



FACULTAD DE DERECHO

“PAREJAS DEL MISMO SEXO SUS DERECHOS EN MATERIA DE  
SEGURIDAD SOCIAL, EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE APLICACIÓN  
DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos para optar al  
título de Abogado de los tribunales y juzgados de la República.

Profesora guía

Ab. María Paula Romo

Autora

María Gabriela León Guajardo

Año

2013

## DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondientes”

---

María Paula Romo Rodríguez

Abogada de los tribunales y juzgados de la República

C.I. No. 1103391064

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que he citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

---

María Gabriela León Guajardo  
C.I. /Pasaporte No. 130203906

## **AGRADECIMIENTOS**

Quiero agradecer a todos quienes hicieron posible que este trabajo se desarrollara en los tiempos y de la manera en que fue planificado, especialmente a mi profesora guía, abogada María Paula Romo por sus invaluable conocimientos, su orientación y comprensión del tema para guiarme de una manera certera y por ser una maravillosa ser humana.

A mi compañera de vida Rosita, sin cuyo amor, apoyo y paciencia incondicionales no habría sido posible escribir ninguna línea de este trabajo.

A mis padres quienes han sido fuente de inspiración de todos mis esfuerzos en el ámbito académico y en todo mí andar por la vida. Así como a mis hermanos amados, Xime, Marian y Nacho.

A mis amigas y amigos tanto en Ecuador como en Chile, sin cuyo apoyo y profundo amor no habría conseguido llegar a esta anhelada meta, en especial a Thomas, mi hermano del alma.

## **DEDICATORIA**

A todas y todos quienes inspirados en la dignidad humana libran y han librado la dura lucha por los derechos de las personas LGBTI.

## RESUMEN

Dentro del cambio de paradigma que plantea la Constitución del 2008 se encuentra el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a conformar familias a partir de vínculos de hecho. Este reconocimiento sumado a principios constitucionales como el de igualdad material y aplicación directa de la Constitución, entre otros, ha generado una serie de efectos jurídicos que dicen relación principalmente con los derechos que estas uniones generan. Partiremos este estudio desarrollando nociones generales y referencias históricas sobre las personas LGBTI y sus derechos, así como acerca de la familia y la seguridad social. Luego analizaremos el marco constitucional relativo a este nuevo paradigma constitucional en relación con la problemática que enfrentan las parejas del mismo sexo a la hora de ejercer sus derechos en materia de seguridad y específicamente en el acceso a la prestación del montepío y extensión de cobertura médica para convivientes. Y finalmente nos adentraremos en los lineamientos de solución de la problemática presentada desde la perspectiva de la función transformadora del Derecho.

## **ABSTRACT**

Within the paradigm shift that raises the constitution of 2008 there is the recognition of the rights of the same-sex couple to shape families from ties in fact.

This recognition joined to constitutional principles like material equality and direct application of the constitution, among others, has generated a series of legal effects that has dealing mainly with the rights that these unions generate.

We will start this study developing general concepts and historical references about people (LGBTI) and their rights as well as about the family and the social security. Then we will analyze the constitutional framework concerning this new constitutional paradigm in relation to the problem faced by same-sex couples at the time of exercise their rights to safety and specifically in the access to the health services and the fund.

Finally we will penetrate into the guideline for solution of the problems presented from the perspective of the transformative role of the law.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPITULO I.....	3
NOCIONES GENERALES ACERCA DE LAS PERSONAS LGBTI, FAMILIA Y SEGURIDAD SOCIAL .....	3
1.1. Definición de términos.....	4
1.1.1. Diversidad sexual.....	4
1.1.2. Orientación Sexual.....	5
1.1.3. LGBTI .....	5
1.1.4. Homosexualidad .....	5
1.1.5. Bisexualidad .....	5
1.1.6. Transgenerismo o trans .....	6
1.1.7. Intersexualidad.....	6
1.1.8. Discriminación.....	6
1.1.9. Derechos humanos.....	7
1.2. La orientación sexual como derecho. Tratamiento de la homosexualidad y el lesbianismo en distintos momentos de la historia.....	8
1.2.1. La orientación sexual como derecho .....	8
1.2.2. Tratamiento de la homosexualidad y el lesbianismo en distintos momentos de la historia .....	9
1.2.2.1. Pueblos antiguos .....	9
1.2.2.1.1. Mesopotamia: Sumerios, Babilonios, Asirios y Persas.....	9
1.2.3. Grecia .....	10
1.2.4. Roma .....	12
1.2.5. Edad Media.....	13
1.2.6. Edad Moderna .....	14
1.2.7. Edad Contemporánea.....	15
1.3. Familia y Seguridad Social .....	18
1.3.1. Familia .....	18
1.3.1.1. Concepto .....	18
1.3.1.2. Evolución histórica.....	19
1.3.1.2.1. Pueblos antiguos, Mesopotamia: Sumerios, Babilonios, Asirios y Persas. ....	19
1.3.2.1.2. Grecia.....	19
1.3.2.1.3. Roma.....	20
1.3.2.1.4. Edad Media .....	20

1.3.2.1.5. Edad Moderna.....	20
1.3.2.1.6. Edad Contemporánea .....	20
1.3.1.3. Evolución del concepto familia y los diversos tipos de familias .	21
1.3.1.4. La familia como derecho.....	22
1.3.2. Seguridad Social.....	23
1.3.2.1. Concepto .....	23
1.3.2.2. Concepto de contingencia .....	23
1.3.2.2.1. Clasificación de las contingencias.....	24
1.3.2.3. Sujetos protegidos.....	25
1.3.3. El derecho a la seguridad social .....	25
1.3.3.1. Contenido del derecho a la Seguridad Social.....	26
1.3.3.2. Elementos del derecho a la seguridad social .....	26
1.3.3.3. Obligaciones del Estado en torno al derecho a la seguridad social.....	28
1.3.4. Régimen de seguro de salud y de pensiones del IESS. ....	29
1.3.4.1. IESS .....	29
1.3.4.2. Direcciones especializadas del IESS.....	29
1.3.4.3. Seguro de salud individual y familiar. ....	30
1.3.4.4. Contingencias de Enfermedad y Maternidad.....	31
1.3.4.5. Definiciones de afiliado, asegurado y beneficiario con derecho.	32
1.3.4.6. Seguro de pensiones.....	32
1.3.4.7. Montepío.....	33
<b>CAPITULO II .....</b>	<b>35</b>
<b>MARCO CONSTITUCIONAL,LEGAL,JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO, UNA PERSPECTIVA GENERAL Y LA PROBLEMÁTICA DEL ACCESO A LA EXTENSIÓN DE COBERTURA DE SALUD DEL IESS Y AL MONTEPÍO EN PARTICULAR .....</b>	<b>35</b>
2.1. Marco constitucional y legal.....	35
2.1.1. Estado constitucional de derechos y justicia.....	35
2.1.1.1. El Estado constitucional.....	35
2.1.1.2. El Estado constitucional de derechos. ....	37
2.1.1.3. Estado constitucional de justicia.....	38
2.1.1.4. El rol de los funcionarios públicos en el Estado constitucional de derechos y justicia.....	39
2.1.2. Principios Constitucionales de aplicación de derechos.....	42
2.1.2.1. Igualdad formal, igualdad material y no discriminación .....	43

2.1.2.1.1. Derecho a la igualdad y no discriminación. ....	45
2.1.2.2. Principio de aplicación directa de la Constitución .....	47
2.1.2.3. Principios de no regresividad y carácter progresivo de los derechos. ....	48
2.1.2.4. Principio de interpretación pro persona. ....	52
2.1.3. Normas constitucionales y legales acerca de la seguridad social ..	54
2.1.3.1. Normas Constitucionales.....	54
2.1.3.2. Normas legales.....	55
2.2. Jurisprudencia ilustrativa sobre aplicación de derechos.....	58
2.2.1. Primer caso. (Jurisprudencia Tercera Sala de lo Penal Corte Provincial de Pichincha. 2010-0878 Acción de protección Alcántara & Gómez v/s Registro Civil, Identificación y Cedulación, 2010) .....	59
2.2.2. Segundo caso. (Jurisprudencia Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas. 2012-0896 Acción de Protección Pillasagua v/s Consejo de Gobierno del Régimen especial de Galápagos, 2012).....	64
2.3. La problemática en el ejercicio del derecho a extensión de cobertura de salud para el conviviente con derecho del mismo sexo. ....	69
2.4. La problemática en el ejercicio del derecho a la prestación del montepío por parte de parejas del mismo sexo .....	72
2.4.1. El caso de Janeth Peña y Thalía Álvarez .....	72
<b>CAPITULO III</b> .....	<b>79</b>
<b>LINEAMIENTOS DE SOLUCIÓN JURÍDICA: EL ACCESO A LA EXTENSIÓN DE COBERTURA DE SALUD Y AL MONTEPÍO EN PAREJAS DEL MISMO SEXO. DE LA CONSTITUCIÓN AL EJERCICIO DE DERECHOS.....</b>	<b>79</b>
3.1. Transición del Estado de Derecho al Estado de derechos ....	80
3.1.1. El derecho y su función transformadora .....	82
3.1.2. Las políticas públicas.....	83
3.1.3. Lineamientos para una política pública de inclusión sexo genérica por parte del IESS .....	84
3.1.4. La resolución administrativa como parte de la política pública del IESS. ....	86
3.1.4.1. Concepto .....	86
3.1.4.2. Características.....	86

3.2. Política Pública de inclusión sexo genérica del IESS, ¿Acción afirmativa o cumplimiento del reconocimiento constitucional de las parejas del mismo sexo? .....	87
3.2.1. Concepto de acción afirmativa .....	88
3.2.2. Solución jurídica: Aplicación de efectos del reconocimiento constitucional de las parejas del mismo sexo, no acción afirmativa.	88
3.3. Resolución del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Normas para el trato igualitario en los trámites de extensión de cobertura de salud, de montepío y en el sistema informático general del IESS.....	90
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	98
REFERENCIAS.....	99
ANEXOS.....	104

## INTRODUCCIÓN

El orden constitucional establecido a partir del 2008 plantea una nueva forma de Estado, el llamado Estado constitucional de derechos y justicia. Este modelo estatal tiene como eje principal el sometimiento estricto de toda la actividad pública y privada a la Constitución y especialmente a los derechos que ella consagra, es decir, el texto constitucional se vuelve una herramienta de aplicación inmediata en favor de estos y de las garantías en él establecidos. Dentro de este nuevo orden son reconocidas por primera vez las familias conformadas por vínculos de hecho de personas del mismo sexo, las cuales gozan de iguales derechos que aquellos que tienen las familias constituidas por matrimonio. Este reconocimiento dice estricta relación con el contenido axiológico de nuestra carta magna que consagra, entre otros, el principio de igualdad, pero esta vez lo hace trascendiendo la esfera declarativa o formal hacia el establecimiento de una igualdad material. Y es en esa dinámica que debe entenderse el reconocimiento de las uniones de hecho de personas del mismo sexo y los efectos jurídicos que ellas generan, por ende, la igualdad de derechos para estas parejas viene dado de una doble manera en la norma constitucional, por una parte y de manera general como un principio y por otra como el reconocimiento expreso de estas uniones. Cuestión que en principio supone la posibilidad de un goce pleno de derechos como simple expresión de ese mandato de igualdad. Mas la novedad que implican estos cambios para la institucionalidad del Estado y para sus funcionarios, junto con las dificultades reales que estas parejas han enfrentado a la hora de ejercer esos derechos (de las cuales hemos sido testigos directos), plantean una serie de interrogantes acerca del alcance real de este orden constitucional a propósito del ejercicio de esos derechos. Pues vemos como señala Herrera que la antítesis de la igualdad, es decir, la discriminación puede surgir aun dentro de un marco jurídico-formal igualitario, como lo es nuestro marco constitucional. De modo que el Derecho constituye únicamente un punto de partida formal contaminado por un sistema de valores que sigue imponiendo una visión heteronormativa y patriarcal del Derecho (Herrera, 2002, p. 43). Surge, entonces, una interrogante central para nuestro estudio, ¿Están siendo discriminadas las parejas del

mismo sexo a la hora de ejercer derechos, en este caso los relativos a la seguridad social, en virtud de este sistema de valores predominante? Para responder a esta interrogante abordaremos nuestro estudio utilizando como categorías analíticas derechos y principios. Dentro de la categoría de derechos están la orientación sexual, la familia y la seguridad social. Dentro de la categoría de principios están, el de aplicación directa de la Constitución, el de carácter progresivo y no regresividad de los derechos, el principio pro persona. Y por último utilizaremos la igualdad y no discriminación tanto en su vertiente axiológica como de derecho. En primer lugar realizaremos un análisis acerca de este nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, de la función que cumplen los principios constitucionales como mandatos de optimización y del rol que cumplen los servidores públicos dentro del mismo. Para exponer luego un caso emblemático como ha sido el de Janeth Peña, la primera persona en recibir una pensión de viudez (montepío) por la muerte de su pareja del mismo sexo, así como el caso de la autora de esta tesis y su pareja que a la fecha no han logrado la extensión de cobertura de salud, ambos casos que ilustran y esclarecen la naturaleza de las dificultades objeto de nuestra investigación y nos permiten al final de éste entregar los lineamientos para una solución jurídica de las mismas, de manera que esta solución sirva de nexo entre la realidad socio jurídica y la función transformadora del Derecho que supone el reconocimiento de las parejas del mismo sexo y sus derechos dentro de este nuevo modelo constitucional de Estado.

## CAPITULO I

### **NOCIONES GENERALES ACERCA DE LAS PERSONAS LGBTI, FAMILIA Y SEGURIDAD SOCIAL.**

#### **Consideraciones Previas**

La actual constitución del Ecuador ha incorporado el llamado cambio de paradigma desde el antiguo Estado de derecho, al actual Estado de derechos y justicia. Este gran salto cualitativo ha introducido de una manera global, una nueva perspectiva de cómo debe entenderse la institucionalidad del Estado, desde la prelación de las fuentes del Derecho, hasta el reconocimiento y alcance de derechos individuales y colectivos, en relación con los principios y garantías que les resguardan. Dentro de este esquema constitucional que tiene a la persona individual o colectivamente considerada como eje del Estado, encontramos como nunca antes el reconocimiento expreso de derechos a las personas LGBTI, derechos como la identidad de género y el reconocimiento de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo.

Y si bien este giro de paradigma constitucional establece una pauta de cambios a nivel jurídico e institucional y también a nivel social, no es menos cierto que aún siguen pendientes por parte del Estado la adopción de medidas que permitan el ejercicio pleno de esos derechos. Medidas que impliquen el desarrollo de una nueva visión hacia la práctica cierta de la no discriminación como eje transversal de todas las relaciones sociales, que a su vez permita la realización de la igualdad material. Partiendo de la base que la discriminación en general, y a las personas LGBTI en particular, parte del prejuicio y que como todo prejuicio tiene su antecedente directo en el desconocimiento. Consideramos importante comenzar nuestro estudio, haciendo referencia a conceptos básicos en un afán didáctico, que permita en futuras consultas una mejor comprensión de éste desde su inicio. Es por ello que partiremos desarrollando nociones generales de las personas LGBTI, para luego en el

grueso de nuestro análisis central, abordar los derechos a la orientación sexual, a la familia y el derecho a la seguridad social y específicamente a las prestaciones de extensión de cobertura de salud para él o la conviviente con derecho y montepío por parte del seguro social en el caso de las parejas del mismo sexo, desde la perspectiva de los obstáculos que en ello han encontrado y que afecta a su ejercicio de una ciudadanía plena.

## **Introducción**

Dentro de las luchas reivindicatorias de derechos seguramente una de las que más fuerza ha cobrado desde finales del siglo pasado es la lucha por los derechos de las personas LGBTI. Esta lucha ha supuesto lo que Espín denomina la caída del tabú homosexual (Espín, 2008. En Martín, 2008, p. 13), caída que, por cierto, no ha alcanzado los mismos ribetes reivindicatorios alrededor del mundo, pero que ha significado, al menos en nuestro sistema jurídico, una serie de transformaciones que van desde la despenalización de la homosexualidad al reconocimiento de las familias en sus diversos tipos.

El presente capítulo tiene como objetivo trazar nociones generales acerca de las personas LGBTI, la orientación sexual, la familia y la seguridad social, desde un punto de vista, histórico, social y jurídico, como puerta de entrada a nuestro estudio, que nos permitirán luego, entender de mejor manera la problemática acerca de la discriminación en contra de parejas del mismo sexo en su acceso a la seguridad social.

### **1.1. Definición de términos**

#### **1.1.1. Diversidad sexual**

La diversidad sexual reconoce la existencia de una variedad de modelos de vida en la sociedad y de una diversidad de expresiones eróticas y/o sexuales entre las personas. Este reconocimiento rechaza la creencia de que existe un modelo único de vida, que generalmente se intenta imponer de manera autoritaria, excluyente y discriminatoria, argumentando que ese modelo es mejor y/o superior que los otros. (FEDAEPS 2002, p. 14)

### **1.1.2. Orientación Sexual**

Es la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. En el derecho comparado se ha entendido que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, para lo cual se han utilizado distintos criterios, que incluye la inmutabilidad de ésta entendiéndola por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad. (CIDH, 2012)

### **1.1.3. LGBTI**

Siglas que corresponden colectivamente a lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales respectivamente. Su uso está referido a la diversidad cultural respecto de la sexualidad y la identidad de género o en su matiz excluyente para referirse a todo aquel que no es heterosexual. (Hernández, 2013)

### **1.1.4. Homosexualidad**

Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Se observa una tendencia en el movimiento LGTBI a reivindicar el uso y referencia a los términos *lesbiana* (para hacer referencia a la homosexualidad femenina) y *gay* o *gai* (para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina). (CIDH, 2012)

### **1.1.5. Bisexualidad**

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al

suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. (CIDH, 2012)

#### **1.1.6. Transgenerismo o trans**

Este término paragua –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones- es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. (CIDH, 2012)

#### **1.1.7. Intersexualidad**

Todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente. (CIDH, 2012). El término intersexual ha venido a remplazar al antiguo término hermafrodita, por resultar poco preciso y confuso, pues éste resulta idóneo para identificar a determinadas características comunes relativas a plantas y animales y por lo tanto, no aplicable a los seres humanos.

#### **1.1.8. Discriminación**

Cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, color, etnia, sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social que tiene por objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en un mismo plano (en igualdad de condiciones) de derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito político, económico, social, cultural o en cualquier otro ámbito de la vida pública y privada. (CIDH, 2012)

Adentrándonos al contenido y materialización de esta definición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito del principio de igualdad y no discriminación se ha pronunciado diciendo que, los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, **acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares** (énfasis añadido). (CorteIDH, 2005)

De este modo el Estado ecuatoriano inserto dentro de sistema internacional de derechos humanos y por mandato constitucional debe cumplir con obligaciones negativas y positivas, las primeras dirigidas a la abstención por parte del Estado de cualquier acción dirigida a crear situaciones discriminatorias. Y por otro lado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para poner fin a situaciones discriminatorias. En el ámbito interno el Estado cuenta con esferas como la constitucional, administrativa y penal para la implementación tanto de legislación como políticas públicas que cumplan los mismos roles.

#### **1.1.9. Derechos humanos**

Los derechos humanos son condiciones de la vida social sin los cuales ningún hombre puede perfeccionar y afirmar su personalidad.

Consustanciales al hombre y anteriores al Estado, a éste corresponde su reconocimiento y garantizar su efectividad. La educación es uno de los derechos fundamentales del hombre. (Melgar, 1994, p. 114)

## **1.2. La orientación sexual como derecho. Tratamiento de la homosexualidad y el lesbianismo en distintos momentos de la historia.**

“El sentido de la finalidad de la sexualidad en un momento dado determina que comportamientos sexuales son naturales o antinaturales, decorosos e indecorosos y cuáles de ellos deben ser especialmente prohibidos o permitidos [...]

Para fijar la valoración de la homosexualidad en cuanto natural o antinatural en un estadio concreto de la humanidad, se acude al entendimiento, por lo general científico, de tal fenómeno; esto significa que el conjunto de las ciencias, al dar su dictamen sobre la homosexualidad, modifica la percepción moral que se tenía al respecto, y genera la existencia de una congruencia entre lo que la ciencia entendía como natural y la valoración de una particular conducta como deseable o indeseable, justa o injusta”. (Restrepo, C., Sánchez, S., Tamayo, C., 2010, p. 31)

### **1.2.1. La orientación sexual como derecho**

Nuestra Constitución dentro de su catálogo de derechos de libertad de las personas, consagra en el artículo 66 numeral 9 el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida y orientación sexual. Asimismo reconoce en el numeral 5 del mismo artículo el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En palabras de María Martín, la orientación sexual constituye uno de los rasgos caracterizadores de la personalidad del ser humano, al igual que el intelecto, la bondad, el odio, la sexualidad, entre otros. (Martín Sánchez, 2008, p. 20). En este mismo sentido la Corte IDH ha expresado en el caso ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE que, la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones (Corte Interamericana de

Derechos Humanos, 2012). De este modo debe entenderse como lo explica nuestra autora Martín que, el ser humano es una unidad en la que no pueden aislarse unos rasgos de otros y que cada uno por sí mismo son definitorios de la personalidad y debe desarrollarse con el resto para alcanzar ese estatus especial de la persona que conocemos como dignidad (Martín, 2008, p. 20)

En lo referente a la protección de la orientación sexual se ha pronunciado la Corte IDH en el caso antes citado señalando que, la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos. Y agrega que, por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012)

En definitiva el derecho a la orientación sexual es un derecho que permite a la persona su desarrollo como tal bajo sus propias convicciones y al modelo de vida que mejor refleja su integridad como ser humano. Por otra parte es un derecho que esta interrelacionado con la dignidad humana, así como con otros derechos como lo son el de libertad en su concepto amplio como en su vertiente de libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la no discriminación, a la vida privada, entre otros. Es por ello que nuestra Constitución en su artículo 11 número 2 recoge expresamente a la orientación sexual como una de las condiciones respecto de las cuales el ser humano no puede ser objeto de discriminación.

