

## Uniones homo-afectivas y Constitución en el Ecuador

*Rafael Centeno Rodríguez\**

La Constitución Ecuatoriana de 1998 reconoce la no discriminación “por orientación sexual”; sin embargo, este principio no ha logrado efectivizarse en las normas menores, ni por vía legislativa, ni por vía judicial; a pesar de que socialmente se ha llegado a un consenso de aceptación del homosexualismo. Este trabajo pretende afirmar que la vía más adecuada para consolidar los derechos de las personas homosexuales es el Tribunal Constitucional, si embargo éste se ve bloqueado por sistemas de dominación de género y por la politización del que es víctima.

FORO

**E**ste análisis parte del supuesto básico de que la Constitución y por ende todo el ordenamiento jurídico de un Estado se basa en un consenso social, donde las mayorías y actualmente las minorías, logran representar sus intereses dentro del texto constitucional; y, que el propio Estado Social de Derecho busca la igualdad de condiciones entre todos sus miembros y el respeto de los derechos fundamentales, no como principios subsidiarios de los vacíos legales, sino como base real y fundamento último de toda acción estatal (legislativa, judicial e incluso ejecutiva).

La pregunta que se intentará resolver es en qué medida las luchas de género de las personas homosexuales han provocado en la sociedad un consenso, lo suficientemente amplio como para cambiar las estructuras estatales y provocar reformas a nivel subconstitucional; y, en qué medida el Tribunal Constitucional es el órgano llamado a realizar dichas reformas, partiendo de una interpretación social de las normas constitucionales.

---

\* Abogado en libre ejercicio profesional. Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

## RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE GÉNERO EN EL ECUADOR

A primera vista puede pensarse que en Ecuador el consenso al que se refieren líneas anteriores ya no debe ser tema de debate, pues la propia Constitución de 1998 en el art. 23 consagra la no discriminación por orientación sexual,<sup>1</sup> producto de un proceso constituyente que lo volvió principio de eficacia directa;<sup>2</sup> sin embargo, para que un principio pueda llegar a ser efectivo y aceptado por la sociedad se necesitan otros factores que sin ser ajenos a la norma, la superan.

Antes de que entrara en vigencia la actual Constitución Política del Ecuador (en adelante CPE) el proceso de aceptación y asimilación social de la *otredad* homosexual ya se había iniciado. En 1997 se presentó un recurso de inconstitucionalidad del art. 516 del Código Penal Ecuatoriano<sup>3</sup> que sancionaba como delito sexual al homosexualismo consentido. El recurso fue aceptado, pero el Tribunal mediante sentencia solo declaró inconstitucional el primer inciso del artículo impugnado.<sup>4</sup>

Dicha sentencia generó una mayor controversia en el seno de los grupos involucrados. Se criticó su contenido discriminatorio y la falta de criterios interpretativos constitucionales. El tema de las relaciones homoafectivas y los derechos humanos inherentes a la libertad sexual, libertad de expresión y no discriminación, así como su relación con los derechos de los grupos heterosexuales fueron analizados bajo un lente *hetero-*

- 
1. Art. 23. Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.
  2. Debido a la nueva constituyente ha nacido un debate en la comunidad homosexual por el temor de que ciertos grupos de poder extremadamente conservadores, como el Opus Dei, vayan a intentar eliminar de la Constitución este principio. Los derechos humanos son inalienables, por tanto, los esfuerzos de estos grupos deben ser infructuosos, en un Estado de Derecho real. Sin embargo, la única manera de proteger un principio de minorías es lograr reflejarlo en todo el ordenamiento jurídico para que no sea solo declarativo, sino efectivo; es decir, que se encuentre legislado y reglado a través de leyes antihomofóbicas y que dentro de la propia Constitución aparezca como un eje rector en sus distintas partes.
  3. Art. 516. En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años.  
Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo.  
Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio, o institutores, en las personas confiadas a su dirección o cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.
  4. Sentencia del Tribunal Constitucional Ecuatoriano No. 111-97 de 1997.

