAY EN LOS ESTADOS UNIDOS.-.....	PÁG. 109
4.3 LOS DERECHOS GAY EN ESPAÑA.-.....	PÁG. 113
4.4 LOS DERECHOS GAY EN ARGENTINA.- .....	PÁG. 117
4.5 EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA SOCIEDAD ECUATORIANA FRENTE AL MUNDO.-.....	PÁG. 120
CAPITULO QUINTO: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	PÁG. 122
5.1 CONCLUSIONES.- .....	PÁG. 122
5.2 RECOMENDACIONES.- .....	PÁG. 129
BIBLIOGRAFÍA GENERAL .....	PÁG. 132



## INTRODUCCIÓN.-

El trabajo de investigación que presento, significa la culminación de una etapa importante de mi vida, es la asignatura final, que de superarla, me consolida como persona idónea para ejercer la profesión de abogacía ante los tribunales de justicia del Ecuador. Por medio de este documento y frente a un tribunal académico demostraré oralmente que domino los conocimientos, técnicas, principios y conceptos jurídicos suficientes y necesarios, para servir a la sociedad como abogado graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional SEK de Ecuador.

Al ser un requerimiento específico la originalidad del trabajo, y, sin desatender las reglas básicas formales de redacción, he decidido realizar una introducción más extensa de lo normal, que a mi entender, mostrará mi verdadera y real concepción de la ciencia que he estudiado por cinco años y que pretendo estudiar por muchos más. La introducción contendrá una parte explicativa pragmática de conceptos y principios generales de derecho, que considero pertinentes, para después resaltar puntos clave del contenido del trabajo.

Empezaré con la definición de derecho que he desarrollado en el transcurso de mi formación profesional.

El derecho es una ciencia social por excelencia, contiene en su estudio el conjunto o sistema de principios, normas y reglas que rigen la conducta humana y la sociedad. Recopila los derechos y los deberes de las personas, se nutre de cambios y fenómenos sociológicos, para crear nuevas leyes, y, ratificar o eliminar otras que ya no sean consistentes con la realidad social de la época. El derecho alcanza todos los actos concebidos y se relaciona con toda ciencia y arte del quehacer humano.

Los tratados, doctrinas y posturas de derecho son incuantificables, por lo que se caracteriza como una ciencia vasta, dinámica y en constante renovación.

Debido a esto último, pretendo resaltar las teorías, doctrinas y técnicas que a mi parecer son las más lógicas y beneficiosas para el estudio y aplicación del derecho.

Este ejercicio intelectual es conocido como eclecticismo, la Real Academia de la Lengua lo define así: “Escuela filosófica que procura conciliar las doctrinas que parecen mejores o verosímiles, aunque procedan de diversos sistemas.”<sup>1</sup>

Dentro de este contexto podríamos determinar con certeza que los fines del derecho son la paz, justicia, bien común y el respeto al orden social establecido.

Las teorías doctrinarias más sólidas respecto al origen del derecho, son la teoría iusnaturalista y la positivista.

El derecho natural, en primera instancia, se considera que deviene de la voluntad de Dios, es decir, está por encima de cualquier norma impuesta por humanos. Encuentra sustento en las leyes de la naturaleza, por tanto, la vida, la libertad y los recursos de ésta son inherentes a las personas. Es un conjunto de facultades o derechos que nacen con todas las personas, sin distinción.

El derecho positivo, por otra parte, reúne un conjunto de normas que fueron creadas por el hombre, impuestas por la sociedad y plasmadas en documentos oficiales, como lo son las declaraciones de Estados Unidos y Francia, y las constituciones modernas de los estados de derecho.

A pesar de que por mucho tiempo los precursores de una y otra, pretendieron separarlas, lo cierto es que el derecho natural converge y coexiste paralelamente, en los principios y valores que contienen los ordenamientos jurídicos (*derecho positivo*), de los distintos estados.

Estos ordenamientos jurídicos, que son la estructura normativa de cada sociedad o estado, han dividido el interés de la supervivencia estatal y el interés particular de las personas, en derecho público y derecho privado.

El derecho público hace referencia a los principios, normas y leyes que regulan el ámbito estatal, las instituciones, los funcionarios y los procedimientos, la administración y

---

<sup>1</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA (2011) *Diccionario Real Academia de la lengua*, España, disponible en: [www.rae.es](http://www.rae.es) Acceso 27 de Febrero de 2011

gobierno del estado. A la vez, éste se divide en: Derecho constitucional, administrativo, tributario y penal. Cada una contiene leyes específicas de cada materia.

El derecho privado regula las relaciones que surgen entre sujetos particulares, como el matrimonio, domicilio, divorcio, adopción, filiación, sucesiones, obligaciones civiles o comerciales. El derecho privado trata asuntos civiles, mercantiles, societarios y comerciales.

Además de las ramas o disciplinas enunciadas, existen muchísimas más que atañen a todos los actos y conductas de las personas, interactuando entre sí de manera integral y coherente. Existe una rama del derecho en particular, que merece un análisis más cercano, en esta parte introductoria, en virtud del trabajo de investigación propuesto, que es el derecho internacional. Las normas de derecho internacional están contenidas en los tratados, convenios y acuerdos internacionales que suscriben los estados.

El derecho internacional, tiene una característica especial, procura regular las relaciones entre estados, en el caso de derecho internacional público, objetivo muy complejo debido a la diferencia de culturas. Y, por otra parte, las relaciones entre sujetos privados de derecho, frente a estados, es decir, personas naturales o jurídicas no gubernamentales, que en sus relaciones jurídicas, éstas han trascendido las fronteras estatales, en el caso del derecho internacional privado.

En la actualidad existen cinco sistemas de derecho: occidental, soviético, musulmán, chino e hindú, se diferencian por creencias filosóficas, políticas, culturales, religiosas, sociales y económicas. Estos sistemas de derecho dentro del contexto del derecho internacional están vinculados jurídicamente a través de los tratados y convenios internacionales que se han suscrito.

El sistema de derecho occidental, tiene a su vez, tres grandes subdivisiones: 1) Sistema “Common Law”, que se utiliza en Estados Unidos, Reino Unido y Australia. Se caracteriza por basar su ordenamiento legal en la costumbre, es decir, las controversias sociales son resueltas por los precedentes judiciales previos emitidos por jueces, y de no haberlos se crean nuevos precedentes. 2) Sistema romanista, al que pertenece Ecuador, Francia, España, Italia, entre muchos otros. A diferencia del sistema anglosajón, el sistema

romanista está escrito, es decir, las conductas de las personas están previamente reguladas en cuerpos normativos. 3) Sistema escandinavo: Dinamarca, Noruega, Suiza, Suecia, etc. Es un sistema que recoge eclécticamente ideas y principios de los dos sistemas ya mencionados.

Actualmente los sistemas de derecho de algunos estados, intentan fusionar el derecho basado en la costumbre con el derecho escrito, esto con el objetivo de complementar las deficiencias que uno y otro sistema puedan generar en la práctica judicial, frente a las normas y a las nuevas conductas sociales que aparecen.

El estudio de los diferentes sistemas de derecho por medio de otra rama conocida como derecho comparado, nos ayuda a establecer los valores sociales y jurídicos de cada sociedad, y, principalmente, marca los modelos de conducta y las tendencias humanas.

Para terminar con esta serie de conceptos legales, explicaré lo que es el derecho objetivo y el derecho subjetivo.

El derecho objetivo se confunde muchas veces con derecho positivo, tienen relación entre sí, pero difieren en un punto esencial. El derecho positivo es la norma escrita vigente que regula toda una sociedad determinada, el derecho objetivo es la norma que rige también una sociedad, sin embargo, no está necesariamente escrita, como en el caso del sistema del “Common Law”, en donde la costumbre y convencionalismos sociales, juegan un papel esencial para la realización de justicia.

El derecho subjetivo es mucho más sencillo de explicar, es la facultad o capacidad que tienen las personas, para exigir del estado la protección efectiva de los derechos, cuando éstos han sido lesionados por otra u otras, en forma de persona natural o jurídica, privada o pública. El derecho subjetivo viene a ser, la perspectiva de la persona frente al ordenamiento jurídico, a la sociedad y el mundo.

La perspectiva a encuadrarse para analizar el derecho desde diversas ópticas, como lo son el derecho objetivo y subjetivo, público o privado, natural o positivo, es a través de los fines del derecho, el bien común frente al interés particular y el orden establecido frente a los derechos y libertades de las personas.

Las fuentes que revitalizan constantemente al derecho son, en el siguiente orden de referencia: La Constitución y los tratados internacionales, la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

Al ser una ciencia que se conecta con todo el entorno material a la vista, se apoya en otras ciencias y disciplinas como sociología, antropología, política, estadística, economía, criminología, medicina, biología, filosofía, lógica y ética, deontología y muchas más.

La ciencia del derecho es tan amplia que una vida entera, no bastaría para abarcar tanto conocimiento. Los datos expuestos hasta aquí, en esta introducción, representan una base conceptual, que a mi criterio, servirá para abordar el tema con exactitud, claridad e integralidad.

A continuación, propongo un análisis jurídico exhaustivo, de la norma constitucional contenida en el art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador respecto de la prohibición a parejas homosexuales para adoptar niños.

El art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador establece lo siguiente:

“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 ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.”<sup>2</sup>

El objetivo y pretensión primordial de esta investigación, es demostrar con un proceso técnico jurídico, que la restricción de adoptar niños para parejas homosexuales, incluida en el art. 68 de la Constitución, en su parte dogmática, es claramente, una discriminación en base a la orientación sexual, promueve la desigualdad entre ciudadanos, induce a la confusión y contradicción con los principios constitucionales y de derechos humanos y produce una afectación trascendental en el ejercicio pleno de los derechos civiles reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

---

<sup>2</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 68

Para alcanzar la meta propuesta fundamentaré mi defensa en tres máximas irrefutables de derecho, al menos, en el pensamiento occidental, como lo son, el orden jerárquico de las normas, situando a la Constitución como la norma superior y a las demás leyes debajo de ella, el principio de igualdad de todos ante la ley y el principio universal de derechos humanos.

Al afrontar el principio de orden jerárquico de las normas, me permito establecer categóricamente que los tratados internacionales de derechos humanos que contengan derechos más favorables a la Constitución están, incluso, sobre ella.

El concepto de igualdad ante la ley es la base esencial de los estados democráticos, además garantiza la seguridad jurídica y el estado de derecho, ya que presupone, que todos estamos bajo el imperio de la ley y que gozamos de los mismos derechos y obligaciones.

Los derechos humanos marcan un antes y un después, en el estudio y la concepción del Derecho. La segunda guerra mundial sacudió al mundo, y, obviamente, las bases sobre las que el derecho se asentaba. El régimen nazi desvirtuó al derecho de tal forma, que estructuraron todo un ordenamiento jurídico que aparentemente estaba investido de legalidad y legitimidad, para cometer los actos más atroces en nombre de la ley. La comunidad internacional creó la Organización de Naciones Unidas (ONU) y casi todos los estados del mundo suscribieron la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, documento que contiene los derechos, garantías y libertades que todas las personas deben tener para poder desarrollarse plenamente. Los derechos humanos son universales, es decir, trascienden la esfera del derecho.

Teniendo como base para el análisis jurídico estos argumentos, y a través de la utilización de la técnica jurídica, realizaré un ejercicio intelectual que consiste en la interpretación de las normas pertinentes y la determinación del grado de coherencia del ordenamiento jurídico vigente.

La técnica de interpretación revelará las inconsistencias jurídicas del inciso II del art. 68 de la Constitución del Ecuador “La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo”, frente a los principios constitucionales, los derechos civiles, las garantías constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Ecuador.

Al ser ésta, una investigación científica jurídica, el enfoque siempre estará dirigido al estudio, aplicación y eficacia de la norma, empero, sabemos que, el fin de toda norma es regular conductas y actuaciones humanas, por lo que debo apoyarme en otras ciencias y disciplinas del conocimiento como la sociología, la antropología, la medicina, biología, la política, la estadística y la historia para desarrollar los tópicos que devienen del análisis de la norma constitucional, como la familia, la homosexualidad, matrimonio, unión de hecho adopción de niños y discriminación.

Al explicar estos fenómenos de la sociedad, tanto en el Ecuador como en el mundo, estableceré las inconsistencias de carácter social del inciso II del art. 68 de la Constitución del Ecuador con las tendencias humanas modernas. Y por medio del derecho comparado le asignaremos un valor jurídico a esas diferencias, semejanzas, datos estadísticos y fácticos.

En un párrafo anterior señalé que los sistemas de derecho difieren unos de otros, en virtud, de creencias filosóficas, religiosas, políticas, económicas y morales.

El art. 1 inciso de la Constitución de la República del Ecuador establece que:

“El Ecuador es un Estado constitucional de Derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”<sup>3</sup>

De la lectura de la norma legal citada, se puede apreciar que las creencias bajo las que se ha refundado el estado ecuatoriano en la Asamblea Constituyente del dos mil ocho, son profundamente humanistas, reafirma el estado laico y reconoce la diversidad cultural y humana de su sociedad.

La ciencia del derecho y los ordenamientos jurídicos deben caracterizarse por ser progresistas, humanos e incluyentes. Debe ser un medio para la eliminación de estigmas sociales, de tratos y conductas discriminatorias, que promueven síntomas de desigualdad y de odio contra minorías y ciudadanos diferentes.

---

<sup>3</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 3

# CAPÍTULO I

## DERECHOS HUMANOS SIGLO XXI

### **1.1 Origen, concepto y características.-**

El origen de los derechos humanos debe ser abordado tomando en consideración tres aspectos esenciales: a) la inspiración filosófica que los concibe y alimenta, b) los antecedentes históricos más relevantes con los que se los pueda relacionar, y, c) su aparición formal o material.

Como herederos de la cultura occidental, nuestra primera parada histórica es la cultura griega, que se desarrolló casi 800 años a. c., hasta el momento en que el Imperio Romano toma la posta de los hilos de la civilización, a partir del siglo IV antes de Cristo. Los griegos se desarrollaron en muchos ámbitos del conocimiento humano como las ciencias exactas, la filosofía, la medicina, la astrología, la política, entre otras. La contribución de la cultura griega a la civilización es invaluable, el pensamiento griego a través de Sócrates, Platón y Aristóteles, como aporte al derecho y a la sociedad, es la base filosófica de las concepciones modernas acerca de libertad, igualdad, justicia, democracia y estado. Empero, una corriente filosófica, conocida como estoicismo, fundada por Zenón en el siglo III d. c., fue mucho más allá, centró su estudio en una simple pregunta ¿Cuál es la mejor vida que un humano puede tener? Y, al proponer que la humanidad es una manifestación más de la naturaleza, la vida, la libertad, la felicidad y la satisfacción personal, son cualidades que pertenecen al hombre por su condición natural.

Los tratadistas de derecho aplicaron la filosofía estoica para desarrollar la ciencia del derecho, y el resultado fue el Ius naturalismo o derecho natural, la primera fuente de los derechos humanos.

La cultura romana está influida por la cultura griega, en todo sentido, sin embargo, quisiera resumir su contribución a los derechos humanos en estas palabras:

“Los griegos esculpieron el frío mármol hasta que casi le dieron vida, los griegos dictaron grandes discursos, y midieron los cielos para predecir el nacimiento de las estrellas, pero tu romano, recuerda tus grandes artes, gobernaste a la gente con autoridad para establecer paz bajo las reglas de la ley, para conquistar el poder y para mostrarles piedad a los conquistados.”<sup>4</sup>

El rol que juega la iglesia católica y la religión en este trabajo, es quizá antagónico, según el prisma con que se lo vea, empero la realidad es, que la vida de Jesucristo, su ejemplo y enseñanza, los principios que proclamó, son sin duda alguna un origen verdadero de los derechos humanos. Jesucristo es uno de los hombres más influyentes de la historia occidental.

No existe una serie específica de datos históricos a la que se pueda atribuir una conexión, o, que se le considere como antecedente innegable de los derechos humanos, sin embargo, si existen picos o momentos históricos relevantes en que se refleja e identifica la tendencia de la humanidad, a reconocerlos.

Al parecer la sociedad se deshumanizó, tuvo que transcurrir un largo período de tiempo hasta volver a encontrar rasgos o señales que nos guíen hacia los derechos humanos.

La edad media se desarrolló entre los siglos V y XV, se la conoce como “una larga noche de mil años” ya que se caracterizó por gobiernos monárquicos, déspotas, absolutistas y tiránicos que tenían a los pueblos pobres oprimidos y esclavos. Esto sumado al oscurantismo, la inquisición y las persecuciones religiosas, hacen de esta época la peor de la humanidad.

La edad media concluye definitivamente con dos hitos históricos que marcan el comienzo de la edad contemporánea: La Revolución Francesa que instauró la república y la separación de los Estados Unidos de Norteamérica de la corona británica. Las dos

---

<sup>4</sup> *THE EMPEROR'S CLUB* (2002) Película dirigida por Michael Hoffman, Estados Unidos, Universal pictures Dvd

revoluciones fueron legitimadas a través de documentos solemnes suscritos y firmados por sus líderes.

A continuación, cito dos extractos de estos documentos que marcan claramente la concepción del derecho natural y su relación con los derechos humanos.

La Revolución Francesa de 1789, que dio paso a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su preámbulo expresa que:

“... considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio a los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre... ..la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales imprescriptibles del hombre...”<sup>5</sup>

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1776 en su segundo párrafo dice:

“We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness...”<sup>6</sup> >> Sostenemos que las siguientes verdades son evidentes, que todos los hombres son creados iguales, que el creador los ha provisto de ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. <<

La aparición formal de los derechos humanos se da unos años después de concluir la segunda guerra mundial. El mundo se quedó perplejo, una vez que se conocieron los horrores perpetrados bajo el régimen nazi. La comunidad internacional, liderada por la coalición que derrotó a Hitler y a su imperio de tortura, desolación y muerte, en consenso, fundan la Organización de Naciones Unidas (ONU), por medio de la suscripción de la Carta de creación en San Francisco 1945.

---

<sup>5</sup> *Declaración De Los Derechos Del Hombre Y Del Ciudadano*, Francia (1789)

<sup>6</sup> *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*, Estados Unidos (1776)

Esta organización fue creada con la intención de promover la paz mundial, erradicar la guerra, sentar las bases de una organización mundial que armonice la relación entre naciones, y principalmente mejorar la calidad de vida de las personas de todo el mundo.

Para cumplir este objetivo, las Naciones Unidas (ONU), congregadas en la Asamblea General, que es el órgano rector de la (ONU), aprobaron la resolución 217 A (iii) unánimemente, el 10 de Diciembre de 1948 en Nueva York, dando vida jurídica a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¿Qué son los Derechos Humanos entendidos universalmente?

Expongo tres conceptos que considero que son suficientes para definir este tema, sin embargo, antes quisiera citar textualmente al Gral. (r) José Gallardo Román, quien comenta en un documento oficial de la ALDHU (1995), (Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos), respecto de mecanismos de protección y defensa de derechos humanos, lo siguiente:

“... y el ámbito mismo de esos derechos ha cambiado, no porque se hayan inventado nuevos derechos sino porque el ser humano ha ido entendiendo hasta donde esos Derechos se extienden.”<sup>7</sup>

El rango para determinar que son derechos humanos es demasiado amplio, inmediatamente después de los conceptos enumeraremos las características que se les atribuye y, la manera en que el derecho los ha clasificado, e incorporado como principios legales primarios, que espero, sirvan para que la argumentación sea lo suficientemente clara e integral, con los demás capítulos.

“Derechos y libertades que se incardinan en el más alto escalafón de la jerarquía normativa... .. derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> ALDHU, (1995), *Manual de mecanismos para la defensa de los derechos humanos*, Edición del Instituto Geográfico Militar, Quito, Pág. 11

<sup>8</sup> DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, (1999) *Diccionario Jurídico*. Segunda Edición, Madrid Pág. 334

“Son los derechos inalienables que las personas poseen por su condición de seres humanos y cuya protección es responsabilidad del Estado, se basan en el principio fundamental de que todas las personas poseen una dignidad humana inherente y tienen igual derecho a disfrutarlos sin importar su sexo, raza, etnia, capacidad, color, idioma, nacionalidad, creencias, etc.”<sup>9</sup>

“Los derechos humanos son aquellas libertades, facultades, instituciones, o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna y no depender exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente... .. Condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas identificándose consigo mismos y con los otros...”<sup>10</sup>

Los derechos humanos han sido una materia difícil de definir en todas sus áreas, sus características, por ejemplo, se enfrentan a un problema, ya que al ser derechos considerados inherentes a la naturaleza de las personas, se los ha situado por encima de los ordenamientos jurídicos, y, como todos sabemos, existen estados en que la noción de derechos humanos es contraria a las necesidades de supervivencia de las naciones, e incluso, a su cultura.

En el caso específico del Ecuador, los derechos humanos son reconocidos legalmente a través de la Constitución y las leyes, como veremos más adelante, por el momento, expongo las características que encajan correctamente con la evolución jurídica y social que presenta la conducta legislativa del país.

- a) *Universales*.- “...aplicables a toda la humanidad puesto que constituyen principios morales e imperativos, jurídicos y sociales, fundamentales para la existencia de la comunidad internacional, las reglas que de ellos emanan constituyen obligaciones de los Estados para con los individuos y con la comunidad internacional en su

---

<sup>9</sup> FONDO DE DESARROLLO DE NACIONES UNIDAS PARA LA MUJER, (2006) *Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, Nueva York, UNIFEM Pág. 5

<sup>10</sup> WIKIPEDIA, (2011) *Derechos Humanos*, España, disponible en: [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com) Acceso 03 de Febrero de 2011

conjunto.”<sup>11</sup> Y la CEDAW, (Convención para eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer) al respecto dice: “...se refiere al hecho de que todos los seres humanos poseen todos los derechos humanos sin importar, su sexo, su religión, capacidad, color, raza, etnia, etc.”<sup>12</sup>

- b) *Indivisibles e interdependientes*. - El concepto técnico de indivisibilidad aplicado a los derechos humanos sugiere que son un conjunto de partes (derechos) que no son funcionales, si es que se las divide, es por eso, su interdependencia, cada parte (derecho) satisface una necesidad básica del ser humano, al faltar una de éstas, no puede existir una vida plena.
- c) *Progresivos*. - Las relaciones humanas evolucionan en todos los sentidos, los derechos humanos deben ser interpretados de la manera más general y amplia posible, en consecuencia, son perfectibles, José Ingenieros en su obra: *El hombre mediocre*, apunta que “el bien de hoy puede haber sido el mal de ayer, el mal de hoy puede ser el bien del mañana, y viceversa.”<sup>13</sup>
- d) *Supra estatales*. - Están por encima de todo el ordenamiento jurídico. El estado tiene la obligación de hacer efectivas todas las medidas a su alcance para que todos los ciudadanos tengan acceso a las condiciones necesarias para una vida plena.
- e) *Reales y dinámicos*. - Responden específicamente a los requerimientos sociales, culturales, políticos y económicos que surgen con el transcurso del tiempo. Un ejemplo sencillo de esto, es porque la esclavitud es inconcebible en los momentos actuales que vivimos.

---

<sup>11</sup> ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA PARA LOS DERECHOS HUMANOS, (1995) *Manual De Mecanismos Para La Defensa De Los Derechos Humanos*, Edición del Instituto Geográfico Militar, Quito, Pág. 14

<sup>12</sup> UNIFEM, (2001) *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Edición de Naciones Unidas, New York, Pág. 5

<sup>13</sup> INGENIEROS J., (2003) *El hombre mediocre*, México, Edición editores mexicanos unidos, México D. F., Pág. 91

## **1.2 Clasificación de los Derechos Humanos.-**

En las primeras líneas de este ensayo definí el término “eclecticismo”, no por simple vanidad literaria, sino porque sostengo una fuerte convicción en reconocer el trabajo de las distintas escuelas, tratadistas y precursores del conocimiento del derecho, y, en general, de toda reproducción intelectual que sirva para avanzar y expandir la sabiduría de la humanidad.

Obviamente, algunos tuvieron hipótesis acertadas y otros no, los que se equivocan muestran a la sociedad el camino erróneo, y, los que no, nos permiten evolucionar como especie y desarrollarnos como civilización.

Dicho esto, considero que la clasificación de derechos humanos nos permite apreciar la manifestación humana y como van surgiendo nuevas necesidades o exigencias sociales “derechos” para vivir, que, ineludiblemente, se traducen en derechos que la ciencia del derecho identifica y que los ordenamientos jurídicos de los estados reconocen legalmente por medio de sus leyes.

Derechos de primera y segunda generación.-

Se basan esencialmente en los principios de libertad, igualdad y bien común, que se encuentran consagrados en la Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano 1789, que terminó con la monarquía absolutista que reinaba en Francia y en la Declaración de Independencia de los Estados de Unidos de Norteamérica de 1776.

A los derechos de primera generación, se les conoce también como derechos civiles y políticos, puesto que hacen referencia a libertades de las personas y a su participación política.

- Libertad personal, derecho a no ser sometido a esclavitud, torturas, tratos inhumanos o degradantes.
- Libertad de religión, de pensamiento, de expresión, de prensa y de asociación.
- Derecho a la privacidad o intimidad, al honor y a la dignidad.
- Derecho a la propiedad.
- Derecho a un juicio justo y público.

- Derecho a participar en la vida política y ostentar cargos públicos.
- Derecho al sufragio, elegir y ser elegido.

Antes de continuar quisiera explicar que el concepto de democracia, entendido como un gobierno de todos, en que los gobernados eligen sus gobernantes, es como se concebía la igualdad en el siglo XVIII, sin embargo, se redefinieron ciertos aspectos referentes a la igualdad, el más importante, la necesidad del estado de otorgar ciertas condiciones y servicios básicos que garanticen a todos las mismas oportunidades.

Las consecuencias económicas - sociales que produjeron los hechos históricos mencionados al inicio de esta sección, cambiaron el rumbo de la humanidad.

El surgimiento del capitalismo como modelo económico y la aparición de las grandes fábricas e industrias hizo que las economías fluyan de manera vertiginosa, sin embargo, la liberalidad excesiva con que se asumió el uso de los recursos produjo una distribución inequitativa de la riqueza.

Como consecuencia de todo esto, surgen los derechos de segunda generación, que apuntan principalmente al mejoramiento del estilo de vida de las personas.

- Derecho al trabajo, a una remuneración justa e igualdad de oportunidades.
- Derecho a la seguridad social.
- Derecho a condiciones adecuadas para trabajar.
- Derecho a la huelga, a la formación de gremios y asociaciones.
- Derecho al descanso.
- Derechos de personas minusválidas o con enfermedades graves.
- Derecho a la protección de la familia.
- Derecho a la educación.
- Derecho a vivienda, a su salud y a alimentación.
- Derecho a participar en la vida cultural.

A estos derechos se los conoce también como derechos económicos, sociales y culturales.

Derechos de solidaridad o de tercera generación.-

- Derecho a la paz, a la democracia y la autodeterminación.
- Derecho al desarrollo.
- Derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.
- Derecho al uso de las ciencias y tecnologías.

La clasificación de los derechos humanos se ha dado conforme han evolucionado los conceptos primarios de libertad, de igualdad y del bien común.

Además, cabe destacar, que en algunos lugares del mundo el respeto a los derechos humanos es una simple utopía y en otros, es una realidad palpable.

La Revolución Francesa, así como también, la Declaración de Independencia de Estados Unidos, concibieron la igualdad de los hombres, sin tomar en cuenta a las mujeres, y, en el caso de Estados Unidos, a pesar de declarar al mundo que todos los hombres son creados iguales, mantuvieron el esclavismo por mucho más tiempo.

Con esto concluyo, que en materia de derechos humanos nada está dicho, la humanidad ha ido corrigiéndose en sus percepciones y en sus creencias equivocadas.

### **1.3 Principios, aplicación y alcance.-**

El siglo XX fue una época de grandes avances científicos, sociales y humanos, en todas las áreas del conocimiento, Los estados a través del derecho, emprendieron el reconocimiento de los derechos humanos con la suscripción de tratados y acuerdos internacionales.

Los principios, normas, leyes y reglas concernientes a las relaciones entre estados están recogidos en los acuerdos, convenios y tratados internacionales. La ciencia del derecho los estudia a través de la rama del derecho internacional. Los derechos humanos fueron previstos como principios universales, sin embargo, el derecho los ha incorporado como principios propios, dentro de sus textos legales.

El Ecuador en ejercicio y práctica del derecho internacional ha reconocido legalmente los principios y normas de derechos humanos al suscribir y ratificar tratados y convenios internacionales.

Los más importantes son los siguientes:

- Carta de Creación de la Organización de las Naciones Unidas, San Francisco 1945.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948.
- Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados 1969.

La aplicación de las nociones contenidas en estos instrumentos o documentos de derecho internacional está establecida en la Constitución de la República del Ecuador en su art. 417 establece que:

“... en caso de los tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos se aplicaran los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”<sup>14</sup>

Y en el art. 424 en relación al anterior que establece:

“... La Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”<sup>15</sup>

De la lectura de las normas constitucionales podemos determinar que la Constitución no solo reconoce a los derechos humanos, sino que los ubica jerárquicamente como la norma superior, es decir, que los tratados de derecho internacional de derechos humanos están por encima de la Constitución.