## **1.2.2. Tratamiento de la homosexualidad y el lesbianismo en distintos momentos de la historia**

### **1.2.2.1. Pueblos antiguos**

#### **1.2.2.1.1. Mesopotamia: Sumerios, Babilonios, Asirios y Persas.**

Tanto para sumerios como babilonios la sexualidad poseía un carácter sagrado en cuanto sus dioses eran contactados a través de ritos orgiásticos y sacrificios tanto humanos como animales; en ellos lo importante era el placer para llegar

al éxtasis sexual por lo cual el sexo no estaba únicamente destinado a la procreación, aunque también cumplía esa función, por lo tanto, en su cosmovisión no existían razones para castigar la homosexualidad como antinatural, lo cual se vio reflejado en la ausencia de normativa positiva sancionatoria a esta tendencia del impulso sexual. (Restrepo, C. et al., 2010, pp. 33,34)

Del imperio asirio no se conoce regulación al respecto, pero teniendo en cuenta que este fue un pueblo guerrero y patriarcal, es muy probable que la posición frente a la homosexualidad no fuera tan laxa respecto a las prácticas homosexuales como en el caso de sumerios y babilonios. Esta misma situación se puede observar respecto del pueblo persa. Al respecto Mary Renault en su obra "El muchacho persa" narra la vida de un eunuco (hombre poco viril, afeminado) persa llamado Bagoas uno de los preferidos de Darío, rey de los persas, quien a la conquista del imperio persa por los macedonios, se enamora perdidamente de Alejandro Magno y sostienen una relación amorosa hasta la muerte del conquistador. Sin embargo en el Avesta (Código Legal) se prohibía la sodomía, se le tipificaba como delito, pero siempre y cuando se tratara de una práctica entre hombres de un mismo rango social. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 39)

Por su parte el lesbianismo obedecía más a lo sensual, a las artes, a la poesía, a los dioses, más que al orden jurídico. Se sabe que sumerios y babilonios conocían la sexualidad lésbica pues en los ritos orgiásticos de comunicación con los dioses, algunos de éstos eran exclusivamente femeninos. En cuanto a persas y asirios no hay registros acerca del lesbianismo, cabe anotar que ya en estas civilizaciones, el patriarcado y la idea del hombre como superior física e intelectualmente a la mujer se habían instaurado. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 67)

### **1.2.3. Grecia**

Grecia estaba organizada como una reunión de Ciudades-Estado, y en relación al tema de la homosexualidad, no se encontró, en ninguna de dichas ciudades-

estado, norma escrita y expresa que prohibiera las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo; se hace referencia más bien a una serie de usos o convencionalismos sociales que no representaban la mentalidad de todos los Estados griegos ante el tema. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 40)

En Atenas, Esparta, Beocia y Tebas le era entregado un joven a un hombre mayor para su adiestramiento en las armas y en el pensamiento; era esta la institución de la pederastería, la mayor forma de homosexualidad existente en Grecia, la cual era aceptada sin reparos por los fines educativos que ella poseía. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 41). A propósito de la pederastería, vale hacer la diferenciación entre los conceptos de pederastería y pedofilia, con el fin de comprender que esta institución en su contexto histórico y cultural no correspondía a lo que hoy se identifica con la figura penal de la pedofilia. En relación a esto, Flacelière nos aclara que, pederastería deriva de la voz griega Paidós (niño, muchacho) y Erastes (amante, pretendiente) y hace referencia al interés romántico y erótico de un hombre adulto por un muchacho (Flacelière, 1962. En Herrero, 2001, p. 110). Por su parte, pedofilia hace referencia al interés sexual por niños pre púberes y de ella no existe rastro alguno de que haya sido cultivada en ninguna cultura (Herrero, 2001, p. 110). La institución de la pederastería tenía, como se ha dicho, fines educativos y debe ser entendida dentro de su contexto histórico, uno en el cual la expectativa de vida de las personas no superaba los 30 años, por lo tanto, la iniciación de hombres y mujeres a la vida adulta comenzaba a una edad mucho más temprana que hoy, transcurridos más de dos mil años de historia.

En cuanto al lesbianismo, en Grecia se puede hablar de tres focos del mismo: Atenas en los gineceos (habitaciones reservadas para mujeres), Esparta en los claustros para niñas y, por supuesto, en la isla de Lesbos de donde proviene el término lesbianismo. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 67)

En Atenas la sexualidad era abierta en términos generales; por ello se puede suponer a existencia del placer sexual entre mujeres, para lo cual es propicio el gineceo. Al respecto Will Durant señala que entre las cortesanas eran comunes

las peleas de celos por el amor de otra mujer. (Durant, 1945. En Restrepo et al., p.68).

Respecto de Esparta, teniendo en consideración que ésta fue una sociedad donde tanto hombres como mujeres vivían aislados y reclusos, es posible pensar en el favorecimiento de las relaciones homosexuales masculinas y femeninas.

En Lesbos, por su parte, el matriarcado familiar era la regla, toda la información que da cuenta de sus tradiciones viene dada de la poesía lírica y los relatos de los poetas épicos, en especial de Safo su más grande poeta de cuya obra puede notarse que utiliza una serie de simbolismos ya sea para no revelar secretos de la sexualidad femenina ya que hacía parte de una subcultura que poseía secretos que no podían ser revelados dado su carácter ritual por tratarse de rituales mágicos, o ya sea para no ser acusada de obscena o inmoral al abordar las relaciones amorosas entre mujeres. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 69)

#### **1.2.4. Roma**

En cuanto a la homosexualidad, la costumbre e incluso la ley romana estaban determinadas por el concepto de falo, de suerte que la sociedad romana era una sociedad machista, en donde primaban la fuerza, el poder, la virilidad y la importancia de mantener una ciudad fuerte desde todo punto de vista, en el cual el ciudadano romano gozaba de un nivel superior que muchos no tenían. La mujer estaba al servicio del hombre, esperaba su deseo y gozaba de él. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 44)

El ciudadano romano practicaba el placer sexual con otras mujeres, aunque ya hubiese adquirido el vínculo matrimonial y con otros hombres, los cuales no podían ser ciudadanos romanos, es decir, sólo con un esclavo o un liberto y siempre y cuando no renunciara a la función viril y no se dejara someter al deseo de otro hombre. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 45)

Respecto del lesbianismo no se conoce regulación positiva de éste en Roma, pero se sabe que existía y que su práctica se daba entre las patricias y las plebeyas en el marco de banquetes y en sitios destinados a la realización del sexo oral por un cierto grupo de esclavas a las patricias. (Restrepo et al., 2010, p. 69)

### **1.2.5. Edad Media**

En esta época la aplicación de la ley venía dada por la preeminencia de las leyes de Dios sobre las leyes del hombre en virtud de que el poder del emperador derivaba de Dios a través del papa. La doctrina del derecho natural funcionó como superestructura ideológica de esta sociedad feudal. En esta época todo lo diverso o extraño al cristianismo fue considerado herejía la cual era vista como una oposición al dogma dominante, existía en la práctica una indistinción entre la noción de delito y pecado, todo delito era pecado y todo pecado era delito, desobedecer a la ley, entonces, ponía al delincuente en el mismo plano que al hereje; así existían los llamados “delitos contra natura” los cuales eran perseguidos por la agresión al orden natural y divino de la procreación. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 55)

En cuanto a las relaciones entre personas del mismo sexo, a estas se las denominaba sodomía. Según la visión cristiana medieval las prácticas sexuales se traducían en el acto simple de procreación sin contemplar la posibilidad de placer, en consecuencia, todo acto tendiente a la vulneración de tal fin se consideraba una práctica antinatural y por tanto, un atentado a Dios. En esta visión, se encontraba dentro de los pecado capitales a la lujuria, definida como el uso desenfrenado del placer venéreo con incumplimiento de los fines del sexo, lo cual abarcaba todos los actos antinaturales, aborrecible por Dios, entre ellos la sodomía. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 56)

Dentro de esta construcción teológica y jurídica debe tenerse en cuenta que el cristianismo castigaba sólo las prácticas sodomíticas puesto que no contemplaba la existencia de personas homosexuales. Específicamente la sodomía era el acto sexual entre personas del mismo sexo (sodomía perfecta)

o entre personas de distinto sexo pero analmente (sodomía imperfecta). La misma que en su sentido perfecto tomaba dos formas:

- Sodomía femenina. Llamada también amor lésbico o sáfico y fue penalizado en algunos lugares de Europa y sus colonias pero supeditada a la utilización de aparatos, si había frotamiento o sólo besos.
- Sodomía masculina. Era sancionada en todas sus formas (masturbación mutua o penetración anal) (Restrepo, C. et al., 2010, p. 56)

Las Siete Partidas (base del pensamiento jurídico del reino de Castilla en el medioevo y cuya aplicación se extendería por la conquista española a toda Hispanoamérica hasta la época de la codificación) regularon la sodomía castigando con la hoguera las prácticas sodomíticas entre hombres más no al homosexual como individuo, pues se consideraba inexistente. En cuanto a las mujeres se las castigaba pero no por sodomía sino cometer actos de brujería y herejía, pues se entendía a la práctica sexual entre dos mujeres como un rito satánico. (Restrepo et al., 2010, p.p. 70-71)

#### **1.2.6. Edad Moderna**

A partir del Renacimiento y hasta el siglo XIX la homosexualidad masculina se seguía concibiendo como sodomía, sin embargo, entre la alta nobleza europea eran muy comunes las prácticas homosexuales. Por aquella época, la homosexualidad parecía estar ligada al mundo de las artes, de las letras y de la filosofía, lo cual se entiende si se considera al Renacimiento como un retorno al mundo antiguo, a la vida cultural griega y romana. Sin embargo, sólo hasta el siglo XIX el término homosexual fue acuñado por la ciencia para llamar a las personas que tenían preferencias sexuales por personas del mismo sexo. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 61)

Las mujeres practicaban el lesbianismo bajo la figura velada de las amistades románticas, las cuales se trataban de relaciones monogámicas entre mujeres que luego a finales del siglo XX e inicios del XXI serían los denominados

matrimonios bostonianos. Se formaron grupos de índole lésbica que atacaron por primera vez en la historia al matrimonio y a la estructura patriarcal de la familia. Puede considerarse a las amistades románticas y a estos grupos como los precursores de la lucha por los derechos de las mujeres. (Restrepo et al., 2010, p. 72)

### **1.2.7. Edad Contemporánea**

Ya conformados los Estados nacionales y determinada su singular idiosincrasia, la Ilustración teniendo como base el pensamiento científico había demostrado plenamente los efectos nocivos de la confusión entre derecho y moral. Se entendió que podían existir conductas profundamente inmorales pero irrelevantes para el derecho. Una de esas conductas eran las prácticas homosexuales. (Restrepo, C. et al., 2010, p.p. 65-66)

Por tratarse de un tema que suscitaba controversias desde diferentes frentes, la ciencia se apersonó de manera importante al respecto por medio del estudio de psiquiatras, psicoanalistas, médicos endocrinólogos, antropólogos y sociólogos, quienes determinaron que el homosexual no era un pecador. De hecho, el término homosexualidad era utilizado para determinar una anomalía psiquiátrica o endocrinológica que podía y debía “curarse”. Tratado el homosexual desde esta concepción, repercute en la esfera jurídica, donde ya no es adecuado aplicársele una pena sino una medida de seguridad, por cuanto el sujeto es así por un determinismo biológico, evolutivo o psicológico. De este modo se pasa de una teoría conductual de la homosexualidad superando el paradigma de sodomita y de prácticas homosexuales a una teoría constitucional de la homosexualidad que insta a al homosexual por sí mismo, de manera independiente a la realización o no de sus prácticas homosexuales; por lo tanto, se considera al homosexual como individuo sin tener en consideración la práctica o realización de su sexualidad. No se tiene conocimiento acerca de alguna legislación europea o americana en la que se haya considerado ese cambio de paradigma, puesto que de hecho la

homosexualidad siguió tratándose como delito castigado a veces con la pena capital. (Restrepo, C., Sánchez, S., Tamayo, C., 2010, pp. 62, 63)

Ya en la segunda mitad del siglo XX y de manera paulatina, la homosexualidad ha dejado de considerarse como delito en la mayoría de los países. Así mismo, en 1973 la Asociación de Psiquiatría Americana y en 1974 la Asociación de Psicología Americana abandonaron la concepción de considerarla como una enfermedad mental, y en 1980, lo hizo el Manual de Clasificaciones de las Enfermedades Mentales de la OMS, por lo tanto la homosexualidad ya no indicaba ningún tipo de patología, sino una de las variantes de la orientación sexual. (Restrepo, C., Sánchez, S., Tamayo, C., 2010, p. 64)

Todo esto conllevó importantes consecuencias en cuanto a la valoración que se hizo de la homosexualidad, que permitió que se comenzase a hablar de ella como una opción legítima que apareja el reconocimiento de los derechos y deberes de personas homosexuales. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 73)

En cuanto al lesbianismo, las amistades románticas del renacimiento dieron paso a los matrimonios bostonianos de fines de siglo XIX y principios del XX. Estos “matrimonios” consistían en uniones de dos mujeres en una relación monogámica, duradera y estable; solían ser pioneras en su profesión y modelos de la nueva mujer de entonces, libres de los tradicionales roles domésticos. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 73)

Por su parte, en Francia y específicamente en La Rive Gauche en París fue el lugar donde confluyó el más selecto grupo de intelectuales de la época (primera mitad del siglo XX) y en donde por primera vez se intentó darle un contenido al término lesbianismo, fue así como desde las artes se construyó una identidad que trascendió al puro lesbianismo y abarcó el concepto que sobre la mujer en general querían tener las propias mujeres de ellas mismas. Por eso Rive Gauche se convirtió en la cuna del movimiento feminista y del movimiento lésbico. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 74)

Luego de los años 20 las legislaciones fueron recogiendo los frutos de los movimientos feministas y colectivos LGBT de Europa y Estados Unidos, otorgando igualdad de derechos a las mujeres, se reconoció la existencia de la homosexualidad masculina y femenina per se y se empezaron a otorgar, en Occidente derechos a las parejas del mismo sexo. Pioneros en legislar sobre esta materia fueron Noruega, Suecia y Dinamarca con el reconocimiento de derechos para los homosexuales en lo atinente a la libre opción sexual desde sus diferentes perspectivas, es decir, dentro del matrimonio, las uniones de hecho, la adopción, los derechos de seguridad social, entre otros. (Restrepo et al., 2010, p. 64)

### **Aporte de esta revisión histórica al estudio**

De esta revisión de la evolución y reconocimiento de la diversidad sexo genérica surgen importantes aportes para comprender el reconocimiento del derecho a la orientación sexual desde una perspectiva histórica. Vemos en primer lugar una visión amplia de la homosexualidad y el lesbianismo cuyo tratamiento social y jurídico fue diverso dependiendo del contexto histórico y geográfico, pero a su vez, realidades siempre presentes. Por otra parte nos permite observar el rol determinante de la época moderna como el comienzo de la visión liberal de la homosexualidad y el lesbianismo, ambos ligados al mundo del arte y la filosofía. Y sobre todo como germen, a partir de los grupos lésbicos, del feminismo y de lo que sería la lucha por los derechos de las mujeres, cuestiones que no sólo atañeron a reivindicaciones de género, sino más aun, a todo un cuestionamiento y replanteamiento de las estructuras sociales patriarcales como la familia en cuanto institución y derecho. Todo lo cual dio paso a fenómenos más contemporáneos como el surgimiento de los colectivos LGBTI alrededor del mundo, cuyas luchas han dado origen a la conquista progresiva de derechos que inicia con la despenalización de la homosexualidad seguida del reconocimiento de la opción sexual, según la CIDH, como un referente para el reconocimiento y exigibilidad de derechos y como elemento legalmente protegido para la construcción la identidad de las personas (CIDH, 2012). Conquistas que han desembocado en nuestros días en

el reconocimiento del matrimonio igualitario en 15 países del mundo y de la figura de la unión de hecho y otras similares entre personas del mismo sexo en otros tantos, incluido nuestro país, cuestiones que obligan al replanteamiento permanentemente del concepto y rol de la familia desde lo social y lo jurídico.

### **1.3. Familia y Seguridad Social**

#### **1.3.1. Familia**

##### **1.3.1.1. Concepto**

Hoy en día difícilmente se podría aceptar que el concepto de familia es único e indiscutible, a través de la historia éste ha ido cambiando a medida que las condiciones en que los núcleos de personas unidas por lo afectos y/o los lazos sanguíneos han variado también, ya sea por razones culturales, sociales, jurídicas, económicas o de cualquier otra índole. La idea de familia producto del matrimonio ha sido superada largamente por la realidad socio-cultural que nos rodea, así la familia se convierte en un concepto dinámico que adopta diversas formas, que, diferentes del concepto tradicional de familia, no las hace menos legítimas, sino que, por el contrario lo que hace es extender el concepto a otras realidades, como dice Giddens (2010, p. 232) parece más adecuado hablar de “familias” para subrayar la diversidad de sus manifestaciones. A pesar de que en la práctica y como señala el mismo Giddens (2010, p. 230) estos cambios puedan suscitar resistencias y llamadas al retorno a las “épocas doradas” del pasado. Sin embargo, no hay vuelta atrás, así que debemos enfrentarnos de manera activa y creativa a este mundo cambiante.

Estas nuevas conformaciones nos obligan, entonces a ampliar el concepto de familia desde su primitiva concepción singular hacia una la pluralidad de manifestaciones, para que éste en definitiva constituya un reflejo fiel de la realidad social. Es así que para dar un concepto tomamos las palabras de Palacios y Rodrigo, que definen familia (s) como:

[...] la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad e independencia. (Palacios, J., Rodrigo, J., 1998, p. 23)

### **1.3.1.2. Evolución histórica**

#### **1.3.1.2.1. Pueblos antiguos, Mesopotamia: Sumerios, Babilonios, Asirios y Persas.**

En el pueblo sumerio la familia tenía una estructura patriarcal basada en el matrimonio. La mujer poseía algunos derechos como el de tener propiedades y el hombre podía divorciarse con cierta facilidad siempre y cuando la mujer no le hubiese dado hijos, pues la función más grande de la familia era la de dar prolongación de la estirpe.

Para los asirios, la familia tenía como base una monogamia moderada, el hombre no podría poseer en principio más de una esposa legítima, pero la ley y las costumbres le concedían una o varias concubinas. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 36)

En cuanto a la familia en el pueblo persa, ésta tenía una estructura patriarcal y el matrimonio polígamo. El matrimonio con hijos era indispensable para ganar respetabilidad. Los hijos eran muy apreciados como valor económico para sus padres, mientras que se lamentaba el nacimiento de niñas, pues había que criarlas para el hogar y provecho ajenos. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 38)

#### **1.3.2.1.2. Grecia**

En cuanto a la familia, no se puede hablar en Grecia de una conformación única justamente en virtud de las diferencias existentes entre cada ciudad-estado, sin embargo, constituía de todos modos la unidad básica de la sociedad que reflejaba en su organización la idea griega de la sociedad en la

cual era el hombre quien poseía la autoridad máxima, se consideraba el dueño y señor de toda la familia. Los miembros de la familia griega eran el padre (*patér*), la madre (*méter*), los hijos (*paides*) y los esclavos (*duloi*). (Es.Scribd, 2013)

#### **1.3.2.1.3. Roma**

La familia en Roma debía partir de la base del concepto de *Gens*, es decir, la antigua gran familia integrada por los descendientes por línea masculina, de un antepasado común y que poseía el carácter de grupo político y religioso. Al disgregarse la *gens* se constituyeron las *familiae* que eran grupos más pequeños sin carácter político ni religioso, sometidos a la autoridad de un *pater familias*, que ejercía su *patria potestas*, es decir, su poder absoluto sobre todos los miembros de la familia. (Es.Scribd, 2013)

#### **1.3.2.1.4. Edad Media**

En la Edad Media el concepto de familia se basaba única y exclusivamente en el matrimonio, de manera que ambos conceptos eran sinónimos. El matrimonio heterosexual era el paradigma que daba sustento a la familia como núcleo fundamental de la sociedad cuya concepción como unión entre hombre y mujer tiene como fin la procreación. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 57)

#### **1.3.2.1.5. Edad Moderna**

En esta época, la familia continuaba explicándose desde el matrimonio heterosexual, monogámico, patrilineal, lugar exclusivo de procreación permitida. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 61)

#### **1.3.2.1.6. Edad Contemporánea**

La familia, en su concepción patriarcal ha recibido sostenidos ataques desde todas las áreas de las ciencias humanas durante los últimos cincuenta años. De hecho se postula que la familia nuclear no es el único tipo de familia existente, sino que, por el contrario, al lado de ella hay otras formas familiares

que merecen protección y respeto. Se introduce una concepción más amplia de familia que permite proteger formas diversas a la constituida mediante matrimonio heterosexual. Es el caso de las familias que tienen a la mujer soltera como cabeza, las conformadas por personas divorciadas que aportan cada uno sus propios hijos y tienen otros comunes, las familias homoparentales, etc. (Restrepo, C. et al., 2010, p. 64)

### **1.3.1.3. Evolución del concepto familia y los diversos tipos de familias**

“La familia no se concibe en la actualidad de la misma manera que hace treinta años y menos aún que hace medio siglo, se trata pues, de una institución viva, al servicio de las personas que la integran, que evoluciona al ritmo de la realidad social”. (Martín, 2008, p. 156)

Como ya se ha dicho, la familia como concepto y en su estructura ha sufrido fuertes cambios en los últimos cincuenta años (por acotar un plazo), se ha pasado de la estructura patriarcal de familia basada en el matrimonio a otras estructuras familiares. Aquella concepción de familia atribuida a la esfera de lo matrimonial ha sido trascendida con la aparición de las familias no matrimoniales. Según Ortuño cuando se pretende abordar el tema de la constitución de las parejas no matrimoniales, se encuentra en la casuística una multiplicidad de situaciones que son susceptibles de ser catalogadas dentro del término usual de unión estable de pareja (Ortuño et al. 2003. En Restrepo et al., 2010, p.141). Y aquellas uniones dan origen a distintas estructuras familiares como, familias sin hijos conformadas por parejas heterosexuales o del mismo sexo, familia monoparentales con uno o más hijos producto del divorcio de los padres o de la muerte de uno de ellos, familias reconstruidas en que cada cónyuge o conviviente aporta sus propios hijos, familias homoparentales con o sin hijos, etc.