*patriarcal*, ponderándose el principio de protección a la familia y equiparando la homosexualidad a una enfermedad y degeneración. Judith Salgado lo resume así:

la representación de homosexualidad que maneja el TC (Tribunal Constitucional) se construye a partir de nociones de anormalidad, disfunción, amenaza, conducta no exaltable, etc. La igualdad que propugna el TC es una igualdad abstracta que desconoce el reconocimiento y la protección de la diversidad sexual y por tanto es discriminatoria. Más aún, el TC construye un conflicto ficticio entre el principio de igualdad aplicado a los homosexuales y la protección a la familia y los menores, que tiene como base un prejuicio homofóbico que ve en la homosexualidad *per se* una permanente amenaza.<sup>5</sup>

No es de extrañar entonces que con resoluciones de este tipo, que amenazan la propia integridad de los derechos de los grupos minoritarios, en el país no se hayan vuelto a presentar demandas de inconstitucionalidad en razón de discriminación por razón de la orientación sexual, probablemente por el temor de que los resultados terminen siendo más gravosos que la propia discriminación, incluso en contra de la Constitución de 1998 que consagró una lista de derechos mucho más amplia que las anteriores constituciones y de que los movimientos universales de los derechos homosexuales estén hoy más desarrollados.<sup>6</sup>

## **FACTORES METAJURÍDICOS DEL DERECHO DE LOS HOMOSEXUALES**

Hemos dicho que para que un principio constitucional sea completamente efectivo no basta con que se encuentre plasmado en el texto de la Constitución, necesita encontrar medios que lo visibilicen para poder ser asimilado por la sociedad. Conjuntamente a lo anterior, el derecho de los homosexuales se enfrenta a otro obstáculo, ya que aceptar los derechos a una igualdad sexual real puede llegar a ser una verdadera amenaza a las creencias del poder heterosexual sobre el que se asienta el orden jurídico actual.

La Congregación para la doctrina de la fe, prelado fundamental del Vaticano y del catolicismo, ha emitido un documento llamado “consideraciones acerca de los pro-

---

5. Judith Salgado, “Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador”, en *Foro: revista de derecho*, No. 3, Quito, 2004, p. 123.

6. Solo en Ecuador existen más de siete organizaciones especializadas en brindar ayuda a grupos GLBTT, entre ellas: Alcohólicos Anónimos para G & L.; Grupo Gay ALFIL; Fundación Amigos por la Vida.; Fundación Ecuatoriana para el Fomento y Promoción de la Ciudadanía y Bienestar Social de las Comunidades GLBTT “EQUIDAD”; FEDAEPS; Fundación Salud, Orientación General y Ayuda (SOGA); Fundación Ecuatoriana de Minorías Sexuales FEMIS.; etc. <http://gayquitoec.tripod.com/ayuda.htm>

yectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales” en el cual entre otras cosas dice:

No existe ningún fundamento para asimilar o establecer analogías, ni siquiera remotas, entre las uniones homosexuales y el designio de Dios sobre el matrimonio y la familia. El matrimonio es santo, mientras que las relaciones homosexuales contrastan con la ley moral natural. Los actos homosexuales, en efecto, “cierran el acto sexual al don de la vida. No proceden de una verdadera complementariedad afectiva y sexual. No pueden recibir aprobación en ningún caso”.<sup>7</sup>

Debido a la fuerte influencia histórica que ha ejercido la religión católica en la generación de los ordenamientos jurídicos y pensamiento occidentales, es difícil romper con este tipo de concepciones y lograr que la sociedad desmitifique a los homosexuales y deje de verlos como monstruos sociales.<sup>8</sup>

La institución de la familia occidental tradicional ha sido el punto de partida y la fortaleza más grande del sistema de dominación machista, donde se ha forjado la cultura y las verdades se han construido al crisol de los intereses de los dominantes, por esto es tan difícil cambiar, aunque sea ligeramente, sus bases, porque transformarla es cambiar el sistema social dominante, quitándoles el poder absoluto a los hombres blancos heterosexuales y redistribuyéndolo entre todos aquellos que han sido excluidos y ocultados del ámbito social (mujeres, negros, indios, GLBTT). Esto justifica las actuaciones de los grupos conservadores que obstruyen y luchan contra cualquier reforma posible.