---

<sup>14</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 417

<sup>15</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 424

En el tercer capítulo profundizaremos en el tema de la jerarquía de las leyes, cuando contrastemos las normas pertinentes de los distintos cuerpos legales.

El alcance de los derechos humanos es ambiguo visto objetivamente. Mi opinión personal es que todas las peculiaridades humanas que alcanzan notoriedad y se convierten en fenómeno sociológico, deben ser reguladas por la ley, sea como valores positivos o negativos de la sociedad, es decir, ese fenómeno puede ser sujeto de derechos o puede estar contraviniéndolos.

Por ejemplo, el impedimento de adoptar niños para parejas del mismo sexo, contenido en el inciso segundo, art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: “La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.” le asigna un valor negativo a la conformación de parejas homosexuales, por tanto, es completamente incoherente con el mismo art. inciso primero, puesto que dice: “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial...” Al interpretar lógicamente la intención del legislador, se deduce que las alternativas para una unión de hecho son tres: parejas hombre mujer, hombre y hombre y mujer con mujer. Es decir, se le asigna un valor positivo.

Con este ejemplo podemos apreciar la ambigüedad del alcance de los derechos humanos, tomando en cuenta que hace algunas décadas atrás las conductas homosexuales eran consideradas delito y conllevaban penas realmente severas.

#### **1.4 La Familia, expectativas para el siglo XXI.-**

Dentro del marco de los derechos humanos emprenderé la temática respecto a la familia, sus formas, características e importancia.

La diversidad de culturas y manifestaciones humanas, han provocado guerras, disputas y conflictos de toda índole. A pesar de las diferencias religiosas, políticas o sociales que puedan surgir, todas las culturas han coincidido en que la familia es la base de la sociedad, de la nación y del estado.

El amor, la confianza, la solidaridad y la lealtad son algunos de los vínculos afectivos y emocionales que existen entre los miembros de una familia, indistintamente del vínculo de sangre o de afinidad que pueda existir.

La familia es una institución social y jurídica que ha sido reconocida dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, como un elemento social determinante para la evolución de la humanidad.

El art. 16 numeral tercero de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina:

“La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”<sup>16</sup>

Y el art. 67 inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador establece que:

“Se reconoce a 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...”<sup>17</sup>

El ser humano y la familia son antes que el estado y que el derecho, es decir, las leyes deben acomodarse a las transformaciones sociales que provocan la aparición de familias que no encajan en los modelos tradicionales, y, que son, claramente, diferentes en su estructura. Sin embargo, los lazos afectivos y emocionales inclusive, pueden ser iguales o más fuertes.

Al comenzar el siglo XX, los roles que tenían los miembros de la familia tradicional o convencional, se basaban en el matrimonio entre hombre y mujer, y estaban bien fijados: Padre proveedor, madre ama de casa e hijos.

En ningún caso, en aquella época, era admisible que un hombre sea el que cuide la casa y una mujer la que trabaje, o que los niños varones colaboren en tareas de hogar como

---

<sup>16</sup> *Declaración universal de Derechos Humanos*, (1948), Resolución 217 A (iii), 10 de Diciembre de 1948, art. 16

<sup>17</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 67

limpiar y cocinar, es decir, los trabajos considerados fuertes o peligrosos lo realizan los hombres y las actividades domésticas y del hogar, las mujeres.

Este es el arquetipo familiar básico más común que se ha mostrado como manifestación humana y social. Ahora bien, ¿Qué ha sucedido en cien años además de esto?

La familia ha sufrido importantes transformaciones de toda clase como por ejemplo, ha existido una mezcla de culturas y de razas. La migración de personas ha conllevado a una pluriculturalidad a nivel mundial en que, aspectos como el idioma, la religión, raza, posturas políticas y las diferencias sociales de cualquier tipo, no han sido un impedimento para la formación de familias aparentemente diferentes.

Los roles dentro de la familia en algunos casos ha cambiado y en otros se podría decir que ha evolucionado como madres trabajadoras y padres que colaboran en el hogar, conjuntamente con los hijos.

El núcleo básico padre – madre – hijos, se ha modificado representativamente, ahora tenemos familias en que los abuelos son los jefes de hogar, o los tíos, incluso, existen familias constituidas solo por hermanos y amigos.

La tendencia de la sociedad sugiere que en los países más desarrollados el rol del hombre y de la mujer se ha invertido totalmente en algunos casos.

Existen familias judía - católicas, parejas conformadas por razas muy diferentes como por ejemplo una mujer asiática con un hombre negro o un indio con un anglosajón. Se produce una interacción trascendental de las culturas, se hablan varios idiomas, se comparte la fe y lo más importante, se genera tolerancia en la sociedad.

La familia actual tiene muchos matices, algunos bastante coloridos pero aún son puras y simples manifestaciones de la madre naturaleza.

Diez de los países más desarrollados del mundo como Estados Unidos, Canadá, España y otros, han normalizado totalmente la relación entre personas del mismo sexo, concediéndoles la posibilidad de casarse, de unirse civilmente y de adoptar niños en caso de no tener hijos propios o de querer formar una familia.

Aproximadamente treinta países entre los que está el Ecuador, han llegado a legalizar o legitimar estas relaciones por medio de instituciones jurídicas como la unión de hecho, de bienes o civil, que a la vez son funcionales con parejas de diferente sexo, obviamente.

La familia en que la pareja es del mismo sexo, sin duda alguna, es una idea o realidad difícil de digerir, al menos, en una sociedad con una profunda herencia católica como la nuestra. Sin embargo, con la globalización y en plena era de la información, es imposible no notar que existen fenómenos sociológicos que han adquirido notoriedad y fuerza suficiente para demandar una atención de sus necesidades y derechos.

La manera de asumir estos cambios de la sociedad es siendo tolerantes con la gente que no habla nuestro idioma, que tienen otra religión o tendencia política, cultura, raza, creencia o una orientación sexual distinta.

Para comprender de mejor manera a la familia formada por parejas homosexuales explicaré detalladamente todos los datos relevantes que se refieren a la homosexualidad.

## CAPÍTULO II

### FENÓMENO SOCIOLÓGICO: LA HOMOSEXUALIDAD.-

#### **2.1 Naturaleza, origen y perspectivas.-**

Las conductas homosexuales han aparecido en el transcurso de toda la historia de la humanidad, son consistentes con la evolución del ser humano como una manifestación natural de la sexualidad que, en ningún caso, compromete a la especie, ni la corrompe.

En Grecia, la homosexualidad era considerada como una alternativa del placer de los hombres, en la Roma pagana y politeísta, heredera de la cultura griega, la sexualidad era extremadamente explícita, actos homosexuales, poligamia y orgías entre hombres y mujeres, eran prácticamente normales.

El nacimiento de la iglesia católica y la instauración del cristianismo en el imperio romano, provocó que todas estas prácticas sexuales se convirtieran en pecado o adquirieran una connotación negativa, más no han dejado de suceder, al menos eso es lo que la historia de la humanidad refleja.

En la edad media, algunos reyes y príncipes incurrían en actos homosexuales, y aprovechando su condición divina, como se creía en aquella época, realizaban grandes orgías de placer netamente sexual en que las conductas homosexuales eran simplemente parte de la diversión o fervor colectivo.

La iglesia católica situó las conductas homosexuales como actos de aberración, de corrupción e inmorales. El sexo, en general, dentro de la religión, es tratado como un tema tabú del que no debe hablarse ya que se considera parte de la privacidad e intimidad de las personas.

Es por esto que no existe información histórica precisa, o estadísticas fiables que puedan arrojar datos claros de que tan común han sido estas conductas o prácticas sexuales.

Con el objetivo de entender mejor la naturaleza humana y determinar qué condiciones se requieren para desarrollarse a plenitud, en especial, en el aspecto sexual, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en Génova, Suiza en el año 2002, emitió un reporte técnico de sexualidad, en que define la salud sexual y la sexualidad en los siguientes términos:

“Salud sexual es un estado físico, emocional, mental y social de bienestar en relación a la sexualidad, no es simplemente, la ausencia de enfermedad, disfunción o debilidad. La salud sexual requiere que se aborde la sexualidad y las relaciones personales sexuales, con respeto y actitud positiva, así como también, la posibilidad de tener experiencias sexuales seguras y placenteras, libres de coerción, discriminación y violencia...”<sup>18</sup>

“La sexualidad es un aspecto central en la vida del ser humano que engloba el sexo, la identidad de género y los roles en la relación, la orientación sexual, el erotismo, el placer, la intimidad y la reproducción. La sexualidad se aprecia y se expresa en pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas y prácticas. Aún cuando la sexualidad abarca todos estos aspectos, no siempre se los expresa o experimenta a todos. La sexualidad está influida por factores de interacción humana biológica, social, económica, política, cultural, ética, legal, histórica, religiosa y espiritual.”<sup>19</sup>

Estas apreciaciones son producto de un proceso de aprendizaje y estudio pormenorizado del fenómeno de la sexualidad, que atiende únicamente al ciclo evolutivo de la sociedad. Son lo que llamaríamos las tendencias modernas a las que la sociedad apunta, sin embargo, no siempre se tuvo esta idea o concepción de la sexualidad y de la homosexualidad, especialmente.

En lo que a las conductas homosexuales se refiere, como fenómeno sociológico, éstas han sufrido cambios muy marcados en cuanto a su manifestación y las reacciones de la sociedad frente a ellas.

---

<sup>18</sup> NACIONES UNIDAS, (2002), *Reporte Técnico de sexualidad*, Génova Edición de la Organización Mundial de la salud, Pág. 5

<sup>19</sup> NACIONES UNIDAS, (2002), *Reporte Técnico de sexualidad*, Génova Edición de la Organización Mundial de la salud, Pág. 5

- En la edad antigua clásica las conductas homosexuales eran aceptadas, toleradas y celebradas tanto en Grecia como en Roma, es decir, desde el siglo VIII a. c. hasta el siglo IV d. c., que es cuando la iglesia católica nace.
- Durante toda la edad media, es decir, desde el siglo V hasta el siglo XV se trató la homosexualidad como un pecado gravísimo, en que, incluso se consideraba que la persona homosexual estaba poseída por el demonio, razón por la cual, es la época en que menos datos y registros se tiene.
- A partir del siglo XV hasta mediados de siglo XX, se desarrolló el estudio del fenómeno de la homosexualidad como una enfermedad o trastorno patológico, visto desde la perspectiva médica y, desde el punto de vista moral se la consideró como una aberración o perversión de la persona. “En 1952, la Asociación Americana de Psiquiatría catalogó a lo homosexualidad en el Manual Diagnóstico Estadístico de Trastornos Mentales, como un trastorno social patológico de la personalidad.”<sup>20</sup>
- La revolución sexual, movimiento de jóvenes en las décadas del 60´ y 70´ del siglo XX, proclamaron la libertad sexual de hombres y mujeres, promoviendo asuntos como el aborto, la homosexualidad, el sexo libre, la igualdad de género y otros aspectos relacionados con la sexualidad. El 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de la Salud declaró a la homosexualidad una orientación sexual diferente y la excluyó de la lista de enfermedades mentales.
- En la actualidad, siglo XXI, algunos de los países más desarrollados e influyentes, han normalizado completamente las relaciones entre personas del mismo sexo otorgándoles la posibilidad de contraer matrimonio y de poder adoptar niños en caso de no tener los propios.

Dentro de este marco cronológico histórico quisiera anotar que éste ha sido el comportamiento que han tenido las culturas occidentales. Existen rastros históricos de otras culturas, en que el fenómeno de la homosexualidad se ha mostrado, como por ejemplo, en la China, en la India, e incluso en las tribus indias a lo largo y ancho de toda América, sin

---

<sup>20</sup> WIKIPEDIA, (2011) Movimiento LGBT, España, disponible en: [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com) Acceso 16 de Mayo de 2011

embargo, no han tenido trascendencia, y se ha mantenido intacto el modelo convencional de las relaciones heterosexuales.

La homosexualidad ha sido considerada delito en muchas legislaciones, incluyendo, la ecuatoriana. Existen estados en que ser homosexual, es todavía delito, y, lo que es peor, tienen pena de muerte, cadena perpetua o penas durísimas.

Algunas de las religiones más representativas como la católica, judía e islam han mostrado su rechazo a las relaciones, conductas o prácticas homosexuales.

Lo cierto es que hasta el día de hoy existen millones y millones de personas que todavía piensan en la homosexualidad, como delito, como pecado, como aberración, en fin, como una conducta mala o nociva para la sociedad. Empero, es igual de cierto, que cada día más y más personas se declaran homosexuales, son gente respetada y honorable, filántropos, artistas y profesionales que llevan vidas intachables, fomentando así, tolerancia y entendimiento, hacia este grupo de personas que representan una gran minoría en el mundo.

Si contrastamos el fenómeno de la homosexualidad con los conceptos de sexualidad y salud sexual, que cité al comienzo del capítulo, podremos apreciar que las conductas homosexuales dentro de una situación de consenso y libre de violencia o coerción son perfectamente funcionales y naturales.

El mundo actual como lo conocemos, sus libertades, sus tendencias, dan a las personas el ambiente propicio para expresarse de maneras en que en otras épocas no lo hubieran hecho debido a las represalias, restricciones e imposiciones que existían.

Todas las falsas apreciaciones que se desarrollaron en el transcurso de la historia acerca de la homosexualidad encuentran su origen en que estas relaciones afectivas, emocionales y sexuales, jamás podrían reproducirse como especie.

Durante siglos y siglos, la civilización humana sostuvo que mientras más hijos se tuvieran sería mejor para la evolución de la sociedad. No existían anticonceptivos y la mujer no tenía la capacidad de decidir si quería o no casarse, primero, y segundo, si quería tener hijos y cuantos deseaba tener. Un hombre o mujer solteros, era mal visto a partir de una edad específica, sino conformaban una familia. Estos comportamientos sociales que eran

practicados en todas las culturas, han desaparecido casi por completo en las sociedades de origen occidental.

La normalización o legalización de las relaciones homosexuales no las promueve, sino más bien, da la posibilidad a las personas de expresarse sin miedo a ser discriminados, agredidos, rechazados o moralmente cuestionados. Les garantiza y reconoce su derecho a existir.

Para apreciar de manera general el fenómeno sociológico, se han utilizado dos términos: “homosexualidad” y “conductas o prácticas homosexuales”, con el objetivo de diferenciarlas del modelo convencional basado únicamente en la relación heterosexual, entre hombre y mujer, sin embargo, existe una diferencia sustancial entre las dos, tal como lo veremos después.

Actualmente, existen tipos y niveles respecto de la homosexualidad que son claramente determinados como lo son:

- 6) *Lesbianas*: relaciones entre mujeres.
- 7) *Gays*: relaciones entre hombres.
- 8) *Bisexuales*: relaciones multifacéticas, entre hombres y mujeres.
- 9) *Transgénero*: personas que han tenido una reasignación de sexo.
- 10) *Pan sexuales o intersexuales*.- básicamente pueden relacionarse sexualmente con cualquier persona indistintamente de su género u orientación sexual.

## **2.2 Concepto de homosexualidad, fundamentos médicos, psicológicos y sociales.-**

“... aquella condición de la persona según la cual ésta se halla constitutivamente inclinada a relacionarse afectiva y sexualmente con personas de su mismo sexo, sea de modo exclusivo o preferente.”<sup>21</sup>

Lo que se ha concebido normal o convencional con el transcurso del tiempo respecto de la sexualidad es la heterosexualidad, es decir, las relaciones entre hombre y mujer.

La naturaleza y evolución de la humanidad han mostrado otra clase de relaciones, así como también un sinnúmero de situaciones ocasionales de carácter sexual como relaciones bisexuales, tríos u orgías, que cada día son más recurrentes.

Del concepto arriba expuesto, quisiera recalcar en que al final de la oración se hace énfasis en que estas relaciones pueden darse “de modo exclusivo o preferente”, términos que marcan la diferencia entre homosexualidad como orientación sexual y homosexualidad como conducta casual.

La homosexualidad como orientación sexual significa que la persona se identifica con su sexo, es decir, el hombre se siente hombre y se ve como hombre, más no siente atracción por el sexo opuesto, sino lo contrario, siente atracción sexual, emocional y afectiva por personas del mismo sexo, sucede igual en las mujeres. No existen conflictos psicológicos ni morales, hay total aceptación de sí mismo.

La homosexualidad como conducta casual, implica que la persona tenga encuentros o realice actos o conductas homosexuales esporádicas. Su identidad sexual es coherente con su género y su atracción predominante es hacia las personas de diferente sexo. Sería el caso específico de un bisexual por ocasión, sin embargo, existen niveles, por lo que cabría la posibilidad de que surjan personas con un nivel equilibrado de atracción hacia ambos sexos, provocando dilemas negativos internos.

El caso de las personas transgénero es más complejo, su identidad sexual no corresponde en la mayor de las veces al género o sexo que tienen, es decir, un hombre que se siente mujer y

---

<sup>21</sup> PÉREZ C., (2004) *Homosexualidad y matrimonio*, Tesis doctoral, España, Edición de la Universidad Comillas, Madrid, Pág. 63

viceversa. En estos casos la orientación sexual también puede diferir y crear confusión respecto no solo de su género sino también en lo relativo a sus necesidades sexuales.

La naturaleza nos presenta casos rarísimos en que personas nacen con dos sexos (hermafroditas) y no logran identificarse con ninguno, o lo contrario, se identifican con los dos o con uno solo, innegablemente, el riesgo de problemas para definir la orientación sexual es altísimo.

Los comportamientos y tendencias sexuales han alcanzado tal dinamismo, que sería irresponsable asegurar que las relaciones heterosexuales son normales y las relaciones homosexuales no. Los médicos y científicos contemporáneos abordan el tema desde la perspectiva de diversidad sexual, principalmente.

Sigmund Freud, reconocido científico y sicólogo, a comienzos de siglo XX, época en que la homosexualidad era considerada un trastorno psicológico, en uno de sus últimos escritos refiriéndose al tema, señala que: "...la homosexualidad es una ramificación casi regular de la vida erótica y una variante sexual..."<sup>22</sup> Cabe anotar que la percepción de Freud acerca de la sexualidad, en general, es que todos nacemos con una bisexualidad universal congénita que tiende a la heterosexualidad en relación al género y al ciclo vital.

Todas las connotaciones negativas que se le han atribuido a la homosexualidad van desapareciendo paulatinamente con el paso del tiempo, la mejor forma de hacerlo es investigando las causas, factores, condiciones y cualquier otro aspecto que sirva para demostrar que la homosexualidad es una manifestación natural y normal de la evolución de la humanidad.

La medicina y la ciencia han abordado la homosexualidad a partir del estudio de factores genéticos, hormonales y anatómicos.

- A) En el campo genético, las investigaciones del mapa cromosómico o código genético que tienen las personas han relevado la presencia de un gen en el cromosoma X, llamado xq28, recurrente en personas homosexuales. Las prácticas empíricas se aplicaron un grupo de más de 50 parejas de gemelos idénticos y un centenar de

---

<sup>22</sup> SIGMUND F., (1916) *Tres Ensayos para una Teoría Sexual*, Edición de Alianza, Buenos Aires, Pág. 214

familias de personas homosexuales. Concluyeron en que no se puede ni afirmar ni descartar la posibilidad de que existan un gen determinante que marque la orientación sexual, todavía, sin embargo, tomando en cuenta la complejidad que implica el estudio de la genética debido a la cantidad de elementos (millones de variantes) que tiene, si se puede aseverar que "... entre el 30% y 70% de la variancia fenotípica (manifestación conductual) de la orientación sexual en ambos sexos puede explicarse genéticamente..."<sup>23</sup>

- B) La posibilidad de que el origen de la homosexualidad se deba a un cambio hormonal, se resume en las palabras de Lacadena, en su obra "Biología del comportamiento sexual humano" citada por Carmen Peña, que dice al respecto: >> ...una primera línea de investigación parte de que todas las personas compartimos hormonas masculinas (andrógenos), y femeninas (estrógenos), aunque en diferente proporción según el sexo, y atribuye la etiología de la homosexualidad a una descompensación en el nivel hormonal del sujeto, de tal modo que los homosexuales varones tendrían mayor estrógenos que andrógenos y las mujeres lesbianas andrógenos que estrógenos. <<<sup>24</sup> El impacto hormonal dentro de la orientación sexual puede variar por la alimentación, hábitos, adicciones, medicamentos, ambiente y básicamente cualquier factor o condición que influya en las personas biológicamente.
- C) Y por último, en lo que se refiere al aspecto anatómico, los estudios científicos se enfocan en el tamaño del cerebro, específicamente, en un área conocida como núcleo intersticial del hipotálamo anterior (INAH 3). La muestra experimental, realizada en cientos de personas homosexuales y heterosexuales, hombres y mujeres, refleja una diferencia notable del tamaño del cerebro en el área de (INAH 3), entre los hombres heterosexuales y los homosexuales, éstos últimos, presentaban un tamaño similar al de las mujeres con una diferencia casi imperceptible. En lo que respecta a las mujeres lesbianas la prueba no trajo ningún dato relevante.

---

<sup>23</sup> ARDILA R., (2008) *Homosexualidad y Psicología*, Edición de Manual Moderno, México D. F., pág. 54

<sup>24</sup> PÉREZ C., (2004) *Homosexualidad y matrimonio*, Tesis doctoral, España, Edición de la Universidad Comillas, Madrid, Pág. 63

Éstas son las hipótesis científicas más sólidas que se están desarrollando actualmente, si bien, carecen de comprobación aún, son el comienzo, o quizás, un paso más hacia la completa aceptación de la sociedad, a este grupo minoritario que conocemos como comunidad gay o GLBT (Gays, lesbianas, bisexuales y transgénero, etc.) En el sub capítulo siguiente explicaré lo esencial respecto a las distintas denominaciones, que las personas homosexuales y movimientos sociales de homosexuales se han dado a sí mismo y por qué.

El origen de la homosexualidad también ha sido analizado desde una perspectiva darwinista, es decir, basándose en la “Teoría de las especies” obra escrita por Charles Darwin, en la que pretende explicar la evolución del ser humano y la naturaleza de manera científica, rechazando cualquier posibilidad de una creación divina.

En síntesis, aplicando la teoría darwinista, los tratadistas que han abordado la homosexualidad, aseguran que surge como una manifestación natural de la supervivencia de la especie, en que, un grado de homosexualidad beneficiaría la adecuación reproductiva de aquélla, permitiendo que el más fuerte se reproduzca. La explicación hace alusión a que en algunos casos dentro del reino animal, como en hormigas o abejas, la selección natural ha hecho estériles a algunas hembras para que éstas ayuden a criar, cuidar y reproducir los hijos de sus hermanas que son más fuertes.

Un grado de homosexualidad en la especie humana no afecta en nada a la evolución reproductiva que debe darse en cada generación.

Indistintamente de las posturas biológicas acerca de la conducta homosexual, ésta puede ser aprendida o desarrollada, tanto en la niñez como en la adolescencia de las personas, Carmen Peña comenta al respecto que: “... la sexualidad es un impulso neutro que se va modelando a partir de diversas experiencias de aprendizaje durante el proceso de socialización de la persona.”<sup>25</sup>

Mientras que en este proceso de aprendizaje sexual que viven todas las personas, sin excepción, se lo realice entre contemporáneos, es decir, entre niños y adolescentes, una experiencia satisfactoria con uno del mismo sexo puede provocar que la persona se incline

---

<sup>25</sup> PÉREZ C., (2004) *Homosexualidad y matrimonio*, Tesis doctoral, España, Edición de la Universidad Comillas, Madrid, Pág. 109

por una orientación sexual homosexual de igual forma que una experiencia frustrante con uno de diferente sexo.

Lo expresado en el párrafo anterior representa el eslabón entre lo biológico y lo psicológico, ya que una persona que nace propensa a la homosexualidad puede encontrarse sexualmente a sí mismo por medio del proceso de aprendizaje de la sexualidad.

Sin embargo, otros factores de su vida pueden influir en su orientación sexual, como por ejemplo, su experiencia familiar y social. Una madre sobre protectora, posesiva o dominante, y/o un padre débil, abusivo o violento, podrían afectar psicológicamente el desarrollo de cualquier persona en general.

Después de repasar las explicaciones más sugestivas e importantes acerca del origen de la homosexualidad concluyo en que todos estos puntos o aspectos tratados juntos o por separado pueden desencadenar en una orientación sexual preferentemente homosexual.

Lo último que queda por analizar en esta sección, es acerca de la disfuncionalidad de vida a la que están expuestas las personas homosexuales debido a los prejuicios, tratos discriminatorios y actos de violencia y de odio, a los que fueron sometidos por muchos años y que aún lo son en muchos lugares del mundo.

Obviamente, en los países más tolerantes casi ya no se revelan esas actitudes, pero en países como el nuestro, a pesar de que las leyes los protegen y amparan aún son víctimas de discriminación y maltratos.

El ciclo vital de un homosexual difiere ostensiblemente del ciclo vital de un heterosexual, ya que, desde que uno es niño, se nos inculca que la relación de pareja entre hombre y mujer es normal y otra clase de relaciones o conductas no. Muchas veces la persona homosexual se encuentra en un dilema existencial terrible que confronta sus deseos y apetitos sexuales con su escala de valores y principios morales, llevándole éstos últimos a vivir una vida reprimida en “*normalidad*”.

Las personas gay probablemente, en la mayoría de los casos, antes de su aceptación como tal, sufren una doble carga psicológica. Por un lado, se enfrentan al temor de rechazo, por parte de sus padres, hermanos, amigos y de la sociedad en general, y, por otro, al dilema

ético que deviene de su formación, especialmente en su escala de valores morales frente a sus instintos o deseos sexuales.

Es por esto, que el acto o la manera en que una persona gay se reconoce y se identifica con una orientación sexual homosexual, se le conoce como “*salir del closet*”, haciendo alusión a que una persona que no vive su orientación sexual preferente (como es el caso del homosexual que ha contraído matrimonio y tiene hijos o el hombre solitario que jamás se caso y tiene fantasías gay que jamás las lleva a cabo por miedo, por dar un par de ejemplos), viven una vida triste y solitaria entre sombras y oscuridad.

En esta parte del trabajo debo enfatizar que si una persona es sexualmente frustrada a causa de su negación o falta de aceptación, de sí mismo o de su entorno, esto podría acarrear en un desequilibrio o trastorno patológico. El peor escenario posible, bajo este supuesto es que la persona se convierta en un criminal sexual, pero no debido a su posible homosexualidad, sino por su falta de capacidad para entenderla y aceptarla.

En un estudio realizado por la Asociación Americana de Psiquiatría en el 2006, respecto del desenvolvimiento de personas gay en la sociedad estadounidense, y los obstáculos o problemas más complejos que se les presenta en su vida diaria, muestra dos componentes que me parece oportuno mencionarlos en este momento.

Primero, la homosexualidad en mujeres es supremamente más tolerable que la homosexualidad entre varones, por ejemplo, es casi imperceptible o no llama la atención que dos mujeres se abracen, besen o incluso, se tomen de la mano en público, cosa que no sucede con los hombres. La sensibilidad atribuida a la mujer hace que estas demostraciones de afecto resulten normales a diferencia de la relación entre hombres que siempre ha sido más distante. Esto facilita a las mujeres lesbianas ser ellas mismas, contrario a lo que sucede con los varones gay, que tienen que hacer sus demostraciones de cariño o de amor en privado o muchas veces escondiéndose.

Segundo, la influencia de la religión en la cultura e idiosincrasia de un país o de un estado indiferentemente, de que éste, se autodenomine laico o de que sus habitantes sean liberales, es el motivo y la causa principal por el que varios sectores de la sociedad se niegan a desarrollar tolerancia y aceptación a los miembros de la comunidad gay.

Es necesario que la sociedad se informe y se eduque correctamente acerca de la homosexualidad como una manifestación de la sexualidad humana, por lo que concluiré esta sección con una lista de falsas apreciaciones que se tienen acerca de las personas homosexuales.

- Es falso que un homosexual varón sea siempre afeminado, o que una mujer lesbiana debe ser masculinizada.
- La homosexualidad en ningún sentido es una perversión o aberración, es una orientación sexual diferente más no anormal, es una manifestación de la sexualidad que se desarrolla en un grupo menor de personas, que encajan perfectamente como una minoría que debe ser protegida por cualquier estado que base su organización en los principios de democracia y de derechos humanos.
- Varios factores, elementos o detonantes pueden intervenir o fusionarse para que una persona sea gay como lo vimos anteriormente, sin embargo, no es ético que se le atribuya a ninguno de ellos el origen de la homosexualidad, simplemente porque todos carecen de comprobación. Lo que sí es verdad es que es un fenómeno sociológico vivo que debemos acomodar a la sociedad y a nuestras leyes.
- No existe tratamiento alguno que revertir la homosexualidad.
- La mayor cantidad de delitos sexuales perpetrados a niños y niñas han sido ejecutados por personas que públicamente demuestran conductas heterosexuales. Si un homosexual incurriera en estas aberraciones no sería por su orientación sexual per se, aunque cabría el caso, de que su falta de adaptación sexual le causara trastornos patológicos de tipo sexual. Un homosexual sano es igual a una persona heterosexual sana, lo único que los diferencia son sus preferencias sexuales.
- La homosexualidad no aparece como un síntoma de degeneración de la sociedad a causa de la liberalidad sexual que se suscitó en el siglo XX, la liberalidad sexual dio la apertura necesaria para que cientos de miles de homosexuales tengan la valentía de gritar al mundo soy gay y es mi derecho serlo, tal como lo hicieron las mujeres reclamando la igualdad de género y la no discriminación.
- Es muy probable que ser homosexual haya sido bastante complicado en casi todas las épocas de la civilización, pero la realidad actual muestra que millones de

homosexuales viven vidas respetables, honorables, satisfactorias y plenas en todo sentido.

