

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR
SEDE ECUADOR



NOMBRE
RAFAEL LUIS CENTENO RODRÍGUEZ

AÑO DE PRESENTACIÓN
2006

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

ABG. RAFAEL LUIS CENTENO RODRÍGUEZ

2006

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA
DERECHO

PROGRAMA
MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN
DERECHO CONSTITUCIONAL

TÍTULO
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS GLBTT EN EL
ÁMBITO FAMILIAR ECUATORIANO.

NOMBRE
CENTENO RODRÍGUEZ RAFAEL LUIS

TUTORA
DRA. JUDITH SALGADO

LUGAR DE REALIZACIÓN DE LA TESIS
QUITO/GUAYAQUIL – ECUADOR

AÑO DE PRESENTACIÓN
2006

RESUMEN

Los derechos de las personas gays, lesbianas, bisexuales, travestis y transexuales, en adelante GLBTT, han sido ocultados y menospreciados por un poder heteropatriarcal dominante, que dicta que la única forma posible de sexualidad es la que se da entre un hombre y una mujer exclusivamente para fines reproductivos. En la presente tesis busco negar y desmitificar tal concepto, a través de un análisis jurídico y sociológico del ámbito de la familia, demostrando que no es una institución fija, sino que responde a los intereses del poder dominante y por tanto es posible, cambiando la matriz social, ampliar los sujetos legitimados a formarla hacia las personas GLBTT.

Adicionalmente, deconstruyo otros conceptos e instituciones como el sexo, género, moral, heterosexismo y patriarcalismo, demostrando que todo aquello que se toma como base inamovible y natural en las relaciones de poder no son más que productos de la cultura. Afirmo que los ordenamientos jurídicos, también productos culturales, responden a las necesidades de los grupos hegemónicos de poder, lo que lleva a analizar la forma en que éstos incluyen principios como igualdad y no discriminación en sus normas, a través de un estudio comparado de derecho, principalmente entre España y Francia en el ámbito familiar, encontrando que el reconocimiento de derechos realizado a las personas GLBTT por estos sistemas jurídicos de una u otra forma no responde a reivindicaciones reales y efectivas de los derechos de GLBTT.

Concluyo que para que el reconocimiento sea real y efectivo debe crearse un conjunto de instituciones sociales y estatales que permitan el libre desarrollo de la personalidad y acceso sin presiones sociales a la familia por parte de las personas GLBTT, incluyendo la adopción y herencia, llegando a ser así sujetos de derechos tanto privados (dentro de la familia) como públicos (política, cultura, arte, etc)

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

Dedico esta tesis a mi madre, la Dra. Athala Rodríguez Pehóvaz por permitirme desarrollar libremente mi personalidad y apoyarme incondicionalmente, no sólo en esta tesis sino en todo proyecto que he iniciado, impulsándome a terminarlo.

Agradezco a mi hermano Francisco, sin él nunca habría podido concretar esta nueva etapa de mi vida y concluir este trabajo.

A mis hermanos Thalía y Luís; a Eduardo, Cinthia y Fernando, por siempre estar junto a mi dispuestos a ayudarme en lo que sea necesario.

A mi padre, Dr. Luís Felipe Centeno que me enseñó que ignorar es peor que discriminar.

A mis profesores Edgar Vega, Ximena Endara y Agustín Grijalva, por ser mis primeras guías y darme la oportunidad de desarrollar este polémico tema.

A la flor del Área de Derecho de la Universidad, Dunia Martínez y la luz que nos lleva por todos los senderos administrativos, Consuelo Báez, sin ellas no habría tenido tanta alegría en los días de clases.

A la persona que más ha influido en este trabajo, Dra. Judith Salgado, a través de sus recomendaciones de lecturas y sus oportunas rectificaciones, mi gratitud eterna y devoto servicio.

CONTENIDOS

Introducción	8
Capítulo primero: El principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual en los derechos de familia.	12
a) Visión histórica del concepto de familia como institución legal	12
b) Los principios de igualdad y no discriminación por orientación sexual frente a los sujetos legitimados para formar familias.	17
c) Sexo, género y poder	25
d) Derecho, sexo, género, familia y heterosexismo: consideraciones jurídicas al respecto	32
e) Visión Sociológica sobre el derecho de familia de GLBTT	36
f) Conclusiones del capítulo	43
Capítulo segundo: Derechos de las personas GLBTT en el ámbito familiar dentro del derecho comparado.	46
a) España, Holanda y Bélgica: Matrimonios Homosexuales y Adopción	47
b) Alemania y Francia: Uniones Homosexuales	54
c) Análisis comparado de la normativa francesa y española	59
d) Canadá y Argentina: Caso Americano	62
e) Conclusiones del capítulo	65
Capítulo tercero: Normas constitucionales vigentes en el Ecuador y derechos de las personas GLBTT a legitimar familias homosexuales.	66
a) Breve historia del Movimiento GLBTT en el Ecuador	66
b) Estadísticas sobre la opinión de la comunidad acerca de los derechos	

de las personas GLBTT en el ámbito familiar	71
c) Normas constitucionales vigentes	75
d) Normas de derecho internacional vigentes	87
1.- derecho a casarse:	87
2.- Derecho a constituir una familia	89
3.- Derecho a no ser discriminado	90
4.- Derecho a la intimidad	91
5.- Silencio de las normas internacionales sobre las personas GLBTT	92
e) Normas civiles vigentes	93
1.- Conceptos que trae el Código Civil	94
2.- Matrimonio	96
3.- Unión de hecho	99
4.- Adopción	100
f) Conclusiones del capítulo: Posibles reformas	101
Conclusiones	103
Bibliografía	105
Anexos	109

Mi imagen personal de sociedad perfecta, que sobrepasa los fines de esta tesis, está dada por los libros de Anne Rice, dominada por esclavos del amor, vampiros y brujas¹; los primeros han encontrado el verdadero placer a través del dolor de la norma, que los impulsa, obliga y compele; los vampiros, al haber perdido su simiente, ya no encuentran placer en sus genitales sino que a través de la verdadera unión de la sangre, que no tiene sexo, buscan trascender; y, las últimas poseen poder suficiente para romper con sus ataduras sociales y decidir su propio destino. Es un mundo dónde el género no tiene importancia y la sexualidad es sublimada, donde la categoría de hombre o de mujer es tan banal que ni siquiera es mencionada y donde existe libertad absoluta de usar el cuerpo como medio de comunicación o de placer, se le reconoce su materialidad permitiéndole su existencia por sí mismo.

¹ Anne Rice, escritora estadounidense calificada como gótica. Sus obras se pueden dividir en tres grandes grupos: La historia de Bella Durmiente bajo el seudónimo de A. N. Roquelaure; Las brujas de Mayfayr y Crónicas vampíricas junto a las Nuevas crónicas vampíricas.

INTRODUCCIÓN

Al conectar la visión descrita en el texto anterior con la realidad social a la que nos pertenecemos, presento esta tesis como un mínimo paso conceptual hacia esa utopía. La igualdad es un derecho reconocido universalmente, al que le asignamos “un lugar importante... en el sentido de que asumimos que todas las personas tienen la misma dignidad moral y son iguales en cuanto sus capacidades más básicas[...] entonces, resultaría el fundamento último del constitucionalismo y de la democracia”², ésta será la idea guía del trabajo, que busca analizar los derechos de las personas gays, lesbianas, bisexuales, travestis y transexuales, en adelante GLBTT³ en el ámbito familiar ecuatoriano, teniendo como base de estudio otras legislaciones que han reconocido no sólo el derecho al matrimonio o la unión libre, sino derechos a la seguridad social, a la adopción, herencia, beneficios fiscales, etc. fundamentándose en la no discriminación por razón de la orientación sexual y la libertad de desarrollar libremente la personalidad.

Aunque la mayor parte de la legislación extranjera utiliza el término “homosexual” para reunir a todas las personas GLBTT, prefiero dejar en evidencia las diferencias que existen entre los diversos miembros de la comunidad utilizando las siglas GLBTT. Así, entiendo por gay a los hombres que mantienen relaciones sexuales y afectivas con otros hombres; lesbianas a las mujeres cuya preferencia sexual y su afectividad está enfocada hacia otras mujeres; en ambos casos puede asumirse o no un comportamiento que evidencie su orientación sexual, es decir, mantenerse en el “closet” o “lanzar plumas”; no sucede lo mismo con los travestis y transexuales, pues la característica principal de éstos es que expresan su inconformidad con los lineamientos

² Luigi Ferrajoli, *La democracia constitucional*, publicado en Vulpiani Pietro, *L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, Milán, Armando Editore, 1997, p 77

³ Para el presente trabajo considero que todas estas personas forman una Comunidad, que puede ser analizada de forma conjunta, porque comparten la experiencia de exclusión y discriminación a pesar de su diversidad.

sociales en razón de su sexo. Lo travestis son hombres o mujeres que se identifican con los atributos del sexo opuesto y asumen las características de género de éste; los transexuales, en cambio, no sólo asumen los caracteres del sexo opuesto sino que se realizan operaciones de cambio de sexo, modificando su cuerpo para que esté acorde con la imagen sexual y de género que tienen de sí mismos.

La pregunta que intentaré responder es ¿Qué implicaciones tiene el reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual en el ejercicio de derechos de GLBTT en el ámbito familiar ecuatoriano? Esta interrogante nos enfrentará principalmente al problema de los sujetos legitimados para gozar de los derechos de familia; segundo, cuáles son los derechos que se pueden reconocer a éstos sujetos emergentes, lo cuál se facilita con el análisis comparado del derecho; y por último, qué reformas son necesarias a nivel constitucional e infraconstitucional, para adecuar el derecho de familia a los principios consagrados constitucionalmente. La hipótesis que intentaré demostrar es que a pesar de poseer la segunda Constitución en el mundo que reconoce la no discriminación en razón de la orientación sexual y que adicionalmente reconoce la libertad de desarrollar libremente la personalidad⁴ nuestro sistema jurídico en el ámbito de la familia aún no ha sido desarrollado para que alcance ese fin. Por tanto, intentaré presentar posiciones y soluciones al respecto.

Cada uno de estos tres temas lo estudiaré separadamente en capítulos. En el primer capítulo pretendo resumir las discusiones académicas que se han dado, tanto a partir de ciertas corrientes feministas, como de la teoría queer y del liberalismo, acerca

⁴ Art. 23 Constitución Política del Ecuador, numerales: 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.” 5. “El derecho a desarrollar libremente su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.” Negritas no constan en el texto original.

del poder heteropatriarcal, término que intenta significar dos situaciones complementarias, por un lado el patriarcalismo que se refiere al dominio que ha tenido el hombre sobre la vida y libertades de las mujeres, tanto esposas como hijas, y el aislamiento de éstas al ámbito privado (familia, crianza de hijos, labores domésticas, etc); y por otro el heterosexismo, que es la limitación de la sexualidad a un ámbito de complementación entre un hombre y una mujer con fines exclusivamente reproductivos, negándose que el cuerpo puede ser objeto de placer y rechazando cualquier forma diversa de ejercicio de la sexualidad (masturbación, homosexualidad, etc.). Así mismo intentaré demostrar, a partir del reconocimiento de este poder heteropatriarcal como hegemónico, es decir, que se impone a la fuerza sobre cualquier otra visión, que éste ha silenciado y eliminado el derecho de todas aquellas personas que no calzan en dicho modelo. Por último cuestiono conceptos clásicos como familia, género, sexo, heterosexismo, a partir de visiones no hegemónicas, encontrando así los argumentos que han llevado a la lucha social de los grupos excluidos y a las reformas legales que se han dado en otros países.

En el segundo capítulo analizaré comparativamente legislaciones que han reconocido el derecho al matrimonio homosexual y la adopción, con otras que reconocen la unión libre cotejándolas finalmente con el caso americano. Este ejercicio tiene como propósito encontrar los principios generales comunes consagrados en ellas. Así, con los resultados obtenidos, en el tercer capítulo, estudiaré su aplicabilidad en el caso ecuatoriano y propondré posibles reformas normativas.

En el transcurso del texto se podrá notar una intencional ambigüedad conceptual, en efecto abordo el tema desde dos puntos de vista, primero desde la sociología y ciertas teorías feministas, además de la queer, que repelen la norma por ser instrumento de dominación y exclusión; en segundo lugar asumo una Posición positiva del Derecho,

apostando por una demanda evolutiva, “que busca aplicar los derechos existentes a nuevos sujetos y a nuevas situaciones”⁵, es decir, una visión liberal del derecho, buscando que la igualdad formal, frente al derecho, produzca una igualdad real, que genere nuevas posibilidades sociales a los sujetos históricamente discriminados. La intencional ambigüedad por la que opto se explica en el siguiente texto.

Por otro lado, limitar la lucha por el reconocimiento a procurar la legitimación jurídica significa aceptar que el Estado tiene la potestad de organizar el campo sexual y designar lo que se puede considerar legítimo y lo que no. Centrarse en lo legal puede reforzar la normalización de la sexualidad y las relaciones de parentesco por parte del Estado... Se trata en últimas de una política intencionalmente ambigua que implica oponerse con vehemencia a los discursos biopolíticos heterosexistas que impiden que el Estado reconozca la legitimidad de las personas LGBT, sin que ello signifique estar completamente de acuerdo con que la única vía deba ser el reconocimiento legitimado por el Estado⁶

⁵ Alice Miller, *Las demandas por derechos sexuales*, en CLADEM, *Derechos sexuales, derechos reproductivos, derechos humanos*, Lima, CLADEM, 2002, p. 127. En este texto la autora analiza tres tipos de demandas evolutivas, devolutivas y revolucionarias.

⁶ Darío Muñoz Onofre, *Sexualidades “ilegítimas” Biopolítica heterosexista y política de reconocimiento*, en Revista Nomadas, Universidad Central - Colombia, 2006, pp. 113 - 114

CAPÍTULO PRIMERO

El principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual en el ámbito familiar.

Este capítulo tiene como finalidad demostrar que el heterosexismo patriarcal ha silenciado y eliminado a todas aquellas voces que reclaman su derecho a construir sociedades incluyentes. Analizaré el Derecho como un instrumento de dominación clasista, contrastándolo con la lucha de los grupos minoritarios para lograr que sus reivindicaciones se reconozcan legalmente. Si bien hablaré de las personas GLBTT y del ámbito familiar, las fuentes principales del análisis provendrán de ciertas corrientes feministas y pueden ser aplicadas al reconocimiento de otros grupos discriminados como el negro, indígena o de las propias mujeres. Debe tenerse especial cuidado con la situación diversa de los sujetos que forman la comunidad GLBTT, si bien me referiré a ellos como un conjunto, los problemas que enfrentan las lesbianas, doblemente discriminadas o incluso más si no son blancas y de clase media o alta, son distintos de los travestis, de los transexuales y de los gays, lo que los lleva a reclamar distintos reconocimientos, como se verá a continuación.

a) Visión histórica del concepto de familia como institución legal

La familia no es algo estático heredado del más antiguo Derecho Romano, sino más bien un concepto en continua evolución, que responde a los fenómenos y cambios sociales.

A primera vista es muy difícil imaginar conformaciones familiares distintas a las que vivimos en la actualidad, sin embargo son muchos los autores que han analizado como la estructura de la familia se ha transformado para responder a las necesidades de los Estados y las sociedades.

En la antigua Roma, las Gens fueron la primera forma de familia, eran un grupo natural formado sobre la base del parentesco. Cada Gens comprendía el conjunto de personas descendientes por línea de varones de un autor común. Estas familias conservaban el distintivo de su origen común. Cada familia estaba puesta bajo la autoridad de un jefe paterfamilia. Estos padres y sus descendientes, compusieron las gentes de las 30 curias primitivas, y formaron la clase de los patricios, constituyendo una nobleza de raza, por lo cual solo ellos podían participar en el gobierno del Estado, gozando de todos los privilegios del ciudadano romano. Además de los patricios, existían los clientes; personas que estaban agrupadas bajo la protección del jefe, que era su patrón, creando derechos y deberes. Esto se hacía bajo la figura de la adopción, la misma que se hacía no de niños o niñas, sino de todo un núcleo familiar a través del jefe de esas familias. El patrón debía a sus clientes socorro y asistencia, los defendía ante la justicia y les daba tierras para que la cultivaran; por su parte el cliente debía a su patrono abnegación, asistiéndole con su persona, siguiéndole a la guerra y aportando de su fortuna, para pagar por su rescate en caso de cautiverio, para dotar a sus hijas o para pagar las multas a que el patrón fuese condenado. Eran órdenes recíprocas enérgicamente sancionadas; si alguna de las partes no las cumplía era declarado sacer, es decir, perdía su calidad de sujeto y todos sus derechos, con lo que podía ser muerto impunemente.⁷

Como vemos, la familia en su forma inicial, no se configuraba desde el matrimonio, sino desde el parentesco, más aún, los plebeyos tenían prohibido casarse con patricios, por no pertenecer a la misma clase social, lo que demostraba la preocupación por mantener limpia la clase de los fundadores de Roma. Además esta familia la formaban no sólo los padres y sus descendientes, sino además estas formas

⁷ Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editora Dalis, Santo Domingo. Traducción de la novena edición francesa por Manuel Rodríguez Carrasco, año 2000, citado por Jorge Honoret Reinoso, en su monografía *Introducción al Derecho Romano*, www.monografías.com

de servidumbre que pesaban sobre los clientes, ampliando el concepto actual del núcleo de la sociedad. Pero incluso esto debe interpretarse desde la cultura y los detentores del poder así “la verdad es que los vínculos de parentesco no son vínculos naturales de la sangre, sino relaciones sociales entre grupos, con frecuencia basados en afinidades residenciales y hostiles a afinidades genéticas... quien decimos que es pariente y que describimos como familia son hechos que dependen claramente de varios factores históricos”⁸

Con el tiempo, la idea de familia cambia, muy probablemente por las luchas de clase de los plebeyos contra los patricios y se genera una nueva concepción de familia, esta nueva concepción es adoptada y promovida por el derecho canónico; y aunque el parentesco sigue siendo uno de los pilares fundamentales de la familia, el nuevo punto de partida de ésta será el matrimonio.

El matrimonio se concibe como un sacramento. En el Código de Derecho Canónico encontramos una definición bastante clara del matrimonio

1055 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados. 2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento.

1056 Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento.

1057 1. El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir.⁹

⁸ Jeffrey Weeks, *Sexualidad*, México, Paidós, 1998, p. 32

⁹ Código De Derecho Canónico Libro IV, Título VII Del Matrimonio

Así el matrimonio pasa a ser la unión entre un hombre y una mujer para formar una familia para toda la vida, asimilando la sexualidad a la procreación, con el fin de educar a la prole y convivir.

Como vemos las prohibiciones de formar familias entre personas de distintas clases desaparecen, por lo menos de manera formal o positiva, para dar paso a nuevas limitaciones, en especial, porque aún la iglesia católica considera que el concubinato no genera familias legítimas. Muchas de estas limitaciones e influencias de la religión católica en el derecho civil han sido superadas en la mayoría de países debido a las luchas liberales y de otras corrientes que se dieron en el siglo pasado, por ejemplo, la eliminación del derecho de los padres a concertar matrimonios, el logro del Código Napoleónico para eliminar la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos (nacidos dentro y fuera del matrimonio), el reconocimiento de las uniones de hecho con los mismos derechos que el matrimonio¹⁰, etc.

Existen muchas otras formas de familia, que se han presentado en distintos momentos históricos, respondiendo siempre a la necesidad social de los grupos de poder dominantes. En la actualidad vivimos un nuevo sistema económico, lo que ha provocado que la familia también se transforme, naciendo un nuevo concepto de familia que responderá a la necesidad capitalista burguesa de reducir los costos de producción social manteniendo a las mujeres como reproductoras y guardadoras de la prole para aumentar la mano de obra barata social, así tenemos que la familia:

No es más que una construcción social que se consolida en un momento determinado: la familia nuclear burguesa en torno a la que se elabora todo un imaginario que acaba por englobar a la familia en sí. Esta familia, que se consolidó a principios del siglo XIX, representaba en su momento la modernidad de la revolución industrial frente a la actividad agrícola, de lo urbano frente a lo rural y, sobre todo, reflejaba el comportamiento de una determinada clase social, la

¹⁰ En Ecuador el reconocimiento de las uniones de hecho se realiza mediante la Ley 115 del 9 de diciembre de 1982.

burguesa, que proyectó en el mundo familiar sus concepciones a través de códigos éticos y sociales¹¹

Debemos entender que no sólo el cambio en el sistema de producción ha generado transformaciones del concepto de familia, los avances científicos y la globalización han permitido que realidades anteriormente lejanas y por tanto mitificadas sean asimiladas como reales y tangibles, ya sea por los altos grados de migración o por los intensivos medios de comunicación en tiempo real.

Los movimientos internacionales de trabajadores, los desplazamientos de personas derivados de la sociedad del ocio y la globalización económica y social hacen que la sociedad actual sea una *sociedad multicultural*. ¿Qué es una “sociedad multicultural”? Una sociedad en la que conviven diferentes “modelos de vida” procedentes de multitud de países y culturas, y regidos por normas jurídicas diferentes. Por supuesto, el fenómeno no es nuevo: en la Edad Media española, por ejemplo, la convivencia de cristianos, musulmanes y judíos fue un hecho feliz en ciertas etapas de la historia de Al-Andalus.¹²

Como resultado nuevos grupos exigen sus derechos a poder formar familias legítimas, con igualdad de derechos y respeto a sus singularidades, algunas ya han sido reconocidas y protegidas como la familia de un solo padre o madre, familias complejas formadas por padres divorciados con sus nuevos cónyuges e hijos, además hijos criados por sus parientes, etc.; otras aún sin reconocimiento e ilegales como la poligamia o la formada entre personas del mismo sexo. Siendo el momento histórico que vivimos el que me permite presentar esta tesis como una fórmula viable de cambio social y legal. Debe entenderse que la historia es un continuo de luchas y reconocimientos, una victoria conlleva a otra batalla, para terminar algún día en una verdadera aceptación de los otros diferentes y del reconocimiento de otras culturas y formas de vida.

¹¹ Rosario Valpuesta, Protección constitucional de la familia, Revista Foro No.5, Área de Derecho, Quito, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, en prensa.

¹² Javier Carrascosa González, *Nuevos Modelos De Familia Y Derecho Internacional Privado En El Siglo XXI*, en la revista “Anales De Derecho”, Murcia, Universidad De Murcia. Número 21. 2003. pp. 109-143

Sin embargo, para la mayoría de feministas, en especial de la línea marxista, la única forma de llegar a este reconocimiento total es mediante la abolición definitiva de la institución de la familia burguesa. En el siguiente literal se analizará como todos estos modelos de familia encierran un discurso de poder dominante heteropatriarcal, donde la mujer, a pesar de haber sido legitimada como miembro indispensable y fundamental de la familia, ha sido relegada al ámbito de lo privado y cómo la teoría de los sujetos encierra discriminaciones y silenciamientos contra todo aquel que está fuera del grupo hegemónico.

b) Los principios de igualdad y no discriminación por orientación sexual frente a los sujetos legitimados para formar familias.

En el Art. 23 No. 3 de la Constitución de Ecuador se consagra el principio de igualdad; pero debo aclarar que se trata de una igualdad material, que en palabras de Encarna Carmona Cuenca es:

Según la interpretación clásica –que tiene sus raíces en la obra de Hermann Heller- se venía distinguiendo entre un principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad material, como una reinterpretación de aquella en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos. Para lograr esta igualdad material, los poderes públicos deberán, en ocasiones, dictar normas aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real.

Carlos Gaviria analiza este concepto diciendo que tiene una fórmula clásica aristotélica que dice que hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, pero que este enunciado no es suficiente, pues Bobbio ya había afirmado que éste concepto es relativo y propone que para alcanzar un concepto claro hay que preguntarse en cada

caso “las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quienes?, ¿igualdad en qué?, ¿Igualdad con base en que criterio?”¹³.