En el plano constitucional nuestra carta magna hace directa referencia a las familias diversas por medio del reconocimiento de la familia “en sus diversos tipos” e impone como deber del Estado el protegerla como núcleo fundamental de la sociedad. La protección constitucional a la familia comprende, por lo

tanto, a todas aquellas conformaciones distintas a la familia nuclear y tradicional compuesta por padre, madre e hijo(s), es decir, familias monoparentales, extendidas, ensambladas, etc. así como a aquellas nacidas por vínculos de hecho siendo ésta última extensible no sólo a uniones heterosexuales, sino también a aquellas conformadas por personas del mismo sexo con todas las consecuencias jurídicas que ello implica, es decir, la existencia de los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

#### **1.3.1.4. La familia como derecho**

Nuestra Constitución en su artículo 67 reconoce a la familia en sus diversos tipos como núcleo fundamental de la sociedad. Y señala además que, estas pueden constituirse por vínculos jurídicos o de hecho.

Ahora, si bien la Constitución no hace referencia expresa al derecho a formar una familia, en virtud de la interdependencia entre derechos, este se desprende de otros reconocidos en la misma como los son el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. En referencia a estos derechos la Corte IDH en el caso ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA, señala que ha interpretado en un sentido amplio el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y determina que la libertad constituye el derecho de toda persona de organizar con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones (CorteIDH, 2012). La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones (CorteIDH, 2012). Conceptos que dicen relación directa con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en palabras de Díaz no es otra cosa que una concreción del derecho de libertad (Díaz, 1997. En Martín Sanchez, 2008, p. 114).

A partir de estos conceptos es que debemos entender el derecho a formar una familia como el ejercicio de esa autodeterminación y organización de un proyecto de vida. En virtud de esto y teniendo en cuenta el principio de igualdad y no discriminación consagrado en la Constitución, es que puede explicarse que ese derecho a formar una familia no se reduce al canon clásico liberal de familia nuclear conformado por padre, madre e hijos, sino que por el contrario, abarca a todas las formas de familia, tal como lo señala el texto constitucional al referirse a la familia en sus diversos tipos, entre las cuales y para los fines de nuestro estudio, destacan aquellas conformadas por parejas del mismo sexo. De modo que todas ellas gozan o deberían gozar de los mismos derechos y protección por parte del Estado, como lo son, entre otros, el derecho a la seguridad social que analizaremos a continuación.

### **1.3.2. Seguridad Social**

#### **1.3.2.1. Concepto**

La organización Internacional del Trabajo ha definido a la seguridad social como:

"La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos, como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte (contingencia); y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos" (UEES, 2004, p. 3)

#### **1.3.2.2. Concepto de contingencia**

La legislación en materia de seguridad social tiene como punto de partida, según Pautassi (2003, p. 244) al concepto de contingencia, es decir, aquel acontecimiento o hecho futuro e incierto, que en caso de producirse, acarrea consecuencias dañosas para el individuo. Es, por lo tanto, en palabras de

Paganini, un acontecimiento futuro e incierto -pero con un alto grado de probabilidad que se produzca- que lleva a la necesidad de proteger al individuo o a un grupo de individuos, ante dicha adversidad (Paganini, 2003. En Pautassi, 2003 p.244).

Según el mismo autor el concepto de contingencia encierra en su significado la idea de variación, la misma que ha evolucionado en el tiempo partiendo del entendimiento de esta variación como un riesgo, a entenderlo hoy en día como una necesidad, es decir, lo que intenta cubrirse con las prestaciones de la seguridad social ya no es una consecuencia dañosa, sino una necesidad o estado de necesidad.

La seguridad social, entonces, brinda sus prestaciones una vez ocurrida o configurada la contingencia, la cual tiene como efecto que una persona, o los miembros de su familia, o uno y otros, resulten desfavorablemente afectados en su nivel de vida, ya sea como consecuencia de un aumento en el consumo, una disminución en sus ingresos, o ambos.

#### **1.3.2.2.1. Clasificación de las contingencias**

Según Pautassi en la mayor parte de las legislaciones, las contingencias se clasifican en:

- Contingencias Patológicas: aquellas situaciones que deben protegerse ante la eventualidad de que el individuo contraiga una enfermedad (seguro de salud), accidente o enfermedad del trabajo (pensiones por invalidez o enfermedad).
- Contingencias socio-económicas: aquellos recaudos que se toma ante la eventualidad de la pérdida de ingresos (jubilación o pensión) o la falta de trabajo (seguro de desempleo), o en razón de la expansión de la familia como el caso de nacimiento, cónyuge o conviviente a cargo (asignaciones familiares).
- Contingencias biológicas: agrupan a aquellas precauciones que se toman en la vida activa para asegurar la protección de los

derechohabientes (pensión para el cónyuge supérstite y/o hijos menores), en caso de muerte (gastos de sepelio), o una pensión para aquellos no trabajadores carentes de recursos (pensiones graciables o no contributivas). (Pautassi, 2003, p. 244)

### **1.3.2.3. Sujetos protegidos**

Los sujetos protegidos serán todos aquellos comprendidos en el campo de aplicación del sistema. Son potenciales acreedores de las prestaciones establecidas, las cuales se harán efectivas, una vez configurada la contingencia y siempre y cuando reúnan las condiciones exigidas según el tipo de contingencia. Por lo tanto, para ser beneficiario no basta estar comprendido dentro del campo de aplicación del régimen de que se trate, sino que se debe cumplir con los requisitos legales para acceder a la condición de beneficiario, los cuales pueden tener relación con el grado de incapacidad resultante, de estar casado, de la afiliación, etc. Lo que indica, en palabras de Pautassi (2003, p. 245), que claramente no es un sistema de acceso incondicional a los ciudadanos.

El Estado en este caso cumple un doble rol, por una parte reconoce el derecho a la seguridad social y por otra asume la responsabilidad de brindar las prestaciones directamente a los beneficiarios. En Ecuador el Estado cumple este doble rol a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

### **1.3.3. El derecho a la seguridad social**

Nuestra Constitución en su artículo 34 consagra a la seguridad social como un derecho irrenunciable de todas las personas y responsabilidad primordial del Estado. De otra parte la seguridad social ha sido motivo de preocupación en el ámbito internacional de los derechos humanos como puede apreciarse con la expedición, entre otros, de los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789); la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); y el Protocolo Adicional a

la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de San Salvador (1988) (Palacio, 2010)

#### **1.3.3.1. Contenido del derecho a la Seguridad Social**

Respecto del contenido de este derecho se ha pronunciado el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su Observación General No.19 de 2007, señalado que el derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo. (Observación General No. 19 CESCR, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, 2010)

#### **1.3.3.2. Elementos del derecho a la seguridad social**

El mismo Comité ha definido asimismo como elementos del derecho a la seguridad social los siguientes, a saber:

1. Disponibilidad: El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema, compuesto ya sea de uno o de varios planes, que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate.
2. Riesgos e imprevistos sociales: dentro de este elementos encontramos los siguientes riesgos e imprevistos: enfermedad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, maternidad, discapacidad, sobrevivientes y huérfanos.

3. Nivel suficiente: Las prestaciones, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan ejercer sus derechos a la protección y asistencia familiar, a un nivel de vida adecuado y a la atención de salud. Además, los Estados Partes deben respetar plenamente el principio de la dignidad humana, enunciado en el preámbulo del Pacto, y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden.
4. Accesibilidad: Este elemento a su vez comprende, cobertura, condiciones, asequibilidad, participación e información y acceso físico.
5. Relación con otros derechos: El derecho a la seguridad social contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos enunciados en el Pacto, pero son necesarias otras medidas para complementarlo. Por ejemplo, los Estados Partes deben prestar servicios sociales para la rehabilitación de las personas lesionadas y personas con discapacidad de conformidad con el artículo 6 del Pacto; asegurar servicios de atención y protección a los niños; proporcionar servicios de asesoramiento y asistencia para la planificación de la familia, así como servicios especiales para las personas con discapacidad y personas de edad (art. 10); adoptar medidas para luchar contra la pobreza y la exclusión social y prestar servicios sociales de apoyo (art. 11); y adoptar medidas para prevenir las enfermedades y mejorar las instalaciones, los bienes y los servicios de salud (art. 12). (Observación General No. 19 CESCR, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, 2010)

En otro aspecto importante la Observación No.19 del CESCR, establece entre los temas especiales de aplicación amplia dentro del derecho a la seguridad social a la no discriminación e igualdad, señalando que, el Pacto prohíbe toda discriminación, de hecho o de derecho, directa o indirecta, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen

nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluido el VIH/SIDA), **orientación sexual** (énfasis añadido), estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda o tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho a la seguridad social. (Observación General No. 19 CESCR, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, 2010)

### **1.3.3.3. Obligaciones del Estado en torno al derecho a la seguridad social**

Ahora, respecto de las obligaciones que impone al Estado el derecho a la seguridad social, la Corte Constitucional del Ecuador se ha referido a ellas de la siguiente manera:

[...] Los derechos sociales no son buenos deseos o programas políticos sino obligan su aplicabilidad, toda vez que se desarrollan en el marco del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos [...] En tal efecto, la actuación del Estado comprende: i) la promoción del bienestar, ii) la atenuación o compensación de necesidades fundamentales. Lo anterior conlleva a que el Estado actúe frente al infortunio (accidente de trabajo) y a la prestación (pensiones por jubilación, de viudedad, por incapacidad, etc.) [...] La seguridad social es una de las claves y de los signos distintivos del Estado constitucional de derechos, reconocido como un derecho subjetivo de jerarquía constitucional que otorga los beneficios de la seguridad social que tiene carácter de integral e irrenunciable. (Corte Constitucional del Ecuador, 2013)

Continuando con las obligaciones del Estado respecto del derecho a la seguridad social, la Observación No.19 del CESCR señala que éstas son, a saber:

1. **Obligación de respetar:** Esta obligación exige que el Estado se abstenga de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la seguridad social.

2. **Obligación de proteger:** La obligación de proteger exige que el Estado impida que terceros interfieran en modo alguno en el disfrute del derecho a la seguridad social. Por terceros se entiende los particulares, grupos, empresas u otras entidades, así como los agentes que actúen bajo su autoridad. Esta obligación comprende, entre otras cosas, la de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y eficaces.
  
3. **Obligación de cumplir:** La obligación de cumplir exige que el Estado adopte las medidas necesarias, en particular el establecimiento de un régimen seguridad social, para la plena realización del derecho a la seguridad social. Esta obligación de cumplir se puede subdividir en las obligaciones de facilitar, promover y garantizar.

#### **1.3.4. Régimen de seguro de salud y de pensiones del IESS.**

##### **1.3.4.1. IESS**

El IESS o Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es una entidad autónoma encargada de administrar directamente el seguro general obligatorio y a través de las direcciones especializadas de cada seguro administra las prestaciones que le corresponde otorgar. La organización y funcionamiento del IESS se fundamenta en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad y suficiencia. (IESS, 2013)

##### **1.3.4.2. Direcciones especializadas del IESS**

El artículo 21 de la Ley de Seguridad Social establece que, son órganos de gestión, especializados en el aseguramiento de las contingencias y la calificación del derecho a las prestaciones que otorga el Seguro General Obligatorio, con los grados de autonomía operativa que señale el Reglamento:

- a. La Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar;
- b. La Dirección del Sistema de Pensiones;

- c. La Dirección del Seguro General de Riesgos del Trabajo; y,
- d. La Dirección del Seguro Social Campesino. (Ley de Seguridad Social, 2011)

#### **1.3.4.3. Seguro de salud individual y familiar.**

El seguro general de salud individual y familiar es uno de los seguros especializados del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Protege al asegurado contra las contingencias de enfermedad y maternidad, dentro de los requisitos y condiciones señalados en la Ley de Seguridad Social y Reglamento de Salud Integral y en Red de los Asegurados.

El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, y sus hijos menores hasta los dieciocho años de edad, así como el jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual. Las beneficiarias del seguro de maternidad recibirán atención de embarazo, parto y puerperio. (Ley de Seguridad Social, 2011)

**Se causará derecho a las prestaciones de este Seguro cuando el afiliado o la afiliada hayan cumplido:**

- a. Seis imposiciones mensuales ininterrumpidas, para contingencia de enfermedad;
- b. Doce imposiciones mensuales ininterrumpidas, anteriores al parto, para contingencia de maternidad; y,
- c. Seis imposiciones mensuales ininterrumpidas, para el subsidio monetario de enfermedad.

El afiliado o la afiliada que dejaren de aportar, conservarán su derecho a las prestaciones de enfermedad o maternidad hasta dos meses posteriores al cese de sus aportaciones.

Se exceptúa del tiempo de espera para contingencia de enfermedad al jubilado y al derechohabiente de orfandad en goce de pensiones. (Ley de Seguridad Social, 2011)

#### **1.3.4.4. Contingencias de Enfermedad y Maternidad.**

**1. Enfermedad.-** En caso de enfermedad, el afiliado tendrá derecho a:

- a. La asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y de rehabilitación, con sujeción a los protocolos de diagnóstico y terapéutica elaborados por los especialistas médicos del IESS y aprobados por la administradora de este Seguro; y,
- b. Un subsidio monetario de duración transitoria, cuando la enfermedad produzca incapacidad en el trabajo. Los familiares del afiliado no tendrán derecho al subsidio.

El jubilado recibirá asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y de rehabilitación en las unidades médicas del IESS, de conformidad con la Ley de Seguridad Social. (Ley de Seguridad Social, 2011)

**2. Maternidad.-** En caso de maternidad, la asegurada tendrá derecho a:

- a. La asistencia médica y obstétrica necesaria durante el embarazo, parto y puerperio, cualquiera sea la calificación de riesgo del embarazo;
- b. Un subsidio monetario, durante el período de descanso por maternidad, en el caso de la mujer trabajadora; y,
- c. La asistencia médica preventiva y curativa del hijo, con inclusión de la prestación farmacológica y quirúrgica, durante el primer año de vida, sin perjuicio de la prestación de salud hasta los dieciocho años de edad. (Ley de Seguridad Social, 2011)

#### **1.3.4.5. Definiciones de afiliado, asegurado y beneficiario con derecho.**

El reglamento de salud integral y en red de los asegurados, define que debe entenderse por afiliado, asegurado y beneficiario con derecho a propósito de la cobertura de del Seguro de Salud Individual y Familiar, a saber:

1. **Afiliado.**- Es toda persona natural que consta registrada en el régimen del Seguro General Obligatorio, como obligada o voluntaria, mediante un aporte administrado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y que tiene derecho a las prestaciones y los beneficios que consagra dicho seguro. (Reglamento para atención de salud integral y en red de los asegurados, 2011)
2. **Asegurado.**- Es toda persona natural protegida por el Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliada o beneficiaria con derecho. (Reglamento para atención de salud integral y en red de los asegurados, 2011)
3. **Beneficiario con derecho.**- Es la persona natural protegida por el Seguro General Obligatorio favorecida por efecto de su relación/filiación con el afiliado o el causante. (Reglamento para atención de salud integral y en red de los asegurados, 2011)

#### **1.3.4.6. Seguro de pensiones**

El seguro de pensiones protege a los asegurados del Seguro General Obligatorio en las contingencias de invalidez, vejez y muerte. Se financia con el 9.74% del salario mensual de aportación del afiliado y concede al afiliado y su familia las siguientes prestaciones:

1. Jubilación ordinaria por vejez.
2. Jubilación por invalidez que incluye el subsidio transitorio por incapacidad.
3. Pensiones de montepío.
4. Auxilio de funerales. (IESS, 2013)

### 1.3.4.7. Montepío

Es la pensión o renta mensual que entrega el IESS a viudos, viudas, huérfanos o padres del afiliado o jubilado fallecido que generó el derecho. La cuantía del montepío equivale al 40% de la pensión de jubilación que recibía el asegurado fallecido o de la que le hubiese correspondido al afiliado causante para su cónyuge o conviviente sobreviviente en caso de haber grupo familiar (uno o más hijos) o al 60% de la misma si no hubiese grupo familiar. (IESS, 2013)

El derecho al montepío lo generan:

1. El jubilado fallecido que recibía pensión de invalidez o vejez.
2. El afiliado activo fallecido que al momento de su muerte tuvo abonadas por lo menos (60) imposiciones mensuales o que estando cesante se encuentre dentro del periodo de protección del seguro de muerte y que equivale a la décima parte del tiempo cubierto por imposiciones a la fecha de su cesantía. (IESS, 2013)

Tienen derecho al montepío:

1. El o la cónyuge del afiliado o jubilado fallecido.
2. El o la conviviente en unión de hecho que llevase al menos dos años de unión antes del fallecimiento del afiliado o jubilado. Si este tiempo es inferior la existencia de uno o más hijos es suficiente prueba.
3. Hijos de hasta 18 años del afiliado o jubilado fallecido.
4. Hijos incapacitados para el trabajo que hayan vivido a cargo del afiliado fallecido.
5. Si no hubiese cónyuge o conviviente con derecho sobreviviente ni hijos, tendrán derecho al montepío los padres del asegurado fallecido, siempre que hayan vivido a cargo del causante. (Ley de Seguridad Social, 2011)  
(IESS, 2013)

Tanto en la Ley de seguridad Social, como el sitio web del IESS se hace mención al termino pensión de viudez y montepío para designar a la misma prestación, lo mismo sucede con los términos pensión de orfandad o montepío.

Para efectos de este estudio usaremos el término “montepío” para referirnos a la pensión de viudez que corresponde a los y las convivientes sobrevivientes con derecho de parejas del mismo sexo.

## **Conclusiones**

La orientación sexual debe ser entendida dentro del contexto de la diversidad sexo-genérica como una capacidad, una condición y un derecho inseparable de la propia condición humana que permite a las personas identificarse individualmente como sujetos, y a su vez ser parte del desarrollo de su propio proyecto de vida.

El reconocimiento y garantía de los derechos de las personas LGBTI ha tenido repercusión, entre otros, en lo que hoy en día entendemos como familia. Ésta ya no se circunscribe solamente al modelo de familia nuclear, sino que abarca otras conformaciones entre las cuales están aquellas formadas por parejas del mismo sexo. Asimismo, la familia constituye un derecho de las personas independientemente de su orientación sexual.

Del reconocimiento y protección de la familia en sus diversos tipos, resulta como consecuencia lógica el ejercicio de derechos que de ella derivan, entre los cuales está el derecho a la seguridad social, siendo deber del Estado garantizar el ejercicio pleno de ese derecho, por parte de todas incluidas las familias conformadas por parejas del mismo sexo.

## **CAPITULO II**

### **MARCO CONSTITUCIONAL, LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO, UNA PERSPECTIVA GENERAL Y LA PROBLEMÁTICA DEL ACCESO A LA EXTENSIÓN DE COBERTURA DE SALUD DEL IESS Y AL MONTEPÍO EN PARTICULAR**

#### **Introducción**

El cambio de paradigma constitucional, trae consigo la incorporación de una serie de principios que orientan el reconocimiento y ejercicio de los derechos. La Constitución debe ser entendida especialmente desde su contenido axiológico, que tiene efecto vinculante sobre todo el ordenamiento jurídico y que permite el pleno goce de derechos en situaciones y a personas a las que antes no les eran reconocidos, como son las parejas del mismo sexo. Este capítulo tiene por objeto analizar el nuevo orden constitucional. Comprender el significado y alcance de alguno de sus principios. Así como revisar desde la normativa, la jurisprudencia y el estudio de caso, su efectivo alcance respecto del derecho a la seguridad social, en lo relativo a las prestaciones de salud y montepío en parejas del mismo sexo.

#### **2.1. Marco constitucional y legal**

##### **2.1.1. Estado constitucional de derechos y justicia**

###### **2.1.1.1. El Estado constitucional**

A partir de la vigencia de la Constitución de 2008 se ha pretendido la instauración de un nuevo modelo de Estado en nuestro país. Es lo que denominamos el Estado constitucional de derechos. Hoy la estructuración del Estado desde la Constitución ya no es más una distribución orgánica poderes, sino un contenido (constituido por los derechos) a partir del cual y por el cual adquiere su forma y su sentido el Estado mismo. Es así que hoy, todo acto proveniente de cualquier potestad estatal, sea que se trate de una nueva ley o

de un mero acto administrativo, sólo será válido en la medida en que su producción y aplicación guarden total correspondencia con el contenido constitucional. Es sólo de esta manera y bajo esta nueva y mandatoria perspectiva del Estado constitucional de derechos que podremos emprender el desarrollo y comprensión del presente estudio, pues sin el nuevo modelo de Estado constitucional, el derecho, entre otros, a la extensión de cobertura de salud al conviviente o al montepío, por parte de las parejas del mismo sexo continuaría existiendo tan sólo en el ideario y en el anhelo de las luchas reivindicatorias de derechos de las personas LGBTI.

El cambio de paradigma del Estado de Derecho o Estado legislativo al Estado Constitucional viene dado por la subordinación absoluta de la legalidad a la Constitución. En el Estado de Derecho, si bien se reconoce la supremacía de la constitución, es la ley la llamada a desarrollarla y el trabajo legislativo adquiere validez en el mero sometimiento a los procedimientos formales establecidos para la elaboración de las leyes. En el Estado constitucional, en cambio, la constitución adquiere supremacía normativa no sólo desde el punto de vista formal, sino también desde el punto de vista material, de este modo el trabajo legislativo se valida en la medida en que materializa el contenido constitucional sin restringirlo, la validez de las normas, por lo tanto, no sólo está definido por el cumplimiento de un procedimiento legislativo. Así mismo en la actividad jurisdiccional el nuevo paradigma significa, en palabras de Ferrajoli, “aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida” (2009, p. 18) y la ley será válida solamente si materializa el contenido constitucional, si propende al pleno desarrollo de los principios constitucionales y al pleno goce de los derechos constitucionales.