- Y por último, es falso que las personas gay deseen ser heterosexuales, lo que verdaderamente quieren y esperan es que la sociedad los acepte por completo, como una forma de diversidad humana, son personas que lo único que hacen es luchar por la vida al igual que todo el mundo.

### **2.3 Revolución sexual, libertad sexual y aparecimiento de la comunidad Gay.-**

Después del análisis científico - social del aparecimiento evolutivo y recurrente de la homosexualidad como fenómeno sociológico de la sociedad humana, expondré la información pertinente desde el punto de vista jurídico – social para poder de esa manera fundamentar, en el tercer capítulo, los motivos por los cuales considero que la prohibición de adoptar niños para parejas homosexuales que se encuentra vigente, es contradictoria a tratados y convenios internacionales suscritos por el Ecuador y a la propia Constitución ecuatoriana.

La suscripción de la Carta de la Organización de Naciones Unidas y Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, cambiaron el rumbo del derecho y del mundo, completamente. La persecución de ciertos grupos humanos como estrategia militar, por parte del “*third reich*”, liderado por Adolfo Hitler, en la segunda guerra mundial, que acarrió el genocidio de millones de personas injusta, deliberada y criminalmente, conllevó a que los países y naciones del mundo, en consenso, decidieran, basar la organización y estructura social (estado) en el bienestar del ser humano, reconociendo los derechos inalienables, imprescriptibles e irrenunciables que tienen todas las personas sin diferencia alguna.

A partir de esto, los estados más desarrollados como Estados Unidos, España, Canadá, Inglaterra y otros, comenzaron a promover de manera masiva los Derechos Humanos convirtiendo a sus metrópolis más importantes, Nueva York, Los Ángeles, Madrid,

Ámsterdam, Quebec, Buenos Aires, México D F, se convirtieron en mecas de tolerancia, respeto y aceptación a todas las personas indistintamente de su religión, su cultura, creencias, raza, condición migratoria, status legal, género u orientación sexual y cualquier otra condición o factor, que los haga diferente a la mayoría de personas, rechazando cualquier acto de discriminación, de odio, violencia, intimidación o burla.

Este entorno de reflexión, revaloración y análisis de las estructuras sociales establecidas, otorgó las condiciones propicias para que se den cambios sociales bastante significativos en la sociedad.

Estados Unidos, como lo es ahora, pero en mucha mayor intensidad, era el centro de la civilización, como en su época lo fue Grecia, Roma o Francia. Después de la segunda guerra mundial se consolidó como el país más poderoso y consecuentemente, el más influyente en todos los ámbitos del conocimiento, al menos en el mundo occidental. El modelo o sistema americano fue considerado durante mucho tiempo, como la forma de gobierno y administración, mejor edificada por el hombre y para el hombre.

Por miles de años, en todos los rincones de la tierra, las mujeres fueron consideradas inferiores al hombre y condenadas a jugar un rol secundario en la sociedad. Las personas de raza negra fueron esclavos por el mismo lapso de tiempo. Estos son dos ejemplos, de cómo en el siglo XX comienza el reconocimiento de la igualdad en derechos y obligaciones que debe haber entre hombre y mujer, y entre todas las personas en general, sin distinción alguna.

El desenvolvimiento de la mujer o de las personas de raza negra en la historia de la humanidad requerirían de trabajos diferenciados y mucho más extensos que éste, que se orienten completamente en los roles y características en el pasar de las épocas, sin embargo, para efectos de esta investigación es importante señalar que, producto de los movimientos sociales liberales que nacieron en la década de los 60 y 70 (*hippies*) en los Estados Unidos y otros países de Europa, que proclamaban el amor y la paz, el rechazo a la guerra y a la violencia en todas sus formas, también surgieron movimientos feministas y activistas negros, que promovían la igualdad de las personas, sin discriminación de género entre hombres y mujeres, en todos los aspectos que concibe el ser humano.

Uno de esos aspectos, es el sexual, las mujeres habían vivido en un mundo en el que, el placer y la satisfacción sexual era un derecho que ostentaban solo los hombres.

El sexo como conducta normal de las personas, siempre había sido tratado, hasta esos días, misteriosamente. La influencia de la iglesia en la sociedad, la concepción del sexo como pecado y el rol que la iglesia le daba a la mujer provocó una histeria colectiva que terminó en lo que conocemos como la revolución sexual.

La revolución sexual es una variante más de los movimientos liberales mencionados en un párrafo anterior. Consistía en un acercamiento más real y natural del sexo, “haz el amor no la guerra” era su lema. El objetivo principal de la llamada revolución sexual era proclamar el derecho de hombres y mujeres a expresarse de manera sexual y a disfrutar del sexo natural y libremente.

Era el momento y lugar indicado para que miles y miles de personas homosexuales reclamen de una vez por todas, su derecho a una vida plena.

Durante siglos, los homosexuales han sido víctimas de persecuciones, de tratos denigrantes, de actos de violencia, de odio e intolerancia debido a su condición sexual. Han sido obligados a vivir en la sombra, avergonzados de sus instintos naturales sexuales, sus gustos y tendencias.

Son estigmatizados como enfermos patológicamente trastornados o pervertidos endemoniados, condenados al aislamiento.

La madrugada del 28 de junio de 1969, en el barrio neoyorquino Greenwich Village, comenzaría, a través de una serie manifestaciones y protestas, el camino hacia el reconocimiento social y legal de derechos de las personas que tienen orientaciones sexuales diferentes al de la gran mayoría, como gays, lesbianas, transgenero y otros.

Stonewell Inn, fue un el bar o lugar de encuentro en donde la comunidad homosexual se reunía para interrelacionarse e identificarse, era el único establecimiento en que era permitido hacer demostraciones públicas de afecto entre homosexuales, como por ejemplo, bailar, besarse o tomarse de la mano.

Al parecer la policía local habitualmente acudía a este lugar para hacer redadas o actos de poder e intimidación en contra de los grupos homosexuales. Estas batidas estaban caracterizadas por sangrientas golpizas y torturas, detenciones injustas, basadas únicamente en el odio y la intolerancia de los agentes del orden, que gozaban de impunidad, no judicial, sino más bien, moral y social.

Además de ser víctimas de constantes actos de violencia y de odio, las personas homosexuales eran discriminadas en todos los aspectos que atañen a la vida de un ser humano como la familia, la escuela, el trabajo y la religión. Ésta última, al ser el elemento bajo el cual se constituyó la iglesia católica, al tener una influencia muy fuerte en la sociedad, los reducía a una muerte social.

El sábado 28 de Junio de 1969 la comunidad homosexual, que estaba concentrada mayoritariamente en Stonewell, Village, Nueva York, se unificó y demandó el reconocimiento jurídico y la aceptación social de la homosexualidad como una forma de diversidad humana. A partir de esta fecha se realiza un desfile anual en Nueva York, en conmemoración de Stonewell, en que se celebra el día del orgullo gay.

Desde los disturbios suscitados en Stonewell, los términos *homosexual* u *homosexualidad*, serían considerados ofensivos o peyorativos para referirse a estas personas de manera informal.

En pleno siglo XXI, el término *gay* es el que ha tenido mayor acogida dentro de la comunidad homosexual y en la sociedad en general, ya que, por ser ambiguo o "*light*", ha sido el catalizador perfecto para que la sociedad de a poco vaya eliminando los prejuicios contra estas personas y las connotaciones negativas que tienen palabras como homosexual, lesbiana, transexual o transgenero. Es por eso que las siglas GLBT (gay, lesbianas, bisexuales, transgenero), a pesar de unir a todos los grupos con orientación sexual distinta a la convencional, no ha logrado la unificación de tales grupos, ni tampoco la aceptación de éstos. Una de las medidas para insertarse en la sociedad de manera pacífica ha sido instaurar oficialmente como símbolo de la comunidad gay, al arcoíris, en señal de paz y principalmente de respeto, amor y tolerancia a la diversidad humana.

En conclusión, lo correcto, al referirse a este grupo humano minoritario o a cualquier persona que se identifique con ellos, es utilizar los términos gay, comunidad gay o comunidad LGBT.

En el siguiente sub capítulo nos centraremos en la evolución jurídica de los derechos de personas gay, en general, a partir de lo relatado. Muchos países emprendieron la tarea de reformar sus legislaciones en varios aspectos en materia civil y penal, que beneficiarían a la comunidad gay. Naturalmente, estos cambios sociales y jurídicos alcanzarían al Ecuador.

#### **2.4 Uniones civiles, matrimonio gay y adopción.-**

Los problemas de odio, violencia y discriminación no eran los mayores males que enfrentaban este grupo minoritario, sino también, la imposibilidad de realizarse en pareja, de enamorarse y formar una familia que esté protegida por el estado y reconocida por la sociedad.

Los disturbios del 28 de Junio de 1969 en Stonewell Inn., son el principio del reconocimiento legal y progresivo de los derechos civiles de personas gay, y, simboliza la reafirmación de derechos humanos desde la perspectiva social y jurídica de la comunidad gay en todo el mundo occidental, predominantemente.

La temática de la homosexualidad como un fenómeno sociológico es real y con el paso del tiempo acarrea mayores consecuencias en el ámbito social, jurídico y familiar. La homosexualidad ha sido abordada por las legislaciones de los estados de una manera muy diferente en algunos casos.

Las uniones civiles son conocidas también como, sociedad de bienes, uniones de hecho o uniones libres, son la respuesta jurídica que la ciencia del derecho ha creado frente a las relaciones interpersonales, familiares y sociales modernas que han aparecido como estructuras de la sociedad. Estas figuras jurídicas, fueron creadas con el objetivo de

amparar legalmente a parejas o familias formadas de manera irregular, pero que en sus relaciones entre sí y con la sociedad actúan como si estuvieran casados.

Contienen varios elementos legales del matrimonio, como la sociedad de bienes conyugal, obligaciones entre convivientes y entre padres e hijos, derechos hereditarios, entre otros.

En la actualidad muchas personas desisten de casarse formalmente y simplemente empiezan a convivir juntos, razón por la cual ha proliferado el origen de muchas familias que no están acogidas por la ley, es decir, parejas de personas que no ha contraído matrimonio. Estas relaciones, producen derechos y obligaciones legales, económicas y familiares que el estado debe asegurarse de que se cumplan, ya que, como se explicó en el capítulo primero, la familia es la base fundamental de la sociedad y su protección es esencial para la supervivencia del estado y de la sociedad.

El matrimonio, por otro lado, puede ser apreciado desde dos perspectivas: a) religiosa y b) legal

- a) Las religiones más practicadas en el mundo han conceptualizado al matrimonio como la unión entre hombre y mujer, que se unen con el objetivo de vivir y trabajar juntos, de procrear y tener hijos y de ayudarse y cuidarse mutuamente. La realización de la celebración religiosa presupone la bendición de Dios a los unidos en matrimonio.
- b) Legalmente, el matrimonio es un contrato voluntario que consiste en la unión estable y en monogamia, entre hombre y mujer con el fin de vivir juntos, procrear, y auxiliarse mutuamente.

La religión es un rasgo cultural que ha sido de gran influencia en la sociedad, en la nación y en el estado. Es por eso, que los conceptos arriba expuestos son parecidos en el fondo y en la forma, sin embargo, las tendencias y filosofías modernas respecto del matrimonio han cambiado la variable inicial, únicamente, sin hacer distinción entre hombre y mujer, señalando solamente que es la unión entre dos personas.

Estas dos instituciones jurídicas del derecho, como lo son el matrimonio y las uniones civiles, han sido reestructuradas con la finalidad de que sean compatibles y funcionales con las relaciones entre personas del mismo sexo.

Estados Unidos, Canadá, España, Holanda, Portugal, Suecia, Islandia, Bélgica, Noruega, Argentina, México y Sudáfrica. Este es el listado de países que ha normalizado y acogido a la comunidad Gay de una manera cálida y humana. A excepción de Estados Unidos, México y Argentina, que tienen casos particulares, podríamos establecer que dentro del territorio de los países señalados las uniones civiles, el matrimonio y la adopción de niños es una realidad para los miembros de la comunidad gay.

Estados Unidos, México y Argentina son estados federales, en Estados Unidos el matrimonio entre homosexuales ha sido legalizado en seis jurisdicciones: Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, Nuevo Hampshire y Washington D. C., en México, es legal el matrimonio entre personas del mismo sexo, en México Distrito Federal, al igual que en Argentina, en donde solo es posible casarse en la provincia de Buenos Aires. En estos tres países la adopción de niños es legal, incluso, por parejas homosexuales unidas en sociedad de hecho o unión civil.

Además, se les ha otorgado la posibilidad de unirse civilmente en los estados de California, Colorado, Hawái, Maine, Maryland, Nevada, Oregón, Rhode Island, Wisconsin, Illinois, Nueva Jersey y otros. En México y Argentina también se ha aplicado la unión civil a parejas homosexuales en las demás jurisdicciones estatales.

Los países en que las uniones de hecho entre parejas homosexuales son legales son los siguientes: Alemania, Italia, Reino Unido, Dinamarca, Israel, Hungría, Finlandia, Suiza, Croacia, Andorra, Australia, Austria, Luxemburgo, Francia, Eslovenia, Nueva Zelanda, República Checa, Ecuador, Uruguay, Colombia, Brasil, Bolivia, Nicaragua, Puerto Rico, Guayanas francesas, entre otros. De esta lista, la adopción de niños para parejas homosexuales es posible solo en algunos de los países europeos.

De igual manera, existen países que se encuentran en un proceso legislativo para legalizar esta clase de relaciones entre los que se encuentran: Irlanda, Malta, Mónaco, San Marino, Liechtenstein.

Además existen muchos otros, en que las conductas homosexuales ya han sido despenalizadas, empero, aún no existe una legislación específica, respecto de la situación legal de las parejas gay.

Dentro del espectro occidental hay varios países en que la discriminación a personas homosexuales es aún bastante marcada como por ejemplo: Polonia, Grecia, Estonia, Lituania, Bulgaria, Rusia y Rumanía.

Al igual que muchas sociedades que se han preocupado de ajustar las leyes al comportamiento y tendencias sociales, que aparecen como producto de la dinámica de las relaciones interpersonales, otras se han mantenido, en sus principios tradicionales y no han permitido, que transiciones legislativas aporten nuevos cambios sociales. Países como: Emiratos Árabes Unidos, Arabia Saudita, Irán, Nigeria, Pakistán, Mauritania y Yemen, castigan con pena de muerte los actos homosexuales. Otros países como: Bangladesh, Camboya, Corea del sur, Japón India, Singapur, Nepal, Uganda, consideran delito menor las prácticas homosexuales y se les imponen multas o meses de cárcel a las personas descubiertas.

El fenómeno de la homosexualidad se ha manifestado mayormente en las sociedades occidentales, y, particularmente en los países industrializados o en vía de desarrollo que poseen las metrópolis más grandes y representativas del mundo. Los países subdesarrollados, son los que han mostrado renuencia y rechazo, a pesar de que el hecho es recurrente. En estos países es muy común todavía, la discriminación y la persecución a pesar de que las leyes los amparan.

En el caso de países de los continentes de Asia y África, éstos también se encuadran, dentro de las perspectivas culturales de los países subdesarrollados a pesar de que no lo sean, sin embargo, al ser países en que la religión y la ley se confunden, y al no existir, el estado laico, ha resultado mucho más difícil borrar o eliminar estigmas sociales o prejuicios que no son acordes a la evolución humana.

La diversidad de culturas, de comportamientos y de leyes, que muestran cada país, nación o estado específicamente, produce afectación en el derecho, ya que las manifestaciones jurídicas que otorgan derechos y obligaciones en un estado, es posible que en otro, no se las

reconozca o que sean incompatibles con éste. El derecho internacional dirige todos sus esfuerzos para lograr solucionar los conflictos jurídicos que aparecen, debido al tratamiento tan heterogéneo que existe en los distintos estados respecto de las conductas de las personas y las leyes que las regulan.

El reconocimiento social y jurídico de parejas gay constituidas en matrimonio, o en una unión de hecho o de bienes, es el mayor problema al que se enfrenta el derecho y la sociedad, ya que la migración de personas, sea con fines laborales, de turismo o de cualquier otra índole, puede generar relaciones jurídicas, que de hecho suceden, y que producen efectos jurídicos inmediatos, que al encontrarse en un conflicto de leyes entre legislaciones u ordenamientos jurídicos, provocan que una persona, indiferentemente, de su pertenencia a un estado determinado, sea vulnerada en sus derechos humanos y libertades civiles.

## **2.5 Los derechos de sexualidad y la comunidad gay en el futuro.-**

La Organización Mundial de la Salud es un organismo especializado y dependiente del Consejo económico y social de Naciones Unidas (ONU), organización a la que pertenece Ecuador y 192 países más de todo el globo terráqueo. Existen 5 o 6 Estados o naciones que no pertenecen a la ONU, empero, para efectos del presente trabajo no es relevante mencionarlos.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), fue creada por el Consejo económico y social, que es uno de los órganos más representativos de la (ONU), casi inmediatamente después de que ésta se fundó formalmente en San Francisco en 1945.

La Organización Mundial de la Salud, en Génova Suiza, el 28 de enero del año 2002, emitió un documento oficial llamado “Reporte Técnico de Salud Sexual” En este documento se enlistan los derechos humanos en materia de sexualidad, que son inherentes a mujeres y hombres, indistintamente de su orientación sexual, que devienen de los derechos

fundamentales de vida, libertad e igualdad consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

- “El estándar más alto posible, de salud sexual, incluido el acceso a cuidado médico sexual y reproductivo.
- Información oportuna respecto de la sexualidad.
- Respeto a la integridad del cuerpo humano.
- Escoger pareja o compañero.
- Decidir acerca de su actividad sexual.
- Relaciones sexuales consensuales.
- Derecho al matrimonio.
- Decidir el tener hijos o no, y cuando hacerlo.
- Derecho a una vida sexual saludable, placentera y segura.”<sup>26</sup>

Los derechos humanos relativos a la sexualidad, que nos presenta la (OMS), organismo esencial de Naciones Unidas (ONU), son el marco científico - legal de cómo debe abordarse la homosexualidad en todos los países que son miembros de la (ONU) y por tanto de la (OMS), así como también los que suscribieron la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Indistintamente de esto, he demostrado categóricamente los siguientes puntos:

1. Que la homosexualidad es una manifestación de la conducta sexual humana, que ha estado presente y ha sido constante en toda la historia de la humanidad.
2. Que existen factores biológicos, sociales y psicológicos que pueden influir en la orientación sexual homosexual, pero que de ninguna manera, puede considerarse que hay anomalías en el proceso de identificación sexual, sino simplemente que es un proceso diferente que tiene un grupo minoritario de ciudadanos del mundo.
3. Que no delito, ni enfermedad física ni mental, ésta última declarada por la comunidad científica internacional en reiteradas ocasiones.

---

<sup>26</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, (2002), *Reporte técnico de salud sexual*, Edición especial de Naciones Unidas, Génova, Pág. 5

4. Que existen millones de personas gay en el mundo que son funcionales, felices y realizados en todos los ámbitos de la sociedad.
5. Que la sociedad ha creado una serie de falsas percepciones acerca de la homosexualidad que no son consistentes con estadística alguna ni social, ni científica.

La norma contenida en el art. 68 de la República del Ecuador que prohíbe la adopción de niños, a parejas conformadas por personas del mismo sexo, le da un valor negativo a las parejas homosexuales, refuerza un estigma o prejuicio nocivo social y discrimina claramente a estas parejas, que han sido reconocidas parcial e insuficientemente por la ley.

La información presentada acerca de la homosexualidad ha sido meticulosamente procesada y expuesta con el objetivo de demostrar que, este fenómeno sociológico es una realidad social que aparece en todo el mundo, y que es sumamente necesario realizar las adecuaciones jurídicas pertinentes para que esta minoría de personas, no quede en la indefensión de sus derechos.

La comunidad gay se presenta como una minoría social que cada vez alcanza escalafones más altos como grupo o individualmente dentro de la sociedad. Muchas personas gay ocupan cargos públicos y privados importantes, lideran grandes organizaciones o conglomerados económicos, son grandes actores y cantantes, filántropos y activistas de causas sociales, políticos, médicos, ingenieros, abogados, etc.

La comunidad gay ha ganado importantes batallas en esta primera década del siglo XXI, tanto es así que, los diez estados que normalizaron totalmente las relaciones entre parejas gay, otorgándoles la posibilidad de casarse y de adoptar, lo hicieron entre los años 2000 y 2010.

En los países desarrollados las personas gay han alcanzado un reconocimiento social y legal que no diferencia a los ciudadanos en ninguna forma, es probable que ciertos sectores determinados, como la iglesia, se les oponga, empero no pasa de un simple desacuerdo de criterios.

El objetivo de la comunidad gay para el siglo XXI es lograr entre otras metas, que más estados legislen a favor de los derechos gay, es decir, despenalicen las conductas homosexuales en los lugares que constituyen delito, erradicar los actos de violencia, de discriminación y de odio contra personas homosexuales en todo el mundo y equipar los derechos civiles que poseen como personas y como parejas homosexuales, que es el caso particular del Ecuador.

La homosexualidad en Ecuador, como fenómeno sociológico, se ha desarrollado paralelamente al de la mayoría de países occidentales principalmente. El 27 de Noviembre de 1997 se despenalizó la conducta homosexual, eliminándola como delito del Código Penal ecuatoriano.

A partir de esta fecha, Ecuador comienza un verdadero proceso de cambio de actitud y de respeto y tolerancia a grupos sociales diferentes que a pesar de que llevan vidas que difieren al de la gran mayoría, no dejan de ser ciudadanos cobijados por la ley. En este proceso sirvió de mucho el movimiento migratorio de ecuatorianos hacia Estados Unidos, España y otros países desarrollados, ya que al ser una emigración masiva, permitió que la sociedad ecuatoriana interactúe con otras culturas expandiendo su capacidad de aceptación de la diversidad humana.

El 20 de Octubre de 2008, entra en vigencia la actual Constitución de la República del Ecuador, documento que se caracteriza por la declaración expresa del estado ecuatoriano de ser un país precursor del respeto a los derechos humanos de las personas, y que su tarea principal es garantizar y promover el efectivo goce de los derechos humanos en todo el mundo.

En este contexto, la Constitución del Ecuador de 2008, en relación al fenómeno de la homosexualidad, dan un gran paso hacia adelante, a diferencia de la Constitución aprobada el 11 de Agosto de 1998, que duró aproximadamente diez años, que únicamente se refería al ejercicio de derechos sin discriminación alguna.

La CRE en su art. 68 inciso primero señala:

“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...”<sup>27</sup>

El inciso citado, al especificar que, es la unión entre dos personas, abre la posibilidad, interpretándola lógicamente, de que parejas del mismo sexo puedan constituirse en una familia de hecho. Sin duda alguna, es un progreso o avance importantísimo en materia de derechos humanos y derechos civiles.

Sin embargo, el inciso segundo del art. 68 *Ibídem* al decir: “...La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.”

A mi criterio, representa un retroceso social y jurídico nefasto, que dentro de un cuerpo normativo, como la constitución de la República del Ecuador, en el cual se resalta el estado democrático de derechos, el respeto a la vida humana y la tolerancia a la diversidad, es contradictorio con la misma constitución y con todos los tratados internacionales de derechos humanos que ha suscrito el Ecuador.

La iglesia católica ejerce una presión negativa en nuestra sociedad, ya que su postura frente a ciertos temas sociales como el divorcio y el rol de la mujer, en su momento, o el aborto, el uso de anticonceptivos, la sexualidad y los derechos de personas gay, en la actualidad, ha sido intransigente e inamovible, y esto, la convierte en un poder fáctico peligroso que podría obstaculizar el desarrollo del derecho y de la sociedad.

Afirmo esto, porque cuando se trataban estos temas en las comisiones legislativas de la Asamblea Constituyente de Montecristi en el dos mil ocho, la iglesia católica, por medio de sus líderes en el Ecuador, abierta, pública y enfáticamente, se declararon en contra del otorgamiento de ciertos derechos inalienables de las personas, aduciendo que está mal y que es contrario a Dios, cuando en los países más importantes del mundo, los derechos de la mujer al aborto y de las personas gay al matrimonio y la adopción de niños encaja

---

<sup>27</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 68

perfectamente en el modelo de los estados modernos democráticos, laicos, humanistas, sociales y de derechos humanos.

Considero que nuestra sociedad está preparada para afrontar cambios sociales y legales, que viabilicen el camino hacia la entera aceptación de la comunidad gay, posibilitando en un futuro cercano, el otorgamiento del derecho de adopción de niños y el derecho a contraer matrimonio, a personas y parejas homosexuales, ya que en países como México y Argentina, en donde la iglesia católica es incluso, más representativa e influyente, ésta no ha podido detener que el derecho y la sociedad evolucionen, sin su influencia necesariamente.

La iglesia católica en el siglo XX, ha perdido credibilidad, respeto e influencia en los estados democráticos, principalmente, porque ciertos valores o principios religiosos, son contrarios o se han vuelto inadecuados a la vida humana contemporánea.

Empero, desde el punto de vista netamente jurídico esta prohibición o restricción que establece el art. 68 CRE, a las parejas homosexuales para poder adoptar niños, es completamente inadmisibles, incoherente y atentatoria de la ciencia del derecho, de los derechos consagrados en la Constitución del Ecuador y en los tratados internacionales suscritos por el estado ecuatoriano en ejercicio de su soberanía y atendiendo los principios y normas del derecho internacional.

Contraviene el principio más básico del estado de derecho y democrático, como lo es el principio de igualdad en derechos y obligaciones, que debe haber entre los ciudadanos.

Y, condena a la Constitución de la República del Ecuador a una inevitable enmienda constitucional, que pondría una vez más en evidencia, la incapacidad del legislador ecuatoriano, para crear normas, lo suficientemente eficaces, que trasciendan el tiempo.

## CAPÍTULO III

### FUNDAMENTOS EN DERECHO

#### **3.1 El ordenamiento jurídico: La Constitución de la República del Ecuador y el Derecho Internacional, marco normativo primordial.-**

La manifestación más pura de la ciencia del derecho son los ordenamientos jurídicos de los estados del mundo. Los órdenes normativos, además de regular la conducta de las personas y de organizar política e institucionalmente las sociedades, tienen la obligación de encarnar los fines más nobles de la humanidad como lo son: La paz, la justicia, el bienestar común y el derecho de todos a la búsqueda de la felicidad.

Hans Kelsen, tratadista contemporáneo de derecho, en su obra maestra se refiere a los ordenamientos jurídicos, en los siguientes términos:

“El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas”<sup>28</sup>

En los estados en que el derecho positivo (la norma), es la fuente principal del derecho, el orden jerárquico de las normas es trascendente, fundamental y determinante para la aplicación del derecho y para la realización de justicia.

El 20 de octubre de 2008, entró en vigencia la nueva Constitución de la República del Ecuador (CRE), que el pueblo ecuatoriano decidió otorgarse, por medio de un proceso de refundación del estado, que nosotros conocemos como Asamblea Constituyente de Montecristi.

---

<sup>28</sup> KELSEN H., (1979) *Teoría Pura Del Derecho*, Edición de Porrúa, México D. F. Pág. 232

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) en su art. 425 establece que el orden jerárquico de aplicación de normas es: "... La constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes..."<sup>29</sup>

Y, en su art. 424 *Ibidem* establece:

"...La constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico... La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público."<sup>30</sup>

De los extractos de las normas citadas, se deduce fácilmente la construcción escalonada del ordenamiento jurídico, característica esencial para la aplicación del derecho, que promulgaba Hans Kelsen, y que, representa un principio irrefutable de la ciencia del derecho.

Empero, del mismo modo resulta sencillo notar, que el art. 424 establece de manera ambigua que los tratados internacionales de Derechos Humanos tienen un tratamiento diferenciado al de un tratado o acuerdo económico, cultural o de cooperación.

La pregunta lógica ante esta falta de claridad es: ¿Los tratados internacionales en Derechos Humanos, jerárquicamente hablando, son, inferiores, equivalentes o superiores a la Constitución?

Antes de responder esta pregunta, cabría entender la posición jurídica y constitucional del Ecuador frente a los tratados internacionales y al derecho internacional, en general.

El art. 416 de CRE, que se refiere a los principios de las relaciones internacionales, dice:

"Numeral 7: Exige el respeto a los Derechos Humanos... y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con las suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos.

---

<sup>29</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 425

<sup>30</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 424

Numeral 9: Reconoce al derecho internacional como norma de conducta...<sup>31</sup>

Y el art. 417 *ibídem*, al respecto:

“... En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicaran los principios pro ser humano, de no restricción de derechos y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”<sup>32</sup>

El estado del Ecuador en su Constitución vigente, en sus arts. 416, 417, 424 y 425, en primer lugar, reconoce expresamente la vigencia, el valor jurídico y la práctica del derecho internacional por parte del estado ecuatoriano. En segundo lugar, ratifica el compromiso vivo de profundo respeto a los tratados y convenios de derecho internacional, en especial, los que a materia de derechos humanos se refieren.