Pero detrás de estas preguntas también se oculta otra discusión, la relación entre la igualdad y la diferencia. Para entender como el derecho se configura alrededor de estas categorías debo citar el trabajo de Ferrajoli, según el cual, se pueden presentar estos cuatro modelos:

a) “Indiferencia jurídica de las diferencias. Según esto, las diferencias no se valorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora”¹⁴ El problema de aquellas sociedades que albergan este tipo de derecho es que dejan que las relaciones de fuerza sean las que definan el destino de las diferencias. Al partir del desconocimiento de las diferencias, se asume que todos los seres humanos son iguales al que ostenta el poder, es decir, el hombre blanco, heterosexual, de clase alta, lo que en otra parte del mismo libro del mismo autor se denomina la capacidad de ser ciudadano y los derechos que nacen de esa ciudadanía. Sin embargo, al mismo tiempo oculta la debilidad histórica en que se le ha sumido a la mujer y representa la forma más efectiva de silenciamiento de otras realidades sexuales como la de GLBTT. En general reconocería los derechos que nacen de la igualdad al modelo hegemónico, pero no habría opción de reconocer aquellos derechos que nacen de las realidades diversas que forman la personalidad, por ejemplo, el hombre tiene derecho a casarse, pero siempre con una mujer, así sus preferencias sexuales sean diversas al heterosexismo.

b) “La diferenciación jurídica de la diferencia, que se expresa en la valorización de algunas identidades y la desvalorización de otras; y, por tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades”¹⁵ lo que genera “status privilegiados” y “ordenamientos

¹³ Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias. Herejías Constitucionales*, Colombia, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 63

¹⁴ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 74

¹⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, la ley del más débil...* 74

jerarquizados” Así, se reconoce la diferencia, pero se le asigna una cualidad de desigualdad, lo que permite incluso una persecución legítima. Ejemplos clásicos fueron los Estados esclavistas, que reconocían la diferencia pero le daban calidad de inferiores a aquellos que se encontraban fuera del modelo hegemónico. En el caso de las personas GLBTT, incluso en la actualidad existen una gran cantidad de países que siguen considerando las “desviaciones sexuales” problemas de derecho penal y sancionándolas como perniciosas, formas más sutiles de diferenciación jurídica son por ejemplo los reconocimientos que realiza Francia a las uniones GLBTT, reconociéndoles una gran cantidad de derechos, pero especificando que se las considera imposibilitadas de formar familias, por ser formas contrarias a la sana moral general.

c) “Homologación jurídica de las diferencias: las diferencias, empezando por la de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas; pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad”¹⁶ Este modelo es parecido a los anteriores en el sentido de que genera un modelo normativo al que hay que asimilar todas las otras realidades, con lo que desconoce las diferencias reales de los individuos y niega nuevamente los derechos que puedan nacer de estas particularidades, un ejemplo interesante a analizar en el siguiente capítulo será el español, que iguala efectivamente todos los derechos de las personas GLBTT en el ámbito familiar al de los heterosexuales, pero justamente por esta homologación de derechos se desconoce las particularidades y discriminaciones en que vive este grupo.

d) “Igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales – políticos, civiles, de libertad y sociales – y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad”¹⁷ Este

¹⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, la ley del más débil...* 75

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, la ley del más débil...* 75

será el tipo de ordenamiento al que apelaré en este trabajo continuamente, a un reconocimiento de derechos acompañado de las fórmulas necesarias para hacer efectivo esos derechos. Una reivindicación real es aquella verdaderamente efectiva, lo que quiere decir que viene acompañada de los medios necesarios para que los derechos puedan ser ejercidos de una manera libre y sin restricciones. Aún cuando no existe una legislación que alcance este desarrollo en los derechos de las personas GLBTT (al punto de negarse la simple posibilidad de hablar de derechos de las personas GLBTT) al final del trabajo intentaré dar luces del camino a seguir para llegar a este reconocimiento efectivo.

Conjuntamente con el principio de igualdad se ha consagrado un principio de no discriminación en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como ejemplo cito la CEDAW.

Art. 1. A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera¹⁸

Es importante entender que el concepto de igualdad puede generar discriminación, como se ha dejado expuesto en el análisis de Ferrajoli, las personas GLBTT son diferentes, por tanto deben ser tratadas diferente, recordando el principio aristotélico de tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también a las diferentes, de manera diferente. Lo importante es concebir la forma en que esa diferencia no se vuelva discriminación y que los reconocimientos legales no signifiquen una ciudadanía de segundo nivel o una reivindicación que carezca de efectividad.

¹⁸ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. Aunque ninguna norma internacional se refiere expresamente a la discriminación por razón de la orientación sexual, esta Convención puede ser aplicada a los derechos GLBTT.

En ese sentido nos ayuda el concepto de discriminación dado por la CEDAW, pues reconoce que las diferencias nacen también de la cultura y que cualquier norma, incluso aquella que se propone eliminar la discriminación puede ser discriminatoria si conlleva como resultado un menoscabo o anulación de derechos humanos o libertades fundamentales. Así por ejemplo, una norma que reconoce la no discriminación por orientación sexual, pero que no genera los medios necesarios para su efectividad, sigue siendo discriminatoria, porque visibiliza la diferencia pero no elimina el menoscabo provocado por no pertenecer al modelo hegemónico.

Es así que con estos conceptos y mediante una visión de género, la legitimación de los sujetos dentro del ámbito familiar devela una fuerte injusticia e inequidad de roles que sólo puede ser superada en la medida que se logre reconocer los derechos que nacen de la diferencia y no asimilarlos a los del poder heteropatriarcal.

Este poder ha dado una concepción de familia que predomina en la actualidad y responde a los intereses del poder hegemónico, la cual es la nuclear; es común referirse a ella como el núcleo de la sociedad y en su seno, de manera general y abstracta, alberga al padre, a la madre y a sus hijos e hijas menores de edad o solteras. La crítica aparece en el momento en que se analiza cuál es la situación de los distintos miembros familiares respecto de la igualdad y la no discriminación en general, así como cuáles sus obligaciones y sus derechos y cómo es la relación entre ellos.

Tomo las palabras de Rosario Valpuesta quien afirma que “Con una nítida separación del espacio público y del espacio privado, reservado este último a la familia, se aisló a ésta en el ámbito de lo doméstico con un claro reparto de los roles, entre el marido y la mujer, entre las generaciones, y entre los hijos y las hijas, en un mundo de relaciones de desigualdad y sumisión.”¹⁹

¹⁹ Rosario Valpuesta, Protección constitucional de la familia...

Así, contestando a las preguntas propuestas por Gaviria tendríamos que los sujetos entre quienes se tiene que analizar su igualdad serían: el marido, la mujer y los hijos varones e hijas mujeres; se exige igualdad de oportunidades reales, tanto dentro como fuera del núcleo familiar, igual poder de decisión y autodeterminación; y, los criterios tienen que ser obligatoriamente analizados con el cristal de las teorías de género, aceptando que la familia responde a un régimen patriarcal “que significa la ley del padre, el control social que ejercen los hombres en cuanto padres sobre sus esposas e hijas [...] es aquel sistema que estructura la parte masculina de la sociedad como un grupo superior al que forma la parte femenina, y que dota al primero de autoridad sobre el segundo”²⁰ y que obliga a la mujer a mantenerse en un estado de sumisión frente al marido; y a los hijos e hijas como incapaces absolutos.

Este estado de desigualdad entre los miembros de la familia se ve respaldado por la sociedad dominante que exige a las mujeres formar familias, mediante el matrimonio civil y, en nuestros países, eclesiástico, para alcanzar la categoría de “socialmente exitosa”, términos como solterona a los treinta o el peligro de “ahuyentar a los hombres” si llegas a profesional sin un hogar “bien formado” limitan las expectativas de las mujeres. No estoy afirmando que está sea una realidad totalizadora, sino más bien que son las normas que impone la cultura heteropatriarcal dominante.

Por último, los niños, niñas y adolescentes sufren de una incapacidad absoluta para autodeterminarse, en los últimos años una nueva corriente busca el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y así evitar la violencia infantil, que en muchos casos se entiende como necesaria para el buen desarrollo de la personalidad del infante. Es importante hacer hincapié en este punto, pues es a través de la educación en el hogar, de las costumbres impuestas y de las relaciones entre los miembros de la

²⁰ Linda McDowell, *Genero, identidad y lugar. Un estudio de las geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000, p. 32

familia que se crean, reproducen y acrisolan los conceptos que giran en torno a cómo se debe ser hombre y qué cualidades corresponden a la mujer. Es decir, es el seno de la familia donde se genera el género, como una construcción reiterada de actos, o como una imposición, en el caso de que las actitudes de los miembros no sean las más adecuadas a las exigencias del poder heteropatriarcal.

Incluso la situación de los hijos no es igual entre sí, las mujeres deben respeto y obediencia absoluta a su padre, incluso luego de haber cumplido la mayoría de edad, hasta que ellas formen su propio hogar; mientras que los hijos varones son libres de actuar con independencia apenas cruzan la pubertad, en la mayoría de casos.

Existen otros conceptos que giran en torno a esta inequidad de roles, tanto dentro como fuera de la familia, por ejemplo, el hombre que tiene amantes es “bien macho”, la mujer es una “puta” e incluso en otras culturas puede ser muerta a pedradas y es considerada una paria. El hombre debe perder su virginidad lo más pronto posible, por que “hay que hacerlo hombrecito”, mientras que la mujer está en la obligación de llegar “pura y santa” al matrimonio.

En cuanto al derecho, entendido como norma positiva otorgada por el Estado, y a la moral, como norma social, éstos han creado roles distintos en el seno familiar, protegiendo el derecho de los hombres heterosexuales a formar familias donde los demás miembros no gozan de los mismos derechos ni posición.

Siendo así, ¿qué motiva a exigir que los derechos de familia sean ampliados a otros sujetos, si ésta institución ha sido desde sus inicios una de las mayores formas de represión tanto de género como de clase?

Hasta ahora he dicho que la familia responde a las necesidades de los grupos dominantes, en un principio, a la conservación de clase (los patricios en el derecho romano), luego al poder eclesiástico, que buscaba dominar a las personas a través de

sacramentos inmutables y divinos y, en los últimos tiempos responde nuevamente a intereses de clase, la burguesa, que busca utilizar y apropiarse del trabajo de la mujer dentro del hogar, tanto para reducir los costos sociales de producción, como para ser fuentes reproductoras de nueva mano de obra barata y abundante.

Pero bien podría cambiar el punto focal y repetir lo dicho en líneas anteriores; dentro del núcleo familiar se tiene el primer contacto con las fórmulas sociales de clase, raza y género. Es el crisol donde nuestra identidad se forja. Cada tipo de familia generará cierto tipo de individuo con ciertas clases de expectativas, necesidades y reclamos.

Por ello cualquier cambio a las estructuras de la familia es altamente temido, porque fisura la fuerza del poder hegemónico sobre la sociedad.

Lo cual me lleva a proponer en esta tesis que los cambios en la familia nuclear pueden crear cambios identitarios en la matriz social. Si imaginamos que la familia que se considera normal en la actualidad es la nuclear, formada por un padre y una madre con sus hijos e hijas y que ésta es la norma que sostiene el heteropatriarcalismo, basta reconocer que también existen familias no nucleares, como el caso de padre o madre solteros, divorciados o que comparten la patria potestad, para que la idea de una norma de conducta única en el ámbito familiar se vea complicada y muchas veces truncada.

La sociedad quiere concebir una sola familia posible, la nuclear heterosexual burguesa, pero esto es imposible por la inmensa diversidad de situaciones que se presentan en la realidad, por tanto, deberá reconocer que junto a esas otras formas de familia existen familias formadas por dos padres o madres GLBTT.

Lo que quiero dejar sentado es que el reconocimiento de otras formas de familia puede generar cambios en la sociedad a largo plazo y es necesario que su

reconocimiento sea legal e impulsado por los movimientos GLBTT, como una apuesta radical que dé frutos en el futuro.

¿Cuáles son esos nuevos sujetos que exigen se amplíe sus derechos en el ámbito de la familia en virtud de la igualdad y no discriminación por orientación sexual? Hemos dicho que vivimos en un mundo multicultural, donde las diversas formas de vida se entrecruzan y conviven. Entre estas formas diversas de concebir el deseo sexual se encuentra la Comunidad de gays, lesbianas, bisexuales, travestis y transexuales, que han venido a romper con las concepciones clásicas de la familia fundada en la unión entre un hombre y una mujer para procrear, vivir juntos y ayudarse mutuamente, al confrontar los conceptos de hombre y mujer, preguntándose si éstas son categorías biológicas o culturales, mutables o inalterables, otorgadas o innatas.

Para comprender mejor cuál es esta lógica analizaremos los conceptos de sexo, género y cómo se vinculan estos con las relaciones de poder.

c) Sexo, género y poder

“La categoría de “sexo” es, desde el principio normativa [...] es parte de una práctica regulatoria que produce al cuerpo que gobierna [...] es un ideal regulatorio cuya materialización es compelida, y esta materialización tiene lugar (o falla en tener lugar) a través de ciertas prácticas altamente reguladas [...] el “sexo” es una construcción ideal que es forzadamente materializada a través del tiempo”²¹ Con esto Judith Butler quería afirmar que incluso lo que se tiene como materia inmutable y “natural” no tiene tal característica. El sexo, que se refiere a la parte biológica del ser humano, su carne, genes, genitales presenta diferencias entre hombres y mujeres, pero incluso ante la evidencia de las diferencias entre los cuerpos de hombres y mujeres estas

²¹ Judith Butler, *Selección de cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 1

divergencias no han sido reconocidas apropiadamente, basta citar como ejemplo que hasta el año 1700 los órganos femeninos no poseían nombre propio y se consideraba a las mujeres como errores provocados por la falta de calor vital al momento de la concepción.²² Sin embargo la propia Butler pone límites a su afirmación al reconocer que proponer que todo se construye a partir de la cultura “refuta la realidad de los cuerpos, la relevancia de la ciencia, los hechos alegados del nacimiento, edad, enfermedad y muerte [...] este teórico abstraído admitirá que hay, mínimamente, partes sexualmente diferentes, actividades, capacidades, diferencias hormonales y cromosomales que pueden ser concedidas sin referencia a la construcción”²³

Ahora bien, si nuestra concepción del cuerpo está velado por el medio cultural en el que nos desenvolvemos, este proceso no es pasivo, sino que se ve animado por una repetición reiterada de actos impuesta por el poder heterosexual hegemónico, a lo que Butler llama la performatividad y que vuelve a fin de cuentas al ser aceptable y viable para la sociedad.

Preguntarse como han sido inscritas, representadas y normadas la femineidad y la masculinidad implica realizar un análisis de las prácticas simbólicas y de los mecanismos culturales. Ésta requiere desentrañar significados y metáforas estereotipadas, cuestionar el canon y las ficciones regulativas, criticar la tradición y las resignificaciones paródicas.²⁴

Si lo natural toma significado en lo social, se debe repensar el significado de naturaleza y dejar de pensar en ella como “una superficie pasiva, fuera de lo social y sin embargo su necesaria contraparte... Esto oculta el punto de que la naturaleza tiene una

²²Para una mayor referencia sobre cómo ha ido cambiando la concepción sobre las diferencias sexuales acudir al texto de Thomas Laqueur, *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Ediciones Cátedra, España, 1994

²³ Judith Butler, *Selección de cuerpos que importan...* 13

²⁴ Marta Lamas, *Género, diferencias de sexo y diferencia sexual*, en Alicia Ruiz, *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000, pag. 70. Esta autora afirma que la construcción de género en los seres humanos se basa en: a) La asignación (rotulación, atribución) de género a partir de la apariencia de sus genitales. b) La identidad de género o categoría sexual, que se establece aproximadamente a la edad que el infante adquiere el lenguaje y es cuando un niño se sabe perteneciente a un grupo: el niño al grupo de lo masculino y la niña al de lo femenino. c) El papel de género es el rol que se apega al conjunto de normas y prescripciones que dictan la sociedad y la cultura sobre el comportamiento femenino o masculino.

historia, y no solamente una social, sino, también [...] que el concepto de sexo tiene una historia que está cubierta por la figura del sitio o superficie de inscripción”²⁵ y que el sexo es reemplazado por los significados sociales que toma.

Estos significados sociales son lo que se llama género, pero debe entenderse que este género no es entregado o construido desde un individuo o grupo de individuos que ostentan el poder, es decir, no basta con que yo decida cambiar las concepciones de género para que éstas se transformen, sino que se produce en una matriz social en la que estamos todos inmersos, así lo expresa Butler

Si el género es construido, éste no es necesariamente construido por “yo” o un “nosotros” que se para ante esa construcción en cualquier sentido espacial o temporal de “ante”. De hecho, no es claro que allí puede haber un “yo” o un “nosotros” que no ha sido sometido, sujeto al género, donde la generalización es, entre otras cosas, las relaciones diferenciales por las cuales los sujetos hablantes llegan a ser [...] La “actividad” de esta generalización no puede, hablando estrictamente, ser un acto o expresión humana, o una apropiación intencionada, y no es ciertamente una cuestión de colocarse una máscara; es la matriz a través de la cual toda intencionalidad primero se torna posible, su habilitante condición cultural. En este sentido, la matriz de relaciones de género es previa a la emergencia de lo humano”²⁶

Con esto quiero decir que el género forma lo humano, o socialmente aceptado y todo aquello que está fuera de la norma es simplemente silenciado u ocultado, entrando a la esfera de lo que Butler llama lo abyecto, lo que está fuera del tejido social, pero esto no significa que sea imposible cambiar la matriz social, sino que primero debe lograr visibilizarse una situación para que esta se torne posible y en un futuro pase a ser parte de la norma.

²⁵ Judith Butler, *Selección de cuerpos que importan...* 5 - 6

²⁶ Judith Butler, *Selección de cuerpos que importan...* 8

En definitiva entonces el género “se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno u otro sexo. Los atributos de género son entonces femeninos o masculinos”²⁷

El problema de conceptualizar al género sólo como femenino y masculino, respondiendo al poder hegemónico es que silencia y niega la existencia de otras conformaciones sexuales que están dadas por el uso que se hace del cuerpo y por los deseos sexuales. Este problema es muy común entre las teorías feministas que aunque luchan por la reivindicación de los derechos y poder de las mujeres en un mundo de hombres dominantes, dan la espalda a otras realidades también sumidas bajo el poder heterosexista y patriarcal. Incluso cuando feministas como las marxistas han interceptado los estudios de mujeres con los de clase, o los movimientos de mujeres negras con la raza, aún se considera que los derechos de las mujeres se aparta de los de otras personas que nacen igualmente de las relaciones de poder. Un ejemplo clarísimo es el sucedido en Beijing donde las representantes de los grupos lésbicos fueron silenciadas y no se incluyó sus reclamos en la agenda del milenio por considerarse políticamente incorrectos.

Es por esto que propongo una nueva categoría de estudio, que amplíe el concepto de género, que ya no se hable sólo de masculino y femenino, sino que se incluyan a todas aquellas personas que conciben al sexo de una forma distinta y usan su cuerpo más allá de lo que la norma permite, esto es sólo para la reproducción, dando libertad a sus deseos sexuales. El concepto de género debe apartarse definitivamente del presupuesto del sexo, aceptando que la lectura del cuerpo también es cultural y que sus interpretaciones superan los conceptos de hombre y mujer, y que los roles sociales relacionados con estas categorías pueden en los hechos intercambiarse.

²⁷ Isabel Cristina Jaramillo, *La crítica feminista al derecho*, estudio preliminar en Robin West, *Género y teoría del derecho*, Bogota, Siglo de hombres editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, p. 29

Es aquí donde aparecen nuevos géneros en las personas gays, hombres que demuestran sus afectos y alcanzan el placer en otros hombres, aquí se debe aclarar que el placer no está concebido como orgasmo, éste se puede alcanzar incluso mediante la masturbación, se refiere a la realización personal del deseo, la satisfacción de sus pulsiones y la libertad de expresar abiertamente sus necesidades encontrando a aquellos que comparten sus sentimientos y predilecciones; lesbianas, mujeres que tienen que soportar la carga social de ser mujeres y se ven obligadas a sufrir incluso mayores presiones por sentirse atraídas hacia otras mujeres, el fracaso de no haber construido el “hogar perfecto” o la prohibición de compartir la maternidad con su pareja; bisexuales, que desarrollan su deseo y placer hacia personas de tanto de su mismo sexo como del contrario, sin entrar en la polémica de aquellos que esconden su sexualidad en un matrimonio por interés o por temor a revelar sus verdaderos deseos; Travestis, que son hombres y mujeres que se identifican con los atributos del género opuesto; y los Transexuales; que intentan superar sus propios límites biológicos, al interpretar su cuerpo de forma distinta al modelo heterosexual, para lograr desarrollar a plenitud la personalidad que sienten y creen les corresponde naturalmente. Esta lista no busca enumerar a todas las formas de sexualidad, pues aún hay formas de expresar los deseos sexuales que se hallan penalizados fuertemente como el bestialismo, fetichismo, exhibicionismo, etc.

Afirmo que existen nuevos géneros a partir de la visibilización y lucha por los derechos de las personas GLBTT, porque la sociedad ha creado una nueva matriz de relaciones de género, donde las personas GLBTT se han visto obligadas a adoptar ciertos comportamientos que los identifiquen con tal o cual tendencia sexual no hegemónica. Por ejemplo, en el ámbito laboral, existen ideas discriminatorias de que los homosexuales sólo pueden ser peluqueros o artistas; o, que toda mujer intelectual es

lesbiana; que toda travestí o transexual es prostituta. Con lo que sobre el cuerpo de las personas GLBTT se ha reemplazado completamente el significante para darle un significado social discursivo.

El proceso histórico de las luchas de las personas GLBTT a través de la formación de todos los movimientos homosexuales, se puede 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 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.²⁸

Esto ha dado como resultado la lenta inserción en el tejido social de otras formas de sexualidad. “La homosexualidad ha pasado de ser un motivo de escándalo, vergüenza, ocultismo y burla a ser el tema casi obligado de las obras de arte, que la muestran en sus más diversos perfiles”²⁹ Pero al ir asumiendo espacios, éstos se han vuelto guetos dentro de los cuales las personas GLBTT tienen derecho a ser “humanos” pero no completamente, tal vez, de tercera clase, debajo de las mujeres y obligados a identificarse como GLBTT si quieren hacer efectivo el derecho constitucional a desarrollar libremente la personalidad. El problema de la visibilización e identificación con esta nueva categoría es que genera discriminaciones y tanto en el caso de los hombres y las mujeres reducción de sus prebendas sociales.

²⁸ http://www.fundaciontriangulo.es/informes/e_Historia.htm

²⁹ Graciela Medina, *Uniones de hecho homosexuales*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000, p. 15

Si bien en la actualidad como se ha afirmado anteriormente, las personas GLBTT han empezado a visibilizarse en el espacio público, valdría la pena observar, como lo hace para el feminismo Jaramillo, que algunos grupos marginados tienen un estatus superior a otros, los gays luchan por sus derechos, a veces incluso en contra de los travestis y transexuales por creerlos inferiores, lo que “señalan que bajo esta idea se esconde una intención por preservar un poder adquirido”³⁰ siendo así, no es lo mismo analizar la situación en la que se encontrarían dos gays en una relación familiar, hombres a fin de cuentas, que dos lesbianas, quienes por el hecho de ser mujeres reciben menos remuneración que los hombre por igual trabajo y tienen mayores presiones sociales, o una relación con un travesti o transexual, dónde la presión por lo evidente sería mayor.

Es difícilmente discutible que para los hombres gays es más fácil lograr reivindicaciones y apoderamientos, pero eso es en gran parte porque tienen la oportunidad de ocultar sus verdaderas tendencias y apropiarse de todas las características que le corresponden al género masculino, sin pertenecer totalmente a éste, aún cuando sean biológicamente hombres, pero esta ventaja no se extiende ni siquiera hacia aquellos hombres gays que demuestran su sexualidad a través de los rasgos distintivos que emblemizan a la comunidad gay.