La estructura clerical excluyó totalmente de su seno a las mujeres, reduciéndolas a congregaciones menores de servicio e incapacitadas de realizar funciones sacerdotales, así mismo se le negó la posibilidad a todo hombre que no perteneciera a la esfera imperial (de otras razas o clases y homosexuales) equiparándolos a las mujeres, asentando el poder del grupo tiránico. Este mismo sistema se reproduce en la sociedad debido a que, en algún momento de la historia, el hombre comenzó a dominar las estructuras sociales, pero como su poder no era natural éste tuvo que crear un sistema represivo que lo asegurara, nacieron así el Derecho y el Estado como fórmulas de represión clasista y de aseguramiento de un sistema familiar y social eminentemente heteropatriarcal.

---

7. [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20030731\\_homosexual-unions\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_sp.html), el texto cita al *Catecismo de la Iglesia Católica*, No. 2357.

8. Antonio Lafuente y Nuria Valverde, “¿Qué se puede hacer con los monstruos?”, en AA.VV. *Monstruos y seres imaginarios en la Biblioteca Nacional*, Madrid, Biblioteca Nacional, 2000.

Por ello, aceptar que existen otras realidades distintas al concepto de dominación machista es en última instancia el obligatorio reconocimiento del derecho de ejercicio del otro y la eventual disminución de su propio dominio. Es decir, si el derecho reconoce constitucionalmente la libertad sexual de los individuos y su igualdad, esto puede significar mucho más de lo que en principio está dispuesto a reconocer.

Existen muchos factores hoy en día que están influyendo para que el poder hegemónico se perturbe, conseguir que el principio de no discriminación por razón de la orientación sexual se incluya en la CPE fue un primer paso, efecto y causa de movimientos sociales mucho más extensos y que son producto de las siguientes confluencias históricas:

## **LOS MOVIMIENTOS GLBTT**

La formación de todos los movimientos homosexuales se pueden retraer hasta el año 1869 en que el médico húngaro Benkert (inventor del término homosexual) escribe una larga carta abierta al ministro de justicia prusiano en contra del nuevo código penal que castigaba los actos homosexuales masculinos.

Sin embargo, los movimientos de gays, lesbianas, bisexuales, travestís y transgénero (GLBTT) se han desarrollado y luchado abiertamente desde finales de los años sesenta. Para muchos la partida de nacimiento del movimiento gay moderno se halla en el 28 de junio de 1969 con los eventos ocurridos en el bar Stonewall Inn de Nueva York, donde se produce una revuelta provocada por el hartazgo que habían causado las sucesivas redadas en bares de ambiente gay. Uno de los detenidos, al intentar escapar, muere en un accidente. La revuelta da lugar al grupo Gay Liberation Front.<sup>9</sup>

Si bien se han conseguido reconocimientos importantes que han definido una ruta a seguir, aún no se ha llegado a la meta, los derechos a una igualdad y libertad sexual real. Aun así, no se puede dejar de incluir en este apartado hechos tan importantes como: la internacionalización del derecho y de los órganos supranacionales para la protección de derechos humanos, que han sido un fuerte aliado para las reformas en esta materia y cambios sociales.

---

9. [http://www.fundaciontriangulo.es/informes/e\\_Historia.htm](http://www.fundaciontriangulo.es/informes/e_Historia.htm)

## LA GLOBALIZACIÓN

La globalización ha transformado la forma de percepción que tenemos del mundo, reduciendo las distancias y los tiempos para que la información se vuelva pública. Las discusiones en el seno de la sociedad ya no pertenecen a un núcleo de “sabios” que dirigen a los demás, sino que los medios han permitido que la información y las críticas de la misma, puedan ser canalizadas por muchas vías y analizadas por muchas personas, llegando a la mayoría de los miembros sociales.

Este fenómeno ha significado también el contacto con sociedades diversas, lo cual ha permitido dejar de ver al otro como un ser ajeno y distante; y, asimilándolo como una realidad tangible y modificadora de sus propias conductas. “El proceso de globalización supone la característica distintiva del mundo moderno, es un proceso que se ha intensificado de manera distintiva en las últimas décadas”.<sup>10</sup>

La declaración de legalidad de las *uniones homoafectivas*, en países como Inglaterra, Francia o Países Bajos, generan un efecto inmediato en todo el mundo, creando debates, modificando legislaciones (es el caso de Argentina), poniendo sobre la mesa problemas de fondo, como la discriminación que sufren los transexuales y transgénero en América Latina.