El Estado constitucional de derechos nos enfrenta a una nueva prelación normativa encabezada por el texto constitucional, no como una cúspide formal, sino como presupuesto de validez de todos los actos del poder público como lo establece el artículo 424 de la Constitución. Así cualquier pugna normativa que pudiera surgir dentro del ordenamiento jurídico deberá resolverse siempre

aplicando la norma jerárquica superior según lo ordena la misma Constitución en su artículo 425 (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

#### **2.1.1.2. El Estado constitucional de derechos.**

En el paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia es el ser humano, sea de manera particular o colectiva, el eje de existencia y validez del mismo. Como hemos dicho, ya no es la legalidad aquella que ocupa el centro a partir del cual se estructura el Estado. La concepción de Estado de derechos tienen una amplia significancia, que comienza con la expansión de los derechos, cuestión que en nuestra Constitución se ve plasmada en el amplio catálogo de derechos que ella contempla en su Título II, derechos que según su propio texto, son plenamente justiciables, ya no hablamos de unos derechos exigibles y otros meramente programáticos o como se entendía en el Estado de Derecho a aquellos que constituían metas que el Estado pretendería alcanzar pero sin plazos ni medios directos de exigibilidad, en el Estado de derechos es deber primordial del Estado garantizar el **goce efectivo de los derechos** (énfasis añadido) como ordena el artículo 3 n° 1 de la Constitución. Debe entenderse, entonces su contenido mandatorio o vinculante para el Estado.

Pero este mandato encierra en sí mismo una doble naturaleza, por un lado, la autoridad estatal encontrará en esos derechos, siempre y en todos los casos, el límite al ejercicio de su poder, lo que podríamos llamar la faz pasiva de esta relación o su obligación de inviolabilidad y de irrestringibilidad de los mismos, este límite al poder público y que también abarca al privado, es lo que Ferrajoli denomina como “democracia sustancial” y que reside en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder. (Ferrajoli, 2009. En Zambrano, 2011, p. 42). Por otro lado, esos derechos constituyen una obligación por parte de la misma autoridad, en el sentido de que su actuar debe propender siempre al pleno desarrollo de los mismos, es decir, a su materialización, pues es el Estado el llamado a generar todas las condiciones que permitan la exigibilidad de los mismos que trascienda el simple plano formal, lo cual vendría a ser faz activa de la relación. Este nuevo paradigma, entonces, como señala Ávila

(2011, p. 37) está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley.

Ligada a esa misma idea el garantismo se constituye en una característica fundamental del Estado constitucional de derechos vinculando el ejercicio de todos los poderes públicos al respeto y realización de estos, de esta manera encontramos en las garantías constitucionales un eje transversal constituido por mecanismos de concreción y protección de estos derechos. Mismas que pueden materializarse a través del ejercicio de la labor legislativa por la Asamblea nacional o en el ejercicio del Ejecutivo de su potestad normativa a través de cualquiera de sus manifestaciones. Asimismo en el plano jurisdiccional incoando cualquiera de las acciones constitucionales para el amparo de los derechos que han sido violados o cuya inminente violación se teme.

### **2.1.1.3. Estado constitucional de justicia**

La vertiente del Estado constitucional como un Estado de justicia nos lleva a un concepto que pareciera no estar nunca completamente definido y menos aún agotado. Podemos profundizar en distintos conceptos acerca de los que entendemos por justicia, pero no es la finalidad a la que apunta nuestro trabajo. En este sentido debemos entender al Estado de justicia desde una doble perspectiva, es decir, por un lado entender a la justicia como criterio de validez del sistema jurídico encabezado por la Constitución, de manera que la eficacia de este mismo coincida o al menos busque siempre la coincidencia con un ejercicio pleno de derechos, sin que ello signifique una situación de menoscabo para la parte más débil de la relación cuando existen derechos en pugna, es decir, cuando se produce una pugna de derechos dentro de una relación entre los titulares de los mismos. A este respecto Ávila (2011, p. 27) plantea que ante esta situación el juez debe conciliar esos derechos en pugna y de ser necesario, crear una regla que satisfaga a la justicia.

Por otro lado este concepto debe ser entendido teniendo en cuenta a la justicia como finalidad del Estado, es decir, que el actuar de éste debe propender a la

igualdad, esa igualdad material a la que ya nos hemos referido, una igualdad que permita la inclusión de aquellas personas o colectivos que por sus características intrínsecas han sido históricamente marginados, como lo son entre otros las personas LGBTI, y cuya lucha por el reconocimiento de sus derechos ha dado lugar a la reivindicación de los mismos en nuestro amplio catálogo constitucional. En este sentido podemos claramente entender el mandato constitucional de interpretación de sus normas, siempre en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos.

#### **2.1.1.4. El rol de los funcionarios públicos en el Estado constitucional de derechos y justicia**

La adopción del nuevo paradigma constitucional ha significado un fuerte desafío para toda la institucionalidad estatal. Que muchas veces ha encontrado en esta, representada por los servidores públicos, un obstáculo para su completa y correcta aplicación. Obstáculo que se ha traducido, como veremos más adelante en el análisis de caso, en prácticas discriminatorias. Y que obedece según nuestro criterio, fundamentalmente a dos razones. La primera dice relación con el apego de los servidores públicos a la ley y al reglamento, y que en muchos casos son normas preconstitucionales. Y la segunda está referida al sistema de valores predominante en nuestro entorno social y jurídico.

En el plano de la costumbre legalista y reglamentarista que ha guiado la función de los servidores públicos tradicionalmente, ésta se ha convertido en una verdadera barrera entre los derechos consagrados en la Constitución y la justiciabilidad de los mismos, por la imposibilidad de parte de ellos de dejar atrás el concepto de Estado de Derecho, como Estado legalista. No pocas veces nos ha tocado enterarnos o sufrir en carne propia el apego de los servidores públicos al reglamento, el apego a la letra de la normatividad inferior por sobre la supremacía constitucional. A este respecto Ávila (2011, p. 256) reflexiona a propósito de lo que denomina una cultura jurídica privatista/positivista y nos dice que “La Constitución y el derecho no pueden ser

más exclusivamente leída a la luz del título preliminar del código civil”, agregando que el sistema jurídico ecuatoriano se ha vuelto antinómico con la existencia aún de antiguas leyes que contradicen la Constitución.

Este apego se ha traducido en más de una ocasión en la denegación de trámites o en la realización de consultas respecto de la procedibilidad de los mismos cuando estos son solicitados, por ejemplo, por parejas del mismo sexo. Cuestiones que vulneran el mandato de aplicación directa de la Constitución y la vigencia del principio de supremacía constitucional, no obstante la existencia de un mandato expreso de la misma Constitución, que en su artículo 11 N° 3 establece: Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Y sigue en el numeral 5: En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. Y la referencia constitucional en este sentido no termina ahí, pues, como ya hemos visto, el artículo 425 ordena a los funcionarios resolver los conflictos de normas mediante el principio de supremacía constitucional e incluso va más allá cuando en el siguiente artículo determina que no podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

En segundo lugar referíamos al sistema de valores que predomina dentro de nuestra estructura social y jurídica, y que determina en gran medida nuestra forma de pensar y de actuar. Cuestión que obviamente se hace extensiva a los servidores públicos. Es a lo que se refiere Herrera cuando habla de aquella atribución de significados a los hechos y a las normas en función de la cultura jurídica y sus valores predominantes. (Herrera, 2002, p. 47). No es un

descubrimiento que nuestra cultura jurídica obedece eminentemente a valores patriarcales, es decir, aquellos propiciados por el género masculino, como lo observa el mismo autor (Herrera, 2002, p. 32). Y que condicionan una visión heteronormativa de nuestro sistema jurídico, en que el supuesto detrás de las normas viene dado por la heterosexualidad como único presupuesto válido para las relaciones sociales. El mayor ejemplo podemos encontrarlo en nuestro Código Civil, cuyas normas que regulan eminentemente las relaciones familiares y el patrimonio, lo hacen desde una visión androcéntrica en que el hombre tiene preferencia en la administración del patrimonio sobre la mujer y en que las relaciones familiares suponen un solo modelo, el de familia nuclear y heterosexual. Cuestiones que han determinado, entre otras cosas, que homosexuales y lesbianas queden fuera de lo que ese sistema de valores califica como aceptable. Y que repercute negativamente al momento de ejercer derechos por parte de estos, en virtud de su orientación sexual.

Es así que conjugados estos dos factores podemos explicarnos la dificultad para la adopción del nuevo paradigma constitucional en el servicio público, en lo relativo, entre otros, a la inclusión de derechos para homosexuales y lesbianas. Es por ello que seguimos siendo testigos a diario de la falta de aplicación de la norma constitucional por parte de los servidores públicos, en casos que, no pocas veces, han tenido y tienen relación con el ejercicio de derechos por parte de las personas LGBTI. Nuestro trabajo abordará más adelante el caso de Janeth Peña, que en el legítimo ejercicio del derecho al montepío que le asistía por la muerte de su conviviente Thalía Álvarez, tuvo que librar una dura batalla con los servidores públicos del IESS para materializar su derecho a dicha prestación. En este caso los funcionarios adujeron una vez más la falta de normativa inferior que regule dicha prestación para el caso de parejas del mismo sexo. A lo que hay que sumar que el trato brindado por parte de estos a Janeth Peña sólo puede explicarse desde la perspectiva de la discriminación por orientación sexual.

### **2.1.2. Principios Constitucionales de aplicación de derechos**

El protagonismo de los derechos, su consideración como verdadero eje de toda la Constitución, se manifiesta con claridad en los principios generales de aplicación contemplados en el capítulo primero del título II de la Constitución del Ecuador. Con precisión, el texto constitucional establece criterios llamados a evitar que los derechos enunciados se queden en meras aspiraciones, ideales desmentidos en el contexto de las relaciones sociales y económicas y en el funcionamiento de las instituciones. (Aparicio, 2008, p. 21)

Nuestra Constitución, como ya lo hemos señalado, justifica la nueva enunciación del Estado como uno de derechos con su amplio catálogo, mas éste no pasaría de ser un listado meramente declarativo de no ser por los principios de aplicación de los mismos, estos enunciados vienen a otorgar las herramientas facilitadoras entre el derecho y la realidad, entre el texto y la materialización del contenido del derecho. En palabras de Alexy (2008, p. 14) los principios son mandatos de optimización y como tales se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados. En este sentido podemos entenderlos, entonces, como mandatos que materializan esa vinculación del Estado con los derechos de la que hemos hablado. A través de los principios se realiza esa faz positiva de la obligación del Estado frente a aquellos, los principios nos señalan como deben ser entendidos, interpretados y desarrollados esos derechos. La actividad de todo ente público y privado, podríamos decir, encuentra en ellos la forma de comportarse frente a los derechos, ya sea porque ante sí ellos están siendo reclamados o ejercidos por sus titulares o ya sea porque en el ámbito de su accionar particular deban tenerlos en cuenta, especialmente cuando hablamos del desarrollo de políticas públicas o de procedimientos administrativos relativos, por ejemplo, al otorgamiento de prestaciones.

Este contenido axiológico es de tal relevancia que no solo opera como maximizador del contenido de los derechos, sino que constituye un verdadero articulador de su real vigencia en el ordenamiento jurídico frente a una normativa secundaria que aún no acaba de adecuar su contenido a los nuevos

escenarios que presenta el texto constitucional, y cuya novedad de ninguna manera debiera constituir una restricción a la plena vigencia de los derechos que se generan a partir de esos nuevos contenidos. Es así que, entre otros, el principio de aplicación directa de la Constitución se ha convertido en un vaso comunicante entre aquellos derechos y su efectivo goce, como ha sucedido en el caso de aquellos generados a partir de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo, para cuyo ejercicio este principio se ha convertido en “la” vía jurídica, en estricta relación con otros principios que serán objeto del análisis que a continuación exponemos como son los principios de igualdad material y no discriminación, de no regresividad, carácter progresivo de los derechos e interpretación *pro persona*.

#### **2.1.2.1. Igualdad formal, igualdad material y no discriminación**

La Constitución en su artículo 11 N° 2 establece que:

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, **orientación sexual**, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquiera otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. **La ley sancionará toda forma de discriminación** (énfasis añadido).

El Estado adoptará las medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”

El reconocimiento expreso del derecho de las parejas del mismo sexo a formar familias mediante vínculos de hecho legalmente reconocidas, hace referencia a la igualdad real o material de que habla el último inciso del artículo 11 N° 2 y

que se reafirma dentro de los derechos de libertad en el artículo 66 N° 4 que reconoce y garantiza el derecho a la igualdad formal y a la igualdad material, así como a la no discriminación. La igualdad material según la Unidad de Igualdad de Género de la Suprema Corte de Justicia de México consiste en, la modificación de las circunstancias que impiden a las personas el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades a través de medidas estructurales, legales o de política pública (Programa de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de México, 2008). Es por eso que nuestra constitución partiendo del reconocimiento formal de igualdad entre las personas, avanza en ese sentido recogiendo la realidad social que viven homosexuales y lesbianas y consagra el derecho estos a formar uniones de hecho legalmente reconocidas, cuando habla de la unión estable y monogámica entre **dos personas** (énfasis añadido), dejando atrás la expresión “entre un hombre y una mujer”. A este respecto surge, como señala Miguel Carbonell una interrogante:

¿El derecho debe servir solamente para lograr la convivencia pacífica en una comunidad o puede ser utilizado para moldear esa misma sociedad según nuestros ideales de justicia?, es decir, ¿El derecho y las normas constitucionales y legales sólo deben decirnos que todos somos iguales o deben también hacernos más iguales?

Y el mismo autor pareciera darnos la respuesta cuando añade:

“El derecho no solamente puede servir como motor del cambio social, sino que de no hacerlo estaría perpetuando el status quo y negando con ello el sentido mismo de la igualdad (...)” (Carbonell, 2011, p. 206)

Este principio, entonces, se convierte en un poder-deber que, reconociendo las desigualdades de grupos minoritarios como el conformado por parejas del mismo sexo, se yergue como un mandato constitucional de respeto, pero no entendido como un deber mínimo de tolerancia, sino como un agente

generador de cambios, los cuales transversalmente entendidos pueden y deben generar nuevas conductas tendientes al pleno respeto de las personas y especialmente de las parejas del mismo sexo, desde la esfera cotidiana del trato social, hasta la adopción de medidas por parte del Estado que tiendan siempre y en todo caso a que el status de igualdad material sea el fin a alcanzar una vez que, enfrentado cualquier servidor público a casos de ejercicio de derechos por parte de estas parejas surjan dudas respecto del alcance y aplicación de estos.

La igualdad material, entonces, no debe ser entendida como contraria o contrapuesta a la igualdad formal. Sino más bien como un desarrollo de la misma o como la materialización de la igualdad formal como concepto abstracto o puramente matemático, que concebía a todos los seres humanos iguales como norma apriorística, sin tomar en cuenta las diferencias entre ellos. Hacia una igualdad que reconoce las diferencias y que supone la creación de condiciones por parte del Estado para que a partir de la diferencia entre las personas, para revertir las desigualdades dentro del contexto que sea. A esto se refiere Soriano (2001, p. 422) cuando dice, la igualdad material no es una negación del formalismo. Más bien supone una adición necesaria para que ese formalismo se humanice y sea una realidad para cada ciudadano.

#### **2.1.2.1.1. Derecho a la igualdad y no discriminación.**

El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra consagrado en el artículo 66 N°4 de nuestra Constitución, así como en la mayoría de instrumentos internacionales de derechos humanos.

En relación con el acápite anterior vemos que, la igualdad se yergue dentro de nuestra Constitución, como principio modelador de todo el sistema jurídico, así como derecho fundamental.

La igualdad como derecho fundamental, según la Corte Constitucional colombiana comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y

la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades (Corte Constitucional de Colombia, 2001), es decir, este derecho alcanza tal y como establece nuestra Constitución, la igualdad formal y material. A lo que debe sumarse el derecho a la no discriminación, es decir, a no recibir tratos arbitrarios fundados en prejuicios (Saba, 2010, p. 83).

El derecho a la igualdad como derecho fundamental implica el que las normas deben ser aplicables por igual a todos los que se encuentran en la situación descrita en el supuesto de la norma; y que dicha igualdad contiene un mandato derivativo de aquel, que es la prohibición de discriminación en cuanto constituye el derecho a no ser discriminado (Navarro, 2010).

A propósito de este derecho el ex Tribunal Constitucional ecuatoriano se ha referido diciendo:

[...] el legislador no solo debe dar el mismo trato a personas que se encuentran en una misma situación sino, además, que no puede realizar diferenciaciones peyorativas entre las personas por razones de “nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole” pues estas constituyen discriminación. Por otra parte, la misma Constitución, en sintonía con la doctrina constitucional sobre la igualdad, prevé la posibilidad de establecer medidas diferenciadoras de carácter positivo, en beneficio de personas o grupos de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad [...] (Tribunal Constitucional del Ecuador, 2006)

Debemos, entonces, reconocer el alcance de dicho derecho desde su faz negativa de no realizar diferencias arbitrarias y por otro lado la faz positiva que consiste en adoptar todas las medidas tendientes a que las diferencias propias existente entre individuos, no se traduzcan en desigualdad, es decir, en discriminación.

### **2.1.2.2. Principio de aplicación directa de la Constitución**

Otro principio que consagra nuestra constitución en su artículo 11 N° 3 es el de aplicación directa de los derechos y garantías y que dice:

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por hechos ni para negar su reconocimiento”.

A esto debemos agregar que el numeral nueve del mismo artículo establece que el más alto deber del Estado es el de respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución.

El principio de aplicación directa implica la no necesidad de que exista siempre y en todos los casos intermediación legislativa para poder aplicar una norma constitucional al caso concreto. (Guastini, 2009. En Carbonell 2011, p.p. 82-83)

A este respecto la Corte Constitucional del Ecuador ha interpretado los preceptos constitucionales que establecen el principio de aplicación directa:

“Los artículos: 11, numerales 3 y 5, 424 y 426 de la Constitución de la República, establecen los principios de eficacia normativa, aplicación directa e inmediata y de favorabilidad para la efectiva vigencia de los derechos y las normas de la Constitución, principalmente aquellas referidas a las garantías de los derechos, sin que pueda alegarse inexistencia de normativa secundaria para inaplicar los derechos, justificar su violación o desconocimiento, negar su reconocimiento o

desechar acciones provenientes de su ejercicio (...)" (Corte Constitucional del Ecuador. En Zaidán, 2012, p. 56)

El principio de aplicación directa de la Constitución, viene a salvar las distancias existentes entre los derechos consagrados por la Constitución y el definitivo ejercicio de los mismos, a decir de Guastini, (2009) esto tiene que ver con el entendimiento de que la Constitución rige a las relaciones particulares y no sólo es un texto dirigido a las autoridades públicas, así como al hecho de que los jueces pueden aplicar la Constitución directamente (p.p. 160-161). Para el caso que estudiamos la vertiente de la aplicación directa que dice relación con la obligación de autoridades y servidores públicos, se constituye evidentemente en una eficaz herramienta a la hora de enfrentar la mecánica del consabido legalismo o reglamentarismo con que estos servidores tienden a dar curso a trámites, dentro de los cuales no pocas veces, se ve directamente implicado el ejercicio de un derecho, especialmente cuando ese derecho es de aquellos originados a partir de uniones de hecho de parejas del mismo sexo, pues en estricto sentido práctico y reconociendo la relativa novedad que estas situaciones implican, el principio de aplicación directa, viene a legitimar de manera inmediata cualquier demanda, que no estando reconocida en una ley o reglamento, específicamente para las parejas del mismo sexo, es tan exigible como cualquier otra que repose por años en una legislación secundaria que no haga mención de estas parejas, por el sólo mandato constitucional.

### **2.1.2.3. Principios de no regresividad y carácter progresivo de los derechos.**

Siguiendo con el desarrollo de los principios constitucionales, existen dos principios que pueden ser vistos como las dos caras de una moneda. De ese modo nos explica Aparicio al referirse al principio de carácter progresivo de los derechos diciendo que éste es simplemente la otra cara del principio de no regresividad (p.30).

Para entender estos principios debemos decir que el principio de no regresividad consagrado primero en el artículo 11 N° 4 de la Constitución señala que: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” y sigue su desarrollo en el inciso segundo del numeral 8 del artículo 11 de la Constitución establece la inconstitucionalidad de cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. Esto significa que en materia de aplicación de derechos estos jamás pueden ser desprovistos de su contenido mínimo, entendido generalmente este contenido como aquel prestacional de los mismos, así nos explica Aparicio (2008, p. 30) cuando nos dice que:

De lo que se trata es de asegurar que una vez que la asamblea legislativa y los poderes públicos en general asumen compromisos para la prestación de los servicios que dan forma o acompañan la efectividad de un derecho, en el futuro no pueda existir una desatención o limitación arbitraria de los mismos.

Este principio, entonces, apunta a la materialización de los derechos como opciones de reclamación de los mismos, es decir, volvemos otra vez a la idea de la faz positiva de la vinculación de los poderes públicos con el contenido de los derechos, a la obligación del Estado de brindar las condiciones que permitan su pleno goce. Una vez que un órgano público operativiza la prestación que hace efectivo ese goce, no existe razón para que esa prestación en el futuro sea otorgada en menor cantidad o calidad, so pena de la inconstitucionalidad de la acción u omisión que la restrinja. Pero nos aclara el texto constitucional que debe tratarse de una restricción injustificada, de lo cual se desprende que podrían existir situaciones en que esas restricciones fueran justificadas, mas estas restricciones, según entendemos, sólo podrían entenderse y extenderse a y en situaciones de emergencia en que por razones de fuerza mayor el Estado no se encuentre en condiciones de asegurar el

pleno goce de un derecho. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que:

[...] las restricciones a los derechos consagrados en la Convención deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse. (CorteIDH, 1985)

Por su parte la CIDH ha señalado que;

[...] Una medida que de alguna manera afecte los derechos protegidos por la Convención debe necesariamente: 1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos. (CIDH, 1996)

Así este principio vendría a establecer un contenido mínimo para los derechos garantizados en la Constitución, por lo tanto, a partir de ese contenido o regla mínima, todo acto de cualquier poder público que sitúe el goce del derecho por debajo de esa mínima, significará una directa transgresión a dicho principio, mientras que si ese acto apunta en el sentido opuesto, lo que estará haciendo es dar vigencia a la contraparte del principio de no regresividad, cual es el principio de desarrollo de los derechos.