Por tanto, la aplicación de los convenios y tratados internacionales en el Ecuador, es incontrovertible en derecho. Lo que faltaría es determinar, el rango jurídico que ostentan dentro de nuestra legislación.

En términos técnicos de derecho, y en el marco del orden jerárquico de las normas dentro de los ordenamientos jurídicos, los tratadistas de derecho, consideran que existen cuatro escenarios jurídicos bajo los cuales pueden ser apreciados los tratados de derecho internacional, en los ordenamientos jurídicos internos.

- a) *Supra constitucional*.- Están por encima de la constitución, es la norma superior.
- b) *Constitucional*.- Igual rango que una norma constitucional.
- c) *Supra legal*.- Están por encima de leyes, decretos ordenanzas, reglamentos, resoluciones, pero debajo de la Constitución.
- d) *Legal*.- A la par de la ley, lo que en derecho internacional, resultaría insuficiente para la suscripción de tratados y convenios de derecho internacional significativos y relevantes para mejorar la calidad de vida de las personas, al menos en países pobres y subdesarrollados como el nuestro.

---

<sup>31</sup> Constitución De La República Del Ecuador, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 416

<sup>32</sup> Constitución De La República Del Ecuador, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 417

Lo que es imposible determinar en este momento, sin realizar un ejercicio de interpretación lógica - jurídica, es si los tratados internacionales en materia de derechos humanos son equivalentes o superiores a la Constitución.

La pregunta que formulé unas líneas atrás, incluía la variable “*inferior*”, dentro de la formulación, la cual queda notablemente descartada, porque las normas de la CRE, que conciernen a la supremacía y jerarquía de las normas, así como también las de relaciones internacionales, ambas son coherentes y solidarias, específicamente, en lo que respecta a tratados de derechos humanos, categorizándolos o diferenciándolos de los demás tratados o convenios internacionales.

El comportamiento legislativo de creación de normas, de los honorables asambleístas, que actuaron en la creación de la Constitución que rige al Ecuador, encaja a la perfección con las corrientes y tendencias filosóficas y sociales modernas, que sitúan a los derechos humanos como el principio universal de derecho, que los ordenamientos jurídicos de los Estados que suscribieron la Carta de creación de las Naciones Unidas en San Francisco en 1945, deben incluirlo como valor humano, moral, social y legal, en sus órdenes jurídicos.

Tomando en cuenta que la CRE no es clara, sino más bien ambigua, acerca del rango jerárquico, que tienen los tratados y convenios de derechos humanos frente a la Constitución del Ecuador, e, indistintamente de que resultaren supra constitucionales o constitucionales (igual jerarquía), no importaría, ya que para efectos del presente trabajo de investigación, que pretende demostrar de manera contundente el carácter discriminatorio de una norma constitucional frente a una o algunas normas de derecho internacional en materia de derechos humanos, la contradicción y confusión entre una y otras ya estaría determinada, sea como una norma superior frente a otra de menor jerarquía, o entre dos normas homogéneas.

A través de la interpretación de normas, avanzaré más allá.

Demostrar la supra constitucionalidad de los tratados internacionales de derechos humanos y la interpretación restrictiva, limitante, errónea y discriminatoria, aplicada para la creación de la norma contenida en el art. 68 de de la CRE, que prohíbe la adopción de niños a parejas homosexuales.

Demostraré que de la norma arriba mencionada, devienen una serie interminable de inconsistencias jurídicas, que se contradicen espantosamente con principios esenciales del derecho, como:

- 1) El principio de igualdad de todos ante la ley y el Estado democrático de derecho.
- 2) El principio de no discriminación, reconocido en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos.
- 3) El principio de ciudadanía de las personas, los derechos y libertades civiles de las personas gay están siendo vulnerados por la propia norma constitucional.
- 4) Despersonaliza el principio fundamental o “*norma fundante básica*” de unicidad del ordenamiento jurídico que rige a los estados de derecho.
- 5) Atenta contra el principio de jerarquía gradual, de las normas en los ordenamientos jurídicos, ya que la norma contenida en el art. 424 CRE respecto de la jerarquía de las leyes, entendida e interpretada de manera lógica y jurídica, sugiere que los tratos de derechos humanos, están por encima de la constitución.
- 6) El principio del derecho internacional como norma de conducta.

Los dos últimos ítems enumerados han sido abordados desde la perspectiva jurídico – positiva, quedando tan solo analizarlos desde la perspectiva interpretativa – jurídica. Actividad que realizaremos en los siguientes sub capítulos, para defender las argumentaciones expuestas y comprendidas en los seis puntos arriba mencionados.

Entre tanto, sentaré las bases conceptuales legales de los cuatro primeros ítems, para facilitar la aplicación de la técnica jurídica interpretativa que precede.

El concepto de igualdad en sentido general es: “La proporción y correspondencia que resulta de muchas partes que uniformemente constituyen un todo”<sup>33</sup>

En sentido estrictamente legal, la igualdad encuentra su origen filosófico en la justicia, se configura jurídicamente a través de dos presupuestos esenciales; Primero, todas las personas tienen los mismos derechos y obligaciones, y, segundo, todas las personas son iguales ante la ley.

---

<sup>33</sup> ENCICLOPEDIA SALVAT, (1978) *Diccionario Salvat*, Edición de Salvat, Tomo II, Barcelona, 1978, pág. 1759

La CRE en su art. 11 numeral 2, inciso primero, determina que: “...Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades...”, y en el inciso tercero ibídem: “... El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad.”<sup>34</sup>

Y en el art. 66 numeral 4 ibídem: “...Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación...”<sup>35</sup>

La igualdad vista desde una óptica humanista, casi poética, se resume en las palabras de Miguel de Cervantes, uno de los escritores más reconocidos de la historia, creador de la obra magistral, llamada “*Don Quijote de la Mancha*” que dice:

“en una comedia muéstrense reyes, emperadores, pontífices, caballeros, damas y demás personajes; se acaba la comedia, se despojan de las vestimentas y todos se quedan iguales; En el mundo se hace cuanto acontece en la comedia, y llega la muerte, se despojan del ropaje, y todos somos iguales.”<sup>36</sup>

El Estado ecuatoriano se reconoce así mismo, en la CRE en su art. 1, como:

“... un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”<sup>37</sup>

El estado democrático de derecho, como se lo conoce en la doctrina tradicional, y que ha sido aceptado como el mejor modelo de organización política, jurídica y social, creado hasta el momento, modelo en el que Ecuador se acomoda naturalmente, nace de la voluntad libre y sin coerción, de los asociados o de los miembros de una sociedad, nación o grupo humano, para auto imponerse sus propias normas de convivencia social. Es lo que se conoce en el mundo del derecho como el “*pacto social*”, que consiste en la adherencia de

---

<sup>34</sup> Constitución De La República Del Ecuador, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 11

<sup>35</sup> Constitución De La República Del Ecuador, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 66

<sup>36</sup> DICCIONARIO GEOGRAFICO UNIVERSAL, (1967) *Frases Célebres De Todos Los Tiempos*, Edición de América S. A., Panamá, Pág. 138

<sup>37</sup> Constitución De La República Del Ecuador, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art.

un pueblo definido a un conjunto de normas y leyes, que obviamente, rigen a todos los ciudadanos de un estado, en igualdad de condiciones.

El estado de derecho surge como una consecuencia de la Revolución Francesa y de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, ya que, antes de que estos hechos históricos acontezcan, el concepto de igualdad, al menos ante la ley, era inconcebible, es solo a partir de estos acontecimientos, en que las personas empiezan a comprender que para que exista orden, paz, bienestar y justicia no pueden haber diferencias de ninguna índole entre los ciudadanos de un estado, además con el surgimiento, evolución y difusión de derechos humanos, ya se habla mucho de una igualdad formal universal de todos los seres humanos, que trascienda las fronteras de los estados.

En lo que respecta al significado de discriminación, discriminar o acto discriminatorio, tendremos que es, lo siguiente:

Dar un trato de inferioridad o excluir a una persona o colectividad en razón de su de edad, enfermedad, creencias religiosas o étnicas, origen, raza, afiliación política, nacionalidad, orientación sexual, status social u otro factor que pueda diferenciar a las personas.

El art. 3 de la CRE, su numeral 1 establece que son deberes del Estado:

“... Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales...”<sup>38</sup>

La CRE condena la discriminación en su art. 11, numeral 2, inciso segundo, que dice:

“... Nadie puede ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra

---

<sup>38</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 3

distinción... ,que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos; la ley sancionará toda forma de discriminación...»<sup>39</sup>

Y consecuentemente, se reformó el Código Penal ecuatoriano, incluyendo tipos penales, que sancionen conductas de odio, violencia o discriminación en contra de cualquier persona o grupo de personas, que por sus características resulten diferentes a la mayoría de personas.

El Art. 212.5 Código Penal ecuatoriano señala:

“Será sancionado con prisión de seis meses a dos años el que cometiere actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad...”<sup>40</sup>

Y el Art. 212.6 *ibídem*, dice:

“Será sancionado con prisión de uno a tres años, el que en ejercicio de sus actividades profesionales, mercantiles o empresariales, nieguen a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho, o excluya a una persona o niegue o vulnere o restrinja los derechos consagrados en la Constitución, por razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.”<sup>41</sup>

Como podemos apreciar, los términos “*igualdad*” y “*discriminación*” se encuentran relacionados jurídicamente, es decir, la ausencia de igualdad entre ciudadanos, acarrea como consecuencia inmediata, algún tipo de discriminación, que impide el ejercicio y el goce de las libertades civiles, de los derechos y garantías consagrados en la Constitución y los tratados y convenios internacionales.

---

<sup>39</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 11

<sup>40</sup> *Código Penal de Ecuador*, (1971), Registro oficial No 147 de 22 Enero de 1971 y reformado hasta el 2011, art. 212.5

<sup>41</sup> *Código Penal de Ecuador*, (1971), Registro oficial No 147 de 22 Enero de 1971 y reformado hasta el 2011, art. 212.6

En un documento oficial emitido por el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), organismo dependiente de Naciones Unidas, se precisa que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas de la existencia del derecho:

”La primera etapa se refiere al momento de crear las leyes que establecen derechos; la segunda a las necesidades que se satisfacen con ese derecho y la tercera, el aspecto activo del derecho, lo que implica que deber haber algún organismo donde la titular pueda denunciar la violación a su derecho y lograr el resarcimiento por la misma...”<sup>42</sup>

De lo establecido en los arts. 1, 3, 11 y 66 de la CRE y en los arts. 212.5, 212.6 del Código Penal ecuatoriano, puedo aseverar sin temor a la equivocación, que el principio de igualdad entre personas y el estado de derecho democrático, están expresamente declarados e instituidos en la CRE, que la CRE jamás conceptualiza el término “*discriminación*”, sin embargo, en la ciencia del derecho y en la vida en general, esta conducta es rechazada totalmente, ya que contiene una connotación negativa de intolerancia hacia personas determinadas. El término adquiere relevancia, después de la persecución y matanza de millones de judíos, por la simple razón, de serlo.

El principio de ciudadanía, en su forma más primitiva, apareció por primera vez, en la antigua polis griega, así como también en el Imperio Romano, cientos de siglos atrás, sin embargo, la esencia conceptual jamás ha cambiado. Tanto en la edad antigua como en pleno siglo XXI, la ciudadanía, es la pertenencia de una persona a una estructura social, a una nación, a un país o un estado. Es una facultad, condición o calidad que implica derechos, prebendas, beneficios y ciertas obligaciones, entre el estado y el ciudadano.

El reconocimiento jurídico de la ciudadanía representa el vínculo formal entre el estado de derecho y la persona. El estado del Ecuador, en su Constitución republicana, en el arts. 6 de la CRE hace este reconocimiento señalando que: “Todas las ecuatorianas y ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución...”<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Fondo De Desarrollo De Naciones Unidas Para La Mujer, (2006) *Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, Nueva York, UNIFEM Pág. 12

<sup>43</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 6

Para comprender la importancia de la ciudadanía de una persona, es necesario abordar el ordenamiento jurídico como derecho positivo u objetivo, y a la persona como sujeto de derechos subjetivos y de personalidad jurídica.

El estado de derecho, a diferencia de las monarquías y los imperios absolutistas, basa el gobierno y la organización, en la democracia, principalmente. El estado de derecho debe otorgar las condiciones necesarias, para que sus ciudadanos puedan desenvolverse plenamente en sus vidas y así poder hacer al estado más fuerte y glorioso.

Esas condiciones son conocidas como derechos civiles, políticos, sociales, culturales, económicos, etc. Este conjunto de derechos subjetivos son inherentes a los ciudadanos y a las personas, en general, que pertenecen a un estado de derecho adscrito a las Naciones Unidas y suscriptor de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

El art. 11 de la CRE, en sus numerales 6 y 7 establece categóricamente respecto de los derechos arriba mencionados lo siguiente:

“...Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía...

...El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas...”<sup>44</sup>

Para terminar con el tema de ciudadanía, cabe destacar su semejanza y diferencia con el término “nacionalidad”. Inicialmente y de manera genérica, son sinónimos, en sentido específico, la nacionalidad es el género y la ciudadanía la especie, es decir, todas las personas ecuatorianas son nacionales, pero solo una parte de ecuatorianos en razón de su edad y capacidad, son ciudadanos.

El Ecuador nuevamente, en ejercicio de su soberanía, en práctica del derecho internacional y cumpliendo principios contenidos en tratados de derechos humanos, presenta una innovación legislativa en su Constitución, en la cual elimina cualquier diferencia entre

---

<sup>44</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 11

ciudadanos y extranjeros, otorgándoles a éstos últimos ciertos derechos políticos, como el derecho al voto, derecho que se ha restringido para los extranjeros en la mayoría de estados, ya que se presupone que es un derecho que los extranjeros deberían ejercer en sus propios estados.

El art. 9 CRE dice: “Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución”<sup>45</sup>

Por tanto, queda verificado que el Ecuador no segrega en ninguna forma, constitucionalmente ni jurídicamente, a ningún ciudadano o grupo de ciudadanos ecuatorianos, extranjeros o a cualquier persona en general, ya que en los arts. 6 y 9, 11, numerales 6 y 7, de la CRE, así lo expresa textualmente.

Y por último, en este marco positivo – jurídico, explicaremos el significado de “*norma fundante básica*” y su relevancia en la investigación propuesta, como el hecho generador del ordenamiento jurídico y aspecto determinante, de esta fundamentación en derecho.

La “*norma fundante básica o norma hipotética fundamental*” es un término que ha sido traducido del alemán “*Grundnorm*”, y que podemos observarlo una y otra vez, en la “*Teoría Pura del Derecho*” de Hans Kelsen, documento que a mi criterio, representa la fuente doctrinaria jurídica más importante, que un estado como el Ecuador, basado en un ordenamiento jurídico positivista, puede tener para la aplicación del derecho.

En su tratado de derecho, Hans Kelsen, explica y detalla meticulosamente que la creación de cada norma encuentra su validez en otra norma y ésta en otra y así, hasta llegar de manera escalonada, a alcanzar la *norma fundante básica*.

En sus palabras:

“...constituye, ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas...”<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Constitución De La República Del Ecuador, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 9

<sup>46</sup> KELSEN H., (1979) *Teoría Pura Del Derecho*, Edición de Porrúa, México D. F. Pág. 214

“... la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema...”<sup>47</sup>

La *norma fundante básica*, es la respuesta racional y lógica presupuesta, que inspira, unifica y le otorga sentido a la Constitución y al ordenamiento jurídico, a través del pensamiento humano universal, que es generador de la ciencia del derecho, y de la difusión de ideas que fluctúan en las sociedades, y que las cambia paulatinamente, ya que su influencia alcanza inevitablemente el comportamiento legislativo que produce, reforma, elimina y se encarga del tratamiento de las normas jurídicas, dentro del orden jurídico de un estado soberano.

Es la unidad sistemática, que origina los elementos de un todo, contiene los valores, principios y presupuestos filosóficos, sociales, intelectuales, morales, culturales, lógicos e incluso también jurídicos, sobre los cuales debe edificarse el ordenamiento jurídico, para que las normas que provengan de éste, logren cumplir los fines, que el derecho se ha propuesto. La *norma fundante básica*, encarna el *deber ser* de la norma.

“...el significado de la norma fundante básica, se hace especialmente claro cuando una constitución no es modificada por las vías constitucionales, sino que es reemplazada revolucionariamente por otra...”<sup>48</sup>

Hans Kelsen, al mencionar la norma fundante básica en un ordenamiento jurídico, siempre se refiere a ella, en sentido singular, la envuelve de cierto misticismo y de un misterio, que prácticamente te sugestionan a la metafísico, te llevan a formularte las preguntas más profundas y complejas que el ser humano se ha hecho por miles de años, y para las que todavía, no ha encontrado respuesta. La inexactitud para definir el término, es simplemente, porque la *norma fundante básica*, reside en la conciencia de la humanidad y sirve únicamente para la interpretación objetiva de las normas, no para determinar su validez.

---

<sup>47</sup> KELSEN H., (1979) *Teoría Pura Del Derecho*, Edición de Porrúa, México D. F. Pág. 202

<sup>48</sup> KELSEN H., (1979) *Teoría Pura Del Derecho*, Edición de Porrúa, México D. F. Pág. 247

Hans Kelsen, escribió su obra maestra, unos cuantos años antes, del comienzo de la segunda guerra mundial, el positivismo jurídico estaba en su punto más alto, puesto que era la manera lógica y adecuada para garantizar el orden social y la estructura gubernamental, sin embargo, después de la guerra, el pensamiento humano universal cambiaría radicalmente, al constatar el genocidio de millones de personas, que ocurrió bajo el imperio de un ordenamiento jurídico válido, vigente y cruel.

En la introducción del presente trabajo de investigación se comentó, que las corrientes filosóficas más representativas del derecho, como lo son el positivismo jurídico y ius naturalismo, teorías que explican el origen del derecho, por mucho tiempo sostuvieron grandes disputas, sin embargo, después de los horrores de la segunda guerra mundial, las discrepancias terminaron y comenzó una nueva era, de organización social, política, económica y jurídica mundial.

Los principios esenciales del derecho natural, que fueron consagrados en la Revolución Francesa y la Declaración de Independencia de Estados Unidos, fueron asumidos con mucha mayor fuerza y responsabilidad por la comunidad internacional, siendo insertados como principios jurídicos elementales, para la creación de Organización Mundial de las Naciones Unidas (ONU) en 1945 y en la suscripción de La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, por parte de los países miembros de Naciones Unidas.

Estos hechos representan el nacimiento formal del derecho internacional y son el punto de partida para que los ordenamientos jurídicos de los diferentes estados soberanos, positivasen los derechos humanos, inalienables, naturales e inherentes a las personas, a través de la Constitución, sus normas, leyes y decretos.

Los principios del derecho natural, deben ser el sustento principal, de las normas de derecho positivo.

Por tanto, la *norma fundante básica*, fuente de inspiración filosófica y social de la Constitución de la República del Ecuador, podría contenerse en los siguientes presupuestos universales, que la sociedad ha desarrollado en el transcurso de su evolución, como especie humana, y, que están consagrados principalmente en el preámbulo de la Constitución, en su

parte dogmática, que se refiere a los derechos, libertades y garantías de las personas, y por último también, en la parte organizativa de los poderes del estado y su administración.

1. Soberanía del pueblo del Ecuador
2. El amor al Pacha Mama, que representa la naturaleza.
3. La fe en un Dios, más no la profesión de una religión determinada.
4. Herencia cultural del mundo occidental.
5. El suma kawsay, término indígena que significa, el buen vivir.
6. El respeto a los derechos humanos, a la diversidad y a la dignidad de todas las personas.
7. El Estado democrático de derecho, constitucional, de justicia, soberano unitario, laico, etc.
8. La igualdad formal y material de todas las personas frente al orden jurídico.
9. El reconocimiento del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno.
10. La paz.
11. Desarrollo económico social, popular y solidario.

Es posible que de la lista arriba expuesta, ciertos elementos contengan a otros, o uno a todos, sin embargo, y para efectos de la fundamentación en derecho, estos presupuestos fundamentales, son la base para la interpretación lógica - jurídica del ordenamiento de derecho del Ecuador, de las normas contenidas en la Constitución de la República del Ecuador y en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el estado ecuatoriano y de las leyes inferiores pertinentes.

### 3.2 La técnica jurídica: Interpretación.-

“...La interpretación es una comprensión o aprehensión de sentidos y significaciones, lo cual implica la vivencia del sentido de la vida y del mundo...”<sup>49</sup>

“Explicar o detallar el sentido de algo, y principalmente el de un texto... explicar acciones, dichos o sucesos que puedan ser entendidos de diferentes modos... concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad...”<sup>50</sup>

La técnica de interpretación es un ejercicio lógico intelectual que sirve para solucionar los problemas que plantea el derecho en el camino hacia la realización de justicia.

La Constitución, los códigos, las leyes, reglamentos y resoluciones han sido elaborados por personas, y al ser una obra humana, están sujetas al error, a la contradicción y a la confusión.

Al haber tantos cuerpos normativos que regulan todos los actos y conductas de las personas, pueden aparecer conflictos entre normas de mayor, igual o menor jerarquía, entre normas nuevas y otras que fueron creadas con anterioridad, surgen también incompatibilidades e incoherencias que obstaculizan la realización de justicia, o simplemente, puede suceder que la forma en que una norma ha sido explicada o redactada sugiere que ésta es oscura, incompleta o abstracta, por lo que, para poder ser aplicada deber ser interpretada por un órgano jurídico.

Por tanto, la única interpretación de normas de derecho, que tiene efectos jurídicos determinantes es la realizada por el legislador, al momento en que crea la norma, y por el juez, cuando emite una sentencia motivada.

Sin embargo, los juristas, abogados y estudiantes de derecho tenemos la obligación moral de realizar una interpretación doctrinaria. Primero, para el engrandecimiento de la ciencia del derecho y cumplimiento de los fines que éste persigue. Segundo, para exponer la innumerable cantidad de casos que vienen a nuestras manos y que debemos exponerlos ante

---

<sup>49</sup> CABRA M., (2001) *Introducción al derecho*, Edición de Colombiana, Bogotá, Pág. 319

<sup>50</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA (2011) *Diccionario Real Academia de la lengua*, España, disponible en: [www.rae.es](http://www.rae.es) Acceso 02 de Junio de 2011

los tribunales de justicia, y; Tercero, por mero placer intelectual y para dicha de las bibliotecas de derecho.

La aplicación de la técnica interpretativa jurídica a la norma contenida en el art. 68 de la CRE que se desarrolla en este capítulo, es lo que sustentará las aseveraciones que he sostenido a largo de este ensayo, por lo que creo que es justo y necesario que deje sentado expresamente, que lo realizo aplicando toda mi inteligencia, conocimientos y la sabiduría adquirida en mis años de vida, que no existe ningún fin político, ni conflicto de intereses, que podrían influir en el desenlace de este trabajo.

Cuando buscaba un título para mi trabajo final y leí el art. 68 de la CRE, la primera idea que se me cruzó por la mente fue: *Esto debe ser un error*, y después de eso, he leído el mismo artículo mil o quizá dos mil veces y sigo pensando que esto debe ser un error. La norma contenida en el art. 68 es abominable, y a pesar de lo poco o de lo mucho que puede significar este humilde trabajo de investigación, como doctrina respecto de derechos humanos y discriminación a personas o grupos minoritarios, lo hago porque es mi responsabilidad como persona humana, como jurista y como ciudadano de un mundo que proclama el respeto a los derechos humanos, por sobre todas las cosas y para todas las personas sin distinción.

La aplicación de la técnica interpretativa jurídica, es un proceso científico social que somete la norma sujeta a interpretación a un análisis meticuloso basado en cuatro filtros elementales:

- *Elemento gramatical.*- Del tenor literal de la norma, se verifica las reglas del lenguaje y expresión escrita, el uso común de las palabras y el sentido específico que se le da dentro de un contexto, ya que: "... no se puede presumir que el legislador se haya apartado de las reglas del lenguaje..."<sup>51</sup> Debe existir coherencia e integralidad literaria entre el conjunto de normas que contienen el ordenamiento jurídico.

---

<sup>51</sup>CABRA M., (2001) *Introducción al derecho*, Edición de Colombiana, Bogotá, Pág. 295

- *Elemento lógico.*- Se aplica el raciocinio, la inteligencia y el sentido común para argumentar o explicar la voluntad del legislador al momento de creación de la norma, se dilucida de manera lógica - deductiva cual era su intención, el contexto del cuerpo normativo, las condiciones, factores y cualquier otro aspecto que haya podido influir, en el momento en que la norma sería creada.
  
- *Elemento histórico.*- Es el análisis de todos los antecedentes históricos que influyeron en la norma que es interpretada. Esto es, en el campo jurídico: a) el tratamiento legal de la conducta regulada en la norma interpretada, y b) la manera en que fue incorporada al ordenamiento jurídico. En el campo social: a) la evolución del fenómeno sociológico o conducta humana, que es regulada en la norma interpretada y b) el valor de la norma frente a la realidad social actual que se vive en el lugar o territorio específico, y en el mundo en general. El primer y segundo capítulo del trabajo de investigación, sirvieron para mostrar la información necesaria del contexto histórico de derechos humanos y del fenómeno sociológico de la homosexualidad.
  
- *Elemento sistemático.*- Es el entendimiento de la norma que es objeto de interpretación, desde la perspectiva jerárquica del ordenamiento jurídico, es decir, se realiza un ejercicio inductivo que va de lo particular a lo general, comprendiendo a ésta como parte del capítulo, que a su vez es parte de un libro, y este libro es de un código y éste pertenece a un ordenamiento jurídico que se remite a una Constitución determinada, la cual se ha concebido en virtud de una *norma fundante básica*, que como ya apuntamos unas líneas atrás, es ese conjunto de ideas y pensamientos universales, que son los mejores para que una sociedad logre la felicidad.

Además se utiliza otras herramientas jurídicas, como la apreciación de la costumbre, los principios generales del derecho, la equidad, sana crítica y el sentido común, que es inherente a todas las personas. El intérprete, aplica su inteligencia, razón sabiduría, conocimientos empíricos y científicos, todo con el fin de lograr, una interpretación que refleje claramente, la búsqueda de la justicia.

La significación de la técnica interpretativa jurídica se resume en las palabras del jurista Oliver Wendell Holmes Jr., citado por Monroy Cabra, que dice:

“...la vida del derecho no ha sido lógica, ha sido experiencia; las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las instituciones del orden público, reconocidas o inconscientes, aún los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres. El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos y no puede ser estudiado como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. A fin de saber lo que es, debemos saber lo que ha sido y lo que tiende a ser...”<sup>52</sup>

En un discurso en materia de derechos humanos dirigido al pleno de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en su sede oficial en Nueva York, Estados Unidos, el 10 de Diciembre de 2010, el Secretario General de la ONU Ban Ki – moon dijo:

“While the Universal Declaration of Human Rights and United Nations human rights treaties do not explicitly mention –sexual orientation- or –gender identity-, UN treaty bodies, whose role is to monitor and support states compliance with treaty obligations, have issued a series of decisions or general comments, all confirming that existing treaty language on non – discrimination is sufficiently broad as to establish an obligation on states to protect individuals from discrimination on ground of sexual orientation...”<sup>53</sup>

>>A pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no especifican expresamente los términos *orientación sexual* o *identidad de género*, a criterio de los organismos de las Naciones Unidas, que tienen el rol de monitorear y cooperar con los Estados para que se cumplan sus obligaciones inherentes a los tratados, han emitido una serie de decisiones y comentarios, que confirman que la existencia de un tratado internacional que se refiera a la no discriminación es lo suficientemente amplio para establecer obligaciones sobre los

---

<sup>52</sup> CABRA M., (2001), *Introducción al derecho*, Edición de Colombiana, Bogotá, Pág. 303

<sup>53</sup> BAN KI MOON, (2010), *Discriminación sexual*, Discurso realizado ante la Asamblea General de Naciones Unidas. Nueva York, 10 de Diciembre de 2010

Estados, para que éstos, protejan a las personas de la discriminación en base a la orientación sexual.<<

Ecuador es miembro activo de Naciones Unidas, es un estado signatario de la Declaración Universal de Derechos Humanos que se aprobó el 10 de Diciembre de 1948 en el pleno de la Asamblea General de la ONU. Adicionalmente, suscribió el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, también auspiciado y promovido por ONU.

En el espectro regional ha suscrito otros tratados de derecho internacional en materia de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica en 1969 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, Colombia en 1948.

La manifestación del estado ecuatoriano en las relaciones internacionales es clara y abiertamente positiva frente al derecho internacional, tanto es así, que además de los tratados ya enumerados, suscribió también el tratado de Viena, sobre los derechos de los tratados en 1969, y lo que es mejor, lo hizo sin reserva alguna, al igual que con los otros tratados de derecho internacional en lo que a materia de derechos humanos se refiere.