Aunque debo hacer precisiones al respecto, incluso cuando las características de género no evidencien las tendencias sexuales de los individuos, en el derecho ecuatoriano el documento de identificación, la cédula de identidad, guarda mucha más información de la que debería para no atentar contra los derechos a la intimidad de las personas, esto es, estado civil y nombre del cónyuge; si se mantuviera esta violación de derechos luego de conseguir las reivindicaciones que propongo en este texto, se volvería

³⁰ Isabel Cristina Jaramillo, *La crítica feminista al derecho...* 33

mucho más difícil conseguir oportunidades laborales o sociales, pues no se podría ocultar la calidad de GLBTT.

Esto significa también, que el simple reconocimiento de los derechos de las personas GLBTT a formar familias homosexuales, no sólo podría ser insuficiente, sino crear nuevas formas de discriminación y nuevos estamentos de subordinación al poder heterosexual hegemónico.

d) Derecho, sexo, género, heterosexismo y familia: consideraciones jurídicas al respecto

Las teorías marxistas consideran al derecho como un sistema de dominación clasista, que asegura los derechos y supremacía de una clase sobre otra. Refiriéndonos a las relaciones de poder que nacen de la diferencia sexual, se entiende que el derecho es patriarcal, es decir responde a un sistema dualista donde lo masculino domina sobre lo femenino y lo femenino encierra a todo aquello que se encuentra fuera del poder hegemónico.

Sin embargo, ¿es el derecho esencialmente masculino? Aceptar esta noción es desmovilizar las luchas legales por reconocimiento de derechos, en realidad el derecho puede ser observado desde otro enfoque, como el arma que tienen las minorías acalladas y ocultas del ojo social, para mediante sus mecanismos presentar sus reclamos y lograr visibilidad social. Es en este sentido que intento utilizar al derecho en el presente trabajo, como motivador de cambios, permitiendo la generación de nuevas realidades sociales que repercutan luego en la matriz de formación de género, es decir en esa repetición continua de actos que generan lo correcto o incorrecto en el ámbito sexual de las personas y en sus roles sociales por razón del sexo y su orientación sexual.

Contrariamente a lo que se podría pensar,

Las diferencias entre los sexos no implican desigualdad legal. Es posible concebir a mujeres y hombres como legalmente iguales en su diferencia mutua. Pero ese no ha sido el caso... porque la diferencia mutua entre hombres y mujeres se concibió como la diferencia de las mujeres con respecto a los hombres cuando los primeros tomaron el poder y se erigieron en el modelo humano. Desde entonces, la diferencia sexual ha significado desigualdad legal en perjuicio de las mujeres³¹

Enfatizo nuevamente que el derecho es una construcción social, una herramienta utilizada por los detentadores del poder para subordinar y asegurar un sistema específico, que ha sido el patriarcal. Pero justamente por ser una construcción social, que responde a las necesidades históricas de los grupos de poder dominante, no es imposible, aunque si muy difícil y para esta tesis insuficiente, que si se inicie un proceso de concientización y visibilización de las diferencias ideológicas y sexuales, esta herramienta pueda cambiar su ordenamiento hacia otro que reconozca los derechos que nacen de las diferencias entre los seres humanos y no sólo impongan modelos a seguir.

He afirmado que el género construye lo que es “humano” y deja de lado todo aquello que no se enmarca dentro de su construcción, “por ello repensar el derecho y su función social, es un desafío que va más allá de contar con “buenas leyes” o con “buenas resoluciones judiciales”... significa hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad”³² en definitiva utilizar al Derecho para cambiar las estructuras e ideologías de género que imperan, reemplazando el heterosexismo patriarcal por un nuevo sistema de respeto de las diversidades sexuales.

³¹ Alda Facio y Lorena Fries, *Feminismo, género y patriarcado*, en Género y Derecho, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, p. 21

³² Alda Facio y Lorena Fries, *Feminismo, género y patriarcado...* 22

Pero ¿cómo lograr mediante el uso del derecho un cambio de ideologías imperantes? En el derecho nacional, las referencias más comunes al referirse a hombre o mujer tienen un carácter biológico, por ejemplo, la prohibición que trae el artículo innumerado siguiente al 133 del Código Civil Ecuatoriano, de contraer matrimonio por parte de la viuda, “si no ha transcurrido por lo menos trescientos días desde la fecha en que murió el marido, salvo que probare científicamente ante la autoridad que va a intervenir en la celebración del matrimonio, no encontrarse embarazada.” Si bien hace referencia a exigencias sociales que recaen sobre la capacidad de la mujer del embarazo, es decir de género, la ley intenta darle un sentido científico biológico a la norma, que es defender el derecho del hombre a mantener su parentesco puro. Incluso más allá, es interesante que en el Título IV del Libro segundo del Código Civil “De las segundas y ulteriores nupcias” inicialmente las cuatro normas que contenía se refirieran a ambos sexos, pero luego de la reforma se refieren exclusivamente al hombre viudo o divorciado y la mujer tiene un artículo independiente y no se le exige hacer inventario, demostrando la clara concepción de que las mujeres no poseen o no deben poseer bienes que declarar mediante inventario a favor de sus hijos.

Otro ejemplo esclarecedor es la norma que define al matrimonio como un contrato solemne entre un hombre y una mujer³³, pero ¿A qué hombre y qué mujer se refería el legislador al dictar esta norma? Los avances científicos han demostrado que existen las hermafroditas, personas que poseen caracteres biológicos masculinos y femeninos, los cuáles se identifican con un género u otro, según han sido criados, lo que demuestra que incluso la anatomía adquiere sentido bajo la luz de la cultura, siendo así, un hombre es el que tiene genitales masculinos desde el nacimiento o el que los adquiere por vía quirúrgica, se entiende hombre al que posee los caracteres masculinos,

³³ Art. 81 Código Civil Ecuatoriano

o una travesti pierde su calidad de hombre al identificarse con el sexo opuesto. La jurisprudencia ha dicho que el factor clave para entender esta norma es el biológico y no el cultural, pero acaso lo biológico no adquiere valor sólo después de ser tamizado por la cultura.³⁴

En definitiva, las leyes intentan hacer referencia al sexo, en un intento de objetividad y racionalidad, pero como vemos lo objetivo se diluye en las concepciones que traen consigo las personas que generan las leyes o las aplican. Y en cuanto a la racionalidad, entenderla como algo universal y “natural” es negar que ésta se vea influenciada por el lugar y el tiempo en que se construye. La razón que dictaba como bueno y sano el esclavismo, ha sido superada e incluso tachada de irracional. Lo mismo se podría decir del razonamiento que nos decía que sólo existen dos tipos de personas en el mundo: los hombres y las mujeres, pues las luchas por la diversidad sexual han demostrado que además de lo biológico, los deseos sexuales y la identificación con tal o cual grupo influyen en la división sexual de las personas.

Las teorías de género cuando se enfrentan al derecho, lo hacen desde una postura política, es decir, confrontadas y desde la realidad, las críticas que se hacen desde la diversidad sexual, tienen su sustento en algo que cruza la teoría científica, por ser esta también patriarcal, para asentarse en la deconstrucción del sistema dualista que atraviesa el pensamiento dominante, para desde la demostración de la incoherencia del sistema proponer nuevas formas de sociedad y derecho. La pregunta crucial a hacerse es si ¿Existe un verdadero derecho “natural” y “divino” que ha hecho a los hombres heterosexuales, blancos y de clase alta, superiores y mejores que a las demás personas? Luego de un corto análisis se verá lo ilógico e irracional del pensamiento; y éste será el

³⁴ Para una referencia a las declaraciones jurisprudenciales sobre el tema del sexo y el matrimonio ver las sentencias citadas en Graciela Medina, *Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre*, en Celia Weingarten y Carlos Ghersi, Directores, *Daños, Medio ambiente – salud – familia – derechos humanos*, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000

pie de lucha que permita exigir nuevas conformaciones sociales que reconozcan el derecho a existir de los otros como seres humanos completos, con capacidad de autodeterminación y libres de desarrollar su personalidad respetando su identidad y características diferenciales.

El heterosexismo busca acallar estas voces de protesta por el temor a perder el poder que ha adquirido a través de siglos de reiteración de fórmulas sociales de diferencia sexual, pero éste mismo poder no debe ser entendido desde un sujeto que orchestra la formación y sustento de los otros sujetos, sino como una construcción que “no sólo tiene lugar en el tiempo, sino que es ella misma un proceso temporal que opera a través de la reiteración de normas”³⁵ es decir, incluso los propios ostentadores del poder se encuentran apremiados por el mismo, el poder dominante obliga tanto a dominados como a dominantes a mantenerse dentro de los rangos de la propia construcción para poder identificarse como unos u otros. Es por esto que muchos movimientos de masculinidad buscan igual que los feministas la superación de este sistema, para poder, superadas las limitaciones sociales y culturales que impone el sistema, llegar a desarrollar su identidad de manera plena, alcanzando cierto nivel de felicidad y autoaceptación.

e) Visión Sociológica sobre el derecho de familia de GLBTT

Dicho lo anterior, valdría la pena hacer un análisis desde la sociología jurídica de lo que significaría el derecho de familia para las personas GLBTT.

Hemos dicho que la familia es un concepto en continuo cambio, por ello en la actualidad es posible ampliar los derechos a conformarla a las personas GLBTT,

³⁵ Judith Butler, *Selección de cuerpos que importan...* 11

basados en las nuevas definiciones que se han dado de familia, por ejemplo la dada por el fallo de primera instancia de un juzgado civil de Mendoza que dice:

La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad³⁶

Por lo tanto la familia nuclear se debe entender actualmente como un contrato entre dos personas, llámese matrimonio o unión de hecho, que para que incluya los derechos de las personas GLBTT tendría que definirse como “la formada por aquella persona que convive maritalmente o en una relación análoga de afectividad con otra persona”³⁷ lo que haría que sus principales características fueran las de convivencia, publicidad, permanencia y duración.

Luego de que se aprobaran leyes parecidas a la ecuatoriana en todo el mundo que equiparan las Uniones de Hecho al Matrimonio, creo innecesario entrar al debate, en éste apartado, de cuál sería la mejor fórmula de reconocimiento de derechos de familia para las personas GLBTT, si mediados por un contrato solemne, tipo matrimonio, o por la simple convivencia sin otros lazos conyugales por un tiempo determinado. Aquí se busca revisar cuáles serían las consecuencias sociales de tal reconocimiento.

En primer lugar debemos analizar la situación de los sujetos dentro de la relación de pareja, ya hemos aclarado que la inclusión en una relación afectiva formalmente reconocida por la ley obligaría a los miembros de la misma a evidenciar su tendencia

³⁶ Del fallo de primera instancia, Jciv. de Mendoza No. 10, 20-10-98, citado por Graciela Medina en Uniones de Hecho Homosexuales, p. 21

³⁷ Graciela Medina, *Uniones de hecho homosexuales...* 38

sexual, ya sea por la obligación de publicidad que impone la ley, ya sea por la exigencia de registrar el estado civil en todos los documentos personales públicos.

También hemos dicho que dentro de un sistema heteropatriarcal, esta evidenciación de la orientación sexual vendría acompañada de una reducción de derechos y posición social, por esto, aparece un nuevo factor social que hay que tener en cuenta al momento de hablar de personas GLBTT, la prohibición nacida de la discriminación para formalizar relaciones homoeróticas. En otras palabras, en un principio muy pocas personas GLBTT se arriesgarían a formar familias GLBTT por el temor a perder sus empleos, al rechazo de sus familias, que muy posiblemente argumentarían que “los están avergonzando”, o a la dificultad de asumir sus papeles de padres y madres GLBTT, aún cuando los sicólogos hayan llegado a la conclusión de que

Los padres y madres homosexuales ejercen sus funciones parentales de cuidado, afecto y orientación de un modo no estadísticamente diferente al de los padres heterosexuales (Bigner y Jacobsen, 1989; Chan, Brooks, Raboy y Patterson, 1998; Harris y Turner, 1985-86; McNeill, Rienzi y Hposowa, 1998).

Los niños con padres gay o lesbianas tampoco están en mayor riesgo de abuso sexual que los niños criados por padres heterosexuales. En realidad, el 95% de todos los abusos sexuales cometidos contra las niñas y el 80% de los abusos a varones son perpetrados por hombres heterosexuales. Sin embargo la huella de los estereotipos negativos de las capacidades parentales de los hombres gay y mujeres lesbianas provoca creencias que dificultan la aceptación de la crianza normal por parte de los homosexuales. Ideas como su menor aptitud maternal, la posibilidad de mayor pedofilia o el desajuste psicosocial de los niños invaden las opiniones.³⁸

Otro factor social de gran importancia es que el género por sí sólo no define las relaciones de poder, a éste debemos agregar la raza, etnia, clase social y pertenencia a

³⁸ María Dolores Frías Navarro, *Familia y diversidad: hijos de padres homosexuales*, Informe del IV Congreso Virtual de Psiquiatría, Interpsiquis 2003, 1 - 28 Febrero 2003, España, Universitat de València, WEB: <http://www.uv.es/~friasnav/>

colectivos. Por ejemplo, ¿qué pasaría en el caso de que los dos sujetos que forman el núcleo familiar sean mujeres, negras, lesbianas, pobres y analfabetas? La acumulación de presiones sociales y discriminación harían casi imposible la subsistencia de este grupo familiar. En primer lugar, hay que tomar en cuenta que la mayoría de las mujeres recibieron entre el 2000 y 2003 cerca del 69.7% de la remuneración que reciben los hombres por igual trabajo en las mismas condiciones³⁹; segundo, por razón de su raza les sería muy difícil acceder a oportunidades reales dentro de la sociedad tanto de trabajo como de educación e incluso de escalamiento social, la pobreza y el analfabetismo reduciría su autodeterminación a niveles mínimos, posiblemente obligándolas a romper con su intimidad y optar por opciones poco gratas, como relacionarse con hombres para obtener recursos de subsistencia o definitivamente alejarse de la relación en busca de oportunidades más tangibles de subsistencia.

En cambio, los travestis y los transexuales, mientras luchan por que se les reconozca su derecho a decidir su propio sexo y género, dirigen sus reclamos a la lucha por la desaparición legal de las diferencias sexuales, en varias demandas presentadas ante la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, los reclamos se dirigen a la eliminación en el acta de nacimiento y todo documento de identidad de cualquier referencia al sexo, por pensar que es un derecho humano legitimar su propia identidad sexual y social⁴⁰

Otro de los temas que generan más polémica en las relaciones entre personas GLBTT es el de los hijos, que pueden haber nacido dentro de relaciones GLBTT o por el contrario, haber sido procreados en relaciones heterosexuales, que luego, por cualquier contingencia, el padre o madre que obtiene y mantiene la potestad, inicia una

³⁹ OPS – UNFPA – UNIFEM, *Género, salud y desarrollo en las américas. Indicadores básicos 2005*, p.8

⁴⁰ Para un análisis pormenorizado de las luchas de los transexuales y travestís acudir al libro de Graciela Medina, *Parejas Homosexuales y transexuales: su derecho a la seguridad jurídica. Derecho de adopción. Herencia*, en Celia Weingarten y Carlos A Ghersi, Directores, *Daños. Medio ambiente – salud – familia – derechos humanos*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000, pp. 153 - 186

nueva familia de carácter GLBTT. Se dice que estos menores tendrán problemas de personalidad o les será imposible diferenciar lo bueno y malo por la mala influencia de sus padres; sin embargo, la polémica puede ser, sino descartada, si reducida a discurso hegemónico, al citar lo dicho por los psicólogos que aseguran que

La mayor parte de la literatura empírica no ha detectado diferencias sistemáticas en el funcionamiento del comportamiento infantil de los niños criados por homosexuales en comparación con los que viven con un padre y una madre ni en el funcionamiento emocional, ni conductual, ni cognitivo, ni social ni en el área de la preferencia sexual. Sin embargo las actitudes individuales ante el fenómeno de la homoparentalidad plantean diferencias, vinculando la homosexualidad de los padres con desajustes infantiles. Llegados a este punto hay que plantearse si las dificultades de esos niños están provocadas por el estilo parental de sus padres o por la dureza de los juicios y reprobación social que tienen que sufrir ellos y sus propios padres⁴¹

Vale entonces puntualizar que los problemas que se presentan en las relaciones intrafamiliares de los miembros de una familia GLBTT no están dados únicamente por la calidad afectiva ni moral de sus miembros, sino por las presiones sociales que obligan a éstos a vivir situaciones de discriminación y no igualdad frente a aquellas formas patriarcales dominantes de la sociedad. No estoy afirmando que las personas GLBTT sean mejores que las heterosexuales, eso sería negar la realidad, lo que se quiere demostrar es que adicionalmente a los problemas que nacen de la convivencia entre dos personas, existen presiones que se generan por no pertenecer al poder hegemónico y que si éstas discriminaciones desaparecieran, posiblemente las relaciones entre personas GLBTT no diferirían mayormente de las relaciones entre heterosexuales y los hijos criados en estas relaciones no se verían afectados ni presentarían rasgos negativos de comportamiento.

Uno de los actores sociales que más presión ejerce es la Iglesia católica, y debido a que es una de las mayores protectoras del status quo social asume una posición

⁴¹ María Dolores Frías Navarro, *Familia y diversidad...*

ultraconservadora dando origen a declaraciones como las que hace la Congregación para la doctrina de la Fe,

La enseñanza de la Iglesia sobre el matrimonio y la complementariedad de los sexos repropone una verdad puesta en evidencia por la recta razón y reconocida como tal por todas las grandes culturas del mundo. El matrimonio no es una unión cualquiera entre personas humanas. Ha sido fundado por el Creador, que lo ha dotado de una naturaleza propia, propiedades esenciales y finalidades. Ninguna ideología puede cancelar del espíritu humano la certeza de que el matrimonio en realidad existe únicamente entre dos personas de sexo opuesto, que por medio de la recíproca donación personal, propia y exclusiva de ellos, tienden a la comunión de sus personas. Así se perfeccionan mutuamente para colaborar con Dios en la generación y educación de nuevas vidas.⁴²

En este texto se consagra la idea dominante de que el cuerpo no tiene historia propia ni derecho a ser explorado más allá de su función reproductiva. Esta lógica, que se concibe como universal, rechaza el hecho de que su propio juicio es una construcción social, se fundamenta en una falsa verdad, aduciendo que todas las grandes culturas han asumido este mismo pensamiento biodeterminista como algo cierto; y por tanto debe serlo. Además genera la idea de que la convivencia entre dos personas puede estar fundada únicamente en la procreación y educación de los hijos; y, para encerrarlo en un marco de inalterabilidad le da el título de otorgado por Dios y por tanto divino, reduciendo a un estado de pecado cualquier acto contrario al modelo hegemónico, rechazando el derecho de las personas GLBTT a alcanzar la plenitud del desarrollo de su personalidad y alcanzar la felicidad, que a criterio personal es lo que todos los grandes ascetas han venido propugnando como la forma de llegar a Dios.

⁴² El Sumo Pontífice Juan Pablo II, en la audiencia concedida al Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, el 28 de marzo de 2003, aprobó las presentes Consideraciones, decididas en la Sesión Ordinaria de la misma, y ha ordenado su publicación.

Sin embargo, hay que llevar más allá las repercusiones que tendría la aceptación de la familia de las personas GLBTT y su influencia en la matriz social dominante. He dicho que la familia es el primer contacto social de los individuos, que el sexo y el género se forman a partir de una reiteración continua en el tiempo de fórmulas de comportamiento. Es decir, sabemos lo que es ser madre, por la reiteración de la imagen de madre que se nos ofrece a lo largo de nuestras vidas; pero si ésta forma cambia, cambiará también la forma de concebir el papel de la mujer dentro de la familia. Igual se podría decir del hombre y sus características más enérgicas. En este sentido ya se han dado cambios bastante grandes, ser hombre y ser mujer ya no tiene los mismos significados que hace cincuenta años y esto se ha vuelto una preocupación para los propios hombres creando las corrientes “masculinistas” y dentro de ellas la “mitopoietica”, “inspirados en la obra del poeta Robert Bly, sostienen que la principal consecuencia que ha tenido la industrialización para los hombres es la ausencia del padre, lo que ha generado fallas en el proceso de identidad masculina”⁴³. Debo aclarar que existen varias corrientes de estudios sobre lo masculino, algunas son contrarias al heteropatriarcalismo al afirmar que este sistema les impone también a ellos normas de conducta; en cambio, otras como la mitopoietica, buscan regresar a sistemas más opresivos de control heteropatriarcal, reafirmando la norma.

Si la ausencia del patrón masculino en la relación familiar ha provocado, aún cuando sea de manera lateral, el facilitamiento del reconocimiento de los derechos GLBTT, al suavizar las características de género masculino y por tanto de la posición de poder que tienen las mujeres tanto dentro como fuera del entorno privado de la familia, cuanto más podrían afectar los patrones de conducta las relaciones familiares donde los

⁴³ Isabel Cristina Jaramillo, *La crítica feminista al derecho...* 32

padres sean dos hombres o dos mujeres, aún más en el caso de travestis y transexuales que rompen con los parámetros convencionales de la división sexual del poder.

Estos niños, aún cuando posiblemente no presenten diferencias de comportamiento, ni de orientación sexual, porque la matriz social dominante aún genera sus características de género, en el mejor de los casos podrán asimilar de manera mucho más fácil las realidades del otro, del que no posee sus mismos valores y por la misma presión social que de alguna manera los rechaza por los errores de sus padres, se podrían volver más capaces de entregar a las generaciones futuras el germen de la no diferenciación discriminatoria de los sexos y el género. Esto no lo propongo como una nueva verdad absoluta, sino que retoma aquel mundo utópico en el que éste trabajo se inspira, pero sin dejar de lado que la identificación con un grupo minoritario y excluido no es garantía en absoluto de poseer pensamiento crítico humanista ni de carecer de posturas discriminatorias o hegemónicas; es decir, no todo GLBTT tiene un pensamiento anti-heterosexista, ni puede esperarse que incluso teniéndolo, no desarrolle fuertes tendencias discriminatorias contra los heterosexuales, cómo ya ha sucedido en la historia de ciertos movimientos feministas, clasistas (contra los dueños de los medios de producción, la clase alta o imperialista) o de lucha por reivindicaciones de raza o etnia (en primer lugar contra los hombres blancos y luego contra todo aquel que no posea sus mismas creencias ideológicas o religiosas)

f) Conclusiones del capítulo

La familia es un fenómeno social que ha ido transformándose en el tiempo; y, en la actualidad ha empezado a aceptarse que puede formarla cualquier tipo de convivencia basada en el afecto y la ayuda mutua, avanzando hacia una progresiva eliminación de

las prohibiciones que giran en torno a los sujetos capaces de formarla, al igual que hacia una equiparación de derechos y posición de poder entre los miembros que la forman.

Así como la familia, los conceptos que giran en torno al sexo, género, raza y clase se forman a través de procesos sociales que al reiterarse continuamente en el tiempo forman un sistema de poder, pero como éste poder no es natural, las pugnas internas que se producen, permiten tener la convicción de que se puede cambiar y superar el sistema heterosexista, clasista, patriarcal, racista dominante en la actualidad.

Para conseguir este fin hay que tener en cuenta que el derecho es una herramienta que puede ser usada en un doble sentido: para mantener el sistema de dominación heteropatriarcal o por el contrario como medio para cambiar la matriz social y lograr reivindicaciones sociales para los grupos discriminados, acelerando los cambios sociales y construyendo nuevas fórmulas de formación tanto del sexo como del género, la clase y la raza o etnia.