El principio de desarrollo de los derechos consagrado en el inciso primero del numeral 8 del artículo 11 de la Constitución, nos señala que “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva y a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”. Para entender este principio volvemos a la idea de la regla mínima, es decir, el goce de los derechos en cuanto prestaciones o servicios brindados por el Estado

debe contar con patrones mínimos que permitan que ese goce sea efectivo, sino, no podría hablarse de derecho sino más bien de una expectativa o un derecho programático. Una vez establecido ese goce, es obligación del Estado propender siempre a la creación de mejores condiciones para su ejercicio, es decir, el contenido del derecho no es estático, se entiende que cualquier condición para su realización es perfectible y es obligación del Estado buscar ese mejoramiento, por lo tanto, aquí se conjugan de manera trascendental las acciones de todos y cada uno de los poderes Estado, allí donde a pesar del mandato constitucional se precise la expedición de una norma que de mayor eficacia a un derecho ya consagrado, entonces, esa norma deberá ser expedida como cumplimiento de este mandato. Así mismo, allí donde el goce de un derecho sea objeto de una contienda judicial, serán los jueces quienes deban desarrollar el contenido del derecho en cuestión, dando la interpretación u ordenando las acciones que permitan el mayor goce posible del mismo. De la misma manera cualquier estamento público llamado a otorgar una prestación o a dar un servicio objeto del contenido de un derecho, dentro de su potestad normativa deberá emitir las directrices que permitan siempre que esa prestación, que ese servicio sean los mejores, partiendo de la base de que ese goce está asegurado por la sola consagración constitucional del derecho y por el establecimiento de una regla mínima a través del principio de no regresividad. En este punto vale recalcar que la labor de todos los poderes del Estado resulta vital en un sistema jurídico en que muchas de sus normas se han vuelto incompatibles con el contenido constitucional y cuya incompatibilidad, en la práctica, no se ha visto resuelta por la disposición derogatoria de la misma Constitución. La aplicación de todo el contenido constitucional no se ha visto realizada en plenitud por su sólo mandato y entendemos que hasta cierto punto esa expectativa podría resultar utópica, pues estamos hablando en el fondo de un cambio de paradigma; de allí la importancia de acciones como las que hemos mencionado para que el desarrollo de los derechos convierta en realidad el contenido de los estos y de sus garantías.

#### 2.1.2.4. Principio de interpretación pro persona.

En la línea de principios de aplicación de derechos, este principio tal vez sea el que busca y apunta de manera más directa a la efectividad de los mismos. El numeral 5 del artículo 11 de la Constitución ordena: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”. Su entendimiento es importante, porque como nos explica Aparicio (2008, p. 31):

Mediante este criterio, **el margen de discrecionalidad** (énfasis añadido) en la aplicación de la normativa por parte de los órganos administrativos, en ocasiones fuente de abusos difícilmente controlables, se ve notablemente limitado pues tan sólo podrá esgrimirse aquella discrecionalidad cuando entre las distintas opciones aplicativas ninguna favorezca más que otra la vigencia de alguno de los derechos constitucionales.

En definitiva este principio orienta el accionar de todos los funcionarios públicos en materia de aplicación de derechos, es decir, cualquier conflicto de normas o de derechos, entendidos estos como de igual jerarquía, deberá ser resuelto en base al criterio que más se ajuste al pleno goce de los mismos por parte de sus titulares. No existe fundamento, entonces, para denegaciones o restricciones por parte de funcionarios públicos, pues estas serían simple y llanamente acciones u omisiones de carácter arbitrario, contrarias al principio en cuestión y al sentido sistemático en que deben entenderse todos los principios constitucionales.

Este principio, especialmente dirigido al ejercicio de funciones por parte de los servidores públicos, da a estos la pauta acerca de cuál debe ser su accionar al momento de verse enfrentados a una duda, un vacío o un posible conflicto de normas en relación al ejercicio de un derecho. La respuesta en cada una de esas situaciones será aquella que mejor responda al favorecimiento ese derecho, entendido como la mejor materialización del mismo y no sólo a su ejercicio, es decir, un mandato de maximización, pues como hemos dicho

antes, el derecho ya está consagrado. Lo que se pone aquí de relieve es la forma en que el mismo pueda ser gozado a plenitud, incluso cuando la propia norma no lo mencione, pues el mandato que está implícito en ella por ser explícito en la Constitución así lo ordena. Pongamos un ejemplo, si una ley reconoce en varias de sus normas el derecho a distintas prestaciones por un mismo hecho a favor de los afiliados al IESS, al momento de producirse ese hecho deberá interpretarse la ley de manera que el goce de esas prestaciones sea acumulativo y de ninguna manera excluyente.

Por otra parte el principio pro persona se configura como límite de arbitrariedad, pues su posible manifestación a través de la discrecionalidad queda acotada en virtud de la observancia del mismo al ordenar el sentido en que debe entenderse siempre la actuación de los funcionarios públicos. Por lo tanto, el margen de liberalidad que pudiera quedar y que a su vez pudiera implicar restricciones o abusos en contra del goce máximo de los derechos es absolutamente limitado, así exista ausencia de norma inferior expresa y se deba recurrir a la aplicación directa del precepto constitucional en el caso concreto.

Hemos dicho que este principio ordena a los servidores públicos administrativos y judiciales y es justamente, como nos dice Aparicio (2008, p. 31) en el ámbito jurisprudencial donde más se ha desarrollado este principio. Muchas veces el ejercicio de derechos consagrados en la Constitución ha sido objeto de restricciones que han impedido su máximo goce o lisa y llanamente han sido desconocidos por parte de los órganos administrativos del Estado y es justamente allí, donde a través de requerimientos judicial (Acción de protección Alcántara & Gómez v/s Registro Civil, Identificación y Cedulación, 2010) ha intervenido la actividad jurisprudencial efectivizando el goce de esos derechos, ordenando el cese de aquella acción u omisión que lo hacía imposible o simplemente dando la interpretación que la propia norma constitucional ordenaba y cuyo mandato había sido desconocido por el órgano estatal encargado de permitir que ese sólo ejercicio o ejercicio máximo pudiera efectivizarse. A propósito de este tema es que más adelante en este estudio

dedicaremos un subcapítulo a la revisión de alguna jurisprudencia ilustrativa de este rol jurisdiccional.

### **2.1.3. Normas constitucionales y legales acerca de la seguridad social**

#### **2.1.3.1. Normas Constitucionales**

Nuestra Constitución a propósito de los derechos y del régimen del “buen vivir” conceptualiza a la Seguridad Social como una prerrogativa esencial del ser humano y como un sistema de atención de necesidades contingentes de la población, como enfermedad, maternidad, paternidad, riesgo de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley.

Específicamente y en cuanto a los “Derechos del buen vivir”, el artículo 34 de la Constitución consagra el derecho a la Seguridad Social, señalando: “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo”.

La seguridad social, así mismo, está relacionada con el ejercicio del derecho a la vida digna, según el capítulo de derechos de libertad de nuestra Constitución.

Para el sistema constitucional, la seguridad social está inserta dentro del sistema de inclusión y equidad que a su vez es parte del régimen del buen vivir.

Este sistema de inclusión y equidad, **se guía, entre otros, por principios de igualdad y no discriminación y así mismo, tiene por objeto asegurar el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución** (énfasis añadido). Así mismo este sistema establece como obligación del Estado el crear las condiciones que permitan asegurar la consecución de la igualdad en la diversidad y la no discriminación, **teniendo como prioridad aquellas acciones tendientes a aquellos grupos que requieran especial consideración por la persistencia de sus desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, etc.** (énfasis añadido), como lo establecen los artículos 340 y 341 de la Constitución.

Por su parte y a propósito del “Régimen del buen vivir”, la norma constitucional en su artículo 368 establece que:

“El sistema de seguridad social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia. El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con el seguro social”

El derecho a la seguridad social abarca, como hemos visto, diferentes aspectos y no es pretensión de este estudio abordarlos todos, por lo cual no centraremos en el régimen de salud y de pensiones.

### **2.1.3.2. Normas legales**

#### **a. Salud**

El 18 de noviembre del 2010 fue publicada en el Registro Oficial la “Ley reformativa a la Ley de Seguridad Social”, esta ley reformativa incluyó dentro de sus cambios la extensión de la cobertura de salud del afiliado a su cónyuge o conviviente con derecho y a sus hijos hasta los dieciocho años de edad, es así que el artículo 102 de la Ley de Seguridad social establece:

El Seguro General de Salud Individual y Familiar protegerá al asegurado contra las contingencias de enfermedad y maternidad, dentro de los requisitos y

condiciones señalados en este Título. La prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales estará a cargo del Seguro General de Riesgos del Trabajo.

El afiliado, su cónyuge o **conviviente con derecho** (énfasis añadido), y sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, así como el jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual. Las beneficiarias del seguro de maternidad recibirán atención de embarazo, parto y puerperio.

Se accederá a las prestaciones de salud de este Seguro en condiciones de libre elección del prestador de servicios de salud, público o privado, dentro de las limitaciones señaladas en este Título. (Ley de Seguridad Social, 2011)

Esta extensión de cobertura de las prestaciones de salud para cónyuges o convivientes con derecho de afiliados (as) se financia con la aportación de hasta el 10% de la materia gravada registrada mensualmente en el sistema historia laboral del IESS. Por su parte los pensionistas de invalidez y vejez del seguro general, y pensionistas de incapacidad permanente o absoluta del seguro de riesgos de trabajo, tienen derecho a cotizar para sus cónyuges o convivientes con derecho el 4,15% de la pensión o renta y para hijos menores de 18 años de edad el 3,41% de la pensión o renta.

De esta manera al reconocerse el derecho de los convivientes a la extensión de cobertura de salud por parte del IESS incluye por simple lógica a los convivientes del mismo sexo. Así mismo se da aplicación a uno de los criterios que de acuerdo al literal a del artículo 6 de la Ley de Seguridad Social debe observarse para la determinación de las coberturas y exclusiones de las contingencias amparadas por el seguro social obligatorio y que dice:

Art. 6.- El Reglamento General de esta Ley definirá, para cada clase de riesgos, las coberturas y exclusiones de cada una de las contingencias amparadas por el Seguro General Obligatorio, los montos de los beneficios,

mínimos y máximos, y los porcentajes de aportación sobre la materia gravada, con sujeción a los siguientes criterios:

- a. Se extenderá progresivamente la protección social **a la familia del afiliado** (énfasis añadido) y se dará preferencia a la prevención de riesgos.

Esta extensión de la protección social a la familia del afiliado debe entenderse en estricta relación con el reconocimiento a la familia en sus diversos tipos establecido en el artículo 67 inciso primero de la Constitución, por lo cual la mención del término familia en cualquier norma secundaria se refiere a todos los tipos de familia, incluida aquella conformada por la unión de personas del mismo sexo. Es así que dicha extensión de cobertura de salud aplica también para el conviviente con derecho del mismo sexo mas en la práctica el acceso a esta prestación aún no se convierte en una realidad, cuestión que analizaremos más adelante.

#### **b. Pensiones**

El artículo 194 de la Ley de Seguridad Social acredita el derecho a pensión de viudez a determinadas personas:

“Acreditará derecho a pensión de viudez:

- a. La cónyuge del asegurado o jubilado fallecido;
- b. El cónyuge de la asegurada o jubilada fallecida; y,
- c. La persona que sin hallarse actualmente casada **hubiere convivido en unión libre, monogámica y bajo el mismo techo, con el causante, libre también de vínculo matrimonial, por más de dos (2) años inmediatamente anteriores a la muerte de éste** (énfasis añadido). Si no hubiere los dos (2) años de vida marital al menos, bastará la existencia de hijo o hijos comunes.

No tendrá derecho a pensión de viudez el cónyuge del beneficiario de jubilación de vejez por edad avanzada, si la muerte de éste acaeciere antes de cumplirse un (1) año de la celebración del enlace.

No habrá derecho a pensión de viudez si más de una persona acredita ante el IESS su condición de conviviente del causante.

Perderá el derecho a pensión de viudez quien contrajera segundas nupcias o entrare en nueva unión libre”.

El artículo 203 de la Ley de Seguridad Social establece el modo de determinación del monto de la pensión de viudez o montepío:

“A la muerte del afiliado de cualquier edad con un mínimo de sesenta (60) imposiciones mensuales, sus derechohabientes recibirán una renta mensual total igual al sesenta y cinco por ciento (65%) de la base de cálculo, que será distribuida entre todos ellos de conformidad con esta Ley.

A la muerte del jubilado o del afiliado con subsidio por incapacidad, cada uno de sus derechohabientes recibirá la parte que le corresponda por Ley, de la cuantía de la última pensión o subsidio percibidos por el causante”.

La ley no hace alusión alguna a la pareja del mismo sexo en concreto, sino al conviviente con derecho, es decir, aquel o aquella que no cuenta con afiliación al IESS ni al ISSFA o ISSPOL, mas aplicando las disposiciones constitucionales pertinentes, y la interpretación que más favorezca al goce del derecho, de acuerdo a la norma que establece que las uniones de hecho generarán los mismo derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, se debe concluir por simple hermenéutica que el conviviente en unión de hecho del mismo sexo que cumpla con los requisitos de la Ley de Seguridad Social tiene pleno derecho a acceder a prestaciones como el montepío.

## **2.2. Jurisprudencia ilustrativa sobre aplicación de derechos**

Como dijimos a propósito de la revisión de principio constitucional de interpretación pro persona, en su aplicación ha sido fundamental la labor de los jueces, han sido estos quienes en ejercicio de su deber de control y aplicación

constitucional al amparo de los principios consagrados en la Constitución, como los que hemos estudiado, han sido la única vía de realización de los derechos para muchas parejas del mismo sexo. En este subcapítulo examinaremos jurisprudencia que nos ilustrará respecto de la aplicación de la Constitución del Ecuador en casos que involucran el ejercicio de derechos por parte de parejas del mismo sexo.

### **2.2.1. Primer caso. (Jurisprudencia Tercera Sala de lo Penal Corte Provincial de Pichincha. 2010-0878 Acción de protección Alcántara & Gómez v/s Registro Civil, Identificación y Cedulación, 2010)**

Causa 2010-0878, acción de protección interpuesta por Daniela Alcántara Michelena y María Belén Gómez Salgado, en contra del Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador el 15 de diciembre del 2010.

- **Fundamento del recurso:** Las accionantes solicitan se ordene en sentencia al Director del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador que se haga constar en la cédula de ciudadanía de María Belén Gómez Salgado, su unión de hecho con Daniela Alcántara Michelena, cuestión que les fue negada por el Registro Civil por tratarse de una pareja del mismo sexo, aduciendo que existe un vacío legal que no permite a dicho servicio llevar a cabo la petición de las accionantes.
- **Juez de primer nivel:** Juez Tercero del Trabajo de Pichincha, rechaza el recurso de protección por improcedente.

#### **Motivación de la sentencia:**

- “La ley que regula las uniones de hecho, así como el Código Civil no establecen que la unión de hecho de origen a un estado civil, por lo tanto, no existe violación de derechos”.
- “Si bien la ley de uniones de hecho y el Código Civil son de épocas distintas a la Constitución de 2008, no por eso se puede hacer caso omiso de ellas, se debe respetarlas”.
- “Si bien la Constitución de 2008 no tiene género, eso no implica que deban regirse estas materias por leyes supletorias de ahí

que el procedimiento seguido por las accionantes es improcedente, pues según la legislación de uniones de hecho y el Código Civil, la reclamación debió hacerse ante el juez de lo civil”.

- **Juez de segundo nivel:** Tercera Sala de lo Penal de Pichincha, acepta la apelación presentada por las accionantes y revoca la sentencia del juez de primer nivel, ordenando al director del Servicio de Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador a que se proceda al inmediato registro de la unión de hecho de las accionantes en dicha institución.

#### **Motivación de la sentencia:**

- El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, esto involucra, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley o acto a la Constitución de la República.
- La constitucionalización del ordenamiento supone que el derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica, donde las reglas siempre deben ser dilucidadas a la luz de los principios y valores previstos en la Constitución.
- Mientras las reglas se aplican por subsunción, los principios se aplican mediante ponderación, este último se constituye, entonces, en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación de derechos fundamentales.
- La práctica jurisprudencial deja de ser una operación de subsunción lógica para convertirse en una operación de argumentación y de interpretación. Es potestad del juzgador dentro de su nuevo rol constitucional, ejercer no sólo en apego a la norma, sino en acogimiento de su criterio y de la defensa a los derechos violentados.
- La Constitución y la ley reconocen la unión de hecho como figura jurídica creada con la intención de proteger a las familias constituidas sin haberse celebrado el matrimonio, de ahí que abarca un conjunto de múltiples y heterogéneas realidades humanas.

- La administración pública está sujeta al ordenamiento jurídico cuya cúspide es la Constitución, lo que consagra la buena fe como principio que debe orientar la actividad de la administración pública, por ello no podrá aceptarse como justificación de una actuación contraria a la buena fe, el estar en ejercicio de una actividad regulada.
- El principio de legalidad en el Estado de derechos y justicia excede al simple respeto a la ley, por lo tanto, se ve vulnerado cuando se actúa contra disposiciones expresas contenidas en tratados y convenios internacionales de protección de derechos humanos, y no sólo quien vulnera la ley.
- El principio de legalidad está íntimamente ligado con la seguridad jurídica que es la base del Estado constitucional de derechos y justicia, por lo tanto, aceptar como válida la resolución del juez de primer nivel es aceptar como normal una posición totalmente arbitraria.
- Negarle a las accionantes el registro de su condición jurídica constituye claramente una violación al derecho a la no discriminación; derecho que le impone al Estado el deber de respeto a la dignidad humana.
- El deber del Estado de respeto a la dignidad humana, le impone a éste deberes positivos y de abstención para velar por las condiciones materiales e inmateriales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida.
- Esas condiciones inmateriales, son requisitos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que deben ser amparados por el Estado.
- El derecho al libre desarrollo de la personalidad, busca proteger la potestad del individuo para adoptar un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre respetando los derechos ajenos y el orden constitucional.

- Se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar aspiraciones legítimas de vida.
- Para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima; y, por lo tanto, no arbitraria, **se requiere de un fundamento jurídico constitucional** (énfasis añadido).
- El no poder o no permitirles constar en su documento de identidad su estado de unión de hecho comporta una vulneración a la dignidad humana de las personas homosexuales que conforman parejas, pues la distinción entre la opción heterosexual y homosexual reduce la posibilidad de los homosexuales de vivir plenamente su opción de vida.

En la jurisprudencia expuesta podemos apreciar la problemática de la que da cuenta este estudio, por un lado el juez de primer nivel, así como el propio Servicio de Registro Civil, Identificación y Cedulación amparan su decisión de no reconocer el estado de la pareja accionante como unidas de hecho en virtud de no existir norma inferior que regule dicha situación.

Esta jurisprudencia pone en discusión algunos de los criterios que hemos recogido en este estudio. En principio se parte del concepto del Estado constitucional de derechos y justicia que implica que el actuar administrativo y jurisdiccional, en este caso, deben someterse a la Constitución, como presupuesto de validez.

La falta de reconocimiento por parte del Registro Civil y del Juez de primera instancia sobre el alcance de los derechos que genera la unión de hecho, por su aparente contradicción con las normas del Código Civil implica un desconocimiento expreso de la nueva concepción de Estado que apareja una serie de consecuencias:

- Se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad al esgrimir la orientación sexual como un impedimento para acceder al reconocimiento de la unión de hecho en la cédula. Teniendo en cuenta que la

orientación sexual se encuentra estrechamente ligada con la libertad de las personas para elegir su proyecto de vida y autodeterminarse.

- Se hace caso omiso del principio de aplicación directa de la Constitución en primera instancia al negar la reclamación de las accionantes aduciendo que el Código Civil no contempla que la unión de hecho genere un estado civil. Pasando por alto todas las normas constitucionales que permiten establecer que, más allá de un estado civil y en función del derecho al libre desarrollo de la personalidad, las personas tienen derecho a que el Estado les reconozca en este caso como pareja en su documento de identificación. Sin necesidad de la existencia de norma secundaria que así lo manifieste.
- Por otra parte, la igualdad formal plasmada en la Constitución entre parejas de igual y distinto sexo se desdibuja en el plano de la igualdad de hecho, pues en este caso, la pareja se ve privada de ser reconocida como tal en su documento de identificación, lo que constituye una diferencia arbitraria con respecto a las parejas heterosexuales. En vista de que el Registro Civil sí inscribía uniones de hecho heterosexuales. Y no porque generaran un estado civil, sino porque se entendía que dicho registro en la cédula obedecía al principio de publicidad que a su vez facilitaba el posterior ejercicio de derechos que esa unión genera.
- Vemos vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación, pues el criterio para negar la inscripción no es otro que la orientación sexual de las personas, utilizado de manera arbitraria, pues no existen condiciones para establecer una desigualdad en el trato a esta pareja y porque no se justifica de manera constitucional ese trato desigual.
- Por otra parte este trato discriminatorio pone a las accionantes en desventaja en relación con su situación anterior cuando ejercieron su derecho a constituirse como una familia. Y por otra parte, el no permitir que se registre su unión constituye una barrera al ejercicio progresivo de los derechos que de ella derivan.

Tal vez pudiera comprenderse de mejor manera el fallo de la Tercera Sala si entendemos que una pretensión puede no estar basada en un derecho que literalmente se encuentra consagrado en una ley, sino que el fondo de la pretensión se encuentra albergada dentro de una construcción jurídica que se obtiene de aplicar los mandatos de maximización a los derechos, de manera que a través de esa construcción encontramos primero, la existencia de un derecho vulnerado y en segundo lugar y por añadidura que esa situación jurídica requiere de una solución de la misma naturaleza sin que la misma signifique necesariamente el cambio de una normativa inferior (y decimos necesariamente porque habrá y de hecho existen situaciones en la que la adecuación de la norma secundaria es imperativo), sino que reconocer el trasfondo jurídico constitucional de la misma, cuestión que opera de manera inmediata y entrega una solución directa que permite terminar con dicha vulneración.

### **2.2.2. Segundo caso. (Jurisprudencia Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas. 2012-0896 Acción de Protección Pillasagua v/s Consejo de Gobierno del Régimen especial de Galápagos, 2012)**

Causa 2012-0896, acción de protección interpuesta por Roberto Gustavo Herrera Quispe, en contra del Presidente del Consejo de Gobierno del Régimen especial de Galápagos y del Director regional de la Procuraduría General del Estado, el 21 de diciembre del 2012.