## LA COTIDIANIDAD

Hasta hace algunos años la noticia del matrimonio de un personaje público como Elton John con su pareja David Furnish con quién había convivido por quince años, creó un rechazo y repudio general, pero luego de un lento proceso de cambio social, fruto, no solo de la lucha inicial de los agentes inmersos, sino de la cotidianidad y reproducción que siguió a las mismas, se ha logrado romper las barreras de la discriminación, alcanzando un reconocimiento o visibilización de las abyecciones, que son comportamientos que se encuentran fuera de la norma hegemónica, como las llama Butler.<sup>11</sup>

Este es, a nuestro parecer, el factor más importante de cambio social. La sola lucha por los derechos o la globalización, se han deformado para lograr un reforzamiento de la norma *heteropatriarcal*. Los medios de comunicación nos han saturado de conceptos de lo normal y aceptable, presentando ya no caricaturas denigrantes de

---

10. John B. Thompson, *Los medios y la modernidad: una teoría de los medios de comunicación*, Buenos Aires, Paidós, 1998, p. 200-

11. Judith Butler, *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, Buenos Aires, Paidós, 2000, p. 3.

homosexuales, sino su lado humano y real; mostrando una visión progresista de las relaciones homoafectivas e incluyéndolos en todas sus producciones. En la actualidad existen pocas series de televisión donde falte algún personaje gay, lesbiana, travesti o transexual, respondiendo como todo mecanismo de mercado, a las preferencias y deseos de los televidentes.

## LA CONSTITUCIÓN Y SUS MEDIOS DE PROTECCIÓN

Pese a todo lo anterior, aún ronda la pregunta acerca de la fuerza que tiene este cambio social en el Ecuador. Preguntarse acerca de la libertad de orientación sexual es aún enfrentarse a un fantasma *dismorfo* que recorre todas las instituciones estatales. La CPE promueve las libertades y derechos fundamentales de los individuos, pero no propone los medios necesarios para alcanzarlos, como se verá a continuación.

La Constitución Ecuatoriana en su sección tercera trata acerca del amparo; en su art. 95 dispone:

Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

El órgano al que se refiere la Constitución es el juez de primer nivel y luego por apelación al Tribunal Constitucional (TC).

Nuestro país no posee una cultura del litigio, los trámites tienen altos costos y la mayoría de jueces de primer nivel carecen de las herramientas hermenéuticas constitucionales necesarias. Adicionalmente, la publicidad del amparo exige al demandante hacer notoria su calidad de homosexual, si a esto sumamos que no existe ninguna garantía de que el juez falle a su favor, pues todavía se manejan discursos religioso-moralistas, el uso de este recurso queda enormemente restringido.

Por otro lado, nuestro TC, por ser sus vocales elegidos por el legislativo, dista mucho de ser un órgano autónomo y suficientemente neutral, como lo definiera Kelsen, pero no es distinto el caso de otros países, como Colombia, donde la doctrina constitucional se encuentra mucho más adelantada y los procesos hermenéuticos llevan

normalmente a nuevas dimensiones el derecho positivo, pero al enfrentarse a situaciones que rompen con el sistema hegemónico presenta iguales deficiencias que el órgano ecuatoriano, como se muestra a continuación.

## **ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO**

La sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU.623/01 del 14 de junio de 2001, analiza el caso de una tutela solicitada por una persona que pide se incluya como beneficiaria al sistema de seguridad social de salud a su pareja homosexual, con la que ha convivido desde noviembre de 1994, es decir, más de dos años continuos, que es lo que se requiere reglamentariamente. En este caso, primero se niega la solicitud por parte del órgano competente del sistema de seguridad, por lo cual se presenta una acción de tutela que luego de agotar las instancias previstas en la propia ley, llega a conocimiento de la Corte Constitucional, la cual ratifica las sentencias anteriores, en que se negaba la tutela pero con mayoría de un solo voto.

Nos interesa citar el análisis que realiza Jairo Rivera Sierra, al respecto de las razones de los cuatro magistrados que disintieron del voto mayoritario.