Sin embargo, no basta con el reconociendo de derechos a las personas GLBTT para que formen unidades familiares, se necesita que la sociedad reivindique el derecho de las personas a vivir a plenitud su identidad, superando o modificando factores como el sexo, género, raza o clase. Confrontando los motivos que tienen los defensores del poder heterosexista hegemónico para mantenerlo y demostrando que sus intereses son mucho menos que humanistas, sino que se basan en su deseo de seguir manteniendo su influencia y determinación de las vidas de todos aquellos que se encuentran del otro lado. Solo bajo este presupuesto el reconocimiento de la familia de GLBTT será completo y real.

Por otro lado, insisto en el reconocimiento de las relaciones homoafectivas porque ellas pueden llegar a ser el germen de un profundo cambio social, pues confronta los roles de paternidad y maternidad, que influyen directamente en la forma de sociedad

patriarcal en la que vivimos, pudiendo llegar a generar toda una nueva generación que podría estar más apta para aceptar y convivir con las diferencias, aunque debe admitirse que es imposible prever los resultados que implican estos cambios o siquiera que se provoquen cambios en la matriz social. Este trabajo puede pecar de optimista al imaginar que el mundo puede avanzar y mejorar en base a la eliminación de la discriminación y diferencias innecesarias de sexo, género y orientación sexual.

Por último, no hay que perder de vista que los reclamos de los diversos miembros de la comunidad GLBTT son distintos y muchas veces inagrupables, pero que los examino como un colectivo para fines analíticos. Adicionalmente, se los agrupa porque todos ellos exigen reconocimientos parecidos en el ámbito familiar, es decir, transgreden los modelos hegemónicos, reconocen entre ellos formas de filiación distintas a las que nacen de la sangre y conciben las relaciones afectivas como verdaderos pilares de la familia. Además debe tenerse en cuenta que al momento de confrontar los conceptos presentados en esta tesis con la realidad, se tendrá que incluir en el análisis la influencia de otros factores como la raza, clase o pertenencia a comunidades o etnias.

CAPÍTULO SEGUNDO

Derechos de las personas GLBTT en el ámbito familiar dentro del derecho comparado.

En el capítulo anterior analicé los fundamentos teóricos que han sustentado las distintas luchas legales y políticas en torno al tema de la diversidad sexual y las relaciones de poder. El presente capítulo tiene por objeto revisar cuáles han sido los logros alcanzados a nivel internacional por los movimientos GLBTT en el reconocimiento de sus derechos a formar familias de GLBTT. Trabajaré desde el derecho comparado, descubriendo cuáles son las instituciones que se han reformado, creado o derogado a favor de las personas GLBTT.

Dividiré el capítulo a su vez, según el reconocimiento otorgado por los países, de la siguiente forma:

En el primer literal analizaré los ordenamientos jurídicos de España, Holanda y Bélgica, poniendo especial énfasis en España por ser un ordenamiento cercano a nosotros. Estos países han reconocido el derecho a matrimonios homosexuales y la adopción por parte de personas o parejas del mismo sexo.

En el segundo literal me referiré a Alemania y Francia, quienes han optado por reconocer las uniones de hecho homosexuales, lo que significa que no reconocen iguales derechos que al matrimonio celebrado entre un hombre y una mujer, entre ellos la capacidad de adopción por parte de parejas homosexuales

Por último en América existen tres casos a ser mencionados: Estados Unidos, Canadá y Argentina, aún cuando sólo Canadá reconozca iguales derechos al matrimonio homosexual frente al heterosexual, pues en los otros dos países la norma que reconoce las uniones homoafectivas no son de nivel estatal, sino vigentes sólo en ciertos estados y el reconocimiento de derechos que se ha hecho sea solamente parcial y conflictivo.

Entre los derechos que se analizarán de forma general se encuentran:

Derecho a la seguridad social, entre ellos, beneficios a la pareja del sistema de seguridad social, pensiones y jubilación, etc.

Derechos de familia relacionados con el matrimonio, unión de hecho, alimentos, liquidación de bienes, herencia, adopción

Se debe considerar el derecho comparado por ser punto de referencia para el ordenamiento jurídico interno y puede señalar el camino a seguir para lograr un cambio legal en nuestro país.

a) España, Holanda y Bélgica: Matrimonios Homosexuales y Adopción

Empezaré este nuevo capítulo que se enmarca dentro del derecho comparado con una cita de Alda Facio al referirse a la posición de las mujeres frente al derecho, pero que es perfectamente aplicable y criticable desde la postura GLBTT.

Los problemas legales que tenemos las mujeres no se deben solamente a que los y las funcionarias judiciales y políticas nos discriminan a la hora de aplicar las leyes genéricas; se debe también a las leyes que no existen, a todas las instituciones que no se han creado y a la falta de una doctrina jurídica desde la perspectiva de la mujer como género subordinado. Pero sobretodo, se debe a que esas leyes genéricas, en su realidad si tienen género y ese género es el masculino ⁴⁴

Basta con cambiar la palabra mujer por la abreviatura GLBTT para que se vuelva totalmente aplicable a nuestra tesis la presente cita, pero también sirve para hacer otra afirmación que intento develar en esta tesis y es que existen otras posiciones desde las que se puede hablar más allá de la masculina y femenina. Por ejemplo, Facio afirma que el género del derecho es masculino, pero ¿qué pasa con los hombres gays que perteneciendo al sexo e incluso de alguna manera al género masculino no se encuentran

⁴⁴ Alda Facio, *Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, en Alda Facio y Lorena Frías (editoras), *Genero y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, p 108

protegidos por el derecho? Es decir, a pesar de ser hombres no son humanos, por lo tanto su estilo de vida no es protegido ni respetado según el poder hegemónico; en definitiva, no pertenecen ni al género masculino ni al femenino, tienen su propia calidad y característica.

Es desde esta perspectiva, la del hombre gay, que eminentemente se han alcanzado logros a nivel legal, por ello la ley española reflexiona sobre las “Uniones Homosexuales” entendiendo que el discurso que se oculta tras la palabra Homosexual es el masculino y excluye a todas las demás formas de vida que constituyen la comunidad GLBTT. Esta aclaración es justa al iniciar este nuevo capítulo, pues expresa que incluso dentro de los grupos excluidos existe una jerarquía referente al poder y sus relaciones. El derecho ha recogido unas pocas voces y acallado nuevamente todas las demás. Una de las consecuencias del predominio gay es que las lesbianas han iniciado su propia visibilización y lucha por reconocimiento, esto no quiere decir que ellas no hayan participado en las luchas por reconocimiento de la familia a las personas GLBTT, simplemente que el lenguaje usado al momento de expedir la norma vuelve a silenciarlas y homogenizarlas en un concepto masculinizante, donde la igualdad vuelve a ser sinónimo de discriminación.

Es así como diversos países han reconocido los derechos de las personas del mismo sexo a formar familias homosexuales, entre ellas:

EUROPA DEL NORTE: Dinamarca fue el primer país del mundo que autorizó, el 1 de octubre de 1989, una "paternidad registrada" entre homosexuales, debemos entender que se refiere también a la maternidad entre lesbianas. Otorga los mismos derechos que a los heterosexuales, excepto la inseminación artificial y la adopción. Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia (1996) y Finlandia (2001) siguieron los pasos de Dinamarca. En esos países, la ley garantiza a las parejas homosexuales los

mismos derechos jurídicos y sociales que a las heterosexuales casadas. La adopción es posible en Suecia desde febrero del 2003.

HOLANDA: En diciembre de 2002, el Senado aprobó una ley autorizando el matrimonio civil homosexual y el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar niños, a condición de que sean de nacionalidad holandesa. Hemos dicho en otros párrafos que las discriminaciones por sexo, género y orientación sexual están cruzadas por otros factores, en este caso Holanda reduce los derechos de familia exclusivamente a los nacionales holandeses, pero qué sucede con todos aquellos residentes que no son holandeses, este factor se vuelve de gran actualidad debido a las fuertes corrientes migratorias, en teoría el derecho no debería realizar esta clase de diferenciaciones, sin embargo es una fórmula de proteger sólo a una parte de la población, evitando volverse centro de migraciones, en igual situación se encuentra Bélgica.

BELGICA: La ley que autoriza los matrimonios entre homosexuales entró en vigor el 1 de junio del 2003. Desde febrero de 2004, se aplica a los extranjeros. Para que una unión sea válida, basta con que uno de los dos cónyuges sea belga o resida en Bélgica. Las parejas homosexuales tienen los mismos derechos que las heterosexuales, especialmente en materia de herencia y de patrimonio, pero no pueden adoptar niños.

ESPAÑA: Analizaremos la legislación española de manera más concentrada por ser una de las más actuales y desarrolladas respecto a los derechos de los homosexuales. Mediante "*LEY 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*" las Cortes Generales Españolas aprobaron el matrimonio entre personas del mismo sexo. Con una larga exposición de motivos, dónde analizando el texto jurídico encontramos un nuevo concepto de familia basado en la convivencia y el afecto, que permite el libre desarrollo de la personalidad de los sujetos; y, establece a la familia como el "fundamento del orden político y la paz

social”. Además reconoce a este derecho el “carácter de derecho de la persona” y que debe ser “la ley la que desarrolle este derecho... en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes” siendo ésta la que determine cuál será “la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico”⁴⁵

Al referirse a “La regulación del matrimonio en el derecho civil contemporáneo” afirma que ésta “ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales” por lo cual “el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo [...] reflejando la mentalidad dominante”.

En cuanto a la discriminación nacida de la diferencia sexual hace un excelente resumen sociológico partiendo de la fuerza del poder hegemónico al decir que “no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial.” Con lo cual quedaba desprotegida, excluida de la calidad de relación “humana” y silenciada del discurso dominante.

Acepta que la sociedad se ha transformado y reconocido su multiculturalidad defendiendo la familia entre personas del mismo sexo como:

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.⁴⁶

⁴⁵ Ley 13/2005 de España, exposición de motivos, Num. I, incisos primero y segundo

⁴⁶ Ley 13/2005 de España... inciso cuarto

Además concluye, que “Esta percepción no sólo se produce en la sociedad española, sino también en ámbitos más amplios, como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.”

En la segunda parte de la exposición de motivos se refiere específicamente a la evolución histórica de la discriminación por orientación sexual y al compromiso asumido de eliminarla, afirmando que “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.”

Por último afirma que es el marco constitucional vigente el que promueve la reforma. Citando “Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.”

Así el ordenamiento jurídico español termina haciendo un reconocimiento total e igualitario de los derechos de las personas GLBTT frente a los derechos de familia de los heterosexuales.

Esta ley tiene un artículo único que reforma el Código Civil. En primer lugar, como ya se ha dicho iguala y amplía los derechos de los sujetos a formar familias homosexuales:

Un aspecto que es importante analizar es el referido a los derechos de los sujetos de la relación jurídica, por primera vez, la ley española, de manera conciente hace una referencia a las diferencias que existen entre los cónyuges, aplicando una visión de género “«Artículo 66. Los cónyuges son iguales en derechos y deberes.»” Esta norma, que puede ser aplicada tanto a las relaciones heterosexuales como homosexuales, puede ser el pie de lucha de las reivindicaciones de las mujeres frente al poder heteropatriarcal. Sin embargo, existe una fuerte falencia en su redacción y que oculta la seguridad que tienen los hombres de su poder dominante, pues no enuncian cuál será la vía por la cual esta igualdad de derechos se hará efectiva.

Es decir, volvemos al problema de la diferencia de condiciones, no es lo mismo una relación de poder entre un hombre y una mujer, tanto dentro como fuera de la familia, dónde la mujer es subyugada y la sociedad la apremia a aceptar la situación como normal; tampoco es igual una relación entre dos personas “teóricamente iguales” por poseer el mismo sexo y género, pero que sin embargo se ven enfrentados a presiones sociales externas a su núcleo familiar, cómo se analizó en el capítulo anterior.

Lo adecuado habría sido incluir en el análisis factores que atraviesan el género como la clase, el acceso al trabajo, la igualdad de oportunidades y que habrían terminado obligatoriamente en una sentencia distinta, algo como esto: Los cónyuges son iguales en derechos y deberes; para alcanzar esta igualdad se reconoce la discriminación que históricamente han sufrido las personas por diferencias sexuales, de clase, raza, etnia, edad, etc. por tanto se propenderá a ayudar a alcanzar iguales niveles de

oportunidades al o los cónyuges que se encuentren en situaciones de desigualdad entre sí o frente a terceros.

En cuanto al derecho de adopción y patria potestad, reconoce iguales derechos para todas las clases de familia, en especial a lo que se refiere a la relación que tienen los padres, naturales o adoptivos, con sus hijos.

Como vemos, la adopción y patria potestad se “generaliza” a favor tanto de los padres heterosexuales, como de los homosexuales. Cabe aclarar en este punto que la ley en referencia se refiere a unos cuantos artículos del Código Civil, pero expresamente dice que toda norma referente a los derechos de familia debe aplicarse indistintamente el sexo de los cónyuges. Lo que amplía largamente el corto texto legal que aquí se analiza.

En cuanto a la sociedad de bienes, se declaran iguales preferencias que a las uniones entre un hombre y una mujer. Así como el seguro y otras prestaciones y beneficios. Aunque se autorizan fórmulas anteriormente desconocidas, como el permiso para contratar y vender de los cónyuges entre sí, lo que cambia la esencia de la sociedad conyugal.

Hay que hacer especial referencia a las reformas hechas a la Ley de Registro Civil que son:

“«Artículo 48. La filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento.»

«Artículo 53. Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la Ley ampara frente a todos.»”

Cómo vemos el concepto de filiación varía, aún cuando se sigue respetando el derecho de los menores a un nombre y apellido que corresponda a su parentesco. Se debe asentar el apellido de ambos padres, tanto si son de diferente o del mismo sexo. Y

las personas se seguirán nombrando por sus nombres y sus dos apellidos, pertenecientes al primero de cada uno de sus padres o madres.

En cuanto a los derechos sociales, la ley dice que “Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes.”⁴⁷ Por tanto, todos los derechos de seguro social se aplican sin distinción al sexo. Estas disposiciones fueron aprobadas primero tanto por la Ley de Cataluña como por la Ley Foral de Aragón y Navarra y luego elevadas a nivel estatal.

b) Alemania y Francia: Uniones Homosexuales

Antes de entrar a examinar más en detalle la legislación francesa, por ser la más antigua, enumero como ejemplo otras legislaciones que han reconocido el derecho a formar uniones homosexuales, así tenemos:

PORTUGAL: La legislación portuguesa reconoce desde 2001 las uniones de hecho entre personas que viven en pareja por más de dos años, independientemente de su sexo y les reconoce determinados derechos, en particular en materia fiscal. La adopción no está autorizada.

ALEMANIA: El contrato de vida común que entró en vigor el 1 de agosto de 2001 otorga derechos similares a los del matrimonio, como la posibilidad de adoptar el apellido del otro, lo interesante de esta norma es que reproduce un modelo de dominación heteropatriarcal que se ha intentado superar, adoptar el apellido del otro cónyuge da la idea de pertenencia, la mujer es propiedad del esposo o adquiere una calidad de hija y por tanto de incapacidad relativa. También se reconocen ciertos

⁴⁷ Para el texto total de la ley en referencia ver el anexo 1

derechos en materia de herencia y de patrimonio, de seguros de enfermedad o desempleo. Pero no otorga derechos en materia fiscal y no permite la adopción.

CROACIA: A mediados de julio de 2003, el Parlamento adoptó una ley que da a las parejas homosexuales los mismos derechos que a las que viven en unión libre.

GRAN BRETAÑA: En diciembre de 2004 entró en vigor una ley que ofrece a las parejas homosexuales la posibilidad de formar una "asociación civil". El Parlamento aprobó en noviembre de 2002 una ley autorizando a las parejas de homosexuales a adoptar niños.

NUEVA ZELANDA: En diciembre de 2004, el Parlamento neocelandés adoptó una controvertida legislación que otorga a las parejas homosexuales que oficializaron su unión, los mismos derechos que las parejas heterosexuales casadas. No obstante, el matrimonio sigue siendo definido como la unión entre el hombre y la mujer.

SUIZA: El 5 de junio del 2005, los suizos adoptaron en referéndum un proyecto de "asociación registrada" para parejas homosexuales, que ya había adoptado el Parlamento. Se inspira en el derecho matrimonial pero es diferenciado del matrimonio pues excluye la adopción y el recurso a la procreación médica asistida.

FRANCIA: En octubre de 1999, Francia aprobó un texto que da carácter legal a las parejas no casadas, incluidas las homosexuales: el Pacto Civil de Solidaridad (PACS). Las personas que firmaron ese pacto pueden beneficiarse de algunas de las medidas fiscales y sociales de las parejas casadas, aunque no de todas, sobre todo en materia de herencia. Los solteros tienen derecho de adoptar, pero no las parejas homosexuales declaradas. El alcalde ecologista de Bègles, suroeste de Francia, Noel Mamere, efectuó en junio de 2004 la boda de una pareja homosexual, que fue anulada un mes después por la justicia.

Francia se encuentra entre los primeros países que dieron reconocimiento legal a las uniones homosexuales. Esta ley nace de la lucha contra “la resistencia jurisprudencial a otorgar iguales beneficios sociales a los convivientes de hecho heterosexuales que a los homosexuales”⁴⁸ es por esto que las primeras reformas legales que se dan en este país se las encuentra en el Código de la Seguridad Social Francés en 1993, en el artículo 161-14. “La ley del 27 de enero de 1993 reconocía a la persona que vivía con el asegurado y que estaba a su carga efectiva total y permanente el derecho a una cobertura social en materia de enfermedad y de maternidad.”⁴⁹ Si bien no se hacía referencia directa a las personas homosexuales, mediante circular de fecha 11 de mayo de 1993 la Caja Nacional de Seguro las incluye dentro de la protección otorgada por esta norma, sin embargo, para que éste reconocimiento fuera efectivo se le impusieron una carga de prueba mucho mayor que a las parejas heterosexuales, tenían que demostrar anualmente su calidad de convivientes.

Esta situación cambia con la expedición de la Ley del Pacto Civil de Solidaridad (PACS) en 1999, pues modifica el Libro Primero del Código Civil Francés completado por un título decimosegundo que se referirá al PACS, además y por debajo del PACS amplía el concubinato a las personas del mismo sexo que viven en pareja con un carácter de estabilidad y continuidad, sin especificar un tiempo mínimo de convivencia como lo hace el ordenamiento ecuatoriano

Además la propia Ley PACS reforma el Código de Seguridad Social, ampliando la protección social a través del reconocimiento del conviviente o socio, en el artículo antes señalado 161-14 añadiéndole la siguiente frase: “De igual modo ocurre en el caso de una persona sujeta a un seguro social en virtud de un pacto civil de solidaridad cuando no puede beneficiarse de la calidad de asegurado social en base a otro título”

⁴⁸ Graciela Medina, *Uniones de hecho homosexuales*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000, p. 67

⁴⁹ Graciela Medina, *Uniones de hecho homosexuales...* 71

El título del Código Civil que hace referencia al PACS inicia con una definición de lo que es el Pacto de Solidaridad Social, muy amplio en su redacción, pero que responde a los nuevos conceptos de familia y que es distinto al concubinato, para el cuál se ha redactado capítulo aparte.

Art. 515-1. Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de diferente o de igual sexo, para organizar su vida común

Así mismo, esta ley impone al PACS las restricciones comunes al concubinato, (impone adicionalmente la restricción a todo aquel que se encuentra bajo tutela, Art. 506-1), esto es: 1°. Entre ascendiente y descendiente en línea recta, entre afines en línea directa y entre colaterales hasta el tercer grado inclusive; 2°. Entre dos personas de las cuales al menos una está comprometida en los vínculos del matrimonio; 3°. Entre dos personas de las cuales al menos una está comprometida por un pacto civil de solidaridad”

En el Art. 515-3, se describe el trámite a seguir para formalizar el PACS, esto es, celebrar una declaración conjunta ante su juez natural y demostrar que no se encuentran en ninguna de las prohibiciones antes mencionadas.

El Art. 515-4 se refiere a las obligaciones entre los socios “se deben ayuda mutua y material. Las modalidades de esta ayuda son establecidas por el pactos. Los socios responden solidariamente con relación a terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida ordinaria y para los gastos relativos a la vivienda común.” Entonces el pacto de solidaridad tiene un espíritu societario, donde su función principal es expresamente económica.

La ley también prevé el trámite que debe seguirse para la disolución del mismo, en general se sigue un trámite parecido al de su formación ante el juez natural de alguno de los pactantes; pero especifica el momento de su término de la siguiente forma:

Art. 515-7. ... El pacto civil de solidaridad termina, según el caso: 1°. A partir de la anotación marginal del acto inicial de la declaración prevista en el primer párrafo (decisión bilateral); 2°.

Tres meses después de la notificación efectuada por aplicación del segundo párrafo (decisión unilateral) con la condición de que una copia sea presentada ante el secretario del tribunal designado...; 3º. En la fecha del matrimonio o deceso de uno de los socios

El último numeral, es decir el 4º, se refiere a la liquidación de los bienes sociales, para la cual deben proceder los propios socios; y, a falta de acuerdo el juez decidirá por ellos.

En lo que se refiere a derechos fiscales, la ley también hace modificaciones, dando privilegios y exenciones parecidas al concubinato y matrimonio, configurando un impuesto común a ambos socios. Por último, se reforman varias leyes de carácter administrativo en el sentido de que agreguen frases referentes al pacto civil de solidaridad.⁵⁰

Ya he analizado que las relaciones de poder, tanto dentro como fuera del ámbito familiar, generan una situación de subyugación de un cónyuge hacia el otro. Y se debe aceptar que como la matriz social genera esta forma de relación, se reproduzca incluso en las convivencias no hegemónicas. Sin embargo, la crítica a esta visión social del reconocimiento de las familias GLBTT francés, vendría dada porque no ha evidenciado que existen situaciones no hegemónicas en las cuales ninguno de los o las cónyuges está en capacidad de producir los medios necesarios de subsistencia.

Como análisis final acerca del PACS francés acoto cifras acerca del número de PACS celebrados entre 1999 y 2000.

Al 31 de diciembre de 1999 se habían registrado 6.211 PACS sobre el conjunto del territorio francés (cifras del Ministerio de Justicia).

Al 31 de diciembre de 2000 se ha constatado el registro de 29.855 PACS a partir de la entrada en vigor de la ley sobre el PACS, por lo tanto fueron realizados 23.644 PACS durante el año 2000

⁵⁰ Para el texto total de la ley en referencia ver el anexo 2

contra 304.300 casamientos (Le monde del 10-2-2001) El PACS goza de un éxito muy moderado.⁵¹

c) Análisis comparado de la normativa francesa y española

Como vemos las motivaciones de la legislación española y francesa son diferentes, parten de presupuestos diferentes. En España se busca un reconocimiento más amplio de la calidad de familia GLBTT, que en definitiva se consigue, aunque por motivo de su amplitud no logra una protección eficaz de las parejas GLBTT en referencia a la igualdad y protección social. En cambio, en Francia, es justamente la necesidad de protección social y de igualdad la que lleva al reconocimiento efectivo de los derechos familiares de GLBTT.

Cuando analicé a Ferrajoli y la forma en que asimila el ordenamiento jurídico al derecho de igualdad dije que existían cuatro fórmulas, dentro de ellas existía la homologación de la diferencia, que es el sistema que utiliza España, el problema de este sistema, como dejé expuesto antes, es que deja libre a la fuerza las relaciones de poder entre los heterosexuales y personas GLBTT, lo cual en definitiva es una desprotección, el poder que tiene dentro de la sociedad para autodeterminarse la población GLBTT es menor a la que tienen aquellos que se encuentran dentro del modelo hegemónico. Así, en apariencia la normativa española es la fórmula más perfecta de reconocimiento de los derechos de familia de las personas GLBTT, sin embargo, en realidad es un acto que esconde una discriminación, en el cual se devela la seguridad del poder hegemónico en la propia presión social que genera, aparece la pregunta ¿De qué sirve el reconocimiento del derecho a formar familias GLBTT, si las presiones sociales son tan fuertes que imposibilitan el libre acceso a este derecho? por lo cual no existe una reivindicación

⁵¹ Aurelio Thieriet, *Pacto civil de solidaridad (PACS) en el derecho francés*, en Julio César Rivera, Director, *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 172

efectiva, sino sólo un reconocimiento falso de derechos, pues sin la protección necesaria y los mecanismos estatales y sociales para que se efectivice son, aunque importantes, reconocimientos políticos a nivel únicamente discursivo.