Algunas personas creerían que la no formulación de reserva alguna, para la adherencia a estos tratados, es una señal de buena fe y de respeto por parte del Ecuador hacia el derecho internacional, y un compromiso desinteresado del estado ecuatoriano con los derechos humanos y la dignidad humana.

Mi modo de ver la vida y la historia del Ecuador principalmente, me sugiere que no es así, el Ecuador ha suscrito un sinnúmero de tratados y convenios de derecho internacional, no solo en derecho humanos, sino también económicos, sociales, culturales y de cooperación y la mayoría de las veces no hace objeción alguna acerca de los textos que se manejan y eventualmente son ratificados por el estado.

El estado ecuatoriano es un país que no juega un rol estelar en el concierto internacional y en la geopolítica mundial, ni siquiera un papel secundario, es por esto, que el ejercicio del derecho internacional y la suscripción del estado ecuatoriano de tratados y convenios internacionales, en cada momento de la historia republicana de Ecuador, muestran la visión

que tuvieron nuestros antecesores, de que participando activamente en las relaciones internacionales con los demás estados, estimularía el desarrollo humano y social de Ecuador en todos sus aspectos.

Sin embargo, la suscripción de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos acarrear obligaciones de los estados frente a las personas, obligaciones que han sido asumidas por Ecuador, sin ninguna clase de limitación.

Hasta aquí, me he dado el trabajo de detallar meticulosamente la importancia de los derechos humanos en el mundo contemporáneo y como han sido reconocidos totalmente por el ordenamiento jurídico que rige al Ecuador.

He expuesto con claridad y diligencia un fenómeno sociológico, al que yo personalmente, era ajeno o conocía muy poco sobre el tema, como es la homosexualidad y la comunidad gay.

He puesto en relieve máximas irrefutables de derecho como la igualdad, la democracia, la no discriminación.

Se ha mostrado la cara de un nuevo tipo familiar conformada por la pareja gay, un núcleo familiar que posee los mismos elementos que posee cualquier familia del mundo, es solo que es un poco diferente en su estructura.

Ya no podemos seguir tratando estos temas de manera irresponsable, usándolos como gatillos de presión política, sugestionando a una sociedad inculta y extremadamente religiosa, todos tenemos televisión e internet en nuestras casas, todos somos testigos de los hechos cuando estos, suceden y todos somos usuarios de las telecomunicaciones en un mundo globalizado, en que la información nos alcanza en el momento en que se produce. Basta de hipocresía, basta.

Uno de los cantantes más famosos y representativos del mundo, Ricky Martin, vía *twitter*, declaró al mundo, que después de un largo proceso de entendimiento y reflexión acerca de su vida había comprendido que era gay u homosexual. En su primera aparición en vivo, tras las declaraciones emitidas en *twitter*, en los premios *billboard* 2010, en San Juan de Puerto Rico, tuvo una ovación de pie que tardó más de diez minutos en callar, él es el orgulloso

padre de dos niños. Esto lo vimos todos por televisión o por internet. Este es el mundo en que vive el Ecuador, no en el que se discrimina constitucionalmente a las personas, en base a la orientación sexual.

El Ecuador es un país que se acomoda perfectamente a la evolución del fenómeno sociológico gay, el rol que juega la iglesia es detestable, es un actor político que se muestra convenientemente, desatendiendo su tarea principal, que es la fe. El Ecuador es un país laico, no podemos concebir que las personas gay, queden desprotegidas y sean mermadas en sus derechos inalienables, irrenunciables e intransferibles, porque la iglesia no está de acuerdo, todos estamos siendo autores y cómplices de un terrible atentado a la personalidad jurídica de un grupo de ciudadanos minoritario, México dijo basta, Argentina también, Ecuador no puede continuar viviendo este absurdo jurídico y social.

A continuación confrontaré el art. 68 de la CRE con la propia Constitución y después con los tratados de derecho internacional más importantes en materia de derechos humanos.

### **3.3 Art. 68 de la CRE frente a la Constitución de la República del Ecuador.-**

El art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) determina que:

“La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.”<sup>54</sup>

El efecto jurídico que produce la vigencia de la norma citada, contenida en el art. 68 de la CRE, es la derogación inmediata, en virtud de una norma posterior y jerárquicamente superior, de los arts. 222 y 223 del Código Civil ecuatoriano, que establece:

---

<sup>54</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 68

“La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona...”<sup>55</sup>

“Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales, así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos...”<sup>56</sup>

En los dos artículos hay que corregir el texto, ya que la unión de hecho es la unión entre dos personas, y ya no solo la unión entre hombre y mujer, tal como lo determina el art. 68 de la CRE.

La CRE, en su art. 68, establece claramente que la unión de hecho es la unión entre dos personas, abriendo la posibilidad a que parejas del mismo sexo, se constituyan en una familia.

El art. 67 de la CRE dice:

“...La familia, sus tipos y el matrimonio.- Se reconoce a la familia en sus diversos tipos; El Estado la protegerá como el núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines... ... se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho...”<sup>57</sup>

La familia constituida por una pareja gay, es reconocida por la CRE como una familia de hecho, en sus arts. 67 y en el art. 68 *ibídem*, dice: “... generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas por matrimonio...”<sup>58</sup>

La última oración del art. 68 de la CRE dice: “...La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.”

Impide que la familia, con base en una pareja gay, sea protegida como núcleo fundamental y que se garantice la consecución de sus fines.

---

<sup>55</sup> *Código Civil de Ecuador*, (2005), Registro oficial No 58 de 12 de Julio de 2005, Art. 222

<sup>56</sup> *Código Civil de Ecuador*, (2005), Registro oficial No 58 de 12 de Julio de 2005, Art. 223

<sup>57</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 67

<sup>58</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 68

Se les quita deliberadamente, a las parejas gay, el derecho civil a formar una familia, en caso de no poder hacerlo naturalmente, prohibiéndoles el derecho a adoptar niños. Ya no se configura lo establecido en la misma norma del art. 68 de la CRE que dice: "...generará los mismos derechos y obligaciones..."

La pareja conformada por personas del mismo sexo es una familia reconocida, protegida y considerada como base esencial de la sociedad. Se establece en la norma constitucional que las familias constituidas de hecho, tienen los mismos derechos y obligaciones, que las parejas constituidas en matrimonio.

La prohibición expresa del art. 68 de la CRE, que restringe la posibilidad de adoptar niños a parejas gay, es discriminatoria, ya que no existe base científica ni legal, para limitar a ciudadanos de la plenitud de sus derechos.

El art. 11 numeral 2 de la CRE dice:

"...Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades... nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio económica, condición migratoria, orientación sexual... ni por cualquier otra distinción personal o colectiva..."<sup>59</sup>

La prohibición contenida en la norma del art. 68 de la CRE, es contradictoria y contraviene el art. 11 (Principio de aplicación de derechos) de la CRE en su numeral 2, directamente, y además acarrea la confusión con los numerales 3, 4, 6, 7 y 8, inciso primero, del mismo art. 11 de la CRE, de manera indirecta.

El art. 68 de la CRE discrimina a las parejas gay, en razón de su orientación sexual e identidad de género, tal como lo determina el art. 11 de la CRE. Si conocemos que la CRE no conceptualiza el término discriminación, también es conocido, que tiene una connotación negativa, segrega o diferencia a las personas, categorizándolas en ciudadanos de primera y segunda clase.

---

<sup>59</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 11

El impedimento de adoptar niños a parejas o personas homosexuales contraría los derechos de libertad establecidos en el art. 66 numerales 3, 4, 5, 9, 10, 18, 20 de la CRE, atentando contra la personalidad jurídica de la persona homosexual, la norma contenida en el art. 68, establece que personas gay, ciudadanos ecuatorianos y extranjeros, no podrán adoptar niños, si es que su orientación sexual es de carácter homosexual, es decir, su orientación sexual determina el acceso al derecho a adoptar niños, cuando lo correcto sería que ese derecho esté sujeto a un estudio en conjunto, de sus características humanas, familiares, sociales, económicas, profesionales, culturales y de cualquier otra índole, que puedan reflejar estabilidad, felicidad y un ambiente de amor y paz.

La persona homosexual o gay, al declararse abiertamente como tal, resigna su derecho a formar una familia, ya que constitucionalmente, se le impide su derecho a la adopción, como alternativa para lograr formar una familia. La ley prácticamente, les está obligando a mentir, a estas personas, acerca de su vida sexual y social, ya que fácilmente se puede llevar una vida heterosexual y engañar a los servidores públicos.

Además, existen tantos métodos alternativos para concebir hijos, en la actualidad, que la prohibición de adoptar niños para parejas homosexuales, es incluso, ilógica y ridícula, ya que la ley, en primera instancia, supuestamente estuviera protegiendo solo a los menores o niños, que están bajo responsabilidad del estado, el problema es que no se dice, de qué se les está protegiendo, porque si se lo diría, comprobaríamos que Ecuador es un país que discrimina a sus ciudadanos en virtud de su orientación sexual.

El fenómeno sociológico de la homosexualidad ha sido explicado detalladamente, no existe razón alguna para que las personas homosexuales sean tratadas diferenciadamente, la influencia de la religión católica y algunos de sus preceptos más importantes son totalmente incongruentes con el estado de derecho, el principio de democracia y de igualdad, y los principios universales de derechos humanos.

Al restringirles el derecho a la adopción de niños a las parejas gay, en el art. 68 de la CRE, se produce una incoherencia notable con los siguientes artículos, de la misma CRE: arts. 1, 3 numerales 1 y 4, arts. 9, 10, 11 numerales 2, 3, 4, 6, 7 y 8, art. 66 numerales 3, 4, 5, 9, 10, 18, 20, y el art. 67 y el propio art. 68., en su primer inciso.

Los artículos citados contienen en el texto de sus normas, los principios del estado democrático de derechos, laico y diverso, el principio de igualdad en derechos y obligaciones de todos los ciudadanos frente a la ley, el principio de no discriminación entre personas, y los derechos y libertades civiles necesarios para vivir.

La norma contenida en el art. 68 de la CRE, sometida a la interpretación gramatical, lógica, histórica y sintética, es completamente contraria a los pensamientos universales humanos, sociales y jurídicos, que motivaron la creación de una nueva Constitución, es indiferente con los principios, derechos y garantías que proclama la constitución y principalmente representa un acto legislativo de discriminación, en razón de la orientación sexual.

Como hemos anotado en el presente trabajo de investigación, el derecho internacional, juega un papel preponderante para la apreciación de la norma contenida en el art. 68 de la CRE.

El ordenamiento jurídico que regula al estado ecuatoriano, por medio de su Constitución, reconoce al derecho internacional como norma de conducta, lo que nos faltó por dilucidar en los sub capítulos anteriores, es el rango jerárquico que ostentan los tratados y convenios de derechos humanos en nuestra legislación.

El art. 424 de la CRE establece:

“...La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico... La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”<sup>60</sup>

El art. 417 *ibídem*, al respecto dice:

---

<sup>60</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 424

“... En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicaran los principios pro ser humano, de no restricción de derechos y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”<sup>61</sup>

Y, por último, el art. 11 numeral 7 de la CRE dice:

“... El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas...”<sup>62</sup>

Aplicando la interpretación lógica – gramatical, la Constitución de la República del Ecuador, da a entender que el fin más importante del ordenamiento jurídico es el efectivo goce de los derechos humanos, para todas las personas, que la única manera para lograrlo, es el cumplimiento de las obligaciones contraídas con la suscripción de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos por el Ecuador en ejercicio del derecho internacional.

El art. 424 de la CRE, sitúa a los tratados internacionales de derechos humanos que contengan derechos más favorables a los establecidos en la Constitución, por encima de ésta, el art. 417 íbidem, establece que se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos y el art. 11 numeral 7 de la CRE concibe la posibilidad de que derechos inherentes a las personas, no estén expresados en la constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos, por tanto no excluye la existencia de otros derechos que se deriven de la dignidad de las personas.

Si contrastamos estos datos, con el comportamiento legislativo para la creación de normas y leyes, a lo largo de la historia republicana del estado del Ecuador, encontraremos que el reconocimiento del derecho internacional por parte del estado ecuatoriano es recurrente y constante, además, la concepción universal de los derechos humanos, como principio esencial de los ordenamientos jurídicos democráticos, es consecuente con el desarrollo del pensamiento humano y social de la idiosincrasia de la sociedad ecuatoriana.

---

<sup>61</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 417

<sup>62</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 11

Una vez interpretadas las normas referentes al derecho internacional y a los tratados internacionales de derechos humanos de la CRE, desde la perspectiva gramatical – lógica e histórica, se deduce claramente que el Ecuador se alinea perfectamente a las nuevas concepciones y tendencias humanas filosóficas, sociales, jurídicas, culturales y económicas, que sitúan a los derechos humanos como el principio universal de derecho más importante, que debe ser sustento principal de los ordenamientos jurídicos de los estados signatarios y suscriptores de la Carta de fundación de la Organización de Naciones Unidas de 1945 ONU, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y de los demás tratados internacionales regionales en materia de derechos humanos.

La interpretación jurídica aplicada a las normas de la CRE, que se refieren a la jerarquía de las normas y a las relaciones internacionales, sugieren de manera determinante, que el rango jerárquico de los convenios y tratados internacionales de derechos humanos, es supra constitucional, es decir, se encuentran por encima de la Constitución.

Los únicos órganos que podrían ilustrar oficialmente estas verdades tan evidentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, son los asambleístas (legisladores), quienes crean las normas y los jueces, quienes ejercen jurisdicción para la aplicación de las normas, a los casos concretos que se presentan, para la administración de justicia.

Una vez establecido el rango superior de los convenios y los tratados de internacionales de derechos humanos, sobre la Constitución de la República del Ecuador, demostraré que la creación de la norma contenida en el art. 68 de la CRE, que prohíbe la adopción de niños a parejas homosexuales, desatendió totalmente los principios universales proclamados en la Carta de fundación de la Organización de Naciones Unidas de 1945 ONU, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en los demás tratados internacionales regionales en materia de derechos humanos.

El Ecuador no está asumiendo, ni jurídica ni socialmente, con responsabilidad, las obligaciones que devienen de la ratificación del estado ecuatoriano de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

Al parecer suscribimos todos estos tratados de derecho internacional sin entender las consecuencias jurídicas, sociales y culturales que éstos acarrearán e implican.

Es inconcebible que pretendamos lucir sofisticados dentro del concierto internacional de naciones, suscribiendo cuanto tratado internacional nos ponen en frente, para después sacar a relucir tradiciones culturales, que son incompatibles con estos tratados de derecho internacional, que ya no son consistentes con la evolución social y humana, y que más bien nos limitan en nuestras relaciones con otros estados y con personas pertenecientes a otros estados.

Nuestra herencia cultural, profundamente religiosa y católica, es el único obstáculo que impide que las personas gay, tengan acceso al ejercicio de todos sus derechos humanos, sin limitación alguna. El tema de la pareja homosexual y de la persona homosexual, en general, ha sido manejado, mejor dicho, ha sido controvertido, de manera política y con auspicio de la iglesia católica.

Si bien es cierto que la religión y la fe, son una fuente positiva de principios y de valores morales y sociales, ciertos de estos principios y leyes religiosas presuponen conductas determinadas, que las personas deben tener en razón de su fe, pero que jurídicamente, no tienen ningún valor, consecuencia o efecto.

Una sociedad educada e ilustrada en el concepto de derechos humanos, no puede concebir jamás que la religión influya en el otorgamiento de derechos y garantías para los ciudadanos que conforman dicha sociedad, el Ecuador es un estado laico desde comienzos del siglo XX.

La unión entre personas homosexuales y la crianza de niños por parte de personas o parejas gay, resulta difícil de aceptar, ya que después de todo, se nos ha inculcado que la unión entre parejas del mismo sexo, es algo anormal que atenta contra el amor de Dios, también es cierto que la diferenciación de personas, es decir, la discriminación en base a la orientación sexual es algo completamente inconcebible dentro de un estado de derecho y democrático. La pregunta sería ¿Qué es más importante, la realización plena, de una persona o de una religión?

A mi criterio, la prohibición contenida en el art. 68 de la CRE, que impide a parejas homosexuales la posibilidad de adoptar niños, es una consecuencia de la presión política efectuada por la iglesia católica, a favor de uno de los bandos que disputaban el poder, en

aquel momento histórico de refundación del estado ecuatoriano que se vivió en Montecristi, en el año dos mil ocho y que traería consigo, una nueva Constitución de la República del Ecuador, que se encuentra en plena vigencia en este año, dos mil once.

Los movimientos o partidos políticos que tradicionalmente se consideraban los más sólidos y poderosos, como PSC (Partido Social Cristiano), PSP (Partido Sociedad Patriótica) y la ID (Izquierda Democrática), PRIAN entre otros, se alinearon conveniente y estratégicamente a una postura conservadora, con el fin de sabotear la Constitución, que Movimiento País proclamaba, en virtud de su amplia victoria democrática en las urnas.

Los perdedores de la Asamblea, en una búsqueda insaciable de recuperar espacios de poder perdidos, debido a su ineptitud, su impericia y falta de responsabilidad patriótica y social, intentaron desestabilizar el plan de gobierno de la bancada socio política ganadora, resaltando la herencia cultural religiosa y católica del pueblo ecuatoriano, y se aprovecharon de un fenómeno sociológico real, que merecía una atención específica y un tratamiento jurídico trascendente, para acusar, a los constituyentes del partido ganador, de personas inmorales que quieren legalizar el matrimonio entre homosexuales y la adopción de niños, y éstos últimos, lo permitieron.

Utilizaron como chivos expiatorios a este grupo minoritario de ciudadanos, situándoles en el ojo público, de manera negativa y discriminatoria, beneficiándose de la ignorancia popular, respecto al fenómeno sociológico.

Se abordó el tema políticamente y no socialmente como debería haber sido, el fenómeno sociológico de la homosexualidad, no es una cuestión de disputa de poder o de supervivencia del estado, es una cuestión de derechos humanos, de derechos civiles, de vidas humanas que no pueden desarrollarse plenamente porque la ley y la sociedad no los protegen adecuadamente.

Ese es el problema jurídico, social y humano, que genera el surgimiento recurrente y constante de esta minoría de ciudadanos. Ellos quieren desarrollar sus vidas, libremente, sin limitaciones y protegidos por la ley. Por más difícil que parezca, la sociedad se acostumbrará, de la misma manera, que nos acostumbramos a ver mujeres líderes trabajadoras y emprendedoras, al trato igualitario entre razas, a la práctica de varias

religiones en una misma familia, a las familias modernas de padres y madres divorciados, hijos e hijastros, familias desnaturalizadas del patrón social común, debido a la migración y al trabajo, y muchas otras formas familiares e individuales, que han surgido como una manifestación natural de la evolución humana y social de la especie.

En el siguiente sub capítulo, expondré los argumentos jurídicos pertinentes y realizaré la interpretación en derecho de los cuerpos normativos del derecho internacional en materia de derechos humanos, que considero esenciales para el análisis jurídico propuesto.

#### **3.4 Art. 68 de la CRE frente a los tratados internacionales de derechos humanos.-**

En el presente trabajo, el derecho internacional, entendido éste, como el conjunto de principios y normas jurídicas contenidas en los tratados y convenios internacionales, suscritos por el estado del Ecuador, es un elemento fundamental, para el análisis en derecho de la norma del art. 68 de la CRE y su correspondiente, interpretación. Sin embargo, explicar responsablemente como se origina, desarrolla y evoluciona el derecho internacional significaría una investigación completamente enfocada en el derecho internacional como tal.

Por tanto, y, para efectos de la investigación propuesta, me limitaré a comentar que los antecedentes que dan paso al surgimiento del derecho internacional, como una rama del derecho y norma de conducta entre estados soberanos, democráticos y de derecho, se condensan, con la firma de la Carta de creación de las Naciones Unidas, en San Francisco en 1945.

El antecedente que logró unir, de una vez por todas, a la gran mayoría de estados del mundo civilizado, es la segunda guerra mundial. Una vez que se conoció del genocidio perpetrado por el “*third reich*”, liderado por Adolfo Hitler, en contra de millones de personas en base a su raza, a su religión y su origen, las naciones del mundo lideradas por

el eje de los aliados (Estados Unidos, Inglaterra, Francia y la Unión Soviética), quienes derrotaron a la Alemania de Hitler, crearon las Naciones Unidas, con el fin de que, los horrores sucedidos en Europa, jamás se vuelvan a repetir.

Así lo podemos apreciar en el preámbulo de la carta de creación de las Naciones Unidas de 1945 que dice:

“... Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”<sup>63</sup>

Y consecuentemente con estos principios, en el art. 1 numeral 3 *ibídem* se establece que uno de los propósitos de Naciones Unidas es:

“... Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma, religión...”<sup>64</sup>

En este punto cabe destacar que el Ecuador, ratificó su compromiso frente a Naciones Unidas sin objeción alguna, es decir, que es un estado miembro de las Naciones Unidas, sin ninguna clase de limitación o condición.

El art. 7 numeral 1 de la Carta de creación de Naciones Unidas determina que:

“... Se establece como órganos principales de las Naciones Unidas: una Asamblea General, un Consejo de Seguridad, un Consejo económico y social, un Consejo de Administración Fiduciaria, una Corte internacional de Justicia y una Secretaría...”<sup>65</sup>

El art. 62 numerales 1, 2 y 3 de la Carta de creación de la ONU, establecen que el Consejo económico y social:

---

<sup>63</sup> *Carta de las Naciones Unidas*, (1945), Firmada el 26 de junio de 1945, preámbulo de la carta

<sup>64</sup> *Carta de las Naciones Unidas*, (1945), Firmada el 26 de junio de 1945, art. 1

<sup>65</sup> *Carta de las Naciones Unidas*, (1945), Firmada el 26 de junio de 1945, art.7

“... podrá hacer o iniciar estudios e informes con respecto a asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y, otros asuntos conexos, y hacer recomendaciones sobre tales asuntos a la Asamblea General, a los miembros de Naciones Unidas y los organismos especializados integrados...

... podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad, de tales derechos y libertades...

... podrá formular proyectos de convención con respecto a cuestiones de su competencia para someterlos a la Asamblea General...”<sup>66</sup>

Este el contexto jurídico sobre el cual Ecuador, como país miembro de Naciones Unidas, ha suscrito la mayoría de tratados y convenios internacionales en general, y específicamente en materia de derechos humanos, sin realizar reserva alguna, respecto de las normas contenidas en estos tratados y convenios de derecho internacional.

Como estado signatario de la Carta de creación de Naciones Unidas de 1945, el Ecuador suscribió la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969 y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados 1969. Además, es miembro de la Organización Mundial de la Salud (OMS) 1945, dato que resulta determinante para mi exposición. A excepción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que fue patrocinada, promovida y ejecutada por la organización de Estados Americanos (OEA) 1948, los demás tratados internacionales son proyectos e iniciativas de los órganos rectores de Naciones Unidas, primordialmente.

La suscripción y posterior ratificación de cada uno de los tratados internacionales enumerados anteriormente, además de otros, reflejan claramente el ejercicio pleno y el respeto del estado de Ecuador a las normas del derecho internacional, contenidas en los tratados y convenios de derecho internacional, especialmente los concernientes a derechos humanos, asumiendo obligaciones inmediatas, después de su ratificación, que deben generar efectos jurídicos y sociales, que garanticen a todas las personas que viven en el

---

<sup>66</sup> *Carta de las Naciones Unidas*, (1945), Firmada el 26 de junio de 1945, art. 62

Ecuador, el efectivo goce de los derechos humanos y las libertades civiles necesarias, para desarrollar sus vidas y lograr la felicidad.

Las normas relativas a derechos humanos que se encuentran plasmadas en los tratados y convenios de derecho internacional, tienen una característica de generalidad muy marcada, que parecería, que deben ser interpretadas, acogidas y aplicadas por medio de los ordenamientos jurídicos de los estados signatarios del convenio internacional, de la manera en que beneficie a más personas, es decir, que produzcan paz, bienestar y seguridad.

Al confrontar, las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, con parte, de la norma contenida en el art. 68 de la CRE, específicamente, en la que se prohíbe expresamente la adopción de niños para parejas homosexuales, o mejor dicho, que restringe la adopción de niños, solo para parejas de distinto sexo, se podrá apreciar la interpretación restrictiva, discriminatoria y negativa, que se hace de una conducta humana, la cual es regulada a través de una norma constitucional, que atenta contra la personalidad jurídica de una minoría ciudadana.

La afectación de los derechos humanos y libertades civiles de personas y parejas gay se evidencia y se configura en el momento de creación de la norma constitucional del art. 68 de la CRE, por parte, del legislador.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III) del 10 de Diciembre de 1948, en un extracto de su preámbulo, declara al mundo lo siguiente:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos

fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos, de hombres y mujeres...”<sup>67</sup>

El art 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina:

“... Todos los seres humanos nace libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros...”<sup>68</sup>

El art. 6 ibídem, dice:

“... Todo ser humano tiene derecho, en todas sus partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica...”<sup>69</sup>

El art. 7 ibídem, al respecto:

“... Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley...”<sup>70</sup>

De la lectura del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los arts. 1, 6 y 7 ibídem, y aplicando la técnica interpretativa jurídica, es decir, sometiendo las normas a los filtros gramaticales, lógicos, históricos, sintéticos y demás métodos, que sirvan para mostrar el verdadero camino del derecho y de la justicia, puedo aseverar que en la Declaración, el principio de igualdad entre las personas, principio jurídico de derecho que rige todo estado democrático y soberano, es reafirmado y fortalecido al ser introducido en este documento tan trascendente de la historia humana universal.

Se puede interpretar que en el art. 6 ibídem, que hace referencia a la personalidad jurídica de los seres humanos, supone que ésta, no está completa, si falta una de sus partes, es decir, del conjunto de derechos y libertades, que son inherentes a la personas, sin distinción alguna, y que deben ser garantizados por el estado, no puede restringírsele derecho o

---

<sup>67</sup> *Declaración universal de Derechos Humanos*, (1948), Resolución 217 A (iii), 10 de Diciembre de 1948, Preámbulo de la Declaración.

<sup>68</sup> *Declaración universal de Derechos Humanos*, (1948), Resolución 217 A (iii), 10 de Diciembre de 1948, art. 1

<sup>69</sup> *Declaración universal de Derechos Humanos*, (1948), Resolución 217 A (iii), 10 de Diciembre de 1948, art. 6

<sup>70</sup> *Declaración universal de Derechos Humanos*, (1948), Resolución 217 A (iii), 10 de Diciembre de 1948, art. 7

libertad alguna, a ninguna persona, puesto que esto acarrearía, una limitación a la personalidad jurídica.

Limitación que se configura perfectamente, en el caso de la norma contenida en el art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador, que prohíbe a las parejas gay el derecho a adoptar niños, ya que, se les quita deliberadamente el derecho, la facultad, oportunidad o alternativa de formar una familia y tener hijos, en caso de no poder hacerlo de manera natural.

Esta limitación, no responde a un fin de bienestar común o interés estatal, sino más bien, categoriza a un grupo de ciudadanos como imposibilitados de poder adoptar y criar a un niño, en razón de su orientación sexual, es decir, discrimina a las personas y parejas gay, abierta y expresamente.

Además de todo esto, la tarea de interpretación sugiere también de manera obvia que la creación de la norma del art. 68 de la CRE, que prohíbe a parejas homosexuales a adoptar no corresponde a principios jurídicos reconocidos dentro de la jurisprudencia legal de la ciencia del derecho, sino parecería, que su contenido pretende satisfacer principios religiosos y morales, que se alinean más a los intereses políticos y al poder, que a los intereses sociales, jurídicos y humanos universales, proclamados en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

El art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, complementa el alcance del principio de igualdad, estableciendo que:

“... Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...”<sup>71</sup>

Nuevamente, al igual que en la Constitución de la República del Ecuador, la Declaración Universal de Derechos Humanos, no conceptualiza, el término discriminación, sin embargo, el sentido común, lógico y jurídico, que desarrolla cualquier jurista, lo llevaría a

---

<sup>71</sup> *Declaración universal de Derechos Humanos*, (1948), Resolución 217 A (iii), 10 de Diciembre de 1948, art. 2

la conclusión de que el art. 2 ibídem, declara expresamente, que no existe distinción alguna entre personas, por tanto, se configura claramente, el principio de no discriminación, en este artículo del tratado internacional de derechos humanos.

El art. 68 de la CRE, en la parte en que excluye a las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar niños, discrimina a estas personas, en base a su orientación sexual homosexual.

Se demostró categóricamente, en el segundo capítulo del presente trabajo, en el que se trató el fenómeno sociológico de la homosexualidad, que el criterio de Naciones Unidas, se basa exclusivamente en los documentos emitidos por sus organismos especializados, que en este caso específico corresponde a la Organización Mundial de la Salud (OMS), en virtud del tratamiento social y científico con que se abordó el tema de la homosexualidad.

El 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que la homosexualidad es una orientación sexual diferente y la excluyó de la lista de enfermedades mentales. Y, el 28 de enero del año 2002, emitió un documento oficial llamado “Reporte Técnico de Salud Sexual”, documento en el que se especifica, los derechos relativos a la sexualidad, que fueron expuestos en el capítulo segundo del trabajo de investigación.