- **Fundamento del recurso:** El accionante solicita que en sentencia se deje sin efecto el acto administrativo No. 7052 del Comité de Calificación y Control de Residencia del Consejo del Gobierno de Galápagos, que negó la petición de otorgar la calificación de residente permanente de la provincia de Galápagos, a favor de Erick Manuel Pillasagua Ochoa, pareja en unión de hecho del accionante por cuanto, según su criterio, no cumple con los requisitos del artículo 222 del Código Civil, artículo 2 de la Ley que regula las uniones de hecho y artículo 26 N°2 de la LOREG y se ordene a dicho organismo que se emita otro acto

administrativo en que se le otorgue a este último la calificación de residente permanente de la provincia de Galápagos por cumplir con los requisitos que para ello exige la ley.

- **Juez de primer nivel:** Juez primero de garantías penales de Galápagos, admite la acción de protección y declara a lugar la demanda.
- **Apelación por parte de los demandados.**

#### **Argumentos:**

- “La acción es improcedente por cuanto no se ha agotado la vía administrativa ni la judicial, ni tampoco se ha demostrado que esa vía sea ineficaz”.
- “La reclamación del accionante es una declaración de derechos, que no son tutelados por la acción de protección”.
- La Procuraduría General del Estado expresa la existencia de “un punto de quiebre” pues por un lado el artículo 68 de la Constitución reconoce la unión estable y monogámica de dos personas, pero se remite a la ley en cuanto al lapso, condiciones y circunstancias que son fijadas por la ley. Que se tienen, por lo tanto, dudas sobre el alcance de la norma prevista en la Constitución.
- **Juez de segundo nivel:** Tercera Sala de lo Penal del Guayas, desecha la apelación interpuesta y confirma en todas sus partes la sentencia recurrida que admite la acción de protección y declara con lugar la demanda.

#### **Motivación de la sentencia:**

- “La resolución que se impugna por esta vía constituye un acto de discriminación total y absoluta por la orientación sexual del peticionario, puesto que los miembros del comité están legislando con dedicatoria contra ellas, lo cual es evidente, ya que en peticiones realizadas por heterosexuales que tienen formalizada su unión de hecho se procede inmediatamente a calificar y otorgar la residencia permanente”.

- “Del artículo 68 de la Constitución se puede advertir que tiene rango constitucional toda unión estable y monogámica entre dos personas, sin que interese su sexualidad; pues, es verdad de perogrullo que todos los seres humanos somos personas sin ninguna otra distinción”.
- “El ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución, se los podrá promover y exigir en forma individual y colectiva ante las autoridades competentes, que garantizarán su cumplimiento, como lo define el artículo 11 N° 1 de la Constitución”.
- “Por la definición del artículo 424 de la Constitución se precisa que ésta es norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico y que las normas y actos de poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.
- “La decisión administrativa contenida en la resolución N° 7052 del Comité de control de residencia del consejo de gobierno de Galápagos, indudablemente constituye una decisión que vulnera los derechos constitucionales de familia que tiene constituida el accionante con Erick Manuel Pillasagua Ochoa, tomando en cuenta que las normas el artículo 222 del Código Civil y 2 de la ley que regula las uniones de hecho son de jerarquía ordinaria, pertenecen al mundo normativo infraconstitucional, que en esencia se contraponen con la declaración del principio del artículo 68 de la Constitución que es norma suprema y que confrontándolas quedan sin sustento en el propio ordenamiento jurídico nacional, pues, por la fuerza el artículo 424 de la Constitución y al ser contradictorias, estas de inferior rango normativo carecen de eficacia jurídica”.
- “Carece así mismo de eficacia jurídica la resolución N° 7052, pues en ella aparece nítido un discrimen inaceptable y vulnerante de la norma constitucional que declara que todas las personas

son iguales y gozarán de los mismos derechos y oportunidades, artículo 11 N° 2 de la Constitución y que nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, estado civil, [...] orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, [...]”.

- “La propia norma constitucional exige que deben ellas ser interpretadas por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, y que en caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente. En consecuencia al juzgador como parte de su obligación de control de la Constitución y de su aplicación, en el caso que juzga, debe declarar que existe en la resolución N°7052 del Comité calificador de residencia, una vulneración de derechos constitucionales del accionante y su pareja en unión de hecho, que han probado, según lo permite el artículo 68 de la Constitución, **constituyen una familia** (énfasis añadido) fracturas constitucionales que deben ser enmendadas por la vía constitucional escogida que fue declarada eficaz y válida”.
- “Si la ley máxima no distingue, nadie puede distinguir y menos restringir su alcance por vía de interpretación subjetiva”.

Al igual que la primera jurisprudencia expuesta, esta vuelve a dar cuenta de cómo los funcionarios públicos en sus labores aún no terminan de integrar el texto constitucional, es más, sorprende que la Procuraduría General del Estado adujera que existe un “punto de quiebre” entre el artículo 68 de la Constitución y la legislación secundaria que rige las uniones de hecho, cuando el texto constitucional es claro al señalar que [...] la unión de hecho generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio [...], por lo tanto, si la propia Procuraduría General del Estado, que debiera ser una institución llamada a dar los criterios que más y mejor se apeguen al texto y al espíritu constitucional, no lo hace y aduce argumentos que, como tales debieran haber sido superados por una básica revisión del

texto constitucional, ¿Que puede esperarse, entonces, del resto de la institucionalidad pública? He ahí que vuelve a surgir de manera patente la problemática que damos cuenta en este estudio, la internalización del texto constitucional y de su alcance no es problema que permanezca en el ámbito de las discusiones doctrinarias respecto al paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia o del neoconstitucionalismo, sino que trasciende a la esfera del ejercicio mismo de los derechos y de los efectos, que en este caso, tienen las uniones de hecho.

En este fallo sin hacer una gran exposición doctrinaria respecto de la Constitución y sus principios.

- El juzgador hace la ecuación básica que se espera para la concreción del contenido constitucional a la realidad, es decir, si una norma inferior contradice una norma fundamental, norma que crea derechos y la norma constitucional tiene supremacía sobre la norma secundaria, entonces, la norma secundaria deja de aplicarse en virtud de los principios de supremacía constitucional, aplicación directa y pro persona.
- Observamos nuevamente que el principio de igualdad formal no se concreta en igualdad material pues la equiparación constitucional entre uniones de hecho de parejas de distinto y del mismo sexo, no se traduce en el mismo ejercicio para unos y otros de los derechos que ellas generan. En este caso, en el acceso a la residencia permanente en Galápagos.
- La denegación de la residencia permanente constituye un acto discriminatorio. Si comparamos a dos parejas en las mismas condiciones que la del accionante, una heterosexual y otra del mismo sexo, como es el caso. Vemos que la negativa no se sustenta en otro criterio que no sea la orientación sexual como criterio arbitrario y discriminatorio. No existe sustento constitucional para negar la residencia a la pareja del accionante.

- Todas estas cuestiones redundan en el menoscabo a derechos como el derecho a la orientación sexual, ligado este al libre desarrollo de la personalidad. Pues se está condicionando un proyecto de vida y la autodeterminación de las personas por un acto discriminatorio.

### **2.3. La problemática en el ejercicio del derecho a extensión de cobertura de salud para el conviviente con derecho del mismo sexo.**

Hoy en día al amparo del reconocimiento constitucional y protección de la familia en sus diversos tipos y de la propia Ley de Seguridad Social, los y las afiliadas al IESS ya sea como trabajadores activos o pensionistas que requieran hacer extensiva la protección de salud del IESS a su conviviente dependiente en unión de hecho, pueden hacerlo previa solicitud a dicha institución y luego de que, en el caso de afiliados con relación de dependencia, su empleador haya realizado el registro de dependientes del afiliado con su clave de empleador en el sitio web del IESS. En el caso de los afiliados voluntarios y de los jubilados, previo a la solicitud ellos mismos deben ingresar con su clave y hacer el respectivo registro de dependiente en la misma web del IESS.

Hoy vemos que en la práctica la extensión de cobertura de salud para el conviviente con derecho ya es una realidad respecto de parejas heterosexuales, mas las parejas del mismo sexo aún no tienen acceso a ello, pues el sistema informático no lo permite, situación de la que damos prueba por medio del caso de la autora de este trabajo, es así que al momento del ingreso del conviviente dependiente por parte del empleador de la otra conviviente afiliada al IESS el sistema arroja un mensaje de error que indica que no puede agregarse como dependiente a un “cónyuge del mismo sexo” (ver anexo 1) cuestión que impide desde el principio cualquier intento por acceder a dicha prestación.

El error que arroja el sistema informático del IESS constituye una restricción al derecho a la seguridad social.

Como vimos en nuestro primer capítulo el derecho a la seguridad social tiene un contenido que ha sido puntualizado en la Observación General No.19 del CDESCR de la ONU. Veamos ahora como afecta esta restricción en el sistema informático en el derecho a la seguridad social en lo que dice relación a la cobertura de salud.

- La accesibilidad, como parte del contenido al derecho a la seguridad social, la accesibilidad supone, cobertura, condiciones, asequibilidad, participación e información y acceso físico.

La dificultad que supone el sistema informático del IESS dice relación con tanto con la cobertura. La Observación General No.19 establece que todas las personas deben estar cubiertas por la seguridad social, **sin discriminación** (énfasis añadido) (Observación General No. 19 CDESCR, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, 2010) .Y en este caso el impedimento para el acceso a la cobertura de salud viene dado por el género de la conviviente, es decir, porque afiliada y conviviente conforman una pareja del mismo sexo.

Por otra parte la igualdad y no discriminación son abordadas como temas de aplicación amplia dentro de la Observación General No.19 determinando que, es obligación del Estado el garantizar el ejercicio del derecho a la seguridad social sin discriminación alguna. Así como **suprimir la discriminación** (énfasis añadido) de hecho por motivos prohibidos, en los casos en que personas o grupos se vean imposibilitados de acceder a una seguridad social adecuada. Y vemos que a cinco años de la vigencia de la Constitución que reconoce las uniones de hecho de parejas del mismo sexo, a las que otorga los mismos derechos que genera el matrimonio. Y a casi tres años de la reforma a la Ley de Seguridad Social, que permite extender la cobertura de salud a cónyuges y convivientes. El IESS aún no realiza las adecuaciones necesarias en su sistema informático para el acceso a dicho derecho por parte de parejas del mismo sexo.

Existen asimismo otras obligaciones específicas para el Estado en cuanto al derecho a la seguridad social. La Observación General No.19 establece que el Estado tiene las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. A nuestro juicio y en relación con el caso concreto, el Estado ha fallado en su obligación de cumplir.

- La obligación de cumplir supone que el Estado adopte las medidas necesarias para la plena realización del derecho a la seguridad social. Esta obligación de cumplir se puede subdividir en las obligaciones de facilitar, promover y garantizar. En este caso el Estado, por medio del IESS, no ha facilitado el ejercicio a la seguridad social en cuanto a la extensión de la cobertura de salud por parte del conviviente del mismo sexo. Pues no ha realizado una labor mínima, cual es, adaptar sus sistemas informáticos de manera de acceder a dicha prestación.

El Estado ecuatoriano en este caso ha incumplido con sus obligaciones en lo referente a garantizar el ejercicio del derecho a la seguridad social en cuanto a la extensión de salud por parte de parejas del mismo sexo. El impedimento que supone el sistema informático del IESS supone discriminación por orientación sexual, pues las parejas heterosexuales no enfrentan este problema. En virtud de esto también se transgrede el principio de aplicación directa de la Constitución que supone hacer efectivos los derechos que ella consagra sin necesidad de normativa inferior. Asimismo transgrede el principio de igualdad material pues no efectiviza la igualdad formal establecida en la Constitución y en la misma Ley de Seguridad Social restringiendo el acceso a la cobertura de salud. Como también menoscaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la orientación sexual por no permitir el ejercicio de un derecho que tiene relación directa con el modo de vivir particular de las personas, en este caso aquellas que forman parejas del mismo sexo a ser reconocidas como tales para el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social.

## **2.4. La problemática en el ejercicio del derecho a la prestación del montepío por parte de parejas del mismo sexo**

El derecho a la prestación del montepío, al no estar explícita sino implícitamente contemplada, tanto en la Ley de Seguridad Social al hablar de “personas” y en la propia Constitución al usar el mismo término respecto de las uniones de hecho en cuanto generadoras de los mismos efectos que el matrimonio, parece ser aún una dificultad para los funcionarios públicos a la hora de atender reclamaciones de personas que han conformado uniones de hecho con personas del mismo sexo. La interpretación y aplicación de la Constitución en un sentido integral y de la ley en sometimiento y conexión directa con ella hace que esas reclamaciones se conviertan en verdaderas luchas reivindicatorias de derechos, cuyo ejercicio corriente, sin embargo, no debiera implicar más que un mero trámite ante la institución pertinente.

### **2.4.1. El caso de Janeth Peña y Thalía Álvarez**

Janeth Peña y Thalía Álvarez, ambas ecuatorianas, conformaron una pareja en unión de hecho por el lapso de tres años hasta el fallecimiento de ésta última. Como conviviente superviviente de esta unión, Janeth Peña comenzó a mediados del 2011 los trámites para acceder a la pensión de montepío causada por su pareja al tenor de lo dispuesto en el artículo 68 de la Constitución y del literal c del artículo 194 de la Ley de Seguridad Social.

En este caso, un trámite que no debió significar mayor dificultad se convirtió en un periplo de aproximadamente 6 meses para la obtención de dicha prestación por parte del IESS.

#### **Antecedentes:**

1. La pareja contaba con el acta notarial de reconocimiento de unión de hecho desde el 29 de enero del 2010. (Ver anexo 2)
2. La causante contaba al momento de su fallecimiento aproximadamente 17 años de afiliación al IESS. (Ver anexo 2)

En el caso particular que analizamos, la conviviente sobreviviente presentó toda la documentación requerida por el IESS, en un principio funcionarios le indicaron que no podían dar curso a su reclamación por tratarse de una pareja del mismo sexo, se adujo que la imposibilidad provenía de la falta de reforma del Código Civil y de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. (Ver anexo 2)

La conviviente sobreviviente insistió en el trámite, los funcionarios del IESS encargados de éste pidieron pruebas de la existencia de la unión de hecho no obstante haberseles presentado el acta notarial de su reconocimiento, es así que la causahabiente se vio obligada a presentar fotos, cartas de amistades dando fe de la existencia de dicha unión y una serie de otras pruebas (ver anexo 2) todas estas fuera de los requisitos que el mismo IESS exige, a lo que hay que agregar que el trámite tuvo una duración de alrededor de 120 días laborables, es decir, el doble de lo que dura normalmente.

A la luz de estos antecedentes podemos afirmar que estamos frente a un caso de discriminación. ¿Cómo se configura ésta?

En primer lugar, hay que advertir que los funcionarios se niegan a dar curso al trámite única y exclusivamente por el hecho de tratarse de la conviviente sobreviviente de una pareja del mismo sexo. Es decir, no existió fundamento legal ni constitucional que justificara la denegación del trámite, tomando en cuenta, además, que la conviviente presentaba todos los documentos y requisitos necesarios para acceder a la prestación. Por otra parte, la alegación de los funcionarios de la falta de normativa secundaria que regule el trámite del montepío para parejas del mismo sexo, no tiene asidero como justificación para la negativa, en cuanto desconoce el principio de aplicación directa de la constitución y de la propia Ley de Seguridad Social que, como vimos, ya no hace referencia al género a propósito del conviviente en el caso del montepío sino que habla de “personas”. Y reafirma nuestra tesis acerca del apego a la ley y al reglamento por parte de los funcionarios públicos, quienes al no existir

una reforma en la norma secundaria referida al Código Civil y a la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, ven en ello un obstáculo para dar curso al trámite.

En un segundo momento, aceptada a trámite la petición de la conviviente, se le vuelve a discriminar al exigírsele otras “pruebas” de la existencia de su unión de hecho, no obstante haber presentado el acta notarial de reconocimiento. Podemos, entonces, hablar de discriminación, si tenemos en cuenta que a convivientes heterosexuales no se les solicitan otras pruebas de la existencia de la unión de hecho y que, más aun, la propia ley dispensa al conviviente sobreviviente del requisito de los dos años de convivencia cuando existen hijos en común. Por lo tanto, a la exigencia de tales pruebas adicionales, sólo puede obedecer a discriminación por orientación sexual.

Tanto la negativa inicial como el curso del trámite dan cuenta de la discriminación, misma que refleja la influencia del sistema de valores predominante en nuestra sociedad y que a su vez determinan conductas, como la de los servidores públicos del IESS que, basada en cánones patriarcales, andrógenos y heteronormativos, que les impiden entender como normales situaciones (que además se encuentran consagradas en la Constitución) como la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Por otra parte en el caso de Janeth Peña, existe como ya anunciamos, violación de principios y de otros derechos constitucionales relacionados con el derecho a la seguridad social.

En primer lugar y como hemos hecho referencia, la negativa por parte del IESS parte desde la falta de regulación del tema en normas secundarias, violando el principio de aplicación directa de la Constitución que reconoce las uniones de hecho de parejas del mismo sexo y les atribuye los mismos derechos que se generan a partir de un matrimonio.

Por otra parte el trato discriminatorio recibido por la conviviente conculca el principio derecho constitucional a la igualdad formal y material, porque no

reconoce para ella los mismos derechos, ni el mismo trato que para una conviviente de una pareja heterosexual. Poniéndola en una situación de menoscabo no solo frente a la ley, sino también frente a la prestación que en este caso le asistía en el ejercicio de su derecho. Todo lo cual redundaba en la violación a su derecho a la igualdad y no discriminación, el cual, como dijimos, tiene dos vertientes, la igualdad ante la ley y la igualdad de trato y protección por parte de las autoridades, que aquí claramente no se cumplió. No obstante esto, al momento de recibir el montepío el presidente del directorio del IESS, Ramiro González, expresó:

Esta institución cumple con los principios de los derechos humanos y marca un hito histórico en la igualdad de género en el país. Se concede beneficios por primera vez en la historia del Ecuador a sus asegurados sin distinción de género. (El Comercio, Sociedad, 2011, p. 14)

Como veíamos en el acápite anterior el contenido del derecho a la seguridad social, según Observación General No.19 del CESCR, implica entre otros, la disponibilidad, los riesgos e imprevistos, nivel suficiente, y accesibilidad que a su vez se subdivide en cobertura, condiciones, asequibilidad, participación e información y acceso físico.

Dentro de los riesgos e imprevistos están contemplados los sobrevivientes y huérfanos, en relación a ellos la Observación General No. 19 establece que, el Estado debe asegurar que se concedan prestaciones de supervivencia y de orfandad a la muerte del sostén de la familia afiliado a la seguridad social o con derecho a una pensión (Observación General No. 19 CESCR, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, 2010), en este último caso, a lo que la Ley de Seguridad Social denomina conviviente con derecho, que es el caso de Janeth Peña.

Por otra parte a propósito de la cobertura, es donde a nuestro juicio el Estado representado por el IESS no cumple con el contenido al derecho a la seguridad

social, desde el momento en que niega en principio la cobertura para el caso del montepío de viudez y acto seguido lo restringe al imponerle requerimientos arbitrarios para la comprobación de la existencia de la unión de hecho.

Así mismo, la Observación General No.19 establece obligaciones para el Estado en lo referente al derecho a la seguridad social, que dicen relación con el respeto, protección y cumplimiento. La obligación de respetar dice relación con el deber del Estado de abstenerse de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la seguridad social. Esta obligación supone, entre otras cosas, el abstenerse de toda práctica o actividad que, por ejemplo, deniegue o restrinja el acceso en igualdad de condiciones a una seguridad social (Observación General No. 19 CDESCR, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, 2010). En este caso el IESS ha incumplido con dicha obligación, en un primer momento denegando el trámite arbitraria y discriminatoriamente en virtud de la orientación sexual de la conviviente. Y en segundo lugar al exigir requisitos arbitrarios para reconocer la existencia de su unión de hecho.

Además el Estado ha inobservado su obligación de cumplir, la cual supone la adopción de las medidas necesarias, dirigidas a la plena realización del derecho a la seguridad social (Observación General No. 19 CDESCR, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, 2010). Y el IESS no ha capacitado a su personal respecto del contenido constitucional y su alcance en materia de seguridad social, así como respecto de la propia Ley de Seguridad Social.

Por último, el contenido del derecho a la seguridad social también contempla la relación con otros derechos. Hemos analizado en nuestro estudio el derecho a la orientación sexual y el derecho a la familia como vertientes del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Como aquella prerrogativa humana de llevar a cabo un proyecto de vida a partir de la visión particular del mundo de cada persona, de sus valores y convicciones. Tanto homosexuales como lesbianas

gozan de ese mismo derecho, a vivir sus vidas conforme a sus opciones y circunstancias, sin que por ello puedan ser objeto de discriminación alguna. Es, por lo tanto, derecho de estos el constituir familias como parte de sus proyectos de vida, y tal y como lo garantiza nuestra constitución, a partir de vínculos de hecho. Y una vez constituidas esas familias gozar de los mismos derechos que cualquier otra. El derecho a la seguridad social tiene directa relación con la familia, pues su contenido permite, como en el caso del Ecuador proteger y dar cobertura de salud y supervivencia a los hijos, cónyuges o convivientes del afiliado. Cuando se niega a las personas el ejercicio el derecho a la seguridad social en atención a la orientación sexual, se ven afectados también estos derechos. Se invisibilizan las relaciones de familia y se menoscaban los derechos que de ellas se han originado, en este caso a la seguridad social y más específicamente a la prestación de pensión de viudez. Y con todo ello se transgrede la dignidad humana de estas personas.

### **Conclusiones**

El Estado constitucional de derechos y justicia supone una total subordinación de los actos de todos los poderes públicos al contenido de la Constitución, de manera que la validez de estos dependerá del respeto y observancia de los principios y derechos en ella consagrados.

Los principios constitucionales actúan como criterios maximizadores de los derechos, que informan de qué manera estos deben ser comprendidos, para su efectivo goce y respeto.

La Constitución consagra el derecho de las parejas del mismo sexo a conformar familias a partir de uniones de hecho, con los mismos derechos que gozan las familias constituidas por matrimonio. Entre estos se encuentran el derecho a la seguridad social que a su vez se traduce en la extensión de cobertura de salud y montepío para el conviviente dependiente y sobreviviente respectivamente.

A pesar del reconocimiento constitucional de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo y sus derechos, tanto funcionarios públicos, como jueces aun no incorporan este contenido constitucional, negando y restringiendo el ejercicio de derechos por parte de parejas del mismo sexo.