Francia en cambio, realiza una diferenciación de la diferencia, lo cual genera “status privilegiados” y “ordenamientos jerarquizados”, como ya habíamos afirmado, en estos ordenamientos las personas GLBTT se vuelven ciudadanos menores, donde se les reconoce su existencia, se afirma que son iguales en ciertos aspectos, pero al momento de otorgarles derechos se activa un mecanismo que define las diferencias como limitantes y por tanto imposibilita el ejercicio efectivo de derechos igualitarios. Un ejemplo clarísimo es que Francia permite las uniones entre personas del mismo sexo, por razones de seguridad social, pero frente a la posibilidad de formar familias y atentar contra el poder hegemónico, influyendo en los niños, niñas y adolescentes, mostrando formas diversas de expresión sexual y de género, se anula todo posible derecho efectivo, ahora no sólo por las presiones sociales, sino legitimado en el propio ordenamiento jurídico.

Entonces cabría preguntarnos, al enfrentarnos a un grupo que ha sido históricamente discriminado, mediante el ocultamiento de su existencia, no permitiéndole tener la calidad de sujeto de derecho, ¿Qué solución, la española o la francesa, es más viable y protege mejor los derechos de las personas GLBTT?

Responderé a esta pregunta alejándome de los movimientos más radicales que ven en cualquier tipo de familia y sus reconocimientos una limitación del sujeto y discriminación en sí mismo, para ubicarme en una postura más liberal, que encuentra en el reconocimiento legal una forma de cambiar las bases sociales como ya ha quedado expresado en el capítulo anterior.

Francia crea un triple sistema de reconocimiento y protección familiar:

1º. El matrimonio, como institución fundamental y que está restringida exclusivamente a las uniones entre un hombre y una mujer.

2º. El concubinato, una forma de convivencia que luego de la reforma de la ley PACS queda autorizada tanto para parejas del mismo como de distinto sexo, pero que reconoce menos derechos que el matrimonio, entre ellos el derecho de adopción.

3º. El pacto civil de solidaridad, que se puede celebrar tanto entre personas del mismo como de distinto sexo y que reconoce algunos derechos más que el concubinato. Lo que oculta esta figura, es que en cierta forma no crea una familia, sino una sociedad de bienes y protecciones materiales, por lo cual no legitima en definitiva la familia de GLBTT, como se plantea en éste trabajo.

España por el contrario, aprueba una ley que iguala indiscriminadamente derechos heterosexuales con homosexuales, sin tomar en cuenta que existen radicales diferencias entre estos dos tipos de familia, también analizado anteriormente.

Por tanto, lo que tiene importancia a la hora de formular políticas y legislaciones, sin importar el espacio en que se aplique, es que el reconocimiento de los derechos de familia GLBTT vaya acompañado de los medios necesarios para que ésta pueda llegar a ser viable. Personalmente, creo que el caso francés llega a satisfacer mejor éste requisito, se remite directamente a aquellas situaciones donde una persona que mantiene una relación con otra, del mismo o distinto sexo, se encuentra en la imposibilidad de obtener los recursos necesarios propios para asegurarse los mínimos de salud y protección social a sí mismo; y, en tal virtud, encuentra la salida ampliando la cobertura social hacia relaciones no hegemónicas, pero a esta solución debe incluirse la totalidad de derechos que se otorgan a los heterosexuales, en el sentido español; y adicionalmente, debió crear los mecanismos e instituciones estatales y sociales que hagan posible ejercer los derechos tanto de seguridad social como de reconocimiento de

estado civil y conformación de familias completas (adicionando las instituciones faltantes de adopción y herencia) libre de discriminaciones que nacen de las relaciones de poder y superando este bipolarismo hombre – mujer, dándole verdadera calidad de sujeto de derecho a las personas GLBTT.

d) Canadá y Estados Unidos: Caso Americano

En el continente americano encontramos realidades muy distintas entre sí:

ARGENTINA: Desde mayo de 2003, el gobierno de la ciudad de Buenos Aires, autorizó las uniones civiles de parejas homosexuales, convirtiéndose en la primera ciudad de América Latina que iguala los derechos entre parejas de gays y lesbianas y parejas heterosexuales. Aunque éste logro aún no alcance proporciones estatales, no es aislado, pues nace, como en el caso francés de toda una lucha contra la rebeldía del sistema judicial a reconocer los derechos de las personas GLBTT y darles su calidad de sujetos sociales de derecho.

CANADA: La Cámara de los Comunes de Ottawa aprobó el 28 de junio del 2005 un proyecto de ley que autoriza el casamiento entre personas del mismo sexo y les otorga el derecho de adoptar. Antes de que se adopte esta ley federal, la mayoría de las provincias canadienses autorizaba la unión entre homosexuales.

ESTADOS UNIDOS: Solamente un estado, Massachusetts autorizada desde 2004 el casamiento entre parejas homosexuales. Vermont y Connecticut reconocen las uniones civiles y otorgan a los homosexuales algunos derechos similares a las parejas heterosexuales. Washington, Michigan y Wisconsin, otorgan derechos de protección social parecidos a los otorgados a parejas heterosexuales. En 2004 en California y en Oregon, se celebraron casamientos homosexuales, que generaron una viva polémica, antes de ser anulados por la justicia.

Como vemos, mientras Canadá se alinea entre los países que han dado reconocimiento y equiparación total de las familias GLBTT con las heterosexuales; incluido el derecho a adoptar. Estados Unidos aún alberga en su interior fuertes luchas entre sus Estados, llegando algunos de ellos a expedir leyes que prohíben expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, como en el caso de California.

Canadá otorga expresamente el derecho de adopción, es decir, permite que se forme una familia de tres o más miembros, pero ¿qué significa legalmente éste reconocimiento? Para contestar valdría la pena hacer un corto análisis de la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C814 del 2 de agosto de 2001, donde trata el problema 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. En ésta sentencia se afirma que la familia a la que se refiere la Constitución Colombiana es la familia heterosexual y 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. Si en el caso colombiano existe una discriminación absoluta en virtud de una falsa incapacidad de las personas GLBTT, el derecho canadiense reconoce a las personas GLBTT entre otras cosas, la calidad de sujetos de derechos efectivos, la idoneidad e igual capacidad a ser buenos padres que las personas heterosexuales, la capacidad de formar familias “completas” y por último, la capacidad de demostrar que los cambios en los ámbitos familiares pueden llegar a enseñar modelos no hegemónicos a las futuras generaciones. Por tanto, la lucha por el reconocimiento al derecho de adopción como complementario al derecho de matrimonio, es básico para la identidad social y equiparación efectiva de derechos de la comunidad GLBTT frente al poder heteropatriarcal.

Respecto a Estados Unidos, la ambigüedad con que ha tratado el tema, a pesar de que como se ha dicho el nuevo movimiento GLBTT tiene su partida de nacimiento en las revueltas de Nueva York, se debe en parte a que es un país donde una gran porción de su población es extremadamente conservadora y cree guardar en su seno el derecho a dirigir la formación de todos los sujetos del planeta.

La presente afirmación parece alejarse del tema central planteado en esta tesis, pero debe recordarse que como eje transversal al género se encuentran la raza, religión, creencias políticas, etnia, etc. Y en los últimos años, mediante una dominación mediática y armamentista, Estados Unidos ha definido quien tiene la calidad de sujeto de derecho y quién se encuentra fuera del tejido de protección social. Como ejemplo meridiano y extremo de lo expuesto, tenemos que poseer la calidad de “terrorista” significa carecer absolutamente de todo derecho humano y la declaración universal de que puede ser “cazado” donde y como se lo encuentre, reprimiéndolo sin temor alguno a una posible sanción por irrumpir contra los derechos humanos más básicos.

En el caso del género, si bien las series de televisión y otros medios han abierto la posibilidad de reconocer otros estilos de vida como cercanos y posibles, contrariamente a lo que pasaba antes de la globalización mediática, ésta imagen de sujeto se presenta también como imperialista, entendiendo el término como una imposición forzada desde arriba de políticas sociales, económicas y culturales. Así, si bien la imagen homosexual satura las producciones, ¿Cuál es el tipo de homosexual que consagra? Normalmente nos encontramos ante una de estas dos figuras: El homosexual refinado, blanco, de clase media, cuyo estilo de vida es glamoroso (Will de la serie *Will & Grace* es ejemplar); o por el contrario, la figura “queer” muy afeminado que sabe de estilo, ropa y en general de todo aquello que se relacionaba en épocas pasadas con el “arte de ser mujer” por ejemplo la serie “*Queer eyes for a straight guy*” donde aparecen

cinco personajes de raza blanca, de apariencia muy pulida y con dominio de los artes sociales y el buen gusto.

Pero esta visibilización trae consigo nuevos acallamientos, genera (o da género) a una nueva forma de ser hegemónica, a presupuestos sociales de cómo debe comportarse una persona gay o lesbiana y elimina nuevamente del tejido social a las y los travestis y transexuales, recluyéndolas al falso espacio nocturno de la prostitución. Eso sin contar otros aspectos relacionados con el color de la piel, el sexo material, la propiedad de bienes, la clase social, etc.

Incluso aceptando que Estados Unidos ya no posee una hegemonía imperialista absoluta en el mundo, es un fuerte referente de nuestras sociedades. Es esta presión mundial la que genera un fuerte freno para el reconocimiento del derecho de las personas GLBTT a formar familias, adicionalmente el ámbito familiar no es federal, sino estatal, es decir, que cada Estado puede expedir las leyes que crea necesarias para ejecutarlas dentro de su territorio, lo que dificulta aún más que el gobierno central expida una decisión general al respecto.

Conclusiones de capítulo

Luego de conocer la existencia de varias legislaciones que han reconocido de una u otra forma el derecho de las personas GLBTT a formar familias, debemos concluir:

- a) Que ninguna de las legislaciones existentes realizan un reconocimiento completo y efectivo que conlleve como resultado la igualdad real de los derechos de las personas GLBTT en el ámbito familiar; y,
- b) Que la motivación más importante que han tenido los legisladores al momento de dictar las normas estudiadas en este capítulo ha sido la económica y social, y de forma más lejana eliminar la exclusión y discriminación contra las personas GLBTT.

CAPÍTULO TERCERO

Normas constitucionales vigentes en el Ecuador y derechos de las personas

GLBTT a legitimar familias homosexuales.

Este tercer y último capítulo lo enfocaré en la realidad nacional ecuatoriana, pero teniendo siempre como base lo expuesto en los capítulos anteriores, esto es, la familia como una formación cultural en continuo cambio y la legitimación y derechos de los actuales y de los posibles nuevos sujetos de la familia. Realizaré un análisis eminentemente positivista, sin embargo, lo iniciaré con una leve revisión histórica del movimiento GLBTT en el Ecuador, sus logros de reconocimiento y posibles falencias. En la segunda parte, analizaré cuál ha sido el progreso a nivel constitucional de los derechos de las personas GLBTT; y, en la tercera parte, con base en esos preceptos, analizaré la concordancia de las leyes inferiores con la norma constitucional, para terminar el capítulo con aquellas reformas que se deberían dar para asegurar legalmente las nuevas formas de familia que existen en la actualidad.

a) Breve historia del Movimiento GLBTT en el Ecuador

Tal vez lo más adecuado sea iniciar apuntando que si bien Ecuador posee una historia propia del Movimiento GLBTT, éste se encuentra inmerso dentro de la historia mundial, lo que ha hecho que incluso la terminología que se usa para referirnos a los fenómenos sociales GLBTT sean creados en otras latitudes e interiorizados sin mayores adecuaciones a nuestra realidad particular. Problema que se intentará tener muy en cuenta en el presente capítulo.

Como ya señalé, a nivel internacional, existe cierto acuerdo en asumir como fecha de nacimiento del nuevo Movimiento GLBTT el 28 de junio de 1969 con los eventos ocurridos en el bar Stonewall Inn de Nueva York dando lugar al grupo Gay

Liberation Front.⁵² Es justamente éste hecho el que da origen al Día Internacional del Orgullo Gay, que se celebra regularmente con una marcha por las calles principales de la mayor parte de las ciudades importantes del mundo; y, que termina en una gran fiesta que sirve de visibilización para las personas GLBTT y reclamo de sus derechos.

En el país ésta marcha se venía realizando desde hace más de siete años en la capital: Quito; mientras que en las otras ciudades principales se celebra generalmente en espacios privados como discotecas y bares gays. Sin embargo, se espera que esto empiece a cambiar ya que Guayaquil en el 2006 realizó el primer evento exitoso de fiesta pública organizado por la Fundación Amigos por la Vida y autorizado por un gobierno municipal extremadamente conservador liderado por el Partido Social Cristiano y fuertemente financiado por grupos católicos de la línea del Opus Dei. Aunque no se consiguió realizar la marcha sino sólo un espectáculo artístico, el evento llamó la atención de toda la prensa nacional y la afluencia fue relativamente alta.⁵³

El movimiento GLBTT en Ecuador aparece recién a partir de los ochentas, enfocado principalmente hacia los Gays y Travestis; sin embargo esto ha ido cambiando en los últimos años. Podríamos, siguiendo la división propuesta Patricio Brabomalo Molina, decir que:

Son tres estos momentos por los que atraviesa el proceso homosexual en el país: en los ochentas el VIH/SIDA, en los noventa la declaración de anticonstitucionalidad del artículo 516 y en el 2000 el apareamiento de nuevos procesos homosexuales liderados por rostros nuevos y de tendencias queer.⁵⁴

La primera visibilización de las personas GLBTT en el país se da en un ambiente negativo, se considera que la plaga del VIH/SIDA se encuentra en las

⁵² http://www.fundaciontriangulo.es/informes/e_Historia.htm

⁵³ Para fotografías del evento ver anexo 3

⁵⁴ Patricio Brabomalo Molina, Proceso histórico GLBT Ecuatoriano, Grupo de Estudios de Identidades Sexuales, El discurso LGBT o del amor y otros demonios, http://www.idahomophobia.org/article.php?id_article=82

prácticas antinaturales de los homosexuales y que éstos son la población especialmente vulnerable. Esta falsa concepción continúa siendo en nuestros días el sustento para muchas de las políticas de salubridad que emite el gobierno, incluso cuando los niveles de pandemia de la enfermedad han puesto de manifiesto que ya no existen grupos vulnerables, sino que la prevención debe realizarse de forma universal y desde la temprana edad.

Su apareamiento provocará en el Ecuador una revisión minuciosa de las conductas sexuales de sus ciudadanos/as y la posibilidad para muchos/as actores importantes de aparecer en el escenario público, se organiza por primera vez un colectivo homosexual que considera el mejor momento, por la misma coyuntura política, para fortalecerse y proclamar un cambio jurídico que solo se verá hasta principios del nuevo siglo en sus reales dimensiones⁵⁵

En esta etapa que podría llamarse del “Boom del SIDA” existen sólo una o dos organizaciones dirigidas a personas con VIH, la lucha que se realiza es por el reconocimiento de la integridad física y el respeto al ámbito privado de las personas. Es decir, por un lado, se exige que las autoridades cesen los abusos físicos en contra de las personas homosexuales y por el otro, que se respete la libre expresión de la sexualidad en lugares privados. En esa época el Código Penal prohibía las relaciones sexuales consentidas entre dos hombres, por lo cual, los bares y discotecas gays, que se consideraban lugares privados, eran prohibidos, los homosexuales que se aventuraban a salir a estos lugares estaban preparados para soportar continuas batidas que terminaban muchas veces en golpes y encarcelamiento, no por encontrarlos en relaciones sexuales, que era lo que condenaba el Código, sino por falta a la moral pública. Un dato curioso es que nunca se condenó a nadie en razón del primer inciso del Art. 516 del Código Penal que era el que condenaba las relaciones sexuales consentidas entre dos hombres.

⁵⁵ Patricio Brabomalo Molina, Proceso histórico GLBT Ecuatoriano...

Esta lucha continúa a lo largo de los años noventa. En el año 1997, se logra la despenalización del homosexualismo, pero sólo entre hombres adultos masculinos, es decir, no de todas las manifestaciones que encierra la comunidad GLBTT. Existe un fuerte silencio respecto de las lesbianas y se sigue considerando una falta a la moral pública el “exhibicionismo” de las personas travestis y transexuales; incluso en nuestros días se sigue haciendo una fuerte relación de ellas con la prostitución y la vida nocturna. Este logro, no es un fenómeno aislado ni espontáneo, se consigue a través de la lucha de las organizaciones GLBTT nacionales con el apoyo de organizaciones internacionales de derechos humanos, como Amnistía Internacional que denunciaron y continúan denunciando abusos de poder contra las personas GLBTT.

Sólo un año después, se redacta una nueva Constitución Política en el Ecuador, la misma que incorpora la “No discriminación por razón de la orientación sexual” como principio constitucional de aplicación directa. Esta declaración es la que permite que se presenten nuevas propuestas de reconocimiento de derechos y se exija junto a otros preceptos constitucionales el respeto a todas las manifestaciones de la conducta GLBTT.

A partir de estas fechas, el proceso homosexual cambia radicalmente, por algunas razones que anotaré a continuación: los ideales básicos de momento homosexual del 97 cambian para dar pie a nuevas propuestas sociales mucho más diversas que responden a procesos particulares; el discurso homosexual se va separando poco a poco del proceso de lucha contra el SIDA y; ya no serán más las ONG’s quienes llevarán a cabo sus propuestas políticas, sino sus protagonistas quienes empiezan a asumir estos cambios más desde un cotidiano que desde un ideal político-colectivo.⁵⁶

Esto provoca una sana diferenciación dentro del propio Movimiento GLBTT, es en ésta época que aparecen las siglas usadas en este trabajo, aunque se critica al mismo tiempo su uso como algo foráneo, recordemos que aún ahora se considera que para

⁵⁶ Patricio Brabomalo Molina, Proceso histórico GLBT Ecuatoriano...

poder ser un transexual hay que salir a otros países que le realicen un “buen cambio de sexo” Pero más allá de ello, la teoría queer afecta profundamente la concepción de homosexual, reconoce que incluso ésta es una fórmula social y como tal está en continuo cambio.

Además aparecen como un movimiento fuerte las lesbianas radicales de la desigualdad, que en el 2001 provocan un verdadero quiebre lésbico, se oponen a que se las invisibilice generalizando sus demandas a las de los hombres gays, travestis o transexuales. Consideran que la exclusión es peor que la penalización y buscan su propia reivindicación.

En el 2004 se presenta una propuesta común con otros grupos excluidos de Ley Antidiscriminación, que se encuentra en su segundo debate legislativo. La ley en referencia no es la primera ley que se presenta de reconocimiento de derechos GLBTT, antes se presentó una ley anti homofobia que nunca se llegó a discutir y un proyecto de reconocimiento del matrimonio homosexual impulsado por la Fundación FEDAEPS que tuvo igual destino.

En el 2005 se consiguió cerrar varias clínicas de reeducación a lesbianas, en la que los padres internaban a sus hijas, incluso mayores de edad, para que se “curaran” de sus tendencias sexuales, a través de un trámite administrativo ante el CONSEP.

Así mismo, en referencia a Travestis y Transexuales, se han logrado algunos cambios de nombre exitosos y que el Registro Civil respete la imagen de las personas en sus Cédulas de Identidad. Aunque aún queda mucho camino por recorrer, en especial, cuando las Cortes Internacionales como la Europea aún no aceptan los reclamos de éstas personas a que se elimine de los documentos de identidad cualquier referencia al sexo de las personas, personalmente y desde mi visión de un mundo mejor, el sexo debería

dejar de ser un factor fundamental al momento de definir a las personas y utilizarse únicamente cuando éste sirva como base para reivindicaciones o derechos específicos.

En cuanto a los derechos de familia GLBTT, en razón de estas nuevas tendencias deconstruccionistas que imperan en los discursos GLBTT actuales, se ha dejado de lado la problemática, sosteniendo que ésta institución pertenece al sistema heteropatriarcal y que como tal no es concebible como fórmula de liberación. Como es lógico, no comparto esta concepción por todo lo dicho en esta tesis. Sin embargo, como he dicho, existen al menos dos proyectos que duermen el sueño legislativo desde hace algunos años respecto del derecho a formar familias homosexuales.

Por último, me sumo a la conclusión de Bravomalo cuando dice:

En el último de los casos, será importante para el nuevo constructor homosexual empezar a escuchar las voces que siempre ha querido representar, plantear una propuesta social y política que responda a necesidades objetivas y pensar en construir desde bases sólidas los nuevos ideales que en estos momentos muchos/as están buscando para el devenir homosexual en el Ecuador.⁵⁷

b) Estadísticas sobre la opinión de la comunidad acerca de los derechos de las personas GLBTT en el ámbito familiar

Para conocer la opinión de las personas tanto GLBTT como amigos de la causa, se realizó un sondeo digital a través del portal guayaquileño “La Gente Gay” para cuyo personal dejo presente mi más profunda admiración, respeto y agradecimiento. Los datos son los siguientes:

Los resultados presentados son el producto de dos semanas en las que la encuesta estuvo en línea, como estrategia para que las personas la contestaran, se la adjuntó en un concurso de dos entradas para disfrutar de la fiesta del Orgullo Gay del 28

⁵⁷ Patricio Brabomalo Molina, Proceso histórico GLBT Ecuatoriano...

de junio del 2006 en discotecas de Guayaquil y Quito. Sin embargo la encuesta ha permanecido en línea hasta el momento en que termino de escribir esta tesis.

El grupo al que se dirigía la encuesta era el lector habitual de la revista digital de www.lagentegay.com, que incluye moda, viajes dentro del país, relatos y fotografías homoeróticas, la página también cuenta con una sección educativa y de consultas sobre problemas vinculados con la homosexualidad.

La mayor parte de los lectores se encuentra en la ciudad de Guayaquil (de los 58 cuestionados 36 son Guayaquil y 22 de Quito) que es donde se encuentra el mayor grupo GLBTT organizado del país, a través de la comunidad Gayecuador, su página www.gayecuador.com y su Chat al que se puede ingresar a través de la red Undernet y que en la actualidad bordea los 3.500 individuos, según datos de la página oficial.

En cuanto al rango de edades que se utilizó y el número de individuos en cada uno tenemos: De 18 a 20 años = 8; De 21 a 25 años = 18; De 26 a 30 años = 23; De 31 a 35 años = 6; y, De 35 en adelante = 3. Como vemos la mayor concentración de personas encuestadas se encuentra entre los 26 y 30 años; que responde al tiempo en el que el Movimiento GLBTT en el Ecuador nació y se ha desarrollado.

Lastimosamente no se pudo recaudar una muestra tan amplia en cuanto a la orientación sexual. En primer lugar la pregunta decía textualmente “Usted se define como:” con lo cual la pregunta se refería a una autodefinición y no ha un hecho culturalmente fáctico, en segundo lugar, aunque entre las opciones se encontraban travestí y transexual, no hubo ninguno encuestado en esta categoría; y, una sola lesbiana contesto de forma incompleta la encuesta. El resto se dividió en 34 homosexuales, 14 bisexuales y 9 heterosexuales.

La segunda pregunta se refería al conocimiento de que en Ecuador existen normas constitucionales que aseguran la igualdad ante la ley y no discriminación por

orientación sexual, si bien la mayor parte de las personas (48) contestaron tener conocimiento sobre la norma, existe un margen del 15.79% de los encuestados que luego de ocho años desde que se dictó la nueva constitución aún se encuentran en una situación de peligroso desconocimiento de sus derechos y protecciones constitucionales.