¿La Constitución prohíbe hacer cualquier tipo de comparación entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales?... Creen que los dos tipos de parejas sí pueden ser comparadas y que deben serlo porque tienen en común el hecho de constituir una comunidad de vida, que se funda en la “voluntad responsable de conformarla” cuando son estables. En los dos tipos de parejas hay una atracción sexual, deseo de compañía, compromiso de apoyo mutuo y afecto. La única diferencia entre las dos se da en la restricción constitucional que tiene la segunda en materia matrimonial. Ahora bien, cuando las uniones heterosexuales son de hecho, no están excluidas del sistema de salud, pueden procrear naturalmente, aunque hay parejas heterosexuales que no pueden hacerlo y sin embargo no están desprotegidas del sistema de salud.<sup>12</sup>

Contraria a esta sentencia, el 7 de febrero de 2007, mediante sentencia C-075/07 la misma Corte declara la exequibilidad condicionada de la Ley 54 de 1990 que se refiere a las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ellas contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

---

12. Jairo Rivera Sierra, *Un debate a propósito de la familia constitucional. ¿Las parejas homosexuales estables conforman una familia? Algunas notas sobre el juicio de Salomón*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 77-98.

Esto quiere decir, que las parejas homosexuales que vivan por más de dos años juntas, podrán crear un régimen patrimonial conjunto, mediante escritura pública.

Esta sentencia presenta varias falencias que los votos salvados hacen notar:

El magistrado JAIME ARAUJO RENTERÍA manifestó su salvamento de voto, por considerar que esta decisión dejó sin resolver el problema que en su criterio, se plantea en este caso, cual es el del reconocimiento de las parejas homosexuales permanentes como uniones maritales de hecho, con todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan en plano de igualdad con las parejas heterosexuales. En su concepto, el fallo sigue siendo restrictivo de los efectos jurídicos que implica la eliminación del trato discriminatorio de dichas parejas, al limitarlo a los efectos patrimoniales, esto es, a la conformación de la sociedad patrimonial, lo cual implica un reconocimiento a medias de los derechos de las personas homosexuales en cuanto parejas permanentes, en contravía de lo que consagra nuestra Constitución, fundada en los principios de dignidad, libertad e igualdad que les deben ser reconocido. A su juicio, esta decisión aparenta ser progresiva, pero no hace sino retardar de nuevo y una vez más el reconocimiento radical y coherente de la dignidad humana y la igualdad de derechos de los homosexuales. Por su parte, el magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA aclaró el voto, en el sentido que la aplicación de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005 a las parejas del mismo sexo, no significa que se haya cambiado la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de familia previsto en el artículo 42 de la Constitución, el cual requiere que los vínculos naturales o jurídicos se creen por decisión libre de un hombre y una mujer.<sup>13</sup>

En otra sentencia de la misma Corte Constitucional de Colombia (C814 del 2 de agosto de 2001), se trata acerca de la adopción de menores por parte de personas homosexuales, en relación al requisito de moralidad que menciona el art. 89 del Código del Menor en ese país. Al igual que en el primer caso y en el voto de aclaración anterior se afirma que la familia a la que se refiere la Constitución es la familia heterosexual y que como la adopción es una institución que busca proteger a los menores, no es adecuado que se otorgue la adopción a personas que no comparten la moral general.

Como vemos en los casos de sentencias constitucionales que se han analizado,<sup>14</sup> tanto la ecuatoriana como las tres colombianas, lo que se hace es asegurar el sistema dominante heterosexual. Al cerrarse, especialmente en Ecuador la vía jurisprudencial, se obliga a las personas excluidas por cualquier motivo a buscar nuevos frentes de lucha para hacer reconocer sus intereses.

---

13. Comunicado de Prensa de la Corte Constitucional Colombiana No. 3 del 7 de febrero de 2007, expediente D-6232, Sentencia C-075-07.

14. Las sentencias citadas no son las únicas, se puede revisar las Sentencias de la Corte Colombiana: T-290-95; T-618-00; T-301-04; T-101-98; T-999-00; T-1426-00; T-539-94; C-098-96; T268-00; T-725-04, entre otras.

Si bien las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana han ido reconociendo cada vez más derechos a las personas homosexuales, como por ejemplo eliminar al homosexualismo como falta disciplinaria de los docentes (Sentencia C-481-98) afirmando que existe el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que implica la libre elección de la identidad sexual y entre éstas la homosexual; y que:

Conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto.<sup>15</sup>

Habiendo, con esta sentencia, superado largamente la doctrina constitucional ecuatoriana, aunque en el voto aclaratorio se afirme que existe libertad para desarrollar la personalidad, en la medida que no afecte el desarrollo de las futuras generaciones. Al enfrentarse al reconocimiento del derecho de las personas homosexuales a tener el mismo reconocimiento social y legal de sus relaciones afectivas, es decir, a darle la categoría de familia, todas las acciones sin excepción se han visto rechazadas, bajo una falsa imagen de modernidad y tolerancia.