Se empezó una campaña, auspiciada por Naciones Unidas, para promover activamente los derechos de sexualidad de las personas y la necesidad de proveer la información necesaria, por parte de los estados, respecto de la sexualidad, para que las personas decidan en base de la educación sexual inculcada, la orientación sexual, que más se acomode a su comodidad y felicidad.

Es por eso, que las normas constitucionales modernas hacen referencia, a los derechos de sexualidad, en la CRE se puede apreciar claramente esta tendencia, en el art. 66 numeral 9 que establece el derecho de las personas a:

“... tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y su orientación sexual...”<sup>72</sup>

Se deduce de una manera tan obvia, que raya en lo grotesco, que el ordenamiento jurídico por medio de su Constitución, declara que la elección de la orientación sexual de las personas, es un derecho civil reconocido constitucionalmente y por los tratados de derecho internacional en materia de derechos humanos, sin embargo, la orientación sexual homosexual de un individuo, genera el efecto jurídico inmediato, en nuestra legislación, de no poder ejercer el derecho civil de adoptar, alternativa natural, para las parejas que desean conformar una familia que implique la crianza de niños.

Muchas parejas homosexuales logran formar sus familias a través de inseminación artificial, vientres de alquiler o realizan personalmente, el acto sexual con una persona del sexo opuesto, para cumplir su sueño, de tener una familia completa.

Es evidente que las relaciones heterosexuales representan la regla y las relaciones gay la excepción, sin embargo, y en virtud, de las estadísticas, es prudente que el fenómeno de la homosexualidad sea tratado como una alternativa más de la manifestación sexual humana.

Las Naciones Unidas por medio de sus organismos especializados, como lo es la Organización Mundial de la Salud, emiten documentos, resoluciones, comentarios y criterios generales, que deben ser acogidos por los estados miembros de la (ONU) y de la (OMS). Estos datos, se basan en investigaciones científicas, sociales y humanas contundentes y detalladas, que persiguen un único fin, el bienestar común y la evolución intelectual, social y humana del ser humano.

Se ha demostrado hasta la saciedad que el fenómeno de la homosexualidad ha sido sujeto de falsas percepciones desarrolladas históricamente en la sociedad, que son erróneas y contrarias a la evolución natural de la humanidad.

Como consecuencia de esto, se produjeron fuertes prejuicios morales y religiosos en la sociedad, que todavía impiden la incorporación completa de conceptos intelectuales, filosóficos y morales, que contienen las nuevas tendencias progresistas y manifestaciones

---

<sup>72</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 66

humanas, que inevitablemente deben ser recogidas en algún momento, por los ordenamientos jurídicos, de los estados democráticos de derecho y respetuosos de los derechos humanos.

Esto es lo que aconteció y aún acontece, con la norma contenida en el art. 68 de la CRE, ya que, a pesar de que la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el año 2008, en su creación, sugiere:

- a) la alineación expresa del estado ecuatoriano a las nuevas tendencias intelectuales, jurídicas, sociales, económicas y humanas.
- b) Que el estado de Ecuador reconoce, el derecho internacional y los tratados internacionales de derechos humanos primordialmente, y
- c) sostiene que el principio de igualdad de sus ciudadanos, e incluso de los extranjeros, en lo que se refiere a derechos y libertades civiles, es fundamental en un estado de derecho democrático.

Los legisladores no supieron exponer el fenómeno sociológico a su sociedad y se permitió que se lo utilice como factor político para la detentación del poder, perjudicando y limitando injustamente los derechos humanos y las libertades civiles, a un grupo minoritario de la sociedad.

La prohibición de adoptar niños a parejas homosexuales que se establece en el art. 68 de la CRE, es contraria totalmente con la Declaración Universal de Derechos Humanos, ya que se puede notar sin mucho esfuerzo que es una norma discriminatoria en base a la orientación sexual, sin embargo, y para reforzar mis aseveraciones, expondré las incoherencias existentes con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Empero, antes de analizar las normas pertinentes, contenidas en los otros tratados de derecho internacional, en materia de derechos humanos, suscritos por el Ecuador, me queda por interpretar la norma del art. 16 numerales 1 y 3, de la Declaración Universal de Derechos Humanos que se refieren a la familia:

“... Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...

...La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad del Estado...”<sup>73</sup>

Del lo expresado en art. 16, numeral 3 de la Declaración, se puede denotar que el significado que el Estado ecuatoriano, le ha asignado a la familia dentro de su ordenamiento jurídico y su constitución es esencialmente igual al de la Declaración, como podemos apreciarlo en el art. 67 de la CRE que dice “...El Estado la protegerá como el núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines... se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho...”<sup>74</sup>

En el mismo art. 67 de la CRE, se establece que la familia se constituye por vínculos jurídicos y de hecho, y en el art. 68 *ibídem*, configura el vínculo familiar de hecho, como la unión estable y monogámica entre dos personas, libres de vínculo matrimonial.

Aquí radica el avance jurídico, social y humano de la Constitución de la República de Ecuador, norma superior del ordenamiento jurídico, ya que en su art. 68, permite la unión civil y de bienes entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, en la última oración del último artículo mencionado, prohíbe la adopción de niños a parejas homosexuales, causando una contradicción jurídica abismal, con los principios, derechos y garantías constitucionales, con las normas consagradas y las obligaciones asumidas, en los tratados y convenios de derecho internacional de derechos humanos, y es en sí misma, una norma discriminatoria, que en la doctrina de derecho mundial se las conoce como “leyes apartheid”, es decir, que segregan y diferencian a sus ciudadanos en base a una característica individual permanente o temporal.

Estas normas eran utilizadas con frecuencia en países como Estados Unidos o Sudáfrica, para el trato legal de los esclavos. Por ejemplo, las personas negras no podían estudiar en la

---

<sup>73</sup> *Declaración universal de Derechos Humanos*, (1948), Resolución 217 A (iii), 10 de Diciembre de 1948, art. 16

<sup>74</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 67

universidad, o entrar a ciertos lugares o tener ciertos derechos, ya que eran considerados seres inferiores.

El art. 16, en sus numerales 1 y 3, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoce a la familia como el elemento esencial de la sociedad y proclama expresamente el derecho de hombres y mujeres, a partir de la edad correcta, a casarse y fundar una familia que será protegida por estado.

En ninguna parte del texto de la norma o en el espíritu de ésta, se establece o se da a entender que, el matrimonio o la familia debe constituirse, a partir o en base de la pareja heterosexual, a pesar de que la unión entre hombre y mujer, sea la conducta más practicada.

La amplitud y generalidad de la norma internacional, da la posibilidad de interpretar jurídicamente su contenido, y una vez aplicada la técnica jurídica, concluyo en que el concepto de matrimonio, que conceden la CRE en su art. 67 que es: "... El matrimonio es la unión entre hombre y mujer..."<sup>75</sup>, y el art. 81 del Código Civil ecuatoriano: "... 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..."<sup>76</sup> Son concepciones religiosas que, sin duda alguna, armonizan con una sociedad preponderantemente, católica, pero que son completamente inadecuadas y contradictorias frente a las concepciones jurídicas y sociales modernas, ya que impide la evolución del derecho y de los derechos humanos en particular.

En el capítulo segundo del presente trabajo, en el que se desarrolló el tema de la homosexualidad como fenómeno sociológico, se detalló de manera pragmática, como ha evolucionado éste, en el mundo, y en especial en la sociedad occidental, a la que pertenece Ecuador.

Por lo que es sencillo dilucidar que la realidad histórica del país frente a al tema de la homosexualidad, no es indiferente de ninguna manera, a la realidad mexicana, argentina, americana o española. En el capítulo cuarto, por medio del derecho comparado

---

<sup>75</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, art. 67

<sup>76</sup> *Código Civil de Ecuador*, (2005), Registro oficial No 58 de 12 Julio de 2005, art. 81

estableceremos las diferencias y semejanzas entre las legislaciones de Ecuador, Estados Unidos, España y Argentina.

El movimiento migratorio de millones de ecuatorianos, hacia países como Estados Unidos y España, ocurrido en las décadas de los 70´80´y 90´, la emigración de miles de estudiantes a México, Argentina y otros países, y el desarrollo de las telecomunicaciones y el acceso masivo a la información, nos muestran el fenómeno gay de una manera totalmente diferente a como era antes, revelando grandes virtudes, talentos y acciones de personas gay y de la comunidad gay en general, pero sobretodo, mostrándonos que su orientación sexual no interfiere con sus capacidades intelectuales, sociales, afectivas y emocionales.

Ecuador no es ajeno a esta realidad, la prohibición de adoptar niños a parejas homosexuales, que se encuentra enunciada en el art. 68 de la CRE, no es coherente con la realidad social de Ecuador y mucho menos, es coherente con los principios de derecho que deben integrar los ordenamientos jurídicos de los estados.

En un discurso en materia de derechos humanos dirigido al pleno de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en su sede oficial en Nueva York, Estados Unidos, el 10 de Diciembre de 2010, el Secretario General de la ONU Ban Ki – moon, se refirió a la discriminación, en base a la orientación sexual, en los siguientes términos:

“...As men and women of conscience, we reject discrimination in general, and in particular discrimination based on sexual orientation and gender identity... where there is tension between cultural attitudes and universal human rights, universal human rights must carry the day...”<sup>77</sup>

>>...Como hombres y mujeres conscientes, nosotros rechazamos la discriminación de manera general, y específicamente, la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género... Donde haya tensión entre actitudes culturales y derechos humanos, los derechos humanos deben prevalecer al final del día...<<

Para terminar con esta sección analizaremos las normas de derecho internacional, contenidas en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 y en la

---

<sup>77</sup> BAN KI MOON, (2010), *Discriminación sexual*, Discurso realizado ante la Asamblea General de Naciones Unidas. Nueva York, 10 de Diciembre de 2010

Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969 principalmente, esto, con el objetivo de demostrar que todos los tratados internacionales de derechos humanos poseen características bastante parecidas en el contenido de sus normas y que los fines que persiguen son iguales: la paz, la realización individual y colectiva de todos los seres humanos, el bienestar común y un orden democrático, social, de derecho e igualitario.

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, es un documento reproducido por uno de los órganos de Naciones Unidas, como lo es el Consejo Económico y Social.

Mediante resolución 2200 A (XXI) fue adoptado en el pleno de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966, y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, es decir, a partir de esta fecha es parte del ordenamiento jurídico del estado ecuatoriano, como país miembro de Naciones Unidas.

Del siguiente extracto, del preámbulo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, se puede advertir que este documento o convenio de derecho internacional, es incuestionablemente congruente con la Declaración Universal de Derechos Humanos, tanto en sus principios y dogmas, como en las normas y procedimientos que ordena.

“...Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables... Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana... Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos...”<sup>78</sup>

En el art. 2 del Pacto dice:

“...Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza,

---

<sup>78</sup> *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, (1966) Resolución 2200 A (xxi), 16 de Diciembre de 1976, Preámbulo del Pacto

color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...»<sup>79</sup>

El artículo citado es complementario, del art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que de igual forma, proclama que los derechos humanos, sean estos, civiles, políticos, económicos, culturales y de cualquier otra índole, pertenecen a todos los seres humanos sin distinción alguna. Además en el art. 2 del Pacto, hace énfasis en que los estados deben esforzarse para que los derechos contenidos en el Pacto, sean efectivamente ejercidos por todos los habitantes del territorio del estado signatario del tratado internacional.

Al igual que en la Constitución de la República del Ecuador, la Carta de creación de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto, tampoco conceptualiza el término “*discriminación*”, sin embargo, a través de la interpretación que se ha aplicado a los cuerpos normativos citados al comienzo del párrafo, el principio de no discriminación se encuentra vivo, en el espíritu del art. 2 del Pacto y también en los art. 4, 24 numeral 1 y 26 del mismo orden legal.

Extracto del Art. 4: “... En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados partes en el presente pacto podrán adoptar disposiciones que... suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social...”<sup>80</sup>

El art. 24 numeral 1 *ibídem*, establece que:

“... Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas

---

<sup>79</sup> *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, (1966) Resolución 2200 A (xxi), 16 de Diciembre de 1976, art. 2

<sup>80</sup> *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, (1966) Resolución 2200 A (xxi), 16 de Diciembre de 1976, art. 4

de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de la familia, de la sociedad y del Estado...»<sup>81</sup>

Y el art. 26 *ibídem* al respecto de la discriminación:

“...Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”<sup>82</sup>

Los arts. 4, 24 numeral 1 y 26 del Pacto, complementan el contenido normativo del art. 2, que se refiere al reconocimiento, de que, los derechos consagrados en el Pacto, pertenecen a todas las personas sin distinción alguna y que los estados deben encargarse para que éstos se hagan efectivos y que sean ejercidos por las personas. Utilizan propiamente el término “discriminación” y le asignan enfáticamente, la connotación nociva que ésta inspira. Y, por último, manifiestan expresamente, el principio o máxima del derecho, que proclama la igualdad de todos ante la ley.

En lo que respecta al principio jurídico de cualquier estado de derecho y democrático, el cual es, el principio de igualdad de todos ante la ley, también está expresado claramente, en los arts. 3, 14 y 16 del Pacto, sin perjuicio, de que se lo pueda observar en otros artículos, detalle que no sería extraño, ya que una de las características principales que debe poseer todo cuerpo normativo, es la integralidad y la coherencia entre sus normas, sean estas inferiores, de igual o mayor jerarquía.

Éste es, precisamente el inconveniente que existe con la norma contenida en el art. 68 de la Constitución del Ecuador, que prohíbe la adopción de niños para parejas gay.

El art. 68 de la CRE, es innegablemente contradictorio con normas y principios de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, atentando contra la

---

<sup>81</sup> *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, (1966) Resolución 2200 A (xxi), 16 de Diciembre de 1976, art. 24

<sup>82</sup> *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, (1966) Resolución 2200 A (xxi), 16 de Diciembre de 1976, art. 26

integralidad, coherencia y armonía que debe existir en el ordenamiento jurídico, sus códigos y leyes, y la subordinación legal, que el estado ecuatoriano, a través del derecho, le ha cedido al derecho internacional, específicamente, en lo que a tratados internacionales de derechos humanos se refiere.

El Art. 3 de Pacto dice:

“... Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos, enunciados en el presente Pacto...”<sup>83</sup>

Art. 14 *ibídem*: “... Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia...”<sup>84</sup>

Art. 16 *ibídem*: “... Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica...”<sup>85</sup>

De los arts. 3, 14 y 16 del Pacto, destaco, la ratificación y el énfasis, que se hace respecto al principio de igualdad de todos ante ley. Además, el art. 16 del Pacto, al igual que en el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que se refieren a la personalidad jurídica de las personas, insinúa incipientemente, la interrelación e interdependencia que tienen todos los derechos estipulados en el Pacto, al igual que en la Declaración.

El motivo por el que hago hincapié en el significado de la personalidad jurídica, es porque la personalidad jurídica, es inherente a las personas o ciudadanos de cualquier estado, y del mundo en general.

La personalidad jurídica, es algo similar a la capacidad legal, que es la facultad de obligarse y de ejercer plenamente, todos los derechos civiles, políticos, económicos, culturales, etc.

---

<sup>83</sup> *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, (1966) Resolución 2200 A (xxi), 16 de Diciembre de 1976, art. 3

<sup>84</sup> *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, (1966) Resolución 2200 A (xxi), 16 de Diciembre de 1976, art. 14

<sup>85</sup> *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*, (1966) Resolución 2200 A (xxi), 16 de Diciembre de 1976, art. 24

No todas las personas que pertenecen a un estado o los extranjeros que viven en él, gozan de una capacidad legal total, esto es, debido a edad, enfermedad, condición migratoria o resoluciones judiciales, que declaran la incapacidad de una persona en virtud de una ley expresa, o simplemente existen limitaciones legales que no contravienen derechos humanos en ningún sentido.

Ejemplos de esto es, el menor que no tiene edad para votar, el disipador o toxicómano, que no pueden administrar sus bienes o ejercer la patria potestad de sus hijos, o la persona condenada a cumplir una pena, en razón de un delito cometido, lo que conlleva la pérdida de derechos civiles políticos, principalmente.

El art. 1461 del Código Civil ecuatoriano conceptualiza la capacidad legal como: "... poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio y autorización de otra..."<sup>86</sup>

El art. 1462 del Código Civil ecuatoriano determina: "... Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces..."<sup>87</sup>

El art. 1463 *ibídem* al respecto: "... Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito... Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos..."<sup>88</sup>

La personalidad jurídica es el género y la capacidad legal la especie, la personalidad jurídica es un concepto más profundo y amplio que la capacidad legal, puesto que presupone, además del reconocimiento de derechos y deberes de las personas, el principio de no discriminación, es decir, la personalidad jurídica nace con la vida misma, y su plenitud, se basa en la protección, vigilancia y garantía del estado para con las personas, de que sus derechos y libertades son efectivos.

En el caso de la norma contenida en el art. 68 de la CRE, que prohíbe la adopción de niños a parejas gay, la personalidad jurídica, así como también la capacidad legal de los individuos aludidos, se ven seriamente comprometidas, ya que se restringe un derecho civil,

---

<sup>86</sup> *Código Civil de Ecuador*, (2005), Registro oficial No 58 de 12 Julio de 2005, art. 1461

<sup>87</sup> *Código Civil de Ecuador*, (2005), Registro oficial No 58 de 12 Julio de 2005, art. 1462

<sup>88</sup> *Código Civil de Ecuador*, (2005), Registro oficial No 58 de 12 Julio de 2005, art. 1463

como es el de la adopción, a un grupo minoritario de ciudadanos, en virtud de su orientación sexual, es decir, la creación de la norma y sus efectos jurídicos, son incontrovertiblemente discriminatorios.

Considero que el análisis jurídico de la Carta de creación de Naciones Unidas de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, es lo suficientemente completo y evidente, como para establecer de forma irrefutable, que la norma contenida en el art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador, que restringe el derecho de parejas homosexuales a adoptar niños, es discriminatoria y contradictoria con principios universales de derecho y normas contenidas en los cuerpos normativos que rigen al Ecuador, especialmente, las concernientes a tratados internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, citaré ciertos extractos pertinentes de las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969, con el objetivo de dejar sentado que los pensamientos filosóficos, humanos, morales, sociales, económicos, intelectuales y jurídicos, que inspiraron los tratados internacionales citados en el párrafo anterior, son los mismos que inspiraron la Convención Americana, demostrando así, que la conducta legislativa de las personas encargadas para la creación de normas y leyes, se basa en el equilibrio entre la experiencia individual, la realidad social, interna y externa, y el sentido común, especialmente.

El Art 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice:

“... Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que está sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole...”<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, (1969), Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos en vigencia desde el 18 de julio de 1978, art. 1

Art. 3 ibídem: "... Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica..."<sup>90</sup>

Art. 17 numeral 2 ibídem: "... Se reconoce el derecho al hombre y mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención..."<sup>91</sup>

Y el art. 24 ibídem: "...Todas las personas son iguales ante la ley; En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley..."<sup>92</sup>

De los artículos citados, que pertenecen a la Convención, solo haré énfasis en que, al igual que en la Declaración Universal y en el Pacto Internacional, se reconoce a la familia como célula fundamental de la sociedad y que al tratar el tema del matrimonio, jamás, en ninguno de los tres tratados internacionales expuestos, se declara o se da a entender, que éste deba ser contraído entre hombre y mujer, específicamente.

Al igual que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, enfatiza enérgicamente en la connotación negativa del término discriminación, a diferencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que resulta ligeramente displicente.

En cada párrafo de la presente investigación he pretendido, probar, argumentar y demostrar que la norma contenida en el art. 68 de la CRE, que prohíbe la adopción de niños a parejas gay, violenta el principio de igualdad consagrado en la constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos, que la norma contenida en el art. 68 de la CRE es discriminatoria, que en la actuación del legislador, se interpreta erróneamente los convenios de derechos humanos, que éstos, resultan supra constitucionales, es decir, su aplicación y por ende su interpretación, debería haberse basado en principios amplios, progresistas, humanos y jurídicos y no en intereses políticos o agendas preestablecidas.

---

<sup>90</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, (1969), Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos en vigencia desde el 18 de julio de 1978, art. 3

<sup>91</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, (1969), Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos en vigencia desde el 18 de julio de 1978, art. 17

<sup>92</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, (1969), Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos en vigencia desde el 18 de julio de 1978, art. 24

### **3.5 La figura jurídica de la adopción, en el orden normativo del Ecuador.-**

La figura jurídica de la adopción, se encuentra conceptualizada y regulada, en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el Código Civil del Ecuador, en la Constitución de la República del Ecuador y en los tratados de derecho internacional; específicamente, en la Convención sobre los Derechos del niño de 1989, instrumento jurídico, que es auspiciado, promovido y ejecutado por Naciones Unidas, en base a los principios universales, que reconocen el respeto de los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación alguna, y que es obligación del estado, garantizarlos.

En los subcapítulos 3 y 4 que antecedieron, se ha demostrado cabalmente que la norma constitucional del art. 68 de CRE, que prohíbe la adopción de niños a parejas gay, es una norma discriminatoria, en base a la orientación sexual de las personas.

Empero, el análisis interpretativo jurídico, no estaría completo, sin la argumentación legal, respecto de las normas y condiciones contenidas en los cuerpos normativos de menor jerarquía, que son consecuentes y están relacionados directamente con la norma constitucional del art. 68 de la CRE, que es sometida a observación. Sin embargo, advierto que las conclusiones parciales, que devienen del estudio de la figura jurídica “*adopción*”, arrojan de manera reiterativa, determinante y lógicamente congruente, los mismos resultados de los análisis previos realizados en los sub capítulos anteriores.

El Código Civil ecuatoriano define a la adopción en su art. 314 así:

“... La adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre,... ... respecto de un menor de edad que se llama adoptado...”<sup>93</sup>

Del concepto que adjudica el Código Civil, se deduce que éste, es claro y conciso, es una norma de carácter general, que explica una figura legal que consiste en establecer un

---

<sup>93</sup> *Código Civil de Ecuador*, (2005), Registro oficial No 58 de 12 Julio de 2005, art. 314

vínculo jurídico, por medio de la ley, entre una persona y un menor de edad, que no son padre/madre e hijo.

No se impone todavía, ninguna condición especial, solo, se conceptualiza pragmáticamente el término.

El art. 316 *ibídem*: "... Para que una persona adopte un menor, se requieren las siguientes condiciones: que el adoptante sea legalmente capaz, disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas, que sea mayor de treinta años, y tenga, por lo menos, catorce años más que el menor adoptado..."<sup>94</sup>

Art. 318 *ibídem*: "... Los célibes y los que se hallaren en actual estado de viudez, o de divorcio no podrán adoptar, sino a personas del mismo sexo que el adoptante..."<sup>95</sup>

Art. 319 *ibídem*: "... Las personas casadas pueden adoptar indistintamente a persona de uno u otro sexo, haciéndolo de común acuerdo; En cuanto a la limitación de edad... se tomará en cuenta la edad del marido..."<sup>96</sup>

En el texto de los arts. 316, 318 y 319 del Código Civil ecuatoriano, se establecen ya, condiciones especiales y limitaciones específicas para que la adopción se haga efectiva.

El motivo de esto, es simplemente porque los niños, niñas y adolescentes son considerados como grupo prioritario en cualquier estado del mundo, ellos simbolizan el futuro de la nación, del estado y de la especie. El cuidado de un menor requiere de un conjunto de cualidades emocionales, familiares, sociales, económicas entre otras, que aseguren el bienestar del menor.

En los arts. 44 y 45 de la CRE, el estado ecuatoriano reconoce enfáticamente los derechos y garantías que los niños, niñas y adolescentes deben poseer:

"... El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos;

---

<sup>94</sup> *Código Civil de Ecuador*, (2005), Registro oficial No 58 de 12 Julio de 2005, art. 316

<sup>95</sup> *Código Civil de Ecuador*, (2005), Registro oficial No 58 de 12 Julio de 2005, art. 318

<sup>96</sup> *Código Civil de Ecuador*, (2005), Registro oficial No 58 de 12 Julio de 2005, art. 319

se atenderá el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas...”<sup>97</sup>

“... Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura; al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria... a ser consultados en los asuntos que los afecten...”<sup>98</sup>

En consecuencia con las normas constitucionales arriba citadas, dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador, está en vigencia una ley orgánica especial que regula las materias específicas, que conciernen los derechos, garantías y condiciones, que todos los niños deben tener para desarrollar sus vidas a plenitud.

El Código de la Niñez y Adolescencia vigente desde el año 2003 en el estado de Ecuador, además de contener los derechos y garantías, también constan el conjunto de normas, reglas y procedimientos, que atañen a los niños, como lo es su rol dentro de la sociedad, la patria potestad que ejercen los padres sobre los hijos, el derecho del niño y la obligación del padre a cuidar de su hijo, tenencia, alimentos, violencia intrafamiliar e infantil, delitos contra niños, menores infractores, trabajo infantil, la adopción y otras más.

Esta es la razón por la cual, el Código Civil se remite y subordina, en esta materia en especial, al Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), como se puede apreciar en el Art. 322 del Código Civil ecuatoriano, que dice:

“... La solicitud de adopción se elevará al Juez de la Niñez y Adolescencia, de la jurisdicción del adoptante, quien procederá en la forma prevista en este Código y el Código de la Niñez y Adolescencia, según el caso...”<sup>99</sup>

El art. 151 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que:

---

<sup>97</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 44

<sup>98</sup> *Constitución De La República Del Ecuador*, (2008), Registro oficial No 449 de 20 de Octubre de 2008, Art. 45

<sup>99</sup> *Código Civil de Ecuador*, (2005), Registro oficial No 58 de 12 Julio de 2005, art. 322

“... La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentre en aptitud social y legal para ser adoptados...”<sup>100</sup>

El art. 152 ibídem:

“... La ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establece entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial...”<sup>101</sup>

De los dos primeros artículos relativos a la adopción, que se encuentran en el código, es importante destacar que en el art. 151 del (CNA), no especifica, que significa idoneidad familiar o aptitud social y legal. Se interpreta lógica y jurídicamente, que se refiere a la capacidad legal del adoptante, la diferencia de edad o de sexo, que debe existir entre el adoptante y el adoptado, o la capacidad económica del adoptante, por lo que las normas del Código Civil actuarían como ley supletoria frente a las normas del (CNA), sin embargo, existen otras normas específicas en el (CNA), que analizaremos inmediatamente.

El art. 152 del (CNA), por otra parte, establece categóricamente que el efecto jurídico que se produce entre el adoptante y el adoptado, es exactamente el mismo que el del padre con el hijo.

De los artículos sometidos a observación en este subcapítulo, sin perjuicio, de que existan contradicciones o limitaciones en el contenido de estas leyes, y que éstas causaren inconstitucionalidad, en razón de las condiciones de edad o diferencia de sexo, que debe menguar entre el o los adoptantes y el adoptado, el enfoque siempre estará dirigido a la identificación de normas, que por su naturaleza, resultaren manifiestamente discriminatorias, en base a la orientación sexual de las personas, y, así poder comprobar y reafirmar, el presupuesto inicial de la presente investigación que proclama el carácter discriminatorio del art. 68 de la CRE, que prohíbe a las parejas gay a adoptar niños.

El principio de igualdad, interpretativamente aplicado a las normas del Código Civil, podría verse afectado por las condiciones especiales que éstas ordenan, sin embargo, no aluden en ninguna forma, lo que respecta a derechos de personas o parejas gay, directamente.

---

<sup>100</sup> *Código de la Niñez y Adolescencia*, (2002), Registro oficial No 737 de 3 de Enero de 2003, art. 151

<sup>101</sup> *Código de la Niñez y Adolescencia*, (2002), Registro oficial No 737 de 3 de Enero de 2003, art. 152

Empero en el art. 153 del (CNA), que se refiere a los principios bajo los cuales se rige la adopción, los cuales son nueve y están enumerados lógicamente, se denota confusión, contradicción y discriminación en el contenido de algunos de estos principios.

Los numerales 3, 4, 5 y 7 del art. 153 del (CNA), contienen los enunciados pertinentes para la fundamentación jurídica, ya que en los demás numerales, no encuentro confusión o contradicción alguna con los principios de derecho, o con las normas contenidas en los cuerpos legales del ordenamiento jurídico, que sean relevantes en este momento.

“... 3. Se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas...”

... 4. Se preferirá como adoptantes a los miembros de la familia de origen del niño, niña o adolescente, hasta el cuarto grado de consanguinidad...

... 5. El niño y la niña siempre que estén en condiciones para hacerlo deben ser escuchados en el proceso de adopción y sus opiniones serán valoradas de acuerdo al desarrollo evolutivo y emocional de cada uno; Es obligatorio el consentimiento del adolescente...”

... 7. Los candidatos a adoptantes deberán ser personas idóneas...”<sup>102</sup>

El numeral 3 del art. 153 *ibídem*, encarna textual y expresamente, las características de una norma discriminatoria al enfatizar en el término “*parejas heterosexuales*”, descartando la posibilidad de que una pareja gay, y obviamente una persona gay, tenga el derecho o la facultad, de adoptar un niño y formar una familia.

Se discrimina a personas y parejas de orientación sexual homosexual, sin base jurídica o científica alguna, reflejando únicamente los rezagos de una sociedad católica y conservadora, que olvida que la democracia simboliza la igualdad de todos ante la ley, y, que el estado laico de derecho significa la no intromisión de la religión, en los asuntos referentes a derechos humanos y libertades civiles, que el estado tiene la obligación de otorgar a todos sus ciudadanos por igual.