Una pregunta que dio como resultado datos curiosos fue acerca de la discriminación por orientación sexual, según los encuestados, la mayor parte de ellos no ha sufrido ningún tipo de discriminación por razón de su orientación sexual. Incluso si asumimos que de los encuestados 25 de ellos se definen como bisexuales o heterosexuales, existe un amplio margen de aquellos que nunca han sufrido discriminación, por lo menos lo suficientemente fuerte como para tomarla en cuenta. Aún así, si relacionamos la orientación sexual (34 homosexuales) y las personas que admiten haber sufrido discriminación (15) tenemos un porcentaje bastante considerable del 44.12% o lo que es lo mismo que 4 de cada 10 homosexuales sufren aún discriminación por razón de su orientación sexual. Eso sin tomar en cuenta que poblaciones más expuestas como los travestis o transexuales no se encuentran representadas en la muestra.

La cuarta pregunta se refería al interés que se tiene de que se legalicen las Uniones Homoafectivas en el país, el 91.23% contestó afirmativamente, lo que demuestra que la institución familiar aún se encuentra muy viva en los intereses del común de las personas y que si bien se la puede considerar como una institución heteropatriarcal, aún posee cierto respeto y estatus en la sociedad.

Se preguntó también a los encuestados que en el caso de que mantuvieran una relación GLBTT estarían dispuestos a formalizar sus relaciones mediante el matrimonio o la unión libre legalmente reconocida, aquí el porcentaje bajó considerablemente (72.73% están dispuestos), posiblemente porque al verse enfrentados a una realidad que

los puede obligar a asumir responsabilidades y frente al peso social que significa admitir públicamente su sexualidad se sienten amilanados. Sin embargo sigue siendo un porcentaje de aceptación dentro de los encuestados bastante alta.

Aunque sin ser una respuesta negativa, el menor porcentaje de aceptación entre los encuestados se refiere al derecho de adoptar, sólo el 66.07% consideraba posible, justa o necesaria la adopción por parte de parejas GLBTT, lo cual evidencia que aún se tiene problemas de aceptar que los parejas GLBTT pueden ser tan capaces de ser buenos padres como los heterosexuales. Seguramente el pensamiento se debe dirigir a lo difícil que será para el menor enfrentar las presiones sociales de tener dos padres del mismo sexo.

La única pregunta que contó con una respuesta 100% afirmativa es la que se refiere a si las parejas GLBTT deben formar sociedades de bienes para proteger sus intereses de pareja. Es irónico que incluso quienes no creen que deba legalizarse el matrimonio o la unión de hecho entre personas GLBTT, vea en la sociedad de bienes una solución positiva a los intereses de las parejas. Según esta encuesta, el norte que debería seguir cualquier reforma legal debe fundamentarse en asegurar los intereses económicos y materiales de las parejas GLBTT, tal vez al estilo francés. Parece ser que el aspecto económico es el más importante e insoslayable en los intereses tanto de GLBTT como de amigos de la causa.

La última pregunta se refirió a la herencia entre personas GLBTT que han vivido un cierto tiempo juntos, el 89.29% están de acuerdo, evidenciando nuevamente que el aspecto económico tiene una fuerte influencia en el pensamiento de las personas cuando nos referimos a las relaciones y sus posibles implicaciones legales.

Cómo conclusión debemos admitir que existe un gran interés en el tema de la legalización de las relaciones entre personas GLBTT y la formación de nuevos estilos

de familia; y, que si se desea iniciar una nueva campaña de reformas legales dirigidas por el Movimiento GLBTT, éstas deben estar fundadas en la base económica de la convivencia y en los beneficios fiscales que se pueden obtener de la legalización de la familia GLBTT.

c) Normas constitucionales vigentes

Ecuador ha tenido una fuerte inestabilidad constitucional, reformando continuamente la Constitución en respuesta a los intereses del grupo de poder dominante, sin embargo, la actual Carta Política, que según algunos autores está vigente desde 1979, es la de más larga duración en nuestra historia republicana.

En 1998 se realizaron las reformas más profundas a la misma, especialmente en lo que se refiere a los derechos humanos. La Asamblea Constituyente, entre las reformas que planteó, gracias a la presión ejercida por los Movimientos GLBTT, incluyó el principio de no discriminación por orientación sexual; el mismo que no debe confundirse con el de no discriminación por razón del sexo, que va más dirigido hacia los derechos de las mujeres, entendiendo por mujer a aquella blanca, de clase alta y heterosexual.

Sin embargo, son pocos los estudios que se hacen respecto del principio de no discriminación por orientación sexual. Un ejemplo clarísimo de lo expuesto es el libro de Juan Larrea Holguín, Derecho Constitucional, el mismo que analiza minuciosamente la igualdad ante la ley que contiene el Art. 23 No. 3 CPE y todas las formas prohibidas de discriminación que enuncia, sin embargo, en las varias páginas que destina a este fin lo único que menciona sobre el particular que nos interesa es lo siguiente:

Codificación de 1998, en esta última se mencionan otros puntos que no pueden ser motivos de discriminación, y entre ellos, cabe destacar “la orientación sexual, el estado de salud y la

discapacidad”. Estas tres condiciones o situaciones pueden exigir especiales cuidados por parte de la administración, pero, de ninguna manera constituyen motivos para privar de derechos⁵⁸

Por supuesto, que admite que la orientación sexual puede llegar a ser una condición de acciones afirmativas, sin embargo, comparado con el resto del texto, es un importante silenciamiento, lo que se explica porque el autor era Monseñor de la Iglesia Católica y durante algún tiempo Arzobispo de la ciudad de Guayaquil; pero es un importantísimo referente en las universidades ecuatorianas, personalmente durante mi pregrado, hubieron pocas materias en las que no tuve que consultar sus obras. En general, esto significa que al momento de prepararnos jurídicamente no damos la debida importancia a estos nuevos derechos que dan calidad efectiva de sujetos a personas anteriormente excluidas.

Ahora bien, la orientación sexual no es aceptada universalmente como algo positivo, aún podemos encontrar declaraciones tras las cuales, con fundamentos rebuscados, se busca afianzar la heterosexualidad obligatoria, proponiendo ejemplos extremos, que serían contrarias a otras leyes, pero que se usan como plataforma política.

El declarar a la “orientación sexual” como un “derecho humano” internacional afirmaría que la homosexualidad y las uniones de parejas del mismo sexo son “derechos humanos”—aún cuando esto sea lo contrario a la ley de la naturaleza, y a las leyes de casi toda nación. El hacer esto destruiría el concepto de derechos humanos, concedería una licencia sexual sin límites, y abriría la puerta a la legalización de la poligamia, la pedofilia y otras conductas que son contrarias a las leyes de las naciones. ¿Por qué? Porque, por ejemplo, si no se restringen las relaciones sexuales para que sean sólo parte del matrimonio, y si no se ponen otras restricciones a la “orientación sexual” o a los derechos sexuales, entonces una persona pedofílica que afirma que tiene una “orientación sexual” hacia los niños o niñas podría declarar que tiene “derecho” a tener relaciones sexuales con ellos, siempre y cuando él consiga su consentimiento. Un hombre homosexual podría declarar que tiene “derecho” a tener relaciones sexuales con todos los hombres que a él le plazca, siempre y cuando

⁵⁸ Juan Larrea Holguín, *Derecho Constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000, p. 155

ellos estén de acuerdo. Un hombre casado podría afirmar que tiene una “orientación sexual” hacia otras mujeres en vez de su esposa. El redefinir la “orientación sexual” como un derecho humano sería extremadamente perturbador para los matrimonios, las familias y las naciones, con resultados devastadores.⁵⁹

Desde un punto de vista lógico, la declaración cae por el peso de sus incongruencias, por lo menos al referirse a la pedofilia como fórmula de alertar a la sociedad de los peligros del reconocimiento de otras fórmulas de sexualidad, porque hacer ese tipo de declaraciones tiene por objeto afirmar que toda forma de vida no hegemónica es perniciosa y lasciva, lo cual está muy lejos de la realidad. Luego acerca del homosexualismo consentido y la poligamia, me sustento en lo dicho anteriormente para asegurar que no existe “naturaleza” inmutable en las relaciones de poder que ha creado el heterosexismo y por tanto, nuevas fórmulas de relación son completamente concebibles y aceptables y son contrarias a los ordenamientos jurídicos mientras dure la hegemonía absoluta, la misma que ya ha empezado a resquebrajarse.

Luego de esta introducción más general, es conveniente presentar las normas constitucionales que sirven de sustento y aquellas que son contrarias a la posibilidad de concretar la familia GLBTT en el ordenamiento jurídico interno.

La Constitución Ecuatoriana es la segunda en el mundo en reconocer la no discriminación por orientación sexual y una de las que posee más artículos que defienden la igualdad de género y la equidad de género, (Para esta parte del trabajo he de diferenciar los dos términos según respondan a la igualdad formal en el que todas las personas somos iguales ante la ley y por tanto ésta no debe hacer distinción alguna, es decir, debe ser neutral; y, aquella igualdad real que busca proteger los derechos de ciertos grupos excluidos de la sociedad a través de las acciones afirmativas a favor de tales grupos).

⁵⁹ Yuri Mantilla, *Por qué la orientación sexual no es un derecho humano*, en Enfoque de Familia, 2005, <http://www.family.org/welcome/intl/enfoque/quienes/A0038114.cfm>

En el **Art. 3** se dice que son deberes primordiales del Estado: 1. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad. 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.

Respecto al primer numeral hay que hacer una puntualización, cuando los políticos se refieren a la diversidad, comúnmente se refieren a ella en cuestiones de raza o cultura, o analizando la diversidad sexual desde un punto de vista dualista hombre – mujer, sin embargo una de las propuestas más fuertes que debe hacerse es desde los derechos de GLBTT, obligando a que las políticas públicas tomen en cuenta la diversidad sexual en todas las esferas decisionales y no sólo como hasta el momento en aspectos relacionados con la salubridad.

El **Art. 6** dice que todo ciudadano ecuatoriano goza de los derechos establecidos en la Constitución y el **Art. 16** pone como el más alto deber del Estado el de respetar y hacer respetar los derechos humanos garantizados en la Constitución. Como complemento de estos el **Art. 17** dice que el Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

Es decir, consagra la eficacia directa de los derechos consagrados en la carta, ubicando esta responsabilidad como el principal objetivo estatal. Además señala que los derechos humanos que reconoce el Estado no se encuentran sólo en el texto de la norma constitucional, sino que la rebasan e incluyen todos los instrumentos internacionales vigentes, y como se verá más adelante incluso aquellos no ratificados de derechos humanos. En cuanto a los programas permanentes a los que se refiere, poco se ha logrado con respecto a la orientación sexual, aunque, en realidad, la mayor parte de los

planes de derechos humanos están siendo llevados a cabo por organizaciones no gubernamentales, lo que pone a éstas como verdaderos representantes de las necesidades de grupos excluidos.

El **Art. 18** va de la mano con los anteriores pues dice que Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. Y con nuestro tema específico se dice que *en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia*. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Este artículo debe ser analizado a profundidad cuando se lo relaciona con los derechos que consagran las normas inferiores, pues no sólo que toda norma infraconstitucional debe estar acorde con la Constitución, sino que debe ser interpretada de la manera que más favorezca los derechos humanos. Siendo así, la definición de familia que consagra la Constitución y que será analizada más adelante debe incluir a todas las formas de familia, protegiendo sus derechos materiales y promoviendo su desarrollo eficaz; eso si se acepta, claro está, que los derechos de GLBTT son realmente humanos.

Para completar lo anterior el **Art. 19** expresa que los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno

desenvolvimiento moral y material. Abriendo así un amplísimo panorama de derechos subjetivos que sin necesidad de tener la característica de ser derechos fundamentales pueden ser exigidos directamente a cualquier autoridad si se demuestra que son necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material de las personas. Cabría preguntarse si a la luz de esta norma, no es factible entender que debe existir una protección efectiva a situaciones de hecho que se producen en nuestro país como las uniones de hecho GLBTT, la crianza conjunta de parejas GLBTT de menores de edad, para conseguir así un pleno desenvolvimiento moral y asegurar los intereses materiales de la pareja y en algunos casos de los menores, a través de reconocimientos legales de la familia de GLBTT.

El Estado garantiza no sólo la aplicación de los derechos fundamentales, sino la indemnización por la falta de aplicación de los mismos en el **Art. 20, 21 y 22**.

El **Art. 23** afirma que “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:” con lo cual, y en concordancia con los artículos anteriores, la lista de derechos es sólo enunciativa y no debe entenderse como cerrada.

2. La integridad personal. Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral...

Aún cuando la norma es amplia en su redacción y debería proteger todo procedimiento inhumano, en el Ecuador y el mundo sigue existiendo una fuerte persecución contra las personas GLBTT, tanto por parte de las autoridades policiales como de grupos conservadores que buscan la “limpieza social” de toda forma distinta de vida.

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.

Este es el numeral en que me fundamento para exponer la presente tesis donde el género ya no sólo se oriente a una visión bipolar basada en el sexo, sino que el análisis de género debe tomar como base fundamental, y no sólo como eje transversal, la orientación sexual. Sólo así se entiende la redacción del artículo, donde separa el sexo de la orientación sexual como motivos de igualdad ante la ley. Obligando al legislador a interpretar los derechos humanos ya no sólo desde una visión feminista, sino también desde la posición de las personas GLBTT, ampliando el reconocimiento de existencia e igualdad a estos sujetos y eliminando cualquier tipo de discrimen o exclusión de sus derechos.

5. El derecho a desarrollar libremente su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.

Frente a este derecho fundamental debemos preguntarnos si la libre expresión de las actitudes e identificación con las personas GLBTT vulnera alguna norma legal o el derecho de los demás. En primer lugar, debemos aclarar que si la ley en algún momento prohibió la homosexualidad consentida, se refería únicamente a la realizada entre dos hombres mayores, jamás se refirió a lesbianas, bisexuales o travestis. Respecto a éstos últimos, por ser los más evidentes de la comunidad GLBTT, se aplica con mayor rigor el precepto constitucional, razón por la cual, las políticas no oficiales de vincular travestismo con prostitución y vida nocturna deben ser cambiadas, a favor de un

verdadero libre desarrollo, donde se respete el derecho de las personas a decidir cuál va a ser su forma de expresar la identidad sexual que ha decidido asumir.

6. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona.

21. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones políticas y religiosas. [...], ni sobre datos referentes a salud y *vida sexual*, salvo para satisfacer necesidades de atención médica.

Estos dos artículos salvaguardan los derechos de información de las personas GLBTT, obligando al Estado a proteger los datos personalísimos de la persona y utilizarlos sólo en casos excepcionales. Debe hacerse una aclaración frente a estas normas, ya que las mismas no prohíben la libre expresión de la orientación sexual de las personas, sino más bien al uso no autorizado de la información de la sexualidad de las personas; en otras palabras, una persona GLBTT tiene total libertad y derecho de expresar públicamente su orientación sexual, pero ésta decisión debe nacer de su voluntad y no por presiones de ningún tipo.

25. El derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual.

Esta norma ha servido de pie de lucha para las reivindicaciones sobre el cuerpo de las personas y la maternidad optativa, como el reconocimiento del placer sobre la procreación para las personas GLBTT. Sin embargo, otra vez encontramos una falencia en la norma, pues aunque otorga el derecho a decidir libremente sobre la vida sexual de las personas, no garantiza fórmulas para hacer efectivo este derecho, es decir, una persona puede decidir orientar su vida sexual hacia relaciones GLBTT, pero como la sociedad no reconoce ningún derecho ni garantía a estas relaciones no hegemónicas, su vida sexual se encontrará siempre fuera de la norma y por tanto en continuo peligro social y desprotección legal.

El **Art. 36** protege el derecho de las mujeres, pero se olvida totalmente de los otros grupos sociales excluidos, al decir que el Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Velará especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, [...]. Se prohíbe todo tipo de discriminación laboral contra la mujer. [...] Se reconocerá como labor productiva, el trabajo doméstico no remunerado.

El **Art. 37** define a la familia como base de la sociedad y dice que El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas de hogar. El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.

Cómo vemos al referirse a la familia nuestra Constitución ha asumido una visión de género, pero incompleta, pues da por supuesto que las relaciones familiares se dan únicamente entre hombres y mujeres y que estas últimas son la parte desprotegida, olvidándose de todas las otras formas de familia que existen y del papel que tienen los hijos en la familia. Sin embargo, la propia norma habla de igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, sin definirlos, lo cual permitiría desde el punto de vista que defiende esta tesis, ampliar los derechos de familia a las personas GLBTT.

Art. 38.- La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y

bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.

Si el artículo 37 protege de forma ampliada la familia, el artículo 38 lo limita a las relaciones entre un hombre y una mujer. Aquí debe preguntarse a qué tipo de hombre y de mujer se refiere la norma, en especial cuando hemos señalado que tanto sexo como género son construcciones sociales. Como ejemplo de las discusiones que se han dado respecto del significado de hombre y de mujer se puede ver la negativa de la Corte Europea de Derechos del hombre en el caso “Cossey c/Reino Unido” de septiembre de 1990, donde la pretensión de una transexual era que se le extendiera un acta de nacimiento con el sexo femenino para poder contraer matrimonio con su pareja. La corte luego de afirmar que el cambio de sexo no es biológicamente total y que a fin de cuentas sería un cambio, al referirse al derecho de casarse afirma:

Sobre la violación del artículo 12 que contempla el derecho a casarse, Cossey insiste en que se le está vulnerando su derecho a casarse ya que ella se transformado en una mujer y se quiere casar con un hombre, pero que para el Derecho inglés ella sigue siendo un hombre; no desconoce que la Convención protege el derecho a casarse entre un hombre y una mujer pero señala que ella es una mujer, y que no son justos los criterios de establecer el sexo sólo por los caracteres biológicos.

La Corte entiende que no existe ninguna imposibilidad de que el requirente se case con una mujer, con lo cual no hay violación al derecho a casarse ya que éste es otorgado a dos personas de diferente sexo, es por ello que le está denegado hacerlo con otro hombre porque la ley inglesa no protege el derecho a casarse entre seres del mismo sexo.

Y con respecto a los criterios aplicables para determinar el sexo de una persona ésta es una cuestión interna de cada Estado y no existiendo acuerdo unánime en el ámbito médico es competencia del Estado el continuar estableciendo el sexo por criterios biológicos⁶⁰

La normativa inglesa ha cambiado en los últimos años, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que demuestra que los “criterios biológicos” se han transformado, esta sentencia es útil para nuestro país, pues aplica criterios bipolares, donde las personas pueden ser únicamente hombres o mujeres según un sexo biológico interpretado desde el poder hegemónico. Sin embargo cabría hacer referencia a lo dicho por el tribunal, nadie, ni siquiera los travestis y transexuales están prohibidos de contraer matrimonio, siempre y cuando lo hagan con una persona del “sexo opuesto”. Sin embargo, existen casos en el país en los cuales se han iniciado procesos de divorcio controvertidos basados en la orientación sexual del cónyuge, fundamentados en impotencia (Art. 95 No. 5 Código Civil) adulterio e incluso corrupción (Art. 109 Nos. 1 y 9 Código Civil). Por tanto, la orientación sexual de las personas si influye en su capacidad de contraer matrimonio en el país.

El **Art. 41** define cual será la postura del Estado afirmando que toda política debe de tener una perspectiva de género al decir que éste formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a través de un organismo especializado que funcionará en la forma que determine la ley, incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público. El **Art. 47** crea una acción afirmativa al decir que en el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las

⁶⁰ Graciela Medina, *Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre*, en Celia Weingarten y Carlos Ghersi, Directores, *Daños, Medio ambiente – salud – familia – derechos humanos*, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000, p. 164

de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos.

Los artículos antes señalados se refieren a las acciones afirmativas a favor de los distintos grupos vulnerables, y aunque no se haga una referencia específica a las personas GLBTT se entiende que el Estado incluirá la problemática en su agenda política. Aunque como ya ha quedado referido, poco se ha logrado en el reconocimiento y protección de los derechos de las personas GLBTT.

Por último el **Art. 97** dice que todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en esta Constitución y la ley, siendo para nuestro trabajo importantes los siguientes: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente. 3. Respetar los derechos humanos y luchar porque no se los conculque. 5. Respetar la honra ajena.

Además del cuerpo legal, existe un órgano que vela por la constitucionalidad de las leyes ecuatorianas, este es, el Tribunal Constitucional, él mismo que ya se ha pronunciado sobre la discriminación por orientación sexual en el ámbito penal (Art. 516 CP) y existen recursos presentados ante él por discriminación en lo laboral, sin que se encuentre ninguna resolución firme al respecto.

Sin embargo, al igual que otros tribunales en el mundo, éstos son renuentes a hacer reconocimientos efectivos de derechos de GLBTT en el ámbito familiar, por ser en última instancia una función que nace del poder hegemónico, si bien para controlarlo, también para mantenerlo. Y es en esta lógica que el tribunal ha emitido la sentencia que eliminaba como delito el homosexualismo consentido, sin reconocer la igualdad de las personas, sino más bien con una incomprensible compasión por aquellos que no logran asimilar el poder heteropatriarcal y por tanto son poco menos que pobres enfermos, así lo analiza Judith Salgado.

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. Mas 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.⁶¹

d) Normas de Derecho Internacional vigentes

En esta parte analizaré los Acuerdos Internacionales acerca de los Derechos Humanos que son de aplicación directa, por tanto, exigibles a los Jueces comunes. Seguiré el método propuesto por Graciela Medina en su obra “Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio”, es decir, analizaré las normas por temas contemplados en las mismas, por ser más fácil relacionarlos entre ellos. Los instrumentos que incluiré en el análisis son los siguientes:

- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
- Pacto de San José de Costa Rica de 1969
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948

1.- Derecho a casarse:

Lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto de San José de Costa Rica, cito al primero como ejemplo:

⁶¹ 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, pp. 123

Art. 16: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”

Bien podría pensarse al leer la norma antes referidas que los derechos de las personas GLBTT se encuentran, no sólo desprotegidos, sino negados en las declaraciones de derechos humanos internacionales, sin embargo, ya he hecho referencia a que los términos hombre y mujer presentan sus complicaciones semánticas. Adicionalmente, podemos realizar otras lecturas de la norma, pudiendo afirmar que lo que la normativa protege es el derecho, tanto de hombres como de mujeres a contraer matrimonio, pero no necesariamente con una persona del “sexo opuesto”, además debemos tomar en cuenta que aunque no se incluya la discriminación por orientación sexual en los convenios señalados, en la legislación interna si lo hallamos, por tanto complementando el análisis, también existe prohibición de hacer diferencias por éste motivo.

Sin embargo lo dicho, la normativa internacional ha servido de fundamento a grupos conservadores para dar una interpretación de complementariedad sexual y finalidad reproductiva a la institución familiar, arguyendo que esto puede ser satisfecho únicamente entre personas de distinto sexo biológico.

Si el factor reproductivo es tan importante, ¿qué sucedería en el caso de que la concepción sobrepase las limitaciones del sexo y la gestación se pueda realizar fuera del útero materno y sin importar si la unión se hace con dos espermatozoides o dos óvulos a través de la genética? Seguramente, bajo las concepciones conservadoras, aparecerían otros impedimentos para que se celebrara el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Es decir, los argumentos que nacen a favor y protección del poder hegemónico son

discursivos, por tanto, nada tienen que ver con la realidad material de la situación, sino con el mantenimiento de las relaciones actuales de poder de un grupo sobre los demás.