## **LIMITACIONES HERMENÉUTICAS DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL**

Empezaremos aclarando que “las acepciones de interpretación y hermenéutica han sido siempre términos relacionados, incluso equivalentes, que sugieren la idea de develación, revelación *del sentido de la norma, en este caso constitucional*. No obstante lo anterior, nosotros encontramos una diferencia substancial entre los términos ya que el primero es el fin último y el segundo es el medio para alcanzarlo. Ahora bien, toda búsqueda de la plenitud sistemática parte de diferentes tipologías interpretativas que presuponen una controversia entre argumentos verosímiles, lo que con-

---

15. Sentencia C-418-98 del 9 de septiembre de 1998.

vierte a la tarea hermenéutica en un procedimiento dialéctico para establecer un significado válido”.<sup>16</sup>

Si el medio es la hermenéutica, en este capítulo se analizará cuáles son las limitaciones sociopolíticas que tiene el Tribunal Constitucional Ecuatoriano para llegar a una interpretación acorde con las exigencias de igualdad de los grupos minoritarios.

La interpretación a la que llegan el Tribunal Constitucional Ecuatoriano, pone de manifiesto que no equipara los valores constitucionales, sino que los jerarquiza, haciendo superiores a unos sobre otros, incluso puede pensarse que este hecho responde en última instancia al fenómeno democrático, entendido en su sentido plebiscitario, donde la idiosincrasia de la mayoría define los lineamientos del judicial. Sin embargo, aceptar lo anterior sería negar todo un proceso mundial, que busca entender a la democracia como una fuerza representativa de las clases minoritarias. Como medio de lucha continua por lograr mayores y mejores reconocimientos que logren la igualdad efectiva y no solo frente a la ley de los grupos más necesitados.

Hemos analizado cuatro sentencias en las que la hermenéutica (el medio de interpretación) de principios se ha basado en proteger definiciones que buscan en última instancia asentar el poder instituido y rechazar la posibilidad de otorgar espacios a otras realidades. Estos mecanismos llevan a definiciones excluyentes, *de familia*, que velan la realidad y se contradicen, *de moral*, que denigran la imagen de los grupos minoritarios; y, *de derechos*, que pueden ser ejercidos solo ocultos del ojo social, para que no afecten el desarrollo normal de las nuevas generaciones.

## **EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, LIBERTAD SEXUAL Y PROTECCIÓN A LA FAMILIA**

El principio de igualdad acepta tratos diferenciados en situaciones diferentes, por ello se debe realizar un *test de razonabilidad* para descubrir si estas diferencias son lo suficientemente “razonables” para acarrear un trato peculiar, pero debe también ir en sentido contrario y aceptar que muchas diferencias, todas ellas recogidas por la Constitución, de raza, sexo, orientación sexual, cultura, clase social, no deben imponerse como estigmas que menoscaben el derecho a presentarse libremente ante la sociedad y vivir a plenitud sus propios anhelos y pretensiones. Este principio busca en definitiva, reconocer las diferencias y permitirles existir en su propia dimensión y dentro de un mismo espacio, sin limitar aquello que no afecte a los demás. Una verdadera igualdad es un motor de cambios, de verdades y de justicia.

---

16. <http://www.todoelderecho.com/Destacados/LA%20CONSTITUCION%20DE%20LA%20UNION%20INTERNACIONAL%20DE%20TELECOMUNICACIONES.htm>