De lo anterior se desprende que el problema para el ejercicio de derechos no está en las normas, sino en los funcionarios públicos y el sistema de valores patriarcal y heteronormativo en virtud del cual ejercen sus funciones.

### CAPITULO III

#### **LINEAMIENTOS DE SOLUCIÓN JURÍDICA: EL ACCESO A LA EXTENSIÓN DE COBERTURA DE SALUD Y AL MONTEPÍO EN PAREJAS DEL MISMO SEXO. DE LA CONSTITUCIÓN AL EJERCICIO DE DERECHOS.**

“La cuestión en las sociedades modernas es brindar seguridad a los que vivan de su trabajo y a su familia para el caso de muerte. El trabajador no distingue su seguridad de la de su familia y no puede sentirse seguro si no tiene la garantía de que su familia estará al abrigo de la necesidad en el caso de que él fallezca.

El fundamento en la actualidad del derecho de pensión radica en resarcir el daño que provoca la muerte del trabajador, aunque éste no fuera el único sostén de la familia. Se busca resarcir propios perjuicios directamente causados por el causahabiente al verse privado de los recursos que con su trabajo le proporcionaba para su subsistencia el fallecido”. (Blanco, 1992, p. 29)

#### **Introducción**

La transición del Estado de Derecho al Estado constitucional de derechos no constituye una labor que se acaba con la vigencia de la Constitución del 2008. El nuevo paradigma supone el entendimiento de una nueva forma de Estado, en que los derechos juegan el rol principal. La estructura social y jurídica de nuestro país está imbuida de un sistema de valores que muchas veces se aleja del espíritu constitucional. Es por ello que surge la necesidad de que el Estado adopte medidas que permitan incorporar este nuevo paradigma a la realidad, a fin de materializar ese rico contenido constitucional.

En el presente capítulo daremos los lineamientos para una solución jurídica a los problemas a que se ven enfrentadas las parejas del mismo sexo a la hora de ejercer su derecho a la seguridad social, en relación con las prestaciones de extensión de cobertura de salud y montepío.

### **3.1. Transición del Estado de Derecho al Estado de derechos.**

Hemos abordado en el capítulo precedente el cambio de paradigma que ha introducido en el Estado ecuatoriano la Constitución hoy vigente, hemos explicado las implicancias que tiene la configuración de un Estado constitucional de derechos y justicia, cómo la Constitución se yergue cómo el máximo e inmediato referente para toda la institucionalidad del Estado y cómo los principios son mandatos de optimización de los derechos consagrados en la Constitución. Mas un cambio de paradigma trae consigo una verdadera revolución no sólo en la esfera jurídica sino también en la social y cultural.

Otro de los puntos analizados es el rol de los funcionarios públicos dentro de este nuevo orden constituido, siendo justamente éstos los llamados a dar vida a ese mandato de aplicación directa, de plena justiciabilidad de los derechos y de entendimiento de los principios como optimizadores de aquellos. Pero en la práctica este cambio de paradigma, ni se ha producido de un día para otro, ni se ha terminado de entender por todos los entes públicos aún. Como hemos demostrado en el planteamiento del problema de este estudio, es justamente en el proceder de los funcionarios públicos donde el pleno goce de los derechos consagrados en la Constitución encuentra su piedra de tope, ya sea porque su actuar restringe ese goce o porque su inactividad los ha dejado en meras expectativas. Bien podría alegarse que en el caso que presentamos la prestación fue dada, lo cual constituye un avance en la materia, pero la sola referencia al trámite del mismo nos hace otra vez patente el problema que hemos planteado al principio de nuestro estudio y es que la parejas del mismo sexo están siendo discriminadas, en virtud de que aún no existe una transformación en el sistema de valores patriarcal, andrógono y heteronormativo que determina las conductas, entre otros, de los servidores públicos y que se materializan en actos de discriminación hacia personas en virtud de su orientación sexual . Por otra parte, si vemos la situación que nos deja en evidencia el sistema informático del IESS en cuanto a la ampliación de cobertura de salud para convivientes del mismo sexo (ver anexo 2) nos deja más que claro que este no es un problema superado.

Es por todo lo expuesto que entendemos que independientemente de la existencia de normas constitucionales claras como las que hemos estudiado, en relación a que el ejercicio de derechos no requiere necesariamente de una norma secundaria, esto choca con la realidad también expuesta. Ahora, si bien el propio texto constitucional contempla un régimen de transición de treinta artículos, este tiene un contenido más orgánico que sustantivo y no atiende el problema que hemos planteado en este estudio. Es por ello que creemos necesaria la adopción de ciertas medidas jurídicas que primero y en base al reconocimiento de una realidad den una solución jurídica al problema planteado, pues el cambio de paradigma constitucional no puede ni debe limitarse a cambios de formas, a nuevas denominaciones para instituciones ya existentes o a la creación de otras nuevas, sino que debe atender al fondo del mismo, es decir, que esos derechos consagrados en la Constitución puedan ser objeto de goce pleno.

Lo que planteamos no es otra cosa que el paso del Estado de Derecho al Estado de derechos. El paso de un modelo en donde la legalidad y el cumplimiento de requisitos formales se convierte en el criterio de validez del accionar estatal, a un modelo donde aquella validez viene dada en la medida en que ese accionar materializa el contenido constitucional y esa materialización lo que pretende es dar vida a lo que la dogmática jurídica denomina **función transformadora del Derecho** (García, 2010, p. 251), es decir, aquella función del Derecho de ser el articulador del cambio social, no como una imposición normativa sino en ocasiones como receptor del mismo y en otros como impulsor de cambios y que es aquello a lo que Carbonell se refería, en la cita que de él hemos hecho a propósito del principio de igualdad, cuando nos habla del papel del derecho como aquel llamado a moldear la sociedad de acuerdo a sus ideales de justicia, en este sentido su criterio reafirma la necesidad de esta función transformadora como motor de ese cambio social (Carbonell, 2011, p. 206). Y en nuestro estudio hemos visto que para que esa materialización se lleve a cabo no basta con la existencia de la Constitución que configure un Estado constitucional de derechos y justicia, pues en la práctica el accionar de los funcionarios públicos no se está

sometiendo a ella, es necesario entonces, encontrar un nexo entre el nuevo paradigma constitucional y la realidad que hemos estudiado, para dar concreción a esa función transformadora.

### **3.1.1. El derecho y su función transformadora**

Mucho se ha discutido en la dogmática jurídica respecto de la función del derecho, desde su concepción más formalista como sistema de regulación de la conducta humana en sociedad hasta el acercamiento filosófico del derecho como receptor de la moral social. Pero sea cual sea el acercamiento que tengamos respecto de la función del derecho no cabe duda que éste posee en sí una función transformadora, así lo hemos visto claramente con el cambio de paradigma que plantea nuestra Constitución y creemos que esa función transformadora que tiende al menos en nuestro país a reconocer y garantizar derechos de la manera más amplia posible, debe reconocer el contexto social y cultural en que esa transformación se desarrolla y es así que nos explica García (2010, p. 251) cuando dice:

La función transformadora del Derecho tiene que contextualizarse o vincularse a la realidad social existente. Las propuestas transformadoras de instituciones jurídicas deben tener en cuenta la estructura, contexto, historia [...] de la sociedad que se pretende modificar. Esta limitación, o si se quiere delimitación, es precisa para no anular las pretensiones del derecho.

Es así que este cambio de paradigma requiere de un proceso de transición en el cual precisamente se recoja el contexto y realidad social en que se desenvuelve y ese proceso a su vez, requiere de herramientas que permitan el paso de un paradigma a otro. En el caso al que se refiere nuestro estudio creemos que la problemática a la que se enfrentan las parejas del mismo sexo a la hora de acceder a prestaciones como la extensión de cobertura de salud y el montepío podría solucionarse por medio de la implementación de una política pública, que recoja justamente la realidad que implica la influencia del sistema de valores patriarcal predominante, hacía uno con más apertura a la

diversidad sexo genérica. Y que dicha política pública, en atención a que la función transformadora del derecho debe tomar en cuenta el contexto social que se quiere modificar, contemple también la expedición de una resolución del Consejo Directivo del IESS, que ordene a sus funcionarios a actuar conforme a la Constitución, en vista del desconocimiento que de ella tienen, es decir, que esta resolución sea la herramienta que permita que esos derechos contemplados en la Constitución, (en atención a que el apego por la norma secundaria no es un problema que se haya superado por su pura vigencia), no encuentren en los funcionarios públicos un obstáculo para su pleno ejercicio. Por lo tanto, de un lado contextualizamos el cambio de paradigma a la realidad que en el desempeño de sus funciones nos presentan los servidores públicos y de otro hacemos viable el cambio de paradigma en general y los derechos que nacen de las uniones de personas del mismo sexo en particular, en este caso en lo que dice relación a las prestaciones del IESS.

### **3.1.2. Las políticas públicas**

Tamayo sostiene que las políticas públicas son:

El conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios.

Desde este punto de vista, las políticas públicas se pueden entender como un proceso que se inicia cuando un gobierno o un directivo público detecta la existencia de un problema que, por su importancia, merece su atención y termina con la evaluación de los resultados que han tenido las acciones emprendidas para eliminar, mitigar o variar ese problema. (Tamayo, 1997)

Por su parte, nuestra Constitución se refiere a las políticas públicas dentro del capítulo de las garantías constitucionales en su artículo 85, como mecanismos que garantizan los derechos reconocidos en la Constitución. Este mismo artículo en su numeral uno establece que, las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y

todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. Es decir, que las políticas públicas apuntan eminentemente a la realización efectiva de los derechos.

En este contexto las garantías adquieren un nuevo enfoque en el paradigma del Estado constitucional. Ahora las garantías trascienden el plano judicial, lo cual supone como dice Silva (2008, p. 67), la idea de que garantizar un derecho implica solamente tutelarlos en caso de que haya sido violado. Sino que se amplía el significado propio de las garantías constitucionales, como todo mecanismo para hacer efectivo un derecho (Silva, 2008, p. 66). Es decir, que las garantías ya no encuentran su razón de ser sólo en el supuesto que existan derechos violados o que se encuentren bajo una amenaza inminente. Sino que adoptan un rol de promoción de los derechos, o como nos dice la misma autora, implican indagar en todos los mecanismos no judiciales que pueden llevar a la práctica los derechos (Silva, 2008, p. 67). Cuestión que guarda estrecha relación con la función transformadora del Derecho, tanto por la diversificación de las garantías en normativas, jurisdiccionales, políticas y servicios públicos, así como por el alcance de su función, que en el caso de las políticas públicas y como señala la propia Constitución, apuntan a la realización efectiva de los derechos.

Entendidas, entonces, las políticas públicas como garantías que apuntan a la plena realización de los derechos y como un conjunto de decisiones, éstas apuntan no sólo al plano normativo, sino a otros aspectos importantes de decisión a la hora de producir un cambio como el que consideramos necesario respecto a la adopción de una nueva visión hacia la diversidad sexo genérica por parte de los servidores públicos del IESS.

### **3.1.3. Lineamientos para una política pública de inclusión sexo genérica por parte del IESS**

La política pública de inclusión sexo genérica del IESS estará compuesta por seis ejes, a saber:

1. Implementación a nivel nacional de programas de capacitación permanentes dirigidos a los funcionarios del IESS en materia constitucional, esencialmente en lo que dice relación a principios, derechos y garantías constitucionales; así como el rol del funcionario público dentro del marco constitucional.
2. Adecuación de los sistemas informáticos de todos los seguros que componen el seguro general, que permitan el acceso a todas aquellas prestaciones a que tengan derechos los convivientes del afiliado o afiliada con derecho, sin distinción de género ni orientación sexual.
3. Creación de una Secretaría de Género a nivel nacional, dependiente de la Secretaría General del IESS, que tendrá por función encargarse de todas las reclamaciones que a propósito de cuestiones sexo genéricas, en relación con las prestaciones del IESS surjan por parte de sus afiliados. Esta Secretaría estará encargada asimismo de la gestión de esta política pública.
4. Difusión pública permanente, a través de todas las vías de comunicación que posee el IESS, del contenido del derecho a la seguridad social, haciendo énfasis en el mandato de igualdad y no discriminación que este posee a la luz de la Observación General No. 19 del CESCR. (Observación General No. 19 CESCR, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, 2010)
5. Implementación de programas de capacitación permanentes para todos los servidores públicos del IESS que laboren en los distintos seguros que componen el seguro general, así como en su red hospitalaria en materia de derechos humanos.
6. Elaboración por parte del Consejo Directivo del IESS de una resolución administrativa que de manera inmediata otorgue a sus funcionarios las

pautas a seguir en caso de recibir una solicitud de prestación de extensión de cobertura médica o de montepío por parte de parejas del mismo sexo.

### **3.1.4. La resolución administrativa como parte de la política pública del IESS.**

#### **3.1.4.1. Concepto**

La resolución administrativa es una orden escrita dictada por el jefe de un servicio público que tiene carácter general, obligatorio y administrativo permanente, y se refiere al ámbito de competencia del servicio. (Racines, 2012)

#### **3.1.4.2. Características**

- Se dictan para cumplir las funciones que la ley encomienda a cada servicio público.
- Alcanza a todo aquello que complementa, desarrolla o detalla a la ley en la esfera de competencia del servicio público.
- Pueden tener alcance nacional o local, tratándose de servicios descentralizados.
- Las resoluciones tienen un enorme impacto en la actividad económica y social, pues tienen un grado de flexibilidad, oportunidad e información que la ley no tiene, y en ese sentido la complementan. (Racines, 2012)

A propósito de esta última característica es que la resolución administrativa puede convertirse dentro del marco de la política pública, en una herramienta de ejecución de la función transformadora de la que hablamos. Y a propósito de que esta función debe tener siempre en cuenta el contexto y realidad social en que se desenvuelve, es que consideramos necesaria una resolución del Consejo Directivo del IESS que establezca normas de atención igualitaria para quienes necesiten acceder a prestaciones en virtud de los derechos que general uniones de hecho de parejas del mismo sexo. De esta manera la resolución vendría a ser el mecanismo que permitiría cumplir con aquel mandato en casos como el que estudiamos, en que son los funcionarios

públicos los que no han incorporado el contenido constitucional de manera directa.

En definitiva, atendiendo a la visión reglamentarista con la que los funcionarios públicos tradicionalmente han entendido el ejercicio de sus funciones y en general al Derecho, resulta lógica la utilización de una norma escrita emanada de su propia institución que les ordene y explique cómo es que deben aplicarse los preceptos constitucionales pertinentes, pues vemos que el principio de aplicación directa de la Constitución por sí sólo no basta, es más, si ni los mismos profesionales del Derecho terminan aún, en la mayoría de los casos, de incorporar el contenido, alcance y aplicación de la Constitución, con mayor razón quienes no tienen dicha formación, como es el caso de los funcionarios públicos, quienes se han convertido hasta ahora en una piedra de tope para el pleno goce de derechos que se manifiestan, particularmente en los caso que estudiamos, en prestaciones del Seguro Social como la extensión de la cobertura de salud y el montepío. Es así que el Consejo Directivo del IESS sería en este caso el encargado de expedir la resolución que proponemos, tal como lo señala el artículo 27 literal c de la Ley de Seguridad Social: El Consejo Directivo tendrá a su cargo: C.- La expedición de las normas técnicas y resoluciones de cumplimiento obligatorio por las demás autoridades del IESS.

### **3.2. Política Pública de inclusión sexo genérica del IESS, ¿Acción afirmativa o cumplimiento del reconocimiento constitucional de las parejas del mismo sexo?**

El principio de igualdad material establecido en el artículo 11 número 2 de la Constitución hace referencia a la acción afirmativa como medio de promoción de la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. Lo que nos podría llevar a pensar que esta medida requiere especiales justificaciones o que su naturaleza es propia de una especie de concesión especial o privilegio. Proponemos esta breve explicación para evitar confusiones e insistir en que se trata exclusivamente de la aplicación del principio de igual ante la ley.

### 3.2.1. Concepto de acción afirmativa

No existe acuerdo en la doctrina acerca de un concepto de acción afirmativa o si este es sinónimo de discriminación positiva, o si se existe una relación género especie entre ambos (García, 2010, p. 264). Pero para analizar por qué la solución jurídica que proponemos no se enmarca dentro de lo que es una acción afirmativa partiremos dando el concepto de Antón (2010, p. 332)

Conjunto de políticas de acción positiva de carácter temporal, en articulación de distintas instancias gubernamentales, ejecutadas por medio de proyectos específicos de empoderamiento para los grupos culturales discriminados, en especial mujeres y jóvenes, para garantizar su acceso a diferentes servicios: educación, salud, seguridad social, empleo, vivienda, generación de ingresos y otros.

Según su función se dice que las acciones afirmativas son de concienciación, facilitación y retribución, que suponen sensibilizar acerca de un problema, promover igualdad para el futuro y la reparación de daños pasados respectivamente. Las acciones afirmativas en definitiva dan un trato diferente a para llegar a una igualdad real, material o de hecho.

### 3.2.2. Solución jurídica: Aplicación de efectos del reconocimiento constitucional de las parejas del mismo sexo, no acción afirmativa.

La solución jurídica que proponemos al problema expuesto debe entenderse desde la estricta aplicación del texto constitucional en su artículo 68, esta norma que abrió paso a las uniones de hecho de parejas del mismo sexo, establece expresamente que los derechos y obligaciones que se generan de estas uniones son **los mismos** que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, es decir, las familias nacidas de vínculos de hecho y derecho gozan del mismo estatus jurídico. Por lo tanto, la inclusión del tema de la diversidad sexo genérica como política pública por parte del IESS, en miras a cambiar el sistema de valores patriarcales que condicionan la conducta de los

funcionarios públicos, y que a su vez permita el acceso igualitario a las prestaciones de extensión de cobertura de salud y de montepío, no es más que la aplicación de ese estatus igualitario. La política pública que sugerimos no solicita al IESS que dé un trato preferente o desigual a aquel afiliado que solicita la extensión de cobertura de salud para su conviviente o a aquel conviviente sobreviviente de una unión de hecho con persona del mismo sexo a la hora de solicitar el montepío que la que daría en el caso de una unión heterosexual. Nuestra solución se sustenta lisa y llanamente en el cumplimiento de la igualdad proveniente de la misma norma constitucional y no en un trato desigual o privilegiado. En definitiva lo que pretende esta política es que los funcionarios del IESS que tienen a su cargo la tramitación de dichos trámites, frente a una solicitud que cumple con los requisitos legales, siempre y en todos los casos procedan de la misma manera, es decir, si la petición es presentada por un afiliado para beneficiar a su conviviente del mismo sexo con la extensión de su cobertura de salud, o por el o la conviviente sobreviviente de una pareja del mismo sexo, den curso al trámite como si se tratara de una petición presentada por el o la conviviente de una pareja heterosexual, de manera que no sea el funcionario quien transgreda el estatus igualitario que a estos da la Constitución.

Lo que hemos expuesto tiene como objeto clarificar la naturaleza de la solución jurídica que proponemos, en virtud de que muchas veces, inclusive en el ámbito doctrinal, se confunden medidas como la que proponemos con acciones afirmativas por estar dirigidas muchas veces a gays y lesbianas pues, como nos dice Antón dentro de los requisitos que suponen las acciones afirmativas está que el trato discriminatorio se dé por la pertenencia a un grupo, en este caso un grupo sexual (2010, p. 333). Pero hemos visto que si bien el problema que plantea este estudio nace, entre otras causas, de un trato discriminatorio, la naturaleza de la solución propuesta no es la de una acción afirmativa, pues no supone ni una medida de concienciación, de facilitación o de retribución, sino el cumplimiento irrestricto de una norma constitucional.

**3.3. Resolución del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Normas para el trato igualitario en los trámites de extensión de cobertura de salud, de montepío y en el sistema informático general del IESS.**

**INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL**

**CONSEJO DIRECTIVO**

Resolución No.C.D.\_\_\_\_\_

**EL CONSEJO DIRECTIVO**

**DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL**

**CONSIDERANDO:**

Que, el inciso primero artículo 34 de la Constitución de la República establece que “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas”;

Que, el inciso primero del artículo 369 ibídem señala que “El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud.”;

Que, el inciso primero del artículo 370 de la carta magna indica que “El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados.”;

Que, el inciso primero del artículo 68 de la Constitución de la República establece que “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.”

Que el artículo 11 numero 2 incisos primero y segundo ibídem indica que “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2.- Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.”;

Que, el artículo 11 número 5 de la carta magna establece que ““El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 5.- En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.”

Que, el inciso segundo del artículo 102 de la Ley de Seguridad Social establece que: El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, y sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, así como el jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual. Las beneficiarías del seguro de maternidad recibirán atención de embarazo, parto y puerperio.

Que, el artículo 194 literal c inciso primer de la Ley de Seguridad Social establece que: “Acreditará derecho a pensión de viudez: C.- c. La persona que sin hallarse actualmente casada hubiere convivido en unión libre, monogámica y bajo el mismo techo, con el causante, libre también de vínculo matrimonial, por más de dos (2) años inmediatamente anteriores a la muerte de éste. Si no hubiere los dos (2) años de vida marital al menos, bastará la existencia de hijo o hijos comunes.”

Que, la falta de adecuación del sistema informático del IESS aun representa un obstáculo para el pleno ejercicio de derechos derivados de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo.

Que, las normas internas del IESS deben armonizar con las de la Constitución de la República.

En uso de la atribución que le confiere el literal c del artículo 27 de la Ley de Seguridad Social,

#### **RESUELVE:**

Expedir las siguientes **NORMAS PARA EL TRATO IGUALITARIO EN LOS TRÁMITES DE EXTENSIÓN DE COBERTURA DE SALUD, DE MONTEPÍO Y EN EL SISTEMA INFORMÁTICO GENERAL DEL IESS.**

**ARTÍCULO 1.-** Para el otorgamiento de extensión de cobertura de salud, si la solicitud para dicha prestación proviene de un afiliado(a) o jubilado(a) para beneficiar con ella a su conviviente del mismo sexo, los funcionarios del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social deberán dar trámite a ésta de la misma manera que si se tratara de una solicitud presentada por el afiliado(a) o jubilado(a) de una pareja heterosexual.

**ARTÍCULO 2.-** Para el otorgamiento de montepíos, si la solicitud para dicha prestación proviene del o la conviviente en unión de hecho de una pareja del mismo sexo, los funcionarios del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social deberán dar trámite a ésta de la misma manera que si se tratara de una

solicitud presentada por el o la conviviente sobreviviente con derecho de una pareja heterosexual.