2.- Derecho a constituir una familia

Lo podemos encontrar en el Pacto de Derechos Económicos y Sociales, que cito a continuación; y también en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el Art. VI

Art. 10: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”

Aunque ya lo he expresado en capítulos anteriores, debo resaltar que el concepto de familia y matrimonio no son equivalentes, aún cuando en los últimos tiempo se ha asimilado que se requiere del matrimonio o unión libre para conformar una familia, éste requisito no puede ser un impedimento para el reconocimiento de la protección que se le debe a los núcleos sociales, cualquiera sea su formación. Es interesante analizar que nuestras legislaciones han protegido ciertas formas de familia y excluido otras, por ejemplo la familia formada por la madre soltera, sin importar su orientación sexual, y sus hijos es altamente protegida, por lo menos en el texto constitucional, mientras que las familias GLBTT, dónde dos personas del mismo sexo, por motivos muy variados tienen a su cargo la crianza de hijos es totalmente prohibida. Esto perjudica, no a la moral general, como lo expresara la Corte Colombiana en sentencia antes referida, sino a los intereses materiales de la sociedad. En razón de una injustificada discriminación y por temor a que las bases del poder heteropatriarcal se resquebrajen en su propia falacia,

se desprotegen los derechos no sólo de las personas GLBTT, sino de los menores que se encuentran a cargo de éstos; se detiene el desarrollo de los individuos, no sólo identitario sino material, al dejarlos fuera de las protecciones sociales y fiscales que son obligatorias para el Estado. La carga social impide que familias de hecho lleguen a gozar de beneficios como seguro social, reconocimiento de paternidad, educación para sus hijos (muchas escuelas, no sólo religiosas, admiten sólo a hijos de padres casados), tranquilidad, derecho a la privacidad, etc.

Si la norma internacional se analiza de forma objetiva, nos encontraremos frente a la obligación del Estado y la sociedad a proteger los derechos de las familias GLBTT, no motivados por razones políticas, ideológicas o morales, sino por el bienestar material de una parte de la sociedad y su repercusión en el conjunto social.

3.- Derecho a no ser discriminado

En la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la cual puede ser aplicada a todo tipo de discriminación, encontramos un concepto de discriminación, en su artículo 1, pero citaremos la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, traída al texto por iguales motivos que el anterior.

Art. 1. “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”

Adicionalmente encontramos una prohibición de discriminación parecida a la anterior en los siguientes instrumentos: Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2; Pacto de San José de Costa Rica, artículo 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo. 2, Inciso 2; y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.

Tal vez lo primero que habría que preguntarnos, al confrontar las numerosas normas mencionadas, es si existe discriminación al momento de realizar diferenciaciones por motivo de la orientación sexual, cosa que a lo largo del texto he intentado dejar aclarado; Sin embargo, es nuestra propia Constitución la que declara que la orientación sexual también es motivo de discriminación y atentado contra la igualdad ante la ley. Si debemos relacionarlas con estas normas internacionales, encontraríamos en la última parte de casi todas ellas el fundamento al decir “o cualquier otra condición social” partiendo de lo ya muchas veces reiterado de que tanto el sexo como el género son interpretaciones culturales naturalizadas de los fenómenos naturales.

4. Derecho a la intimidad

Se incluirá este derecho por ser tradicional de las luchas por los derechos GLBTT, sin embargo en esta tesis se ampliará el ámbito de aplicación del mismo hacia lo público, negando categóricamente la posibilidad de usar éste derecho como forma de obligar a las personas GLBTT a vivir su sexualidad únicamente en el ámbito privado, sino más bien dirigiéndolo hacia aquellas personas que quieren vivir su sexualidad libremente, protegidas por los sistemas estatales de seguridad social, exoneraciones fiscales, libre desarrollo y expresión de la personalidad. En palabras cortas, hacia aquellos que han salido del “closet” y desean que se respete esa decisión, no sólo en la privacidad de su casa, sino en todas las esferas sociales.

Lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12, también lo encontramos en el Pacto de San José de Costa Rica, el cual dice

Art. 11. "... 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques"

Es decir, el derecho a develar la orientación sexual de una persona debe ser respetado y protegido, mientras el sujeto mismo no desee hacer pública esa información, y el Estado debería poseer leyes más estrictas al respecto. En el país sigue siendo fundamento para despidos, discriminaciones, acciones violentas, la simple suposición de la orientación sexual de una persona. Incluso sigue pidiéndose información sobre la vida íntima y familiar de las personas en casi todos los ámbitos sociales. Siendo un directo atentado a las referidas normas.

5.- Silencio de las normas internacionales sobre las personas GLBTT

¿A qué se debe que las normas internacionales no hayan incluido entre sus normas el derecho a la no discriminación por orientación sexual como un principio explícito y no sólo relacionado a la no discriminación sexual? Una de las características del derecho internacional es que recoge entre su normativa derechos que tienen reconocimiento universal, éste reconocimiento debe iniciarse en cada Estado a nivel político, por lo cuál, sólo luego de que la sociedad civil de la mayor parte de los Estados reconozca el derecho a la libertad de orientación sexual, ésta podrá ser incluida en las normativas internacionales.

Si la norma internacional no incluye expresamente el derecho de las personas GLBTT, esto no impide que se puedan hacer interpretaciones más amplias de las normas internacionales, logrando que su protección las incluya.

Debemos recordar que así lo manda la normativa constitucional ecuatoriana al referirse a la interpretación más favorable a los derechos humanos. Lo cual implica necesariamente que reconozcamos que las personas GLBTT son humanas y por tanto gozan de todos los derechos que se le reconocen a los seres humanos, sin importar si la norma en cuestión los incluye expresamente o no; o si sus actos están dentro o fuera de lo hegemónicamente considerado correcto.

La lucha por el reconocimiento internacional de la inclusión expresa de los derechos de GLBTT en los instrumentos internacionales, debe iniciarse en el ámbito interno de cada país. En nuestro país la obligación es mayor, pues nuestra Constitución ha hecho ya un reconocimiento expreso del derecho a la no discriminación por orientación sexual; y es éste el punto de partida para emprender movimientos sociales de reconocimiento a la igualdad material de la diferencia.

e) Normas civiles vigentes.

Nuestro Derecho Civil se encuentra disperso por muchas leyes y Códigos, pero el principal es el Código Civil, que se divide en cuatro libros; el primer libro se refiere a las personas y dentro de éste libro se encuentran las normas referentes al matrimonio, las obligaciones entre los cónyuges, la patria potestad, la adopción, la sociedad de bienes, la tutela, entre otros. La herencia se encuentra en el libro tercero. En cuanto a los otros dos libros se refieren a la propiedad y los contratos.

De esto podríamos concluir que la familia es parte esencial de las relaciones sociales y por ello su protección y reconocimiento es parte central del derecho civil.

Juan Larrea Holguín afirma que la primera característica del derecho de familia es “el carácter prominentemente moral de las relaciones de familia” llegando a citar: “Ninguna otra rama del Derecho – dice Planiol y Ripert – toca tan de cerca la moral; la organización de la familia sólo es sólida cuando está fundada sobre una moral rigurosa, las reglas que gobiernan el derecho de familia son más bien preceptos de moral que normas de Derecho”⁶²

Pero ¿qué debemos entender por moral, desde el punto de vista del autor? Uno de los mayores problemas que tiene el derecho civil nacional es la fuerte influencia que ha tenido desde la religión católica, la misma que se fundamenta en una moral excluyente, donde la sexualidad se limita exclusivamente a una función reproductiva y el placer es eliminado como algo pernicioso. Siendo así, la familia no es un ámbito de expresión y satisfacción sexual entre los cónyuges, sino un sistema represivo donde el hombre gobierna sobre la mujer, quien es definida como un objeto de reproducción y satisfacción del hombre únicamente.

La doctrina ecuatoriana aún conceptúa a la familia como “el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción”⁶³ con lo cual se rechaza la existencia de muchas otras relaciones familiares, basadas en el afecto y la protección. Incluyendo en su análisis una visión que afirma que esta institución es de derecho natural, negando que haya sido una institución nacida culturalmente, como ya he expresado anteriormente.

1.- Conceptos que trae el Código Civil

En cuanto a los conceptos que maneja el Código Civil incluidos en el párrafo 5º del libro primero, encontramos que el género en las expresiones legales debe

⁶² Planiol y Ripert, *Tratado de Derecho Civil*, La Habana, 1939, Tomo II, p. 12, citado por Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador*, Quito, 1985, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 7

⁶³ Juan Larrea Holguín, *Derecho Constitucional...* 10

entenderse de la siguiente forma: que las palabras en masculino incluyen a todos los seres humanos o sólo a los hombres cuando lo disponga así, mientras que las palabras en femenino se refieren exclusivamente a las mujeres (Art. 20 CC). Es decir, afirmando lo que la mayoría de las feministas dicen, que el sexo del derecho es el masculino y a las mujeres se las considera una excepción a la que hay que referirse expresamente.

Se hace una fuerte diferencia entre el parentesco consaguíneo, también llamado natural y que se entiende está dado por la sangre.; y el filial, dado por las relaciones familiares.

Nuestra ley civil incluye entre sus normas claras discriminaciones e incluso inconstitucionalidades (Art. 40 CPE), que se suponen superadas, por ejemplo:

Hace una clara diferencia entre los hijos nacidos “dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres” (Art. 24, lit. a) y los hijos nacidos fuera de matrimonio (Art. 24 Lit. b), c) y d)) llegando incluso a diferenciar la calidad de hijo por haber nacido en una unión de hecho estable y monogámica reconocida legalmente, lo cual se expresa más claramente en el Art. 25 que se refiere a los derechos nacidos de la filiación y en el cual ni siquiera se nombra el derecho éstos.

El Art. 26 aún clasifica a los hermanos entre carnales y medio hermanos. Ciertamente los derechos de los hijos son iguales, sin importar la calidad de éstos. Pero si aceptamos que la construcción cultural se basa en la palabra, es decir, en el nombramiento, entenderemos que el Código Civil, está perpetuando una situación de diferencia injustificada y por tanto discriminatoria.

La familia está compuesta, según el Art. 27, que define a los parientes de una persona, únicamente por el cónyuge, y sus consanguíneos, hasta el cuarto grado, de uno y otro sexo, mayores de edad. Y los afines hasta el segundo grado. Cabría preguntarse a

que se debe la especificación de sexo y edad que trae la norma, además que excluye de la calidad de pariente a los niños y niñas que se encuentren dentro del núcleo familiar

2.- Matrimonio

El Art. 81 del Código Civil define al matrimonio como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y ayudarse mutuamente”⁶⁴, lo cual significa que nuestro Código aún mantiene una concepción de familia arraigada en el derecho canónico, dándole la característica de reproductiva, con lo cual se niega la existencia del derecho a las parejas a decidir sobre su vida sexual y reproductiva, el derecho de las parejas GLBTT a formar uniones legalmente protegidas. Por lo cual la norma debe ser reformada para que respete las normas constitucionales vigentes.

Un artículo interesante es el que se refiere al matrimonio celebrado en el extranjero, según el Art. 91 surtirá los mismos efectos civiles que si se hubiere celebrado en territorio ecuatoriano. Pero si contraviene alguna norma ecuatoriana se considerará nulo o anulable dentro del territorio ecuatoriano. Siendo así, el matrimonio entre dos personas del mismo sexo realizado en el país extranjero no surtiría efecto en el Ecuador, por considerarse contrario a la norma vigente ecuatoriana. Aunque se podría proponer desde el constitucionalismo iguales derechos, por estar reconocida la igualdad ante la ley de todas las personas, nacionales y extranjeras y en especial por la no discriminación por orientación sexual, especialmente si en otro país se le reconoció un derecho y éste se considera necesario para el total desarrollo de la persona.

Dentro de los impedimentos dirimentes del matrimonio, es decir, su contravención produce la nulidad del matrimonio, encontramos la impotencia (Art. 95,

⁶⁴ recién en el año 1989 se elimina la expresión “actual e indisolublemente y por toda la vida” mediante Ley 43, RO-S 256, del 18 de agosto de 1989

No. 5º) la cual se ha presentado en contra de las personas GLBTT, por considerar que no pueden tener relaciones sexuales completas y normales; incluso existen sentencias en las que se ha reconocido la nulidad de matrimonio porque uno de los cónyuges es reconocido como GLBTT.

Otra norma que debería ser eliminada del Código Civil y que ya ha sido declarada inconstitucional dentro del Código de Procedimiento Civil, es la contenida en el Art. 102, No. 4, que se refiere que no podrán ser testigos del matrimonio los rufianes y las meretrices. Por considerarse que carecen de calidad moral.

En cuanto al divorcio, debería incluirse una norma que impida que exista divorcio sin conocimiento de los dos cónyuges, es muy común conocer de casos en los cuales la pareja sigue viviendo muchos años juntos, pero uno de los dos ha presentado una demanda de divorcio declarando desconocer el domicilio del otro, por lo cual, se lo cita por la prensa al otro cónyuge, y éste nunca se entera del procedimiento realizado, no planteo que deba eliminarse la citación por la prensa, sino crear un mecanismo más fuerte que impida que ésta citación sea mal usada y perjudique los derechos del otro.

Los derechos que reconoce el Código Civil a los cónyuges según el Art. 134 se constituye sobre la base de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges. Sin embargo, al llenar de contenido social a ésta norma, nos encontramos con que los deberes de la mujer son quedarse en casa y cuidar de ella y los hijos, recluida en el ámbito privado, mientras que los del hombre son salir al ámbito público y ser un proveedor. Aunque esto ha ido cambiando en los últimos años, la mujer sigue siendo reconocida como ciudadana menor y responsable única del hogar. Esto afecta a los derechos de las personas GLBTT de dos maneras: en primer lugar, imposibilita la efectiva realización de una familia formada por dos mujeres, al ser estas obligadas a permanecer en el ámbito privado; y, en segundo lugar porque se considera que una

pareja de dos hombres debe tener obligatoriamente una parte “pasiva” asimilada a la sumisión femenina y otra “activa” asumida con el rol de hombre dentro de la familia. Con lo cual se reproduce el sistema heteropatriarcal en las relaciones no hegemónicas.

En cuanto a la sociedad conyugal y la patria potestad, actualmente se reconoce el derecho de ambos cónyuges a ejercerla conjuntamente, sin embargo, este reconocimiento sigue siendo insuficiente y discriminatorio por los siguientes motivos: en el caso de la patria potestad, en caso de divorcio, se entenderá que ésta le corresponde a la madre, a no ser que se demuestre que ésta no está en capacidad de ejercerla, presumiendo que el padre, generalmente, es incapaz de ser un buen cuidador de sus hijos y que esta “carga” le corresponde “naturalmente” a la mujer. Repercutiendo en la concepción de que las parejas gays, adicionalmente de que son contrarias a la moral general, están constituidas por dos hombres y por tanto incapaces “naturales” de ser buenos criadores. En el caso de la sociedad conyugal, el Art. 180 dice que “tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, el cónyuge que, por decisión de los contrayentes, conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales; a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido” Si la primera norma presume al hombre incapaz de la crianza de los hijos, ésta da por sentado que la mujer es incapaz de dirigir las finanzas conyugales, adicionalmente la ley no agrega el aspecto cultural a la norma al no reconocer que el hombre posee más poder al momento del matrimonio y que serán pocas las mujeres que deseen contrariar al marido proponiendo al momento del matrimonio otra fórmula de administración que la comúnmente aceptada, es decir por el varón.

3.- Unión de hecho

La unión de hecho en el país, reconocida legalmente confiere los mismos derechos que al matrimonio, fue concebida desde la seguridad social, es por esto que en sus consideraciones habla de la creación de sociedad de bienes y derechos sociales.

Tal vez el mayor inconveniente frente a la unión de hecho es que tanto la Constitución como la Ley 115 que regula las uniones de hecho, dicen explícitamente que ésta se podrá realizar únicamente entre un hombre y una mujer.

Los requisitos para que se reconozca esta unión son que la unión de hecho sea estable y monogámica, con lo que se le vuelve a dar un sentido eminentemente reproductivo a esta institución; por un tiempo superior a dos años, que ambos se encuentren libres de vínculo matrimonial o en otra unión de hecho legalmente reconocida, que sean públicamente reconocidos como marido y mujer. Los fines continúan siendo los mismos que el matrimonio, es decir, vivir junto, procrear y auxiliarse mutuamente.

El Art. 11 de esta ley, reafirma la calidad social de la unión de hecho cuando dice que los derechos que se adquieren son: las mismas rebajas y deducciones establecidas para los cónyuges en la Ley de Impuesto a la Renta; a los beneficios del Seguro Social; y, Al subsidio familiar y demás beneficios sociales establecidos para el cónyuge.

Sin embargo una fuerte falencia de la ley es que no reconoce igual calidad y reconocimiento social a la unión frente al matrimonio, así el silencio de la ley mantiene un sistema en el que el matrimonio es considerado una institución superior y que goza de mayores prebendas y reconocimiento social.

4.- Adopción

Nuestro Código Civil define la adopción como “una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o de madre, señalados en éste Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado” Mientras que el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 151 dice que “la adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptado” Uno de los mayores problemas de ésta definición es que trae el concepto de idoneidad, el cual puede ser interpretado de muchas maneras, ya se ha hecho referencia a la negativa de dar en adopción a una persona gay una niña por considerar la Corte Colombiana que éste no participaba de la moral general y por tanto no era idóneo para adoptar, situación que es en sí misma discriminatoria y atentaría si se aplicará en el derecho ecuatoriano al precepto constitucional de no discriminación por orientación sexual.

Una de las características de nuestra legislación es que concibe la adopción como una institución realizada individualmente; y aunque le da cierta presencia a las adopciones conjuntas, posibilita la adopción por parte de personas solteras, viudas o divorciadas, imponiéndoles medidas más fuertes que a las parejas casadas o en unión libre legalmente reconocida.

Los requisitos generales para adoptar que trae el artículo 334 del Código Civil son que la persona sea legalmente capaz, que tenga libre disposición de sus bienes, lo que se traduce en que tenga una solvencia económica comprobada, que sea mayor de treinta años; y, tenga, por lo menos, catorce años más que el menor adoptado.

Sin embargo, el Código de la Niñez y la Adolescencia en su Art. 153 que se refiere a los principios que regirán la adopción afirma que: “3. se priorizará la adopción

por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas” con lo cual incluye una diferencia que no hace la ley en ninguna otra parte, que se refiere a la heterosexualidad de las parejas, adicionalmente reduce el derecho de las personas solas a adoptar, confirmando una transparente prohibición a adoptar por parte de personas solas GLBTT, esto junto al numeral 7 que habla igualmente de la idoneidad de los adoptantes.

En cuanto al requisito de la edad, existe otra discordancia entre el Código Civil y el de Menores, en el Código Civil la edad en referencia para contar los catorce años de diferencia en el caso de parejas es la del marido, en el Código de la Niñez y la Adolescencia se refiere a la edad del cónyuge menor, así mismo reduce la edad mínima a veinticinco años y crea una excepción a esta norma en el caso de que se quiera adoptar a los hijos de la cónyuge a un mínimo de 10 años de diferencia.

f) Conclusiones del capítulo: Posibles reformas.

Las reformas necesarias en el nuestro sistema civil se pueden dividir en:

- a. Reformar el Art. 20 CC, para que las normas adquieran obligatoriamente una visión de género, eliminando la generalización del término “hombre” para referirse a todas las personas. Adicionalmente es necesario superar el género binario e incluir otras formas de sexualidad que deben ser visibilizadas y protegidas por el Código Civil.
- b. Eliminar toda referencia a los distintos tipos de filiación, por haberse reconocido constitucionalmente iguales derechos para todos sin importar como se adquirió la calidad de hijo.
- c. Incluir dentro de los parientes de una persona a aquellos con los cuales ésta mantiene relaciones afectivas o compromisos diversos al matrimonio y la unión libre. Adicionalmente, debe incluirse dentro de los

parientes a los niños, niñas y adolescentes, reconociéndoles igualmente su calidad de sujetos de derecho

- d. En cuanto al matrimonio, se debe seguir la línea española igualando los derechos de las personas GLBTT a los heterosexuales, mediante un cambio en la definición de matrimonio, eliminando las palabras “un hombre y una mujer” ampliando los derechos de familia.
- e. Debe reformarse los artículos referentes a la administración de la sociedad de bienes en el sentido de que no existiendo una fórmula expresa de administración, ésta sea conjunta.
- f. En cuanto a la patria potestad de los hijos en caso de divorcio, debe eliminarse la disposición que dice que a la madre le corresponde el cuidado de los hijos impúberes e hijas de toda edad, permitiendo al padre la posibilidad de acceder al cuidado de sus hijos libremente.
- g. La unión libre debe reformarse, incluso dentro de los parámetros heteropatriarcales, para adquirir igual reconocimiento social que el matrimonio. Y en el sentido de ampliar los sujetos legitimados para formarla, debe primero reformarse la Constitución eliminando las referencias a hombre y mujer y luego reformar la ley 115.
- h. En cuanto a la adopción, debe eliminarse del Código de la Niñez y la Adolescencia las referencias a la heterosexualidad de las parejas adoptantes, tanto casadas como reconocidas en otras fórmulas de familia. Adicionalmente debe existir una interpretación verdadera del término “idóneo” en el cual no se incluya ninguna diferencia en razón de la orientación sexual, en completa concordancia con los principios constitucionales.

Conclusiones finales

En este trabajo he buscado demostrar los siguientes postulados que se creían necesarios para introducir a la problemática GLBTT en el ámbito jurídico de nuestro país.

- a) La familia no es una institución estable e inmutable, sino que responde como toda institución social a los intereses de los grupos de poder.
- b) El poder dominante actual se caracteriza por ser hegemónico, es decir que no existe otro poder que genere rivalidad contra éste, heterosexista, que afirma que las relaciones hombre – mujer son las únicas posibles y todo aquello que no se ajusta a esto carece la calidad de existencia social y por tanto no se puede considerar como sujeto a quien lo practique; patriarcal, ya que en las relaciones entre hombres y mujeres, se aplica la ley del padre, es decir, el hombre, es el que domina y subyuga a las mujeres.
- c) Que éste poder no se encuentra en una persona o enunciado, incluyendo al discurso jurídico o político, sino que se encuentra inmerso en la propia manifestación del poder y por tanto la única manera de cambiarlo es lograr reformar la propia matriz social que se crea de la reiteración continua de actos, haciendo posible la intencionalidad de las personas GLBTT de ser sujetos sociales y de derecho. En otras palabras, es insuficiente un cambio legal, se necesita un proceso de visibilización, aceptación y reivindicación de derechos de las personas GLBTT, en todos los niveles, para que la discriminación que han sufrido históricamente desaparezca.
- d) Una fórmula muy interesante para iniciar estos cambios sociales profundos es a través de la familia GLBTT, porque siendo el primer contacto con las relaciones de poder nacidas por el género, si éstas figuras paternas y maternas se trastocan,

las relaciones sociales se verán también trastocadas y aunque no se pueda asegurar que los resultados sean los de mi propuesta utópica, indiscutiblemente generará un replanteamiento de las bases biodeterministas de las relaciones de género.

- e) Las fórmulas adoptadas por España y Francia como modelos de sistemas jurídicos son insuficientes y ninguno responde totalmente a la necesidad de reconocimiento e igualdad de las personas GLBTT.
- f) La única fórmula para lograr un ejercicio efectivo de los derechos de las personas GLBTT en nuestro país es a través de la reforma de las normas infracostitucionales y constitucionales, acompañadas de la creación de instrumentos jurídicos y sociales que garanticen el libre acceso a estos.
- g) Con lo anterior, debe reconocerse la diferencia, pero sólo para que ésta sirva de base para proponer políticas sociales que logren la integración total de las personas GLBTT en ámbitos sociales, laborales, culturales, políticos y cualquiera otro que le permita su absoluta y libre participación en el ámbito público del país.