Solo en plena igualdad la libertad sexual será una realidad tangible, las prácticas sexuales diversas generan un reproche y rechazo que no nace de la naturaleza, sino de las prácticas culturales. Como simple ilustración vale señalar que las mujeres eran consideradas hasta el siglo XVIII como hombres incompletos, faltos de calor vital y los genitales femeninos no tuvieron nombre propio hasta 1700, negándose la existencia de la mujer, a pesar de que la realidad material era abrumadora en afirmar lo contrario.<sup>17</sup> Igual sucede con todas las otras realidades materiales sexuales, el uso del sexo está permitido solo en un sentido reproductivo, negándose el placer por sí mismo, sin ninguna razón que no sea cultural. Solo en los últimos años se ha redescubierto al cuerpo como objeto, tanto de las presiones sociales como de los estigmas culturales, devolviéndole el derecho a ser medio de comunicación entre las personas y lugar donde se satisfacen y cumplen las necesidades personales. Sin embargo, el derecho aún no logra incorporar esta sexualidad a su ordenamiento, no existe norma que permita las expresiones sexuales libres. Las normas jurídicas existentes reprimen u ocultan las prácticas sexuales, como el caso de la prostitución, el aborto terapéutico, el exhibicionismo y todas aquellas formas aún penadas por el ordenamiento jurídico o hasta hace poco tiempo consideradas como enfermedades mentales (recuérdese el argumento del Tribunal Constitucional Ecuatoriano para despenalizar el homosexualismo).

Ante una realidad que nos enmarca en un sistema de control heterosexual, de conceptos y cultura occidental excluyente y eminentemente masculino, no es de extrañar que los principios de igualdad y libertad de orientación sexual, antes anotados, sean vistos de una forma precaria, huidiza y deformada, como lo demuestra la definición de familia que hace el Tribunal Constitucional Colombiano; o, la discriminatoria conclusión a la que llega el ecuatoriano al no declarar inconstitucional los incisos segundo y tercero del art. 516 del Código Penal, aludiendo a que se lo hace para proteger a la familia de este tipo de degeneración.

Vale decir que el principio de protección de la familia se encuentra viciado en su propio origen, en la definición de familia. Sus orígenes se encuentran en la Roma antigua, que respondía a un sistema esclavista y en consecuencia generó una relación entre los miembros de la familia de superioridad de unos hacia otros, incluso llegando a calificar a sus miembros femeninos y menores de edad como incapaces, es decir, incompetentes de gobernarse a sí mismos.

La familia debe reestructurarse, redefiniéndose para responder a la nueva realidad social, partiendo de la necesidad de las personas, sin importar su sexo, de realizarse

---

17. Thomas Laqueur, *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1994, p. 45.

dentro una institución que consagra la vida conyugal, la ayuda mutua y eventualmente la procreación, entendiendo que la falta de esta última no es causal de terminación de los vínculos matrimoniales.

Frente a esto, es difícil sostener que los tribunales constitucionales tengan el poder de cambiar los ordenamientos en aras de una mayor justicia. En este trabajo se ha analizado el aspecto político del análisis que realizan jueces constitucionales, pero ese mismo análisis nos lleva a ver a través de la historia, en especial de la estadounidense, que su fuerza radica en que responde no solo a la letra yerma de la ley, sino a las luchas y revoluciones mayores o menores que se dan en su entorno. Es decir, no son los Tribunales y Cortes Constitucionales los que crean los cambios, sino solo los reconocen cuando ya estos han sido ganados en el seno social. No es posible que un Tribunal reconozca una situación que antes no haya sido aprobada por el pueblo, a pena de que se niegue su derecho a existir como tal Tribunal.

## **EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO**

En este punto cabe preguntarse si el actual Tribunal Constitucional debe ser el órgano pertinente para resolver sobre la seguridad y tutela de principios y derechos; y, caso contrario, cuál sería el sistema más eficaz de cumplimiento de los derechos a la igualdad real.

Según los movimientos GLBTT, el mayor problema radica justamente en que si bien la sociedad se encuentra más preparada que antes para tratar acerca de los derechos de los excluidos sociales, los órganos judiciales de nuestro país se encuentran completamente politizados. Esto impide que los mismos puedan realizar correctamente las funciones a las que están llamados.

Adicionalmente existe una nueva ola de conservadurismo extremo que viene dado tanto desde la influencia católica con el nuevo Papa, como de la nueva práctica política electoral que utiliza la religión y religiosidad como plataforma para ganar adeptos.

Por último, al ser el Tribunal Constitucional Ecuatoriano controlado por el Poder Legislativo, peca de ser juez y parte, emitiendo sentencias que se apegan al texto de ley, negando la existencia de derechos subjetivos supralegales y llevando a límites exagerados el principio de legalidad, que se refiere a que toda ley goza de dos presupuestos básicos: que el legislador cumplió sus funciones dentro de los límites constitucionales; y, que la ley es concordante con la Constitución.