---

<sup>102</sup> *Código de la Niñez y Adolescencia*, (2002), Registro oficial No 737 de 3 de Enero de 2003, art. 153

En el numeral 4 del art. 153 *ibídem*, se prioriza el derecho de la adopción del menor a los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad. Si se interpreta la norma dentro del contexto legal que la rodea, supone inevitablemente que si el pariente natural o por elección voluntaria, que desea o pueda adoptar al menor, resultare homosexual, éste perdería el derecho y la facultad de adoptar.

El numeral 5 *ibídem*, que establece que la opinión del menor debe ser tomada en cuenta, carecería de valor alguno, si este decidiese ser adoptado por una persona o pareja gay, hecho que a pesar de que no sería lo común en nuestro país, es una probabilidad totalmente real, ya que, la educación del menor o el acceso a la información que éste puede tener, o simplemente su experiencia empírica, podrían haber causado, que no tenga ninguna clase de prejuicio o inconveniente, en ser adoptado por una persona o pareja gay.

Y para terminar con el análisis del art. 153 del CNA, queda por comentar acerca del numeral 7, que determina que los adoptantes deben ser personas idóneas, el contexto que rodea la norma sugiere que la idoneidad de la persona estaría comprometida, si esta resultare gay.

Y en el art. 159 *ibídem*, que se refiere a los requisitos de los adoptantes, al igual que en el art. 153, arriba citado, me referiré únicamente a las leyes que considero conflictivas, con respecto al tema propuesto en la presente investigación.

“... 2. Ser legalmente capaces... 6. En los casos de parejas de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o en unión de hecho que cumpla los requisitos legales... 7. Gozar de salud física y mental adecuada para cumplir con las responsabilidades parentales...”<sup>103</sup>

En el requisito establecido en el art. 159 numeral 6 del (CNA), se configura perfectamente el carácter discriminatorio en base a la orientación sexual de las persona, de la misma manera que en el art. 153 numeral 3 *ibídem*.

Las personas y parejas gay, al igual que las personas y parejas heterosexuales, pueden alcanzar un nivel de estabilidad físico y mental, que les permita criar un niño.

---

<sup>103</sup> *Código de la Niñez y Adolescencia*, (2002), Registro oficial No 737 de 3 de Enero de 2003, art. 159

Si bien es cierto que las personas y parejas gay, aún deben soportar el prejuicio y estigma social de varios sectores de la sociedad, y que sus vidas son relativamente más difíciles, por su condición diferente, no significa que no puedan superarlo.

Cuando Estados Unidos, se encontraba en plena transición racial, las personas de color, eran exigidas y presionadas el doble que una persona blanca, en cualquier actividad laboral o académica que realizaren, esto debido al resentimiento, de muchos blancos que deseaban que las cosas no cambiaren, y aprovechaban sus posiciones para abusar de las personas de color de cualquier forma.

Esta actitud social se la conoció como el “*black tax*”, término que hace alusión, al hecho de que en aquellos tiempos, si un negro quería alcanzar el éxito tenía que esforzarse el doble. La historia nos cuenta que hubo millones que lo lograron.

Existen demasiados ejemplos en la actualidad de personas y parejas gay, que son padres y madres; amorosos, responsables y dedicados, que son grandes y exitosos profesionales, artistas, políticos, deportistas y personajes públicos, que de a poco, ha colaborado con su ejemplo, para cambian las percepciones equivocadas que la sociedad ha desarrollado por mucho tiempo, acerca de las personas homosexuales.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, es el tratado internacional en materia de niñez o infancia, y derechos humanos, más importante de todos. Fue adoptada por el pleno de la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989.

Las normas que allí se encuentran, son totalmente coherentes con todos los tratados de derecho internacional, en materia de derechos humanos, que he analizado, por lo que en su contenido no existe ningún rasgo discriminatorio o contradictorio a derechos humanos.

El art. 21 de la Convención determina que: “... Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...”<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> *Convención sobre los derechos del Niño*, (1989), Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, art. 21

La aceptación de conductas o manifestaciones humanas y sociales, sean individuales y/o colectivas, por parte de la sociedad, muchas veces tardan más de lo necesario en abrirse paso, sin embargo, al final sucede, y la sociedad simplemente se acostumbra a los nuevos cambios que trae consigo la evolución humana.

Obviamente, en un caso hipotético, de un niño de diez o doce años, que se encuentre en aptitud social y legal para ser adoptado, es probable que por su experiencia de vida y la cultura o educación que haya recibido hasta ese momento, una pareja o una persona gay, no serían, la mejor opción para ser los padres o madres adoptivas del menor, empero, en el caso de un recién nacido, la situación es completamente diferente, el niño puede ser moldeado y educado, según los principios y valores de sus padres adoptivos, quienes pueden criarlo, en un ambiente en el que aprenda, que los derechos humanos y el respeto a la vida de todas las personas es lo fundamental de la existencia humana.

La interpretación jurídica y lógica, que se aplica a las norma del art. 21 de la Convención contrastada con las normas del (CNA), del ordenamiento jurídico del estado ecuatoriano, indica que en defensa y protección del interés del menor, éste no puede ser adoptado por una persona o pareja gay, ajustando estos conceptos, a falsas percepciones que no son funcionales, ni social, ni científica, ni humanamente, hablando.

No todas las personas o parejas gay están en la capacidad legal y económica de adoptar niños.

No todas las personas y parejas gay gozan de la estabilidad física, mental, social y familiar para criar un niño.

Sin embargo, algunas o probablemente muchas personas o parejas gay si cumplan con todos los requerimientos justos para poder adoptar niños (a excepción del requisito de ser heterosexual), al igual que muchas parejas o personas heterosexuales, jamás estarán en la capacidad legal, ni gozarán de la estabilidad necesaria para adoptar un niño.

Los niños de todo el mundo representan el futuro de las naciones, de los estados y de la humanidad en general, es por esta razón que el ordenamiento jurídico de Ecuador los protege y cobija como un grupo de atención prioritaria y fundamental.

Debido a distintos factores, muchos niños y adolescentes quedan en la orfandad y consecuentemente al cuidado de las instituciones gubernamentales, en algunos casos, y en otros, al cuidado de familiares que muchas de las veces no cumplen o no cuentan con los medios o condiciones suficientes y necesarias para encargarse de los menores de la mejor forma.

Las instituciones estatales tampoco cuentan con los recursos necesarios para mantener a todos los menores a su cargo, por lo que se da la posibilidad a parejas idóneas de adoptar a los niños y adolescentes que no tengan familia o que sean susceptibles de adopción.

Siendo realista, es de conocimiento universal que las personas o parejas que están pensando en la alternativa de adoptar un niño o niña con la finalidad de formar una familia, siempre esperan y solicitan que el niño o la niña sean recién nacidos o que sea lo menor en edad posible, ya que de esa manera se lo puede criar y educar de mejor, a diferencia de un menor de cinco o más años, que ya tiene una experiencia previa de vida, lo cual resultaría ser un desafío mayor.

Dentro del contexto en el que se encuentra el presente trabajo de investigación, esto es, el rechazo abierto y argumentado a la prohibición expresa, que a través de la constitución y de las leyes, se hace en contra de personas y parejas gay imposibilitándoles del derecho civil de adoptar de niños y la oportunidad de vida de formar una familia plena en caso de no poder hacerlo por sus propios medios, tengo que manifestar que en el caso de que el menor supere los cinco o seis años, y conforme sea mayor en edad, la alternativa de que sea adoptado por padres gay o madres lesbianas es mucho más complicada, tanto para el adoptado como para el adoptante, ya que la forma en que fue criado previamente puede chocar en todo sentido con el concepto de la familia y de la cultura gay.

En la relación que surge entre adoptado y adoptante, el bienestar y la estabilidad del adoptado será el interés mayor que el estado protegerá, es decir, debe asegurarse de que los adoptantes cumplan con los requerimientos familiares, sociales, económicos, psicológicos y de cualquier otra índole que le otorguen al adoptado las condiciones necesarias para desarrollarse plenamente como persona en un ambiente familiar saludable y amoroso y sobre todo estable.

El proceso de adopción de un niño involucra una serie de pasos, entre los cuales se deben realizar exámenes físicos y psicológicos, tanto al adoptado como al adoptante o adoptantes, se realizan entrevistas con el fin de conocer mejor los perfiles de los postulantes y las compatibilidades con los niños y niñas susceptibles de adopción, se analiza meticulosamente toda la documentación presentada por los solicitantes con el objetivo de encontrar datos que sean falsos o que no ajusten a la verdad, en fin, los funcionarios y servidores encargados de poner en adopción a los niños tienen que tener la certeza, dentro de lo que se pueda, de que los adoptantes son la mejor opción para el menor y viceversa.

En el caso hipotético de que una persona o pareja gay tuvieran la oportunidad de acceder como solicitantes a un proceso de adopción de niños, deben regir los mismos parámetros que se les exige a las parejas heterosexuales con la única diferencia de que la orientación sexual de las parejas sea discutida en tanto y cuanto sea pertinente, y que este factor no sea determinante al momento de decidir dar en adopción a un niño o niña, más de lo que podría influir otro factor de carácter económico o familiar, es decir, que las parejas deben ser seleccionadas en virtud de sus características en conjunto, ya que, después de todo no existe familia perfecta.

Como afirmé en un párrafo anterior, la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo, es definitivamente más asequible cuando el niño o niña a ser adoptado es bebé o se encuentra en los primeros tres años de vida, ya que no existiría impacto psicológico alguno acerca de la idea de tener dos padres o dos madres, en cambio cuando el niño o niña es mayor de cuatro años y es susceptible de adopción, es muy probable que si los adoptantes son una pareja gay, esto pueda producir un impacto psicológico, y mientras más edad tenga el menor o adolescente, mayor será la intensidad del impacto psicológico y el choque cultural con sus experiencias previas.

Actualmente existen muchas personas gay que cuidan, crían y educan a niños y niñas, en la mayoría de los casos son los propios padres o madres, y otros son los tíos o las tías de los niños que ayudan a criar a los hijos de sus hermanos o hermanas, por lo que el fenómeno homosexual en Ecuador continúa desarrollándose normalmente lo cual ayuda a generar tolerancia hacia este grupo minoritario de personas y muestra a la familia gay como una verdadera opción para cualquier niño o niña de poder tener una familia.

Es por esta razón que al momento de reflexionar acerca de la posibilidad de otorgar el derecho civil de adopción de niños a parejas del mismo sexo, es necesario que se tome en cuenta que el perfil de ciertos niños susceptibles de adopción, en virtud de su edad, su experiencia de vida y el medio en el que se desarrollaron previamente, no serían compatibles con una familia gay, sin embargo, un recién nacido o un niño de hasta tres años resultaría ideal para comenzar a eliminar el estigma, prejuicio y discriminación en contra de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.

En todo caso la única forma de proteger a los niños y adolescentes, en general, no solo los que se encuentran susceptibles de adopción, en lo que ha sexualidad se refiere es otorgándoles toda la información disponible para que decidan acerca de su vida sexual y su orientación sexual y para que comprenden las diversas manifestaciones sexuales del ser humano, sin imponerles o predisponerles hacia una orientación sexual determinada, solo en función de su género y no en función de sus necesidades biológicas y sus instintos sexuales naturales.

Los niños deben recibir educación sexual desde muy jóvenes y las generaciones actuales tenemos la obligación de criar a nuestros hijos de una manera diferente a como se hacía antes, es decir, no debe satanizarse la homosexualidad, se debe explicarla y enseñarla como una alternativa más de la sexualidad, que a pesar de ser diferente y de que tan solo el 10 o 15% de la población mundial posee esta condición, es una manifestación más de la naturaleza.

Las parejas o personas que desean adoptar un niño o que presentan una solicitud de adopción, lo hacen principalmente porque no pueden procrear hijos, pocas veces lo hacen por convicción, es decir, existen algunas parejas que prefieren adoptar un niño huérfano que necesita de una familia a traer uno al mundo. Sea cuales fueren las razones primarias por las que una pareja opta por adoptar un niño, el fin es siempre tener la posibilidad de formar una familia plena, porque desean darle amor y protección a un niño indefenso.

Las parejas conformadas por personas del mismo sexo, tienen las mismas necesidades familiares, sociales, afectivas y emocionales que las parejas heterosexuales, tanto es así que muchas veces logran tener hijos de la manera convencional y otras de una forma más

elaborada como inseminación artificial y vientres de alquiler. Empero cuando la naturaleza y la ciencia no son suficientes para cumplir el sueño de tener una familia completa, la alternativa de adoptar un niño se convierte en una verdadera esperanza de vida.

Muchas parejas gay, probablemente, no cumplan con las características requeridas como adoptantes para adoptar un niño, de la misma manera que muchas parejas heterosexuales tampoco lo hacen en virtud de la capacidad económica, la estabilidad mental y física, y el ambiente social y familiar que rodea a la pareja, sin embargo, estoy convencido que deben existir parejas del mismo sexo que a pesar de tener una orientación sexual diferente demuestren en todas las áreas de su vida que están preparadas plenamente para afrontar la responsabilidad que implica el cuidado y la crianza de un menor.

El hecho de que un niño o niña adoptado o no, sea criado dentro de una familia conformada por una pareja de personas del mismo sexo, en una sociedad como la ecuatoriana acarrea el riesgo de que se expuesto a un sufrimiento o carga emocional extra de la que tiene los otros niños criados en familias convencionales, sin embargo, por medio de la educación, el amor y el respeto, cualquier niño criado por una pareja homosexual responsable puede convertirse en una persona de bien, sea gay o heterosexual.

## CAPITULO IV

### APLICACIÓN DEL DERECHO COMPARADO

#### **4.1 El fin del derecho comparado en la presente investigación.-**

El derecho comparado es una rama de la ciencia del derecho que sirve para el estudio científico - social, y doctrinario de los distintos ordenamientos jurídicos. Confronta el contenido de las normas de uno o varios sistemas legales u ordenamientos jurídicos, basándose en un caso concreto o una conducta determinada, que es regulada por éstos, para apreciar las semejanzas, diferencias, y, el tratamiento jurídico con el que las distintas legislaciones abordan las nuevas manifestaciones sociales, que demandan regulación.

A mi criterio, el derecho comparado, resulta ser una herramienta más del jurista, para la correcta y justa interpretación de las normas y las leyes, que regulan una sociedad.

En virtud de la emigración masiva de personas ecuatorianas hacia países como Estados Unidos, España y Argentina en los últimos treinta o cuarenta años, he creído conveniente analizar las normas pertinentes al reconocimiento de derechos humanos y libertades civiles para personas y parejas gay, en estos estados soberanos.

El movimiento migratorio de millones de ecuatorianos hacia los países mencionados, implica repercusiones y efectos sociales, culturales y jurídicos inmediatos, que transforman a nuestra sociedad, a través de las ideas y pensamientos universales de carácter filosófico, intelectual, social, familiar, cultural y económico, que surgen en el seno de las sociedades más desarrolladas y civilizadas, regándose como semillas de evolución humana por todo el mundo.

Además, la tecnología y las telecomunicaciones, permiten que la información se divulgue globalmente, en segundos nada más, por lo que, como sociedad y como individuos, estamos

al tanto de lo que sucede en el mundo, y las nuevas tendencias sociales y humanas que están dominándolo actualmente.

El estudio del derecho comparado aplicado simplemente a dos normas que pertenezcan a diferentes ordenamientos jurídicos, podría provocar un análisis extensísimo de derecho, por lo que señalaré, solo, ciertos aspectos prácticos jurídicos que sirven para la argumentación propuesta.

El derecho comparado nos proporciona una perspectiva global, de cómo, el mundo va cambiando, nos muestra los valores morales, principios humanos y directrices jurídicas que aparecen y simbolizan el camino a la realización y la felicidad de las personas.

Esos valores, principios y directrices se condensan en los derechos humanos.

Por tanto, me referiré únicamente a las normas que reflejan tener relación directa con el reconocimiento de derechos, libertades y garantías, de personas y parejas gay.

#### **4.2 Los derechos gay en los Estados Unidos.-**

Me hubiese gustado dejar para el final de esta sección lo referente a la legislación norteamericana, el motivo principal de esto, es que el ordenamiento jurídico que rige a los Estados Unidos, pertenece a un sistema de derecho que es diferente al de Ecuador en su estructura jurídica y en las instituciones judiciales y gubernamentales que administran justicia y organizan el estado, lo que no sucede con los ordenamientos jurídicos que rigen a España y Argentina, que serán analizados posteriormente, los cuales son muy similares al ordenamiento jurídico de Ecuador, y que además pertenecen al mismo sistema de derecho romanista, basado en la norma escrita principalmente.

Empero, es en los Estados Unidos, el territorio extranjero en donde vive la mayor cantidad de ecuatorianos que emigraron de Ecuador en búsqueda de felicidad y de fortuna, por lo que es mi deber empezar en primer lugar, con el análisis comparativo de este país.

Después de la segunda guerra mundial, Estados Unidos se convirtió indiscutiblemente en la potencia mundial de la era contemporánea, su poder, en los años posteriores a la guerra, era comparable al imperio romano o al imperio de Napoleón.

Indistintamente de los criterios, perspectivas o posturas, de cualquier índole, que surgen o que devienen al analizar la influencia de los Estados Unidos en el mundo, en el siglo XX y en este siglo XXI en particular, mi enfoque apunta a ese fragmento o parte del “*sistema americano*”, en la que los derechos humanos, las libertades civiles de las personas y el derecho a ser feliz son el fin esencial de la sociedad.

El primer aspecto para tomar en cuenta, es que el sistema de derecho que se utiliza o aplica en los estados Unidos es el “*Common Law*”, sistema que administra justicia en base a los precedentes jurisprudenciales que emiten las cortes y los tribunales judiciales. Se diferencia del sistema romanista porque el derecho está escrito y el juez aplica la norma que se adapta a la conducta humana y los casos concretos de las relaciones sociales. Cabe destacar que ambos sistemas de derecho, encuentran sustento filosófico en la cultura occidental

En el caso del “*Common Law*”, los jueces crean todos los días derecho, ya que las conductas sociales y humanas cambian, y ellos tienen la potestad jurisdiccional de regular esas nuevas conductas, es así que los derechos de las personas y parejas gay han sido reconocidos paulatinamente por las cortes americanas, a través de los fallos que emiten los jueces.

El segundo aspecto importante es que Estados Unidos es un estado federal, es decir, los estados que lo conforman crean sus propias leyes, las cuales deben ser inspiradas y consecuentes con la Declaración de Independencia de 1776 y la Constitución de 1787, sin embargo, y, en virtud de esto, las leyes entre un estado pueden diferir de las leyes de otro.

Por ejemplo, en menos de diez estados de Estados Unidos es legal la apuesta de dinero, a pesar de que la Constitución no lo prohíbe, ¿Porqué no es legal en todos los estados? Simplemente porque las leyes de cada estado, supuestamente, simbolizan los valores sociales, morales y culturales de cada estado federal de los Estados Unidos.

El motivo para utilizar el término “*supuestamente*”, en el párrafo anterior, es porque existe una característica bastante peculiar alrededor de las leyes de cada estado, los efectos que producen y la manera en que las personas tratan o manejan el *sistema americano*.

Los ciudadanos estadounidenses y las personas en general, tienen el derecho constitucional de transitar libremente por los Estados Unidos. Los ciudadanos pueden incluso radicarse en el estado que deseen, en el caso de los extranjeros, si su permanencia es legal, tienen los mismos derechos y libertades que los nacionales.

En conclusión, las personas que viven en Estados Unidos, gozan de todos los derechos humanos y las libertades civiles que su Constitución republicana concede. Las personas poseen la facultad legal de escoger entre cincuenta estados, las leyes que más les favorezca para la consecución de su felicidad, en cualquier tiempo.

Para ilustrar mis aseveraciones y siguiendo el ejemplo de la apuesta de dinero, si una persona que vive en un estado de los Estados Unidos, en que ésta es prohibida y quiere hacerlo, lo único que tiene que hacer para ejercer su derecho y su libertad civil de apostar, es trasladarse o viajar hacia uno de los estados de los Estados Unidos en que es permitido, apostar hasta el cansancio y regresar a su casa.

Si abordamos el tema de los derechos gay dentro de esta perspectiva, la interpretación lógica jurídica, nos sugiere que el derecho a contraer matrimonio, las uniones civiles y la adopción de niños, por parte de personas y parejas gay, además de los otros derechos y libertades civiles inherentes a la persona, y el principio de no discriminación, son reconocidos legalmente en los Estados Unidos.

Sin embargo, y en estricto y limitado sentido, solo seis jurisdicciones han legalizado el matrimonio, los estados de: Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, Nuevo Hampshire y Washington. En estos estados, se reconoce también, las uniones civiles y la adopción niños por parte de personas gay.

Además, se les ha otorgado la posibilidad de unirse civilmente en los estados de California, Colorado, Hawái, Maine, Maryland, Nevada, Oregón, Rhode Island, Wisconsin, Illinois,

Nueva Jersey, Nueva York y otros. En estos estados las personas y parejas gay también pueden adoptar niños.

Existen otros estados que se encuentran en el camino legal hacia el reconocimiento del matrimonio, las uniones civiles y el derecho a adoptar niños por parte de personas y parejas gay.

Para efectos del presente trabajo de investigación, me complace comentar que en este preciso momento, 04 de julio de 2011, a las dos y veinte de la madrugada, día en que se celebra un aniversario más de la Declaración de Independencia, mientras buscaba información en la red para solventar mis argumentaciones correspondientes a este sub capítulo, en particular, he abierto la página del “*New York Times*”, famoso diario americano, y me he encontrado con la noticia de que, el estado de Nueva York, Estados Unidos, se encuentra en la etapa final para la legalización del matrimonio gay, después de ser aprobada, el 24 de junio de 2011 el proyecto de ley que lo promovió, oportunidad que aprovecharé para mostrar pragmáticamente la forma en que se realiza este reconocimiento jurídico.

El proyecto de ley No A8354 – 2011 “Enacts the Marriage Equality Act relating to ability of the individuals to marry” que se refiere al derecho igualitario de los individuos para contraer matrimonio fue promovido por varios senadores neoyorquinos.

El contenido de este proyecto de ley, que ha sido aprobado por los sesenta y dos senadores del estado de Nueva York, en una votación de 33 contra 29 votos, reconoce y proclama el derecho de parejas gay a contraer matrimonio y todos los derechos que éste conlleva, como el derecho a adoptar niños, sin perjuicio de que era ya permitido. Reconoce además el matrimonio gay efectuado en otros estados de Estados Unidos y en otros países que también lo han reconocido legalmente.

El proceso legislativo para la aprobación de la ley en cuestión, tuvo que trasponer varias etapas procedimentales, que incluyen un fallo judicial emitido por la corte máxima del estado de Nueva York, respecto del proyecto presentado, después de esto, se abrió una etapa para realizar vetos parciales o totales a la ley, por parte de los senadores del estado, la cual fue superada, para ser presentada finalmente ante la Asamblea General del senado del

estado. El siguiente paso fue enviar el documento al gobernador, quien al aprobarlo, éste pasó, inmediatamente a la votación de los miembros del senado.

Se espera que para finales del mes de julio de 2011 entre en vigencia la ley No A8354 – 2011 que legaliza el matrimonio para las parejas gay, en el Estado de Nueva York.

Este es un ejemplo de cómo las sociedades contemporáneas han concebido el concepto que deviene del principio de igualdad de todos ante la ley.

Los estados democráticos modernos y desarrollados están a la vanguardia, otorgando siempre, más derechos y libertades, que son inherentes a las personas, y que no habían sido tomados en cuenta o en consideración con anterioridad.

Muchas veces, esto implica que los actos legislativos, los proyectos de ley o de enmienda constitucional, sean controversiales y polémicos debido a la diferencia de criterios respecto de ciertas materias específicas, empero, así es como se logra cristalizar cualquier lucha social en pos de libertad y de la justicia.

#### **4.3 Los derechos gay en España.-**

La Constitución que rige a España, se encuentra vigente desde el 29 de Diciembre de 1978. La Carta Magna española está inspirada notablemente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y en los tratados más relevantes de derecho internacional en materia de derechos humanos, promovidos por Naciones Unidas.

En el preámbulo de su constitución, los españoles declararan lo siguiente:

“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de... ..

Proteger a todos los españoles y pueblos de España, en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones...”<sup>105</sup>

Y consecuentemente con su preámbulo, el art. 10, numerales 1 y 2 de la Constitución del Reino de España dicen:

“... La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social...

...Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España...”<sup>106</sup>

Las normas constitucionales contenidas en el preámbulo de la Constitución y en su art. 10 numerales 1 y 2, sitúan a la persona, como el ente más importante de la sociedad. La vida plena y la libertad de cada individuo son el fin máximo del estado, es por esto que la nación española reconoce a la Declaración Universal de Derechos Humanos como el instrumento jurídico fundamental sobre el cual se apoya el ordenamiento jurídico que rige España.

Y, como en todo estado de derecho soberano, democrático y respetuoso de los principios de derechos humanos, el principio de igualdad de todas las personas ante la ley, es el medio social lógico y universal, para lograr el bienestar de cada uno de los integrantes de la sociedad. El art. 14 *ibídem*, al respecto, dice:

“... Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social...”<sup>107</sup>

Dentro de contexto se origina la iniciativa legislativa que mediante Ley reformativa No 13 – 2005, vigente desde el ocho de julio de 2005, se modificó el Código Civil español,

---

<sup>105</sup> *Constitución de España*, (1978), Boletín oficial de 29 de diciembre de 1978, preámbulo de la Constitución

<sup>106</sup> *Constitución de España*, (1978), Boletín oficial de 29 de diciembre de 1978, art. 10

<sup>107</sup> *Constitución de España*, (1978), Boletín oficial de 29 de diciembre de 1978, art. 14

específicamente, en los arts. 44, 66, 67, 154, 160, 164, 637, 1323, 1344, 1351, 1361, 1365, 1404 y 1458, que hacen referencia a la figura jurídica del matrimonio, en un contexto en que se concibe ésta, únicamente como la unión entre hombre y mujer.

La reforma consiste en cambiar el texto de todos los artículos en que se utilice el término “*hombre y mujer*” por los términos “*cónyuges o contrayentes*”, cuando fuera el caso.

Un ejemplo de esto, puede ser apreciado en los arts. 44 y 66 del Código Civil español que dicen:

El art. 44 *ibídem* dice:

“... El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme las disposiciones de este Código... El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo...”<sup>108</sup>

La enmienda al texto del art. 44 se configura con la inserción del segundo inciso, que se refiere a la igualdad del matrimonio entre parejas gay y parejas heterosexuales.

El art. 66 *ibídem* antes de la reforma legislativa ordenaba:

... El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes... Ahora dice: “... Los cónyuges son iguales en derechos y deberes...”<sup>109</sup>

En lo que respecta al derecho civil de adopción, no fue necesario realizar ninguna corrección legislativa al texto de la ley, puesto que no existía conflicto alguno, entre el contenido de las normas que se refieren a la adopción y los derechos que puedan restringir o limitar el derecho de personas y parejas gay.

El espíritu y la verdad de estas reformas legales viven en las palabras del Rey de España, quien en el prólogo de la Ley reformativa proclama lo siguiente:

---

<sup>108</sup> *Código Civil de España*, (1889), Real Decreto de 24 de julio de 1889 publicado en la gaceta de Madrid y reformado hasta el 2005, art. 44

<sup>109</sup> *Código Civil de España*, (1889), Real Decreto de 24 de julio de 1889 publicado en la gaceta de Madrid y reformado hasta el 2005, art. 66

“... Pero tampoco en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho... La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta...”<sup>110</sup>

España y Ecuador han creado un vínculo jurídico y social muy fuerte en virtud del movimiento migratorio de cientos de miles de ecuatorianos hacia territorio español, esto genera una influencia social, cultural y económica determinante en la sociedad ecuatoriana, que sin duda alguna, es asumida de manera positiva, precisamente, porque se considera que en los países desarrollados las personas tienen la posibilidad de alcanzar un nivel de vida pleno en todo sentido, en virtud del reconocimiento y el respeto que en estos estados profesan por los derechos humanos y libertades civiles de las personas.

---

<sup>110</sup> *Ley Reformativa 13 – 2005*, (2005), publicada en el boletín oficial del Estado el 2 de julio de 2005, preámbulo de la ley

#### **4.4 Los derechos gay en Argentina.-**

Al igual que en la sociedad española, la iniciativa legislativa para equiparar los derechos y libertades de personas y parejas gay, reformando el Código Civil del ordenamiento jurídico, se originó en el seno del Congreso argentino y fue sancionada afirmativamente el 15 de julio de 2010.

La ley reformativa al Código Civil argentino No 26.618 entro en vigencia el 22 de Julio de 2010, al ser publicada en el boletín oficial.

Los arts. 144, 172, 212, 264, 272, 287, 291, 294, 296, 307, 324, 326, 332, 354, 360, 478, 1217, 1275, 1299, 1300, 1301, 1315, 1358, 1807, 2560, 3292, 3969 y 3970, del Código Civil argentino, que establecen las normas que hacen alusión al matrimonio, han sido modificados parcialmente en parte de su contenido textual, reemplazando los términos “*hombre y mujer*” por el término “*cónyuges*”, y, cambiando lógicamente, todas las partes que hagan referencia al matrimonio, concibiéndolo a éste, únicamente, como la unión entre hombre y mujer.