Bibliografía

- Butler Judith, Selección de cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”, Buenos Aires, Paidós, 2002
- Carrascosa González Javier, Nuevos Modelos De Familia Y Derecho Internacional Privado En El Siglo XXI, en la revista “Anales De Derecho”, Murcia, Universidad De Murcia. Número 21. 2003
- Congregación para la Doctrina de la Fe, Consideraciones sobre el matrimonio homosexual, 28 de marzo de 2003
- Facio Alda y Fries Lorena, *Feminismo, género y patriarcado*, en Género y Derecho, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999
- Facio Alda, *Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, en Alda Facio y Lorena Frías (editoras), *Genero y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999
- Ferrajoli Luigi , *La democracia constitucional*, publicado en Vulpiani Pietro, *L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, Milán, Armando Editore, 1997
- Ferrajoli Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2004
- Frías Navarro María Dolores, *Familia y diversidad: hijos de padres homosexuales*, Informe del IV Congreso Virtual de Psiquiatría, Interpsiquis 2003, 1 - 28 Febrero 2003, España, Universitat de València, WEB: <http://www.uv.es/~friasnav/>
- Gaviria Díaz Carlos, *Sentencias. Herejías Constitucionales*, Colombia, Fondo de Cultura Económica, 2002
- Jaramillo Isabel Cristina, *La crítica feminista al derecho*, estudio preliminar en Robin West, *Género y teoría del derecho*, Bogota, Siglo de hombres editores,

Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000

- Lamas Marta, *Género, diferencias de sexo y diferencia sexual*, en Alicia Ruiz, *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000
- Laqueur Thomas, *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Ediciones Cátedra, España, 1994
- Larrea Holguín Juan , *Derecho Constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000
- Mantilla Yuri, Por qué la orientación sexual no es un derecho humano, en Enfoque de Familia, 2005, <http://www.family.org/welcome/intl/enfoque/quienes>
- Mcdowell Linda, *Género, identidad y lugar. Un estudio de las geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000
- Medina Graciela, *Evolución jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre*, en Celia Weingarten y Carlos Ghersi, Directores, *Daños, Medio ambiente – salud – familia – derechos humanos*, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000
- Medina Graciela, *Parejas Homosexuales y transexuales: su derecho a la seguridad jurídica. Derecho de adopción. Herencia*, en Celia Weingarten y Carlos A Ghersi, Directores, *Daños. Medio ambiente – salud – familia- derechos humanos*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000
- Medina Graciela, *Uniones de hecho homosexuales*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2000
- Miller Alice , *Las demandas por derechos sexuales*, en CLADEM, *Derechos sexuales, derechos reproductivos, derechos humanos*, Lima, CLADEM, 2002

- Muñoz Onofre Darío, *Sexualidades “ilegítimas” Biopolítica heterosexista y política de reconocimiento*, en Revista Nomadas, Universidad Central - Colombia, 2006
- OPS – UNFPA – UNIFEM, *Género, salud y desarrollo en las américas. Indicadores básicos 2005*
- Patricio Brabomalo Molina, *Proceso histórico GLBT Ecuatoriano*, Grupo de Estudios de Identidades Sexuales, *El discurso LGBTT o del amor y otros demonios*, http://www.idahomophobia.org/article.php3?id_article=82
- Petit Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editora Dalis, Santo Domingo. Traducción de la novena edición francesa por Manuel Rodríguez Carrasco, año 2000, citado por Jorge Honoret Reinoso, en su monografía *Introducción al Derecho Romano*, www.monografias.com
- Planiol y Ripert, *Tratado de Derecho Civil*, La Habana, 1939, Tomo II, p. 12, citado por Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador*, Quito, 1985, Corporación de Estudios y Publicaciones
- Rice Anne, *Obras completas*.
- 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
- Thieriet Aurelio, *Pacto civil de solidaridad (PACS) en el derecho francés*, en Julio César Rivera, Director, *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001
- Valpuesta Rosario, *Protección constitucional de la familia*, Revista Foro No.5, Área de Derecho, Quito, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, en prensa.
- Weeks Jeffrey, *Sexualidad*, México, Paidós, 1998

- http://www.fundaciontriangulo.es/informes/e_Historia.htm
- www.lagentegay.com
- www.gayecuador.com
- Código Civil Ecuatoriano
- Código De Derecho Canónico Libro IV, Título VII Del Matrimonio
- Constitución Política del Ecuador
- Ley 115 de Ecuador del 9 de diciembre de 1982.
- Ley 13/2005 de España
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
- Pacto de San José de Costa Rica de 1969
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981

Anexos

Anexo 1.

23632 Sábado 2 julio 2005 BOE núm. 157

I. Disposiciones generales
JEFATURA DEL ESTADO

LEY 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

JUAN CARLOS I
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.
Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo
vengo en sancionar la siguiente ley.

I

La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja.

Esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución. Será la ley que desarrolle este derecho, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico.

La regulación del matrimonio en el derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales. Su origen radica en el Código Civil francés de 1804, del que innegablemente trae causa el español de 1889. En este contexto, el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo; de hecho, en tal diferencia de sexo se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el derecho del Estado y por el derecho canónico. Por ello, los códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial.

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.

Esta percepción no sólo se produce en la sociedad española, sino también en ámbitos más amplios, como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

II

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.

Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.

Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja.

En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones

cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.

Asimismo, se ha procedido a una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes. En primer lugar, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes. En virtud de la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil, la acepción jurídica de cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo.

Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales.

Por otra parte, y como resultado de la disposición adicional primera de la presente ley, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo.

Artículo único. *Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.*

El Código Civil se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se añade un segundo párrafo al artículo 44, con la siguiente redacción:

«El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.»

Dos. El artículo 66 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 66. Los cónyuges son iguales en derechos y deberes.»

Tres. El artículo 67 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 67. Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.»

Cuatro. El primer párrafo del artículo 154 queda redactado en los siguientes términos:

«Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores.»

Cinco. El primer párrafo del artículo 160 queda redactado en los siguientes términos:

«Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.»

Seis. El párrafo 2.º del artículo 164 queda redactado en los siguientes términos:

«2.º Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa

de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.»

Siete. El apartado 4 del artículo 175 queda redactado en los siguientes términos:

«4. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.»

Ocho. El apartado 2 del artículo 178 queda redactado en los siguientes términos:

«2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda:

1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.»

Nueve. El párrafo segundo del artículo 637 queda redactado en los siguientes términos:

«Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.»

Diez. El artículo 1.323 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 1.323. Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.»

Once. El artículo 1.344 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 1.344. Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella.»

Doce. El artículo 1.348 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 1.348. Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital de uno u otro cónyuge, según a quien pertenezca el crédito.»

Trece. El artículo 1.351 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 1.351. Las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales.»

Catorce. El artículo 1.361 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 1.361. Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges.»

Quince. El párrafo 2.º del artículo 1.365 queda redactado en los siguientes términos:

«2.º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.»

Dieciséis. El artículo 1.404 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 1.404. Hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos.»

Diecisiete. El artículo 1.458 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 1.458. Los cónyuges podrán venderse bienes recíprocamente.»

Disposición adicional primera. *Aplicación en el ordenamiento.*

Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes.

Disposición adicional segunda. *Modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.*

Uno. El artículo 46 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 46. La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.

Cuantos hechos afectan a la patria potestad, salvo la muerte de los progenitores, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos.»

Dos. El artículo 48 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 48. La filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento.»

Tres. El artículo 53 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 53. Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la Ley ampara frente a todos.»

Disposición final primera. *Título competencial.*

Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el artículo 149.1.8.^a de la Constitución española sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y de las normas aprobadas por éstas en desarrollo de sus competencias en Derecho Civil.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Valencia, 1 de julio de 2005. JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

Anexo 2**LEY DE PACS (Texto adoptado No. 364)****Artículo 1.**

El libro primero del Código Civil fue completado por un título décimo segundo redactado de la siguiente manera:

TITULO XII
DEL PACTO CIVIL DE SOLIDARIDAD Y DEL CONCUBINATO

Capítulo 1
DEL PACTO CIVIL DE SOLIDARIDAD

Art. 515 – 1. Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de diferente o de igual sexo, para organizar su vida común.

Art. 515 – 2. Bajo pena de nulidad, no puede existir pacto civil de solidaridad:

1º Entre ascendientes y descendientes en línea recta, entre afines en línea directa y entre colaterales hasta el tercer grado inclusive;

2º Entre dos personas de las cuales al menos una está comprometida en los vínculos del matrimonio;

3º Entre dos personas de las cuales al menos una está comprometida por un pacto civil de solidaridad.

Art. 515 – 3. Dos personas que celebran un pacto civil de solidaridad deben presentar su declaración conjunta en la secretaría del tribunal de instancia que resulta competente de acuerdo a la residencia común que establezcan.

Bajo pena de inadmisibilidad, deben presentar al secretario la convención celebrada entre ellas en doble original y adjuntar los documentos que acrediten el estado civil y que permitan establecer la validez del acto en los términos del Art. 512 – 2, como así también un certificado de la secretaría del tribunal de instancia del lugar donde han nacido o, en caso de haber nacido en el extranjero, de la secretaría del tribunal de gran instancia de París, en el que conste que ya no se encuentran vinculados por un pacto civil de solidaridad.

Una vez presentada la totalidad de los instrumentos, el secretario debe inscribir esta declaración en un registro.

El secretario debe suscribir y fechar los dos ejemplares originales de la convención y restituirlos a cada socio.

Ordena poder nota de la declaración en un registro llevado en la secretaría del tribunal de instancia del lugar de nacimiento de cada socio o, en caso de nacimiento en el extranjero, de la secretaría del tribunal de gran instancia de París.

La inscripción en el registro del lugar de residencia confiere fecha cierta al pacto civil de solidaridad y lo hace oponible a terceros.

Toda modificación del pacto es objeto de una declaración conjunta que debe ser inscrita en la secretaría del Tribunal de instancia en la que se presentó el acto inicial, a la que debe adjuntarse, bajo pena de inadmisibilidad y en doble original, el acto que lleva la modificación de la convención. Son aplicables los requisitos previstos en el cuarto párrafo.

En el extranjero, la inscripción de la declaración conjunta de un pacto que obliga a dos socios de los cuales por lo menos uno es de nacionalidad francesa y los requisitos previstos en los párrafos segundo y cuarto deben ser realizados por agentes diplomáticos y consulares franceses, así como también aquellos exigidos en caso de modificación del pacto.

Art. 515 – 4. Los socios comprometidos por un pacto civil de solidaridad se deben ayuda mutua y material. Las modalidades de esta ayuda son establecidas por el pacto. Los socios responden solidariamente con relación a terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida ordinaria y para los gastos relativos a la vivienda común.

Art. 515 – 5. Los socios de un pacto civil de solidaridad deben indicar, en la convención autenticada de acuerdo al tercer párrafo del artículo 515 – 3, si ellos acuerdan someterse al régimen de indivisión de muebles mobiliarios que adquirirán a título oneroso con posterioridad a la celebración del pacto. A falta de ello, estos muebles se presumen indivisos por mitades. Lo mismo ocurre cuando la fecha de adquisición de estos bienes no puede ser establecida. Los otros bienes de los cuales los socios se convierten en propietarios a título oneroso con posterioridad a la celebración del pacto se presumen indivisos por mitades si el pacto de adquisición o suscripción no dispone de algo distinto.

Art. 515 – 6. Las disposiciones del artículo 832 son aplicables entre socios de un pacto civil de solidaridad en caso de disolución de éste, a excepción de aquellas relativas a todo o parte de una explotación agrícola, como así también a una cuota-parte indivisa o a las partes sociales de esta explotación.

Art. 515 – 7. Cuando los socios deciden de común acuerdo poner fin al pacto civil de solidaridad, deben presentar una declaración conjunta escrita ante la secretaria del tribunal de instancia que resulte competente de acuerdo al lugar donde por lo menos uno de ellos tiene su residencia. El secretario inscribe esta declaración en un registro y asegura su conservación.

Cuando uno de los socios decide poner fin al pacto civil de solidaridad, debe notificar al otro su decisión y presentar copia de dicha notificación y presentar copias de ello y de su partida de nacimiento, en la que conste el matrimonio, ante la secretaría del tribunal en que se presentó el acto inicial.

Cuando el pacto civil de solidaridad llega a su fin en virtud del deceso de al menos uno de los socios, el sobreviviente o cualquier otro interesado debe presentar copia de la partida de defunción ante la secretaría del tribunal de instancia en que se radicó el acto inicial.

El secretario, que recibe la declaración o los actos previstos en los párrafos precedentes, debe dejar constancia u ordenar la anotación de la terminación del pacto en el margen del acto inicial. Ordena así mismo la inscripción de dicha nota marginal en el registro referido en el quinto párrafo del artículo 515 – 3.

En el extranjero, la recepción, la inscripción y la conservación de la declaración o de los actos previstos en los cuatro primeros párrafos deben ser efectuados por los agentes diplomáticos y consulares franceses, que proceden u ordenan proceder respecto de las anotaciones marginales de conformidad con lo previsto en el párrafo precedente.

El pacto de solidaridad termina, según el caso:

1° A partir de la anotación marginal del acto inicial de la declaración conjunta prevista en el primer párrafo.

2° Tres meses después de la notificación efectuada por aplicación del segundo párrafo con la condición de que una copia sea presentada ante el secretario del tribunal designado en dicho párrafo a los fines de su conocimiento.

3° En la fecha del matrimonio o del deceso de uno de los socios.

4° Los socios mismos deben proceder a la liquidación de los derechos y obligaciones que para ellos resulten del pacto civil de solidaridad. A falta de acuerdo, el juez puede resolver sobre las consecuencias patrimoniales de la ruptura, sin perjuicio de la reparación del daño eventualmente sufrido.

Artículo 2

A continuación del Art. 506 del Código Civil, se ha insertado el artículo 506 – 1 redactado de la siguiente manera:

Art. 506 – 1. Los mayores sujetos a tutela no pueden celebrar pacto civil de solidaridad. Cuando durante el transcurso de un pacto civil de solidaridad uno de los socios es puesto bajo tutela, el tutor autorizado por el consejo de familia o, en su defecto, por el juez puede poner fin al pacto de conformidad con las modalidades previstas en el primero o en el segundo párrafo del artículo 515 – 7.

Cuando la iniciativa de romper el pacto es tomada por el otro socio, la notificación directa referida en los párrafos segundo y tercero del mismo artículo citado debe ser dirigida al tutor.

Artículo 3

El título XII del Libro Primero del Código Civil ha sido completado por un Capítulo II redactado de la siguiente manera:

Capítulo II Del concubinato

Art. 515 – 8. El concubinato es una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas de diferente o del mismo sexo, que viven en pareja.

Artículo 4

I. El inciso 1 del artículo 6 del Código General de Impuestos fue completado por un párrafo redactado de la siguiente manera:

Los socios vinculados por un pacto civil de solidaridad definido en el artículo 515 – 1 del Código Civil son objeto, en cuanto a los ingresos aludidos en el primer párrafo, de un impuesto común que debe calcularse sobre el impuesto de los ingresos anuales del tercer aniversario de la inscripción del pacto. El impuesto debe ser establecido a nombre de ambos, separado por la palabra “o”.

II. A continuación del artículo 6 del Código General de Impuestos, se agregó un inciso 7 redactado de la siguiente manera:

7. Cada uno de los socios relacionados por un pacto civil de solidaridad es contribuyente en forma personal por los ingresos de los que ha dispuesto el año en curso

durante el cual el pacto ha terminado en las condiciones previstas en el artículo 515 – 7 del Código Civil.

Cuando los dos socios obligados por un pacto civil de solidaridad y sujetos a un impuesto común contraen matrimonio, las disposiciones del inciso 5 no son aplicables.

En caso de deceso de uno de los socios obligados por un pacto civil de solidaridad y sujetos a un impuesto común, el sobreviviente es contribuyente en forma personal por el periodo posterior al deceso.

III. Las normas de imposición y asiento, además de las mencionadas en el último párrafo de los incisos 1 a 7 del artículo 6 del Código General de Impuestos, las normas de liquidación y de pago del impuesto sobre las ganancias y de los impuestos directos locales, como así también aquellas concernientes a la suscripción de las declaraciones y el control de los mismos impuestos previstos por el Código General de Impuestos y el libro de procedimientos fiscales para los contribuyentes mencionados en el segundo párrafo del inciso 1 del artículo 6 del Código General de Impuestos se aplican a los socios obligados por un pacto civil de solidaridad que son objeto de un impuesto común.

Artículo 5

I. Se agregó en el Código General de Impuestos, un artículo 777 bis redactado de la siguiente manera:

Art. 777 bis. La parte neta impositiva que beneficia al socio vinculado al donante o al testador por un pacto civil de solidaridad definido en el Art. 515 – 1 del Código Civil está sujeta a una tasa del 40% para la fracción que no exceda de 100.000 F y a una tasa del 50% para el excedente.

Estas tasas únicamente se aplican a las donaciones si, a la fecha del hecho generador de los derechos, los socios están relacionados por un pacto civil de solidaridad con una anterioridad de al menos dos años.

II. En el Art. 780 del Código General de Impuestos, las palabras “artículo 777” fueron reemplazadas por las palabras “artículo 777, 777 bis”.

III. Para la percepción de los derechos de transmisión a título gratuito, se efectuó una exoneración de 300.000 F sobre la parte del socio obligado al donante o al testador por un pacto civil de solidaridad definido en el artículo 515 – 1 del Código Civil. Para las transmisiones a título gratuito entre vivos otorgadas por actos celebrados a calcularse desde el 1° de enero de 2000 y para las sucesiones abiertas a calcularse desde esa fecha, el monto de la exoneración es de 375.000 F.

Esta exoneración sólo se aplica a las donaciones si, a la fecha del hecho generados de los derechos, los socios están vinculados por un pacto civil de solidaridad con una anterioridad de al menos dos años.

Artículo 6

I. A continuación del cuarto párrafo del artículo 855 del Código General de Impuestos, se agregó un párrafo redactado de la siguiente manera:

Los socios comprometidos por un pacto civil de solidaridad definido por el artículo 515 -1 del Código Civil constituyen el objeto de un impuesto común.

II. Al punto II de artículo 885 del Código General de Impuestos, luego de las palabras “los esposos” se insertarán las palabras “y los socios comprometidos por un pacto civil de solidaridad definido por el artículo 515 – 1 del Código Civil”.

III. En el artículo 1723 ter del Código General de Impuestos, a continuación de las palabras “los esposos” se insertarán las palabras “y los socios comprometidos por un pacto civil de solidaridad definido por el artículo 515 – 1 del Código Civil”.

Artículo 7

El primer párrafo del artículo L. 161 – 14 del Código de Seguridad Social fue completado por una frase redactada de la siguiente manera:

De igual modo ocurre en el caso de una persona sujeta a un seguro social en virtud de un pacto civil de solidaridad cuando no puede beneficiarse de la calidad de asegurado social en base a otro título.

Artículo 8

Las disposiciones de los artículos L. 223 – 7, L. 226 – 1, inciso cuarto y L. 784 – 1 del Código del trabajo son aplicables a los socios obligados por un pacto civil de solidaridad.

Artículo 9

El último párrafo del artículo L. 361 – 4 del Código de Seguridad Social fue redactado del siguiente modo:

Si ninguna prioridad es invocada dentro de un plazo determinado, el capital debe ser atribuido al cónyuge superviviente no separado de derecho o de hecho, al socio con el cual el difunto se había comprometido por un pacto civil de solidaridad o, en su defecto, a los descendientes y, en el supuesto de que el “de cujus” no deje ni cónyuge sobreviviente, ni socio de un pacto civil de solidaridad, ni descendientes, a los ascendientes.

Artículo 10

El segundo inciso del artículo L. 352 – 2 del Código de Seguridad Social ha sido redactado de la siguiente forma:

Cuando el padre o madre titular del derecho al subsidio de sostén familiar contrae matrimonio, celebra un pacto civil de solidaridad o vive en concubinato, cesa el deber de esta prestación.

Artículo 11

El segundo inciso (1º) del artículo L. 356 – 3 del Código de Seguridad Social ha sido redactado de la forma siguiente:

1º Vuelve a casarse, celebra un pacto civil de solidaridad o vive en concubinato.

Artículo 12

La celebración de un pacto civil de solidaridad constituye uno de los elementos de apreciación de los vínculos personales en Francia, en el seno del inciso 7 del artículo 12 bis de la disposición N° 45-2658 del 2 de noviembre de 1945 relativa a las condiciones

de entrada y permanencia de extranjeros en Francia, para la obtención de un derecho de permanencia.

Artículo 13

I. En la segunda frase del cuarto inciso del artículo 60 de la ley 84-16 del 11 de enero de 1984 que establece disposiciones estatutarias relativas a la función pública del Estado, a continuación de las palabras “razones profesionales”, se incorporaron las palabras: “a los funcionarios separados por razones profesionales del socio con el cual están comprometidos por un pacto civil de solidaridad”

II. En el artículo 62 de la ley 84-16 del 11 de enero de 1984 precitada, a continuación de las palabras “razones profesionales”, se incorporaron las palabras: “a los funcionarios separados por razones profesionales del socio con el cual están comprometidos por un pacto civil de solidaridad”

III. En los párrafos primero y segundo del artículo 54 de la ley 84-53 del 26 de enero de 1984 que establece disposiciones estatutarias relativas a la función pública territorial, a continuación de las palabras “razones profesionales”, se incorporaron las palabras: “a los funcionarios separados por razones profesionales del socio con el cual están comprometidos por un pacto civil de solidaridad”

IV. En el artículo 38 de la ley 86-33 del 9 de enero de 1986 que establece disposiciones estatutarias relativas a la función pública hospitalaria, a continuación de las palabras “razones profesionales”, se incorporaron las palabras: “a los funcionarios separados por razones profesionales del socio con el cual están comprometidos por un pacto civil de solidaridad”

Artículo 14

I. Luego del inciso tercero del artículo 14 de la ley 89-462 del 6 de julio de 1969 tendiente a mejorar las relaciones locativas y que comporta la modificación de la ley 86-1290 del 23 de diciembre de 1986, se incorporó un inciso redactado de la siguiente manera:

- en beneficio del socio obligado al locatario por un pacto civil de solidaridad;

II. Luego del séptimo inciso del mismo artículo 14, se incorporó un inciso redactado de la siguiente manera:

- al socio obligado al locatario por un pacto civil de solidaridad;

III. En la segunda frase del primer párrafo del inciso 1 del artículo 15 de la misma ley, a continuación de las palabras: “locador, su cónyuge”, la palabra “O” fue reemplazada por las palabras: “de su socio o de su”.

IV. En la segunda frase del primer párrafo del inciso 1 del artículo 15 de la misma ley, a continuación de las palabras: “los de su cónyuge”, la palabra “o” fue reemplazada por las palabras: “de su socio o de su”.

Artículo 15

Los requisitos para la aplicación de la presente ley son establecidos por decretos dictados en consejo de Estado.

El decreto relativo a las condiciones dentro de las cuales son tratadas y conservadas las informaciones relativas a la información, modificación y disolución del pacto civil de solidaridad fue efectuado previo dictamen de la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades.

Librado en sesión pública, Paris, el 13 de octubre de 1999.

El presidente,

Firmado: Laurent Fabius.

Anexo 3

Fotos del Gaypride 2006 celebrado en Guayaquil













Anexo 4**Encuesta digital realizada a través de la página www.lagentegay.com y resultados**

1. Usted se define como:
 - a. Heterosexual
 - b. Homosexual
 - c. Bisexual
 - d. Lesbiana
 - e. Travesti
 - f. Transexual

2. Sabía Usted que en Ecuador existen normas constitucionales que aseguran la igualdad ante la ley y NO discriminación por orientación sexual?
 - a. Si
 - b. No

3. En su vida personal ha sufrido de algún tipo de discrimen por razón de su orientación sexual?
 - a. Si
 - b. No

4. Le interesaría a Usted que se legalicen las Uniones Homoafectivas en el país?
 - a. Si
 - b. No

5. Si Usted mantiene una relación homoafectiva la formalizaría mediante el matrimonio o la Unión Libre?
 - a. Si
 - b. No

6. Cree Usted que es posible, justa o necesaria la adopción por parte de parejas GLBTT? (Gay, lesbianas, bisexuales, travestis o transexual)
 - a. Si
 - b. No

7. Cree Usted que es posible, justo o necesario que las personas GLBTT puedan formar sociedades de bienes para proteger sus intereses de pareja?
 - a. Si
 - b. No

8. Cree Usted que es posible, justo o necesario que las personas GLBTT hereden parte de los bienes de su pareja cuando estos han vivido algún tiempo juntos?
 - a. Si
 - b. No