Nuestra posición, incluso frente a lo anterior, es que el medio más eficaz e inmediato de protección de los derechos tanto de la comunidad GLBTT, como de otros grupos suprimidos, son los órganos de control constitucional, frente a las otras vías

posibles que serían: 1. a través del órgano legislativo para conformar una Ley de protección; o, 2. mediante situaciones de hecho, pero solo en aquellos casos en que no se exige una respuesta del Estado, pues aquellos en que se requiere un acción por parte del Estado para la protección de las personas, las situaciones de hecho son imposibles de sostener, como se ha visto en las tres sentencias citadas, ya que no solo niegan derechos, sino que impiden el libre desarrollo de las libertades individuales.

Nos encontramos frente a una notoria paradoja, por un lado el Tribunal Constitucional se ve constreñido por los intereses de los grupos dominantes que lo crean y por el otro, es el órgano llamado a salvaguardar los intereses de los grupos minoritarios, actuando con una visión reformadora y defendiendo la igualdad de estos grupos frente al hegemónico.

## **BENEFICIOS DEL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL**

Como se lee en líneas anteriores, la vía más rápida de acceso a la reforma del ordenamiento jurídico y a la protección de los derechos personales se logra a través de los órganos judiciales y de control, pero la producción de sentencias debe ser más casuística y por tanto más numerosa; lográndose esto a través de la reducción de las dificultades, tanto procesales como sustantivas para acceder a esos tribunales.

Al necesitarse un consenso y un interés político que motive al legislativo a mover el engranaje de la creación legal, este camino se vuelve pantanoso y lento, incapaz de dar respuestas ágiles a situaciones que necesitan la mayor de las veces una respuesta inmediata, para que no se siga vulnerando los derechos de las personas.

Estas situaciones de hecho que, como se ha escrito, están más allá de las leyes ordinarias, crean situaciones que muchas veces exponen a las personas a gravámenes sociales, económicos y culturales, que previstos, aunque sea de forma muy general en la Constitución, permiten mediante el amparo y otras formas de protección al Tribunal Constitucional hacer valer los derechos de aquellos afectados, incluso más allá de los intereses de las clases dominantes.

## **CONCLUSIONES**

De lo escrito se puede deducir en primer lugar que los cambios sociales se generan en el seno de la sociedad y que en la actualidad estos cambios son impulsados por la globalización, los medios de comunicación, el contacto con otras culturas y el mercantilismo, más que por las actuaciones que puedan realizar los jueces o legisladores.

Segundo, que mientras se mantenga el sistema de dominación heterosexual machista, la lucha por las reivindicaciones sociales será lenta y llena de injusticias.

Tercero, que si bien el Tribunal Constitucional es la vía más rápida para el reconocimiento de los nuevos derechos, éste es incapaz de ir más allá de lo que se ha ganado en el seno social, es decir, en la confrontación político-mediática del reconocimiento y visibilización de los otros excluidos.

Por último, los tribunales constitucionales lograrán cumplir estas metas siempre y cuando actúen libres de las presiones políticas, no de la política y con una mirada progresista.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Butler, Judith, *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, Buenos Aires, Paidós, 2000.

Rivera Sierra, Jairo, *Un debate a propósito de la familia constitucional. ¿Las parejas homosexuales estables conforman una familia? Algunas notas sobre el juicio de Salomón*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Salgado, Judith, “Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador”, en *Foro: revista de derecho*, No. 3, Quito, 2004.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-075/07 del 7 de febrero de 2007.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-481-98 del 9 de septiembre de 1998.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C814 del 2 de agosto de 2001.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU.623/01 del 14 de junio de 2001.

Sentencia No. 111-1997 dictada por el Tribunal Constitucional Ecuatoriano.

Thompson, John B., *Los medios y la modernidad: una teoría de los medios de comunicación*, Buenos Aires, Paidós, 1998.

Thomas Laqueur, *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1994.

[http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc-con\\_cfaith\\_doc\\_20030731\\_homosexual-unions\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc-con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_sp.html)

[http://www.fundaciontriangulo.es/informes/e\\_Historia.htm](http://www.fundaciontriangulo.es/informes/e_Historia.htm)

<http://www.todoelderecho.com/Destacados/LA%20CONSTITUCION%20DE%20LA%20UNION%20INTERNACIONAL%20DE%20TELECOMUNICACIONES.htm>