Así lo podemos apreciar en el texto del art. 172, del Código Civil argentino, que hacen referencia al matrimonio.

El art. 172 *ibídem*, antes de la reforma legal, determinaba:

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

El art. 172 *ibídem* reformado dice:

“... Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo... El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o diferente sexo...”<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> *Código Civil de la República de Argentina*, (1869), Aprobado mediante ley No 340 de 1 de enero de 1871 y reformada hasta el 2010, art. 172

En la reforma legal aplicada al art. 172 del Código Civil argentino, se reconoce expresamente, el derecho de parejas gay a contraer matrimonio, envistiéndoles de los mismos derechos y obligaciones que tiene el matrimonio heterosexual, es decir, que el derecho o facultad de parejas gay para adoptar niños, está plenamente configurado. Además como veremos más adelante, los artículos que se refieren a la adopción no discriminaban en ningún sentido, ni a las personas, ni a las parejas gay.

En los art. 326, 332, 354 y 360 del Código Civil argentino, que hacen referencia a la figura jurídica de la adopción, no existía ninguna prohibición expresa, antes de la reforma legal, que limite el derecho de personas o parejas homosexuales para adoptar niños, por lo que ésta se enfocó en cambiar lógicamente el texto de las normas contenidas en los artículos citados, que hacían referencia al matrimonio, como la unión entre hombre y mujer, únicamente.

Este principio se aplicó a todas las normas del código civil argentino, que se referían directa o indirectamente, al matrimonio, como la unión entre hombre y mujer. Además, también se lo aplicó para corregir otras leyes reformativas al código civil, que se realizaron con anterioridad a la que se trata en esta sección, específicamente, en relación al divorcio, la separación conyugal y otras figuras jurídicas respecto de las relaciones familiares y maritales.

La interpretación del acto legislativo, del espíritu de la norma y de la intención que el legislador tuvo para crear la norma, nos dirigen inevitablemente, a la conclusión de que no puede concebirse un ordenamiento jurídico que no base su imperio, en el principio de igualdad de todas las personas frente a la ley, principio que está textualmente expresado en la Constitución.

El Art. 16 de la Constitución de Argentina establece que:

“... La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales o de nobleza; Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> *Constitución de la Nación Argentina*, (1853), Aprobada por Asamblea Constituyente en 1853 y reformada hasta el 2010, art. 16

Es en base al principio de igualdad, en que todos los estados han reconocido el derecho de personas y parejas gay, para contraer matrimonio y adoptar niños. El principio de igualdad de todas las personas ante la ley, es un principio fundamental del derecho y de los ordenamientos jurídicos de los estados de derecho democráticos, laicos y humanistas.

Antes de terminar con este corto análisis de la legislación argentina que regula los derechos y libertades de personas y parejas gay, destaco enfáticamente que el estado argentino sitúa a los tratados de derecho internacional por debajo de la constitución y de las leyes república, tal como se puede apreciar de la lectura del art. 31 de la Constitución que dice:

“... Esta Constitución, las leyes de la Nación que en consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”<sup>113</sup>

Se puede notar con facilidad el esfuerzo y compromiso del estado y de la sociedad argentina, para otorgar a sus ciudadanos todos los derechos, libertades y condiciones que garanticen a las personas la oportunidad de desarrollarse plenamente.

A pesar de que los instrumentos internacionales, en general, y específicamente, los relacionados a derechos humanos, suscritos y ratificados por Argentina, no están ni siquiera por encima de la ley, y, menos de su Constitución, se puede notar con facilidad el esfuerzo y compromiso del estado y de la sociedad argentina, para otorgar a sus ciudadanos todos los derechos, libertades y condiciones, que garanticen a las personas la oportunidad de desarrollarse plenamente.

En los últimos quince años se registró un movimiento migratorio significativo de ecuatorianos hacia la Argentina. El motivo principal de este movimiento, en la mayoría de los casos, es con fines educativos y profesionales, sin embargo, la historia de Ecuador y Argentina sugiere que las relaciones entre los dos estados han sido bastante buenas, y me atrevería a aseverar que la cultura argentina ha sido acogida de mejor manera y con más intensidad, por la sociedad ecuatoriana, y no viceversa.

---

<sup>113</sup> *Constitución de la Nación Argentina*, (1853), Aprobada por Asamblea Constituyente en 1853 y reformada hasta el 2010, art. 31

#### **4.5 El ordenamiento jurídico y la sociedad ecuatoriana frente al mundo.-**

El vínculo que se ha desarrollado entre Ecuador y los Estados Unidos, España y Argentina debido a la migración masiva de personas ecuatorianas hacia los territorios de estos estados, implica repercusiones sociales, culturales, económicas, jurídicas, políticas y de otras índoles, que transforman a nuestra sociedad trascendentalmente.

El estado democrático y republicano de Ecuador, heredero legítimo de la cultura occidental, se ha forjado en base a las revoluciones y movimientos libertarios que han acontecido en el mundo, como la Revolución Francesa y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos.

Ecuador es miembro activo de Naciones Unidas y suscriptor de los tratados y convenios internacionales más importantes, en materia de derechos humanos.

A pesar de que la nueva Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 2008, en comparación con la Constitución Política del Ecuador de 1998, realiza un avance significativo en lo que se refiere a los derechos y libertades de personas y parejas gay, permitiéndoles unirse en unión civil, también se ratifica en mantener una postura discriminatoria frente a ellos, impidiéndoles la posibilidad de adoptar niños e incluso de contraer matrimonio, quebrantado de esta manera sus derechos humanos y el principio de igualdad de todos ante la ley.

Las legislaciones norteamericana, española y argentina han reformado sus leyes en favor de los derechos de personas gay, precisamente en virtud, de la significación jurídica que representa el no reconocimiento de estos derechos.

La prohibición de contraer matrimonio o de adoptar niños para parejas gay, simboliza un síntoma de discriminación a estas personas en base a su orientación sexual, les impide desarrollar plenamente su personalidad y su vida, y mantiene vivo un estigma o prejuicio social que debe ser removido, en virtud del principio jurídico de la igualdad y de los derechos humanos.

El mantener vigentes normas de carácter discriminatorio dentro del ordenamiento jurídico, representa una contradicción abismal con el derecho y con las tendencias humanas y

sociales contemporáneas. Al menos así es como lo han visto legisladores, jueces, políticos y jurisconsultos de Estados Unidos, España, Argentina y otros países.

Del estudio del fenómeno de la homosexualidad, contrastado con la historia humana y la evolución del derecho en Ecuador y el mundo, es evidente que el tratamiento del fenómeno gay y su reconocimiento social y jurídico, se ha desarrollado de forma progresiva, a partir de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948.

Los avances científicos y médicos, han demostrado que la homosexualidad aparece como una variante más de la sexualidad humana, que no es un trastorno psicológico o físico, ni mucho menos una enfermedad.

Es simplemente una orientación sexual diferente, empero, de ninguna forma es contraria o atentatoria a la naturaleza humana, ya que es propia de un grupo minoritario de la sociedad.

La tecnología y las telecomunicaciones, nos permiten tener acceso a toda la información que se genera y se difunde por todas partes, nos permiten conocer de los hechos y acontecimientos que suceden alrededor de mundo, en instantes, y por sobre todo nos permiten comunicarnos como nunca antes en la historia de la humanidad, integrando, conectado e interrelacionando a las personas y a las sociedades.

El estado de Ecuador se maneja claramente dentro de un contexto de respeto al estado de derecho y al derecho internacional, de democracia, de libertades, de derechos, de garantías y de respeto a la diversidad y a la dignidad de las personas.

Es completamente absurdo y contrario a derecho, que se impida la adopción de niños y el matrimonio a personas gay, en virtud de principios religiosos y no, basándose en principios jurídicos universales.

## CAPITULO V

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### **5.1 Conclusiones.-**

La fe en un Dios y la práctica de una religión determinada influyen trascendentalmente en los valores morales y sociales de la persona y de la sociedad. Ecuador es un país que posee una herencia religiosa católica muy profunda, que es parte integrante de la idiosincrasia ecuatoriana y es un elemento esencial de su cultura.

El fenómeno de la homosexualidad aparece como una conducta humana y social, que en primera instancia, contraviene los principios sobre los cuales la iglesia católica se fundó y se desarrolló.

La familia convencional juega un rol estelar en la práctica de la religión, la unión entre el hombre y la mujer con el fin de vivir juntos, y procrear, es la variable fundamental, si se quiere vivir estrictamente, en base a los principios y valores que la iglesia católica profesa.

Sin embargo, las relaciones humanas interpersonales y sociales, han tenido cambios notables en su estructura y sus formas de manifestación, muchos de estos cambios, no se ajustan en lo más mínimo, a las responsabilidades morales que implica la práctica de la religión católica, hecho que es de lo más evidente y no es necesario ahondar.

Durante un largo periodo de tiempo, la religión ejerció una influencia importantísima en las sociedades occidentales del mundo, como es el caso particular del Ecuador, influencia que aún es ejercida, en mayor o menor grado, dependiendo del país o del territorio, empero, tiende a decrecer debido a varios factores de carácter social, jurídico y ético.

Es innegable que la fe en Dios y la práctica con convicción de una religión, solo puede acarrear el mejoramiento de la persona en todos los ámbitos en que se desenvuelve, sin embargo, la sociedad contemporánea no concibe a la religión como lo hacía la sociedad de la edad media.

El estado de derecho soberano y democrático, que rige en las naciones y sociedades civilizadas del mundo, enriquecido por las corrientes humanas filosóficas e intelectuales que el hombre desarrolló en base a la historia, y, a las injusticias y desigualdades sociales, desvincula totalmente a la iglesia del estado, como un poder oficial dentro de la estructura estatal, elimina las imposiciones legales impuestas por los ordenamientos jurídicos que obligan a las personas a practicar una religión determinada o no, y, dentro de un contexto técnico y científico de la ciencia del derecho, reforma las normas y las leyes que se refieren a la religión, conceptualizándola, como una manifestación y ejercicio de los derechos de libertad de las personas y no un deber o una carga legal. Esto es lo que se conoce como laicismo o estado laico, propiamente dicho.

A pesar de la desvinculación formal entre el estado y la iglesia católica, y, de las reformas jurídicas de normas y leyes, inspiradas en la religión, que contravienen principios lógicos de derecho, la iglesia todavía influye decisivamente, en ciertos aspectos de la comunidad ecuatoriana. Se convirtió ineludiblemente, en un poder fáctico.

En la actualidad, las normas contenidas en los cuerpos normativos de los ordenamientos jurídicos, es lo que regula la vida y los actos de la personas, indistintamente, de que alguna de esas normas o leyes, se parezca o contenga un sentido igual, al de una norma religiosa.

Todos los valores humanos, intelectuales, sociales, morales, culturales, económicos predominantes, que devienen de las relaciones humanas y sociales de la sociedad contemporánea, deben ser acogidos, procesados y depurados por la ciencia del derecho, para ser implantados como normas en los ordenamientos jurídicos de los estados, y así poder alcanzar la paz, la justicia, el orden y el bien común.

Obviamente resulta imposible que la ciencia del derecho y los ordenamientos jurídicos abarquen y regulen todas las conductas humanas y fenómenos sociales que surgen. Las relaciones sociales y humanas son tan dinámicas y cambiantes, que muchas veces rebasan

la imaginación de los legisladores y de los juristas, por lo que, el tratamiento jurídico y el reconocimiento social que éstas requieren, en algunas ocasiones tarda en ocurrir o sucede de manera paulatina o progresiva.

En el caso particular del Ecuador, el reconocimiento social y tratamiento jurídico que ha tenido el fenómeno sociológico de la homosexualidad, es bastante consecuente con las tendencias humanas, sociales y jurídicas modernas, empero, no lo suficiente, no en la medida ideal.

Indiferentemente del objetivo primario de esta investigación, que radica en demostrar el carácter discriminatorio de la norma contenida en el art. 68 de la CRE, que establece la prohibición expresa a parejas homosexuales de no poder adoptar niños, objetivo que a mi criterio ha sido cumplido con prolijidad y responsabilidad, es necesario y fundamental, explicar como una norma, que discrimina a las personas en base a su orientación sexual, que es claramente contradictoria a los principios, derechos y libertades civiles consagrados en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos, y que contradice los principios de derecho más elementales, no ha sido todavía, controvertida o cuestionada en derecho.

Ecuador es un país que en los últimos años ha sufrido conflictos políticos, sociales y económicos muy intensos, que quebrantaron el estado de derecho en varias ocasiones. La lucha por la detentación del poder, los actos de corrupción por parte de quienes administran los fondos públicos y principalmente la falta de conciencia humana, social y patriótica, generan inseguridad jurídica y un ambiente de injusticia social.

La creación de la Constitución de la República del Ecuador, que entró en vigencia en el año 2008, fue consecuencia de un proceso político, es decir, simbolizaba un cambio inevitable en la sociedad y en la organización del estado.

Apartándome de cualquier postura política, y enfocándome estrictamente en la parte dogmática de la Constitución, que contiene los principios y los valores sobre los cuales se refunda el estado, que proclama los derechos y las libertades civiles, y que además, establece las garantías de protección, que facultan a las personas para hacer efectivos esos

derechos y libertades, la Constitución de la República del Ecuador es un instrumento de derecho preponderantemente humanista, progresista y moderno.

Las normas constitucionales contenidas en los arts. 67 y 68 de la CRE, representan jurídicamente y socialmente, un avance importantísimo del estado y de la sociedad ecuatoriana, en lo que a derechos de personas gay se refiere.

A partir del 20 de octubre de 2008, fecha en que entró en vigencia la Constitución de la República del Ecuador, el ordenamiento jurídico del estado ecuatoriano, por medio de su Constitución, reconoció expresamente, en el art. 68 de la CRE el derecho de las parejas homosexuales a legalizar en unión de hecho sus relaciones afectivas y familiares, y en el art. 67 *ibídem*, establece la obligación del estado de proteger a la familia constituida de hecho, de la misma manera que protege a la familia constituidas por matrimonio.

La unión de hecho es una figura jurídica instituida por los ordenamientos jurídicos, en base a la doctrina y al estudio de la ciencia del derecho, para solucionar un fenómeno sociológico que apareció notablemente en las sociedades occidentales, en el siglo XX y que se ha desarrollado de forma normal y recurrente hasta nuestros días.

Consiste en la formación de familias, informalmente o al margen de la ley, es decir, la pareja no está constituida en matrimonio, pero actúa como si lo estuviera en sus relaciones interpersonales, sociales y familiares. Los estados de derecho incluyeron esta figura jurídica en sus órdenes normativos, con el fin de proteger este tipo de familia irregular como núcleo esencial de la sociedad y poder garantizar jurídicamente, el efectivo goce y cumplimiento de los derechos y obligaciones, que devienen de la unión en pareja, con los hijos concebidos y los bienes adquiridos.

El art. 68 de la CRE establece que las uniones de hecho reconocidas legalmente, están investidas de los mismos derechos y obligaciones que genera la unión en matrimonio, sin embargo, al prohibir la adopción de niños por parte de parejas gay, quebranta los principios jurídicos universales de no discriminación y de igualdad ante la ley, segregando a este grupo minoritario de personas.

Es imposible comprobar o demostrar, que la intención o voluntad inicial del legislador, para la creación de la norma contenida en el art. 68 de la CRE, no pretendía impedir a las parejas homosexuales el derecho a adoptar niños, lo cual constituye mi hipótesis, ya que es la única respuesta lógica que encuentro, para explicar la vigencia de una norma tan absurda, obvia e inconsecuente, con el ordenamiento jurídico del que forma parte.

Al no poder determinar las causas verdaderas que motivaron la inserción del inciso último del art. 68 de la CRE, que restringe a las personas homosexuales el derecho civil de adoptar niños, por lo menos mostraré el contexto social y el ambiente político, que rodeó su creación.

La creación de la Constitución de la República de Ecuador vigente, efectuada por los asambleístas que conformaron la Asamblea Constituyente de Montecristi de 2008, que refundó el estado ecuatoriano, es un proceso político que comenzó con una senda victoria en las urnas, de *Movimiento País*, partido o movimiento político, que apareció recientemente y que gracias a los resultados favorables obtenidos, ejerció una mayoría abrumadora en la Asamblea Constituyente, órgano supremo, al que el estado ecuatoriano, basado en la voluntad popular, delegó la responsabilidad de otorgarnos una nueva Constitución, que se ajuste a la realidad social del Ecuador y del mundo.

Como consecuencia de esto, es decir, del poder legal y legítimo, otorgado por el pueblo, de manera democrática, a los miembros y representantes de *Movimiento País*, se produjo un malestar generalizado, entre los miembros de los partidos políticos que habían detentado el poder, en los últimos años.

Estos partidos políticos perdedores se convirtieron en el antagonico principal del gobierno, oponiéndose en todo sentido a las decisiones tomadas por la mayoría constituyente, que obviamente estaba encarnada por los miembros de *Movimiento País*.

Durante el tiempo que tardó en crearse la Constitución, la oposición al gobierno, filtró toda clase de información, falsa e incorrecta, respecto del contenido de las normas de la Constitución, generó rumores tan irracionales, como que los niños iban ser separados de sus padres, o que nadie iba a poder tener más de una casa y un carro, y que la dolarización se eliminaría y volveríamos al sucre.

Estas mentiras o argucias políticas, más allá de preocuparme, me causaron una gracia incontenible, sin embargo, la forma en que se abordó los derechos de sexualidad, si me preocupó en demasía. Es perturbadoramente entendible, que el ejercicio de la política implique manipular y engañar al pueblo para obtener el poder y beneficiarse económicamente de él, empero, utilizar políticamente un fenómeno sociológico determinado, como el derecho de la mujer al aborto o el derecho de personas homosexuales a adoptar niños, con el fin de confundir, de crear inestabilidad y ganar terreno en la lucha por el poder, es un acto vil, antipatriótico y deshumano.

La oposición encontró un aliado natural en la iglesia católica y juntos promovieron el acto de discriminación en contra de las personas homosexuales. En vez de abordar el tema con responsabilidad social y conjuntamente con el partido mayoritario, en virtud de que estaban en juego los derechos y libertades civiles de ciudadanos que representan un grupo minoritario de la sociedad, la oposición distinguió la oportunidad perfecta para atacar y debilitar al gobierno, y, manipulando la susceptibilidad religiosa de nuestro pueblo, acusaron a *Movimiento País*, de promover el matrimonio homosexual y la adopción de niños por parte de parejas gay, dentro de un contexto claramente discriminatorio. Acontecimiento que por la forma en que fue divulgado, causó un impacto social negativo e inmediato, que si el partido mayoritario, en un supuesto no consentido, sostenía la tesis que reconociera el derecho de personas y parejas gay para adoptar niños, esto pudiera haber causado, incluso, la caída de todo el plan de gobierno, el cual se basa en la Constitución de 2008.

Al tener que ser aprobada la nueva Constitución de manera democrática, es decir, mediante la manifestación del pueblo soberano, y, teniendo en cuenta que la sociedad había sido manipulada, respecto de los principios religiosos que son parte de nuestra cultura, el partido mayoritario, no podía arriesgarse a defender los derechos de un grupo minoritario, y ver caer un proyecto de gobierno a largo plazo.

El concepto universal de democracia, radica en que, es precisamente a estos grupos minoritarios, que el estado debe proteger con más atención y con una perspectiva amplia en derechos humanos y dignidad humana.

El art 68 de la CRE, de por sí, resulta incoherente, incluso, con el contenido de la misma norma, en su inciso primero, ya que jamás podría configurarse el principio de igualdad, en derechos y obligaciones, que el estado proclama expresamente, para acoger y proteger las relaciones familiares, entre las parejas heterosexuales constituidas en matrimonio o en unión de hecho, y las parejas del mismo sexo constituidas en unión de hecho, la adopción es un derecho civil de las personas, y, al no poder ser ejercido por las personas y parejas gay, éstas no se encuentra en una situación de igualdad jurídica con respecto a los otros tipos familiares reconocidos por la Constitución.

Desde una perspectiva social, el reconocimiento jurídico que la Constitución de Ecuador realiza en favor de la comunidad gay, al permitirles unirse legalmente en unión de hecho, es sin duda alguna, una victoria trascendental.

En cambio, desde la perspectiva jurídica, existe una doble valoración de la norma contenida en el art. 68 de la CRE. Por un lado, el reconocimiento jurídico de las parejas gay implica un avance significativo de sus derechos civiles, y por otro, reafirma legalmente, la discriminación, el prejuicio y el estigma social impuesto a las personas homosexuales durante cientos de años, al no otorgarles los derechos humanos y civiles, de contraer matrimonio y de adoptar niños.

Al reconocer expresamente en la Constitución, que las parejas constituidas en unión de hecho poseen exactamente los mismos derechos y obligaciones, que las familias constituidas en matrimonio, no cabría una afectación real y directa, jurídicamente hablando, empero, el impedimento de adoptar niños para parejas homosexuales, si representa un problema gravísimo, ya que limita directamente la personalidad jurídica de la persona homosexual, impide que desarrollen plenamente su vida y priva a estas personas de la experiencia maravillosa, de poder criar un niño y de tener una verdadera familia, además de todos los efectos jurídicos negativos que produce.

## **5.2 Recomendaciones.-**

A pesar de que se mantienen rasgos discriminatorios en base a la orientación sexual de las personas, en la normas que pertenecen al ordenamiento jurídico de Ecuador, particularmente, en el art. 68 de la Constitución y la leyes inferiores como el Código Civil y el Código de la Niñez, sin perjuicio de que existan otras normas, discriminatorias en otros cuerpos legales, el Ecuador se encuentra en un proceso social, más que legislativo, que inevitable conllevará al reconocimiento jurídico pleno de todos los derechos de las personas homosexuales, es solo cuestión de tiempo.

Ecuador es un país occidentalizado, somos parte integrante del mundo, en plena era de la globalización y de las telecomunicaciones, existen millones de ecuatorianos regados por el mundo, principalmente, en las ciudades más desarrolladas y humanizadas del mundo como Nueva York, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, entre muchísimas otras.

Mi razón me dice que después de tanto años en que la comunidad gay ecuatoriana ha vivido en un ambiente hostil y discriminatorio, la capacidad de legalizar las relaciones civiles y familiares para las personas gay, a pesar de que no gocen con el derecho civil de adoptar niños, dará la posibilidad de que estas relaciones sean más notorias en la sociedad por lo que de manera progresiva se generará mayor tolerancia, aceptación y empatía con el fenómeno sociológico gay, lo cual, espero que signifique el reconocimiento de todos los derechos que devienen de la ciudadanía y de la persona, en el desarrollo de una vida sexual, afectiva, familiar y social distinta de lo convencional.

Por tanto recomiendo lo siguiente:

- 1) La única manera de remover el prejuicio y el estigma social, es por medio de la ley, para lo cual se necesita legisladores preparados en derecho y con un amplio entendimiento del pensamiento humano universal, quienes deben realizar discusiones basadas en la ciencia, en el derecho y en la sociedad, se necesita un análisis serio y un debate en derecho.

- 2) Se deben presentar acciones ante la Corte Constitucional, para que esta se pronuncie respecto de la supra constitucionalidad de los tratados internacionales y la interpretación que se le debe dar a éstos.
- 3) A mi criterio una acción de protección iniciada por una pareja gay, que desee adoptar un niño, es el medio más efectivo para poder conocer el criterio de la Corte Constitucional, se necesita un caso real, con personas que sean completamente funcionales y que cumplan con prolijidad con todos los requisitos exigidos para adoptar, a excepción de la orientación sexual obviamente, que es la norma discriminatoria. Existe otro medio de consulta ante la corte constitucional que quizá serviría para sustancie el valor de los tratados internacionales de derechos humanos
- 4) Se debe iniciar un proyecto de ley motivado y promovido por legisladores, con el fin de equiparar los derechos gay, y no dentro den contexto político, sino social, humano e intelectual.
- 5) Lo cual comienza con educar a la sociedad respecto del fenómeno sociológico, sus circunstancias y los derechos de sexualidad de las personas que las Naciones Unidas promueven dentro del ámbito de los derechos humanos.
- 6) Se le debe informar a la sociedad ecuatoriana que la homosexualidad, no es ni delito ni enfermedad de ninguna clase, es una orientación sexual que si bien es diferente a la que tiene la mayoría de la sociedad, es una manifestación humana natural.
- 7) Es necesario que se inicien foros, propagandas, marchas, entrevistas y otros actos que de carácter mediático, que aborden el tema desde una perspectiva empírica, es decir, basándose en vidas reales ecuatorianas de personas gay que muestren sus relaciones personales, familiares, sociales, económicas, culturales, profesionales y de otra índole que demuestren la funcionalidad de las vidas de muchas de estas personas.
- 8) En lo que respecta al tema específico de la adopción como tal no hay mucho que hacer sin la reforma constitucional y legal, sin embargo, a mi criterio el proceso de adopción jamás debe discriminar en base a la orientación sexual de la persona o de la pareja, sino seleccionar que familia es la más conveniente para el niño en virtud de sus características afectivas, emocionales, familiares, sociales, económicas, culturales y cualquier otro factor que pueda determinar la madurez de la persona o

de la pareja. Una persona gay, puede enmarcarse perfectamente dentro de estos parámetros, igual que una persona heterosexual. La orientación sexual no asegura la estabilidad, la madurez y la capacidad de amar y proteger a un niño.

- 9) Obviamente, existen circunstancias para que el proceso de adopción determine que una pareja homosexual no es apta, por ejemplo un niño de doce años quizá no sea conveniente para una pareja homosexual, puesto que él ya tiene una personalidad y una experiencia que puede contraponerse a esta alternativa, empero, un recién nacido sería un candidato perfecto para sea adoptado por una pareja homosexual. Lo que quiero decir, es que lo recomendable es mirar hacia el futuro, el Ecuador al regularizar y normalizar completamente las relaciones homosexuales, incluyendo el derecho de adoptar niños, daría un ejemplo de respeto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas, convirtiéndose en un estado pionero en el continente americano en derechos humanos.

“La ley no debe acordarse de cosas pasadas, sino que debe proveer al futuro”

Nicolás Maquiavelo

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

### **Cuerpos normativos consultados:**

Constitución De La República Del Ecuador, (2008), Registro oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Declaración Universal De Los Derechos Humanos, (1948) Resolución 217 A (iii) de 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos, (1966) Resolución 2200 A (xxi) de 16 de diciembre de 1966.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos, (1978), Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos de 18 de Julio de 1978.

Convención de Viena sobre los Tratados, (1969), vigente desde el 27 de Enero de 1980

Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989.

Código Civil de Ecuador, (2005) Registro oficial No 58 de 12 de Julio de 2005.

Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, (2003) Registro oficial No 737 de 3 de enero de 2003.

Constitución del Reino de España, (1978), Boletín oficial de 29 de Diciembre de 1978.

Código Civil de España, (1889), Real Decreto de 24 de Julio de 1889.

Constitución de la República Argentina, (1853), Asamblea Constituyente de 1853.

Código Civil de Argentina, (1871), Aprobado mediante ley No 340 de 1 de enero de 1871.

Declaración de Independencia Estados Unidos de Norte América, Estados Unidos 1776.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del a República de Francia, Francia 1789.

### **Libros y textos consultados.-**

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *“Romparamos el silencio, violaciones de Derechos Humanos basados en la orientación”*, Madrid, Amnistía Internacional, 1994.

ALDHU, *“Manual de mecanismos para la defensa de los Derechos Humanos”*, Quito, Instituto geográfico militar, 1995.

ARDILA, R., *“Homosexualidad y psicología”*, Bogotá, Editorial Manual moderno, 2008.

BORJA, J. M., *“Documentos básicos del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos”*, Quito, Procuraduría General del Estado, 2005.

EDITORIAL ESPASA, *“Diccionario jurídico Espasa”* Madrid, Editorial Espasa, 2000.

EDITORIAL LAROUSSE, *“Sinónimos y antónimos”*, México, Editorial Larousse, 1999.

JHONSON, S., *“Madres Lesbianas”* México, Editorial Lumen, 2005.

JONG, E., *“Familia: representaciones y significado”* Buenos Aires, Editorial Espacio, 2010.

KELSEN, H., *“Teoría pura del Derecho”*, México, Editorial Porrúa, 2003.

PEÑA, G. C., *“Homosexualidad y matrimonio”* Madrid, Editorial Comillas, 2004.

WEINBERG, G., *“El homosexual y su liberación”* Buenos Aires, Editorial Granica, 1973.

**Páginas web visitadas.-**

[www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com)

[www.un.org/es/](http://www.un.org/es/)

[www.who.int/es/](http://www.who.int/es/)

[www.archives.gov/exhibits/](http://www.archives.gov/exhibits/)

[www.rae.es/](http://www.rae.es/)

[www.nytimes.com](http://www.nytimes.com)

[www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com)

[www.infoleg.com.ar](http://www.infoleg.com.ar)

[www.daya.es/](http://www.daya.es/)

[www.filosofía.com](http://www.filosofía.com)

[www.google.com](http://www.google.com)

[www.asambleanacional.gov.ec](http://www.asambleanacional.gov.ec)