**ARTÍCULO 3.-** Ningún funcionario podrá exigir requisitos o información distinta o adicional a la que se encuentra establecida en la ley y la normativa interna del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para obtención de la extensión de cobertura de salud en favor del conviviente con derecho del mismo sexo o para la obtención de la pensión de viudez o montepío por parte del o la conviviente sobreviviente con derecho de una pareja del mismo sexo.

**ARTÍCULO 4.-** Los departamentos informáticos de la Dirección General y de las Direcciones Nacionales de los Seguros Generales del IESS, realizarán de manera inmediata todas las adecuaciones necesarias a sus sistemas informáticos a fin de que en ellos no exista ninguna referencia que a propósito de la orientación sexual de sus afiliados pudiera impedir o restringir el acceso a las prestaciones a que tuvieran derecho.

#### **DISPOSICIONES FINALES**

**PRIMERA:** Esta resolución entrará en vigencia a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

**Segunda:** De la ejecución de la presente resolución encárguese el Director General, Subdirector General, los Directores de los Seguros Especializados, el Director de Desarrollo Institucional y los Directores Provinciales dentro de sus respectivas competencias.

COMUNÍQUESE.- Quito, Distrito Metropolitano, fecha.

Fernando Cordero Cueva

**PRESIDENTE CONSEJO DIRECTIVO**

Felipe Pezo Zúñiga

**MIEMBRO CONSEJO DIRECTIVO**

Paulina Guerrero

**MIEMBRO CONSEJO DIRECTIVO**

Bolívar Bolaños

**DIRECTOR GENERAL DEL IESS**

## **Conclusiones**

La transición del Estado de Derecho al Estado constitucional de derechos supone una serie de cambios que van más del ordenamiento jurídico del país, estos cambios suponen una transformación de normas secundarias, de valores y de costumbres sociales, que permita la incorporación especialmente del contenido axiológico y de derechos de la Constitución.

La función transformadora del Derecho reconoce en él una herramienta para el cambio social que, sin embargo, debe observar siempre el contexto histórico y cultural en que quiere implementarse ese cambio.

En virtud de lo anterior es necesaria la adopción de una política pública por parte del IESS, que permita materializar el cambio de paradigma constitucional en materia de seguridad social, que incorpore una nueva visión sexo genérica dentro de su estructura y funcionamiento y que a su vez entregue una herramienta normativa que sirva de puente entre las costumbres y valores arraigados en sus funcionarios y el contexto sexo genérico diverso que supone la Constitución.

## CONCLUSIONES

La diversidad sexo genérica ha estado presente en todos los estadios de la historia humana, mas el reconocimiento de los derechos de quienes la componen ha sido fruto de la lucha emancipadora de los colectivos LGBTI.

La percepción y el trato social y jurídico de la diversidad sexo genérica están fuertemente influenciados por el sistema de valores patriarcales, androcéntricos y heteronormativos predominante en la sociedad, lo que redundo en una visión negativa generalizada hacia homosexuales y lesbianas.

Este sistema de valores patriarcales excluye la visión de la orientación sexual como un derecho ligado al libre desarrollo de la personalidad. Provocando que homosexuales y lesbianas sean discriminados en el ejercicio de derechos.

En relación con el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, homosexuales y lesbianas tienen derechos a formar familia, contando ésta con un reconocimiento expreso en nuestra Constitución.

La seguridad social es un derecho fundamental que se relaciona directamente con el derecho a la familia, pues los vínculos entre las personas que la componen permiten el acceso a prestaciones de la seguridad social por parte de hijos y convivientes.

Existe una interdependencia entre los derechos a la orientación sexual, al libre desarrollo de la personalidad, a la familia y la seguridad social, que determina que el menoscabo de uno de ellos tenga directa incidencia en el ejercicio de los otros.

El nuevo paradigma constitucional instaurado por la carta magna de 2008 sitúa a los derechos de las personas, su respeto y garantía como eje central del Estado, así como presupuesto de validez de sus actos.

Los principios de aplicación de los derechos son mandatos de optimización de ellos, de manera que son indicativos del desarrollo y concreción de los mismos.

El principio de igualdad material constituye un mandato de concreción de la igualdad ante la ley.

La Constitución reconoce el derecho a la orientación sexual como expresión del libre desarrollo de la personalidad. En esta línea son, asimismo, reconocidas las familias conformadas por vínculos de hecho entre personas del mismo sexo.

Las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo tienen los mismos derechos que aquellos derivados del matrimonio, lo que incluye el derecho a la seguridad social en el marco de la familia.

El reconocimiento de familias conformadas por parejas del mismo sexo, así como el de la diversidad sexo genérica en nuestra Constitución, ha supuesto que los funcionarios públicos se enfrenten a situaciones nuevas, como el acceso a prestaciones del seguro social por parte de estas parejas.

El apego de los funcionarios públicos a la norma secundaria, mucha de ella pre constitucional y la influencia del sistema de valores patriarcales, han determinado que estos incurran en actos de discriminación hacia parejas del mismo sexo, en virtud de su orientación sexual. Como hemos visto en los casos expuestos.

Tales actos de discriminación han sido justificados por las instituciones públicas aduciendo la falta de referencia en la normativa secundaria a las parejas del mismo sexo y sus derechos, ignorando el principio de aplicación directa de la Constitución.

A cinco años de la vigencia de la Constitución del 2008 los servidores públicos aun no asimilan por completo su contenido y alcance, situación que redundo en el desconocimiento y/o restricción de derechos de parejas del mismo sexo. Y con ello el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones respecto a la seguridad social.

El derecho posee entre sus funciones, una función transformadora que permite el impulso de cambios sociales. Esta función, sin embargo, debe tener siempre en cuenta el contexto social y cultural en que quiere provocar el cambio.

En virtud del contexto en que debe observar la función transformadora del derecho, la implementación de una política pública por parte del IESS, dirigida a la inclusión sexo genérica se convierte en una herramienta idónea para abordar el problema de la discriminación a parejas del mismo sexo en ámbitos que trascienden lo normativo.

Dentro de la política pública de inclusión sexo genérica del IESS, la emisión de una resolución del Consejo Directivo, orientada a la igualdad de trato para parejas del mismo sexo, atiende al contexto reglamentarista en que se han desenvuelto los servidores públicos tradicionalmente, sirviendo de nexo entre esa realidad y la nueva que la política pública pretende instaurar.

## RECOMENDACIONES

Implementar políticas públicas de inclusión de la diversidad sexo genéricas como eje transversal dentro de las políticas de Estado, que a su vez conduzca al cambio del sistema de valores patriarcal que hoy predomina en nuestra sociedad.

Brindar capacitación en todas las instituciones del sector público acerca de la nueva forma del Estado, de los derechos constitucionales y especialmente de sus principios de aplicación, incorporando el tema de la diversidad sexo genérica. De manera que el ejercicio de la función pública no signifique un obstáculo en el pleno goce de derechos por parte de los ciudadanos, especialmente de las personas que conforman uniones del mismo sexo.

Implementar dentro de todas las instituciones del Estado un sistema de denuncia de actos discriminatorios de cualquier naturaleza, que cumpla con el objetivo de visibilizar y sancionar la discriminación por cualquier circunstancia dentro del servicio público.

Visibilizar dentro de la estructura comunicacional del Estado a la diversidad sexo genérica, a propósito de la difusión del respeto y garantía de los derechos humanos.

Aunque en estricto rigor, las normas constitucionales son de aplicación inmediata y directa, recomendamos desarrollar norma secundaria que permita acercar el contenido de la norma constitucional a la población en general y a los servidores públicos en particular, de manera de permitir una transición real del Estado de Derecho al Estado de derechos.

La utilización dentro de las instituciones del Estado de herramientas, sean estos actos de simple administración, resoluciones, etc. que sin ninguna complejidad permitan implementar el pleno goce de derechos por parte de personas LGBTI y de aquellos derechos generados a partir de uniones de hecho de parejas del mismo sexo.

## REFERENCIAS

- Alexy, R., 2008. La fórmula del peso. En: M. Carbonell, ed. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, pp. 13-42.
- Antón, J., 2010. Afroecuatorianos: reparaciones y acciones afirmativas. En: D. Caicedo & A. Porras, eds. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, p. 332.
- Aparicio, M., 2008. Derechos: enunciación y principios de aplicación. En: D. H. y C. Ministerio de Justicia, ed. *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, pp. 19-40.
- Ávila, R., 2011. *En Neoconstitucionalismo transformador el Estado y el Derecho en la Constitución del 2008*. Quito: Abya-Yala.
- Blanco, L., 1992. *Parejas no casadas y pensión de viudedad*. Madrid: Trivium.
- Carbonell, M., 2011. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Cevallos.
- CIDH, 1996. <http://www.cidh.oas.org>. [En línea] Available at: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Argentina10506.htm> [Último acceso: 3 Septiembre 2013].
- CIDH, 2012. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes..* Washington D.C.: CIDH.
- Código Civil, E., 2013. *Código Civil Libro I*. Quito: eSilec Profesional.
- Corte Constitucional de Colombia, 2001. <http://www.corteconstitucional.gov.co>. [En línea] Available at: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm> [Último acceso: 2 Septiembre 2013].

- Corte Constitucional del Ecuador, 2013. *doc.corteconstitucional.gob.ec*. [En línea]  
Available at: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/32bffee9-f7e1-4b10-8f82-5ee5a085ff0b/0028-11-ti-dictamen.pdf?quest=true>  
[Último acceso: 28 Agosto 2013].
- CorteIDH, 2012. <http://www.corteidh.or.cr>. [En línea]  
Available at: [http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com\\_content&view=article&catid=40:resumen&id=1612](http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com_content&view=article&catid=40:resumen&id=1612)  
[Último acceso: 28 Agosto 2013].
- CorteIDH, 1985. <http://www.corteidh.or.cr>. [En línea]  
Available at: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf)  
[Último acceso: 3 Septiembre 2013].
- CorteIDH, 2005. <http://www.corteidh.or.cr>. [En línea]  
Available at: [http://www.corteidh.or.cr/docs/gacetas/Gaceta\\_03.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/gacetas/Gaceta_03.pdf)  
[Último acceso: 26 Agosto 2013].
- CorteIDH, 2012. <http://www.corteidh.or.cr>. [En línea]  
Available at: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)  
[Último acceso: 27 Agosto 2013].
- Ecuador, C. d. I. R. d., 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. Ecuador: eSilec Profesional.
- El Comercio, S. R., 2011. Una lesbiana recibió pensión por su pareja fallecida.. *El Comercio*, 15 Diciembre, p. 14.
- Es.Scribd, 2013. [es.scribd.com](http://es.scribd.com). [En línea]  
Available at: <http://es.scribd.com/doc/53151490/La-Familia-en-Grecia-y-Roma>  
[Último acceso: 8 Febrero 2013].
- FEDAEPS, 2002. Quito: s.n.
- Ferrajoli, L., 2009. Pasado y futuro del Estado de Derecho. En: M. Carbonell, ed. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, p. 18.
- García, J., 2010. Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa. Los problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo. En: D. Caicedo & P. Angélica, edits. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, pp. 249-284.
- Giddens, A., 2010. *Sociología*. Cuarta ed. Madrid: Alianza.

- Hernández, F. G., 2013. *Scielo*. [En línea] Available at: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1984-64872013000100003&script=sci\\_arttext#1b](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1984-64872013000100003&script=sci_arttext#1b) [Último acceso: 26 Agosto 2013].
- Herrera, J., 2002. La construcción de las garantías. Hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad.. *Estudios Legislativos*, II(II), pp. 15-57.
- Herrero, J., 2001. *La sociedad gay una invisible minoría*. Madrid: Foca Ediciones.
- IESS, 2009. *www.iess.gob.ec*. [En línea] Available at: <http://www.iess.gob.ec/documents/10162/61011/TramitePensionMontepio.pdf> [Último acceso: 6 Mayo 2013].
- IESS, 2013. *Servicios de Salud*. [En línea] Available at: <http://www.iess.gob.ec/es/web/guest/servicios-de-salud1> [Último acceso: 25 Junio 2013].
- IESS, 2013. *www.iess.gob.ec*. [En línea] Available at: <http://www.iess.gob.ec/en/inst-quienes-somos> [Último acceso: 26 Febrero 2013].
- Jurisprudencia Tercera Sala de lo Penal Corte Provincial de Pichincha. 2010-0878 Acción de protección Alcántara & Gómez v/s Registro Civil, Identificación y Cedulación (2010).*
- Jurisprudencia Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas. 2012-0896 Acción de Protección Pillasagua v/s Consejo de Gobierno del Régimen especial de Galápagos (2012).*
- Ley de Seguridad Social, I., 2011. *Ley de Seguridad Social*. Quito: eSilec Profesional.
- Martín, M., 2008. *Matrimonio homosexual y Constitución*.. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Melgar, M., 1994. *Comentario al artículo 3. Derechos del pueblo mexicano a través de sus Constituciones*.. México D.F.: Manuel Porrúa.
- Navarro, M., 2010. <http://www.derechocambiosocial.com>. [En línea] Available at: <http://www.derechocambiosocial.com/revista020/derecho%20a%20la%20igualdad.htm> [Último acceso: 2 Septiembre 2013].
- Observación General No. 19 CESCR, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, 2010. <http://conf-dts1.unog.ch/>. [En línea] Available at: [http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos hum Base/CESCR/00\\_1](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos%20hum%20Base/CESCR/00_1)

- obs\_grales\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN19  
[Último acceso: 28 Agosto 2013].
- Palacio, J. I., 2010. <http://www.corteconstitucional.gov.co>. [En línea]  
Available at: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DERECHO%20A%20LA%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20EN%20SALUD.PHP>  
[Último acceso: 28 Agosto 2013].
- Palacios, J., Rodrigo, J., 1998. *Familia y desarrollo humano*. Madrid: Alianza.
- Pautassi, L., 2003. El derecho a la seguridad social. Una aproximación desde América Latina. En: V. A. M. C. C. Abramovich, ed. *Derechos Sociales*. México D.F.: Fontamara, p. 244.
- Programa de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de México, 2008. <http://www.equidad.scjn.gob.mx>. [En línea]  
Available at: <http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?article46>  
[Último acceso: 2 Septiembre 2013].
- Racines, A., 2012. <http://www.slideshare.net>. [En línea]  
Available at: <http://www.slideshare.net/adrianracines/acto-administrativo-y-normativo-resoluciones-administrativas-y-hecho-administrativo>
- Reglamento para atención de salud integral y en red de los asegurados, I., 2011. *Reglamento para atención de salud integral y en red de los asegurados*. Quito: eSilec Profesional.
- Restrepo, C., Sánchez, S., Tamayo, C., 2010. *Derecho y diversidad sexual*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Saba, R., 2010. (Des) Igualdad Estructural. En: D. Caicedo & A. Porras, edits. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, pp. 53-94.
- Silva, C., 2008. Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?. En: R. Ávila, ed. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, pp. 51-84.
- Soriano, S., 2001. <http://www.uca.edu.sv>. [En línea]  
Available at: <http://www.uca.edu.sv/revistarealidad/archivo/4d6527904facedelaigualdad.pdf>  
[Último acceso: 2 Septiembre 2013].
- Tamayo, M., 1997. [uca.edu.sv](http://uca.edu.sv). [En línea]  
Available at: [http://uca.edu.sv/mcp/media/archivo/f98099\\_tamayosaezelanalisisdelaspoliticaspublicas.pdf](http://uca.edu.sv/mcp/media/archivo/f98099_tamayosaezelanalisisdelaspoliticaspublicas.pdf)  
[Último acceso: 4 Septiembre 2013].
- Tribunal Constitucional del Ecuador, 2006. *Resolución No.030-2006-TC*, Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador.

- UEES, 2004. Análisis sobre seguridad Social. *Cuaderno de investigación*, Junio, Volumen 11, p. 3.
- Zaidán, S., 2012. *Neoconstitucionalismo "Teoría y práctica en el Ecuador"*. Quito: Cevallos.
- Zambrano, A., 2011. *Del Estado constitucional al Neoconstitucionalismo*. Lima: Edilex.

**ANEXOS**

**ANEXO 1**

**CAPTURA DE PANTALLA SISTEMA INFORMÁTICO DEL IESS,  
FORMULARIO PARA LA EXTENSIÓN DE COBERTURA DE SALUD A  
CÓNYUGE O CONVIVIENTE DEL AFILIADO/A EN RELACIÓN DE  
DEPENDENCIA**

SISTEMA DE EMPLEADORES - Mozilla Firefox

https://www.iesg.gob.ec/empleador-web/pages/registroDependiente/agregarDependiente.jsf

Ayuda | Salir

**Avanzamos Seguros...!**

Usuario: 1707051551 - NOVILLO ANDRADE CARMEN DE LAS MERCEDES - [Cambiar Clave](#)

**Inicio**

**Afiliados**

- Registro de Novedades
- Avisos de Entrada
- Días laborados Tiempo Parcial
- Consulta de novedades
- Clave de afiliados**
- Registro Dependientes
- Rectificación y Anulación de Novedades
- Eliminación de Registro de Afiliación

**Comprobantes**

**Empresas**

**Planillas**

**Registro de dependientes**

No puede agregar a un cónyuge que sea del mismo género.

**Dependientes Seleccionados**

**Ubicación geográfica del dependiente**

Los campos marcados con (\*) son obligatorios

Tipo de dependiente: Conviviente o Unión Libre

\* Cédula de identidad: [Nueva Búsqueda](#)

**Datos Personales**

<b>Nombre y Apellido:</b>	LEON GUAJARDO MARIA GABRIELA	<b>Cédula de Identidad:</b>	1727845826
<b>Nacionalidad:</b>	ECUATORIANA	<b>Edad:</b>	36 AÑOS 10 MESES 25 DIAS
<b>Género:</b>	FEMENINO	<b>Fecha Nacimiento:</b>	11-06-1976
<b>Estado Civil:</b>	SOLTERO	<b>Nombre del Cónyuge:</b>	

Si vive en la misma dirección del Afiliado/Pensionista puede poblar los campos pulsando **Poblar Datos**

## ANEXO 2

### ENTREVISTA A JANETH PEÑA

1. **¿Usted y Thalía habían realizado el trámite ante la notaría para el reconocimiento de su unión de hecho? ¿Si es así, tuvieron problemas para que el notario realizara el acta de reconocimiento de su unión?**

**Respuesta:** Teníamos el acta de reconocimiento de unión de hecho desde el 29 de enero del 2010.

2. **¿Cuánto tiempo de unión de hecho tenían al momento de fallecer Thalía?**

**Respuesta:** Teníamos tres años y un mes de unión y un año y un mes de realizada el acta de reconocimiento de la unión de hecho.

3. **¿Cuánto tiempo de afiliación al IESS tenía Thalía al momento de fallecer?**

**Respuesta:** Tenía aproximadamente 17 años de afiliación al IESS.

4. **¿Tenían ustedes, previo al fallecimiento de Thalía, el conocimiento de que usted podía ejercer su derecho al montepío?**

**Respuesta:** Sí, teníamos pleno conocimiento porque ambas trabajamos en la Asamblea Constituyente de Montecristi durante los años 2007 y 2008 y como activistas LGBTI luchamos porque se incluyera el actual artículo 68 en la Constitución, así que conocíamos las implicancias jurídicas del reconocimiento de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo.

5. **¿Cuáles fueron las principales dificultades que tuvo que enfrentar en el trámite ante el IESS para poder tener acceso al montepío?**

**Respuesta:** Fueron varias, primero me dijeron que desconocían el artículo 68 de la Constitución y que, por lo tanto, no podían recibirme los papeles para el trámite. Me dijeron que no podía acceder al montepío porque se

trataba de un caso de una pareja del mismo sexo. Al hablar con la directora del departamento jurídico del IESS, me indicó que iban a recibir mi solicitud porque no podían negarse a hacerlo, pero que de antemano me advertía que mi trámite sería negado, ya que no podía dársele curso sin una reforma al Código Civil y a la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

**6. ¿A qué atribuye principalmente esas dificultades?**

**Respuesta:** Atribuyo las dificultades principalmente al desconocimiento de la Constitución y a la discriminación en contra de las personas LGBTI, por eso cada negativa que me dieron pedí que me la dieran por escrito y con esos documentos les aclaré que iniciaría las acciones legales pertinentes, por desconocer la Constitución y por discriminarme.

**7. ¿Hubo mención por parte de funcionarios del IESS de normas legales les impidieran dar curso a su reclamo?**

**Respuesta:** Siempre mencionaban que mi trámite no era viable por no existir las reformas al Código Civil y a la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, incluso hicieron una consulta a la Procuraduría General del Estado respecto de mi caso, institución que se limitó a contestar que no era su competencia aclarar el tema y que era el IESS quien debía decidir qué hacer con mi petición.

**8. ¿Cuál fue la solución que permitió que usted en definitiva pudiera acceder al montepío que por ser conviviente sobreviviente de Thalía le correspondía?**

**Respuesta:** La solución fue simplemente insistir todos los días y presentar cada documento y requisito que me pidieron, porque al IESS no le bastó con que presentara los requisitos que exige la ley sino que me pidieron pruebas de la existencia de mi unión de hecho a pesar de haber presentado el acta de reconocimiento, por lo tanto, tuve que presentar declaraciones de personas cercanas, amigos, fotografías, etc. los funcionarios encargados de mi trámite incluso conversaron con los guardias de la urbanización donde

vivíamos para cerciorarse de que Thalía y yo habíamos sido pareja. Por eso, como presenté todos y cada uno de los requisitos, legales y no legales fue que el trámite siguió adelante, no fue sino mi insistencia, mis llamados a diario mi presencia prácticamente a diario en el IESS lo que permitió que este trámite saliera, fue una lucha de casi seis meses para lograr que reconocieran mi derecho al montepío como conviviente sobreviviente de Thalía.

**9. ¿Sabe si existen otras parejas con problemas como los que usted tuvo que enfrentar en el IESS?**

**Respuesta:** Sí, tengo conocimiento de que existe un caso más en la ciudad de Guayaquil de Fabián Bruno Díaz a quien le negaron el montepío por su pareja fallecida con quien tuvieron veinte años de convivencia.

**10. ¿A su juicio habría algún mecanismo legal que pudiera implementarse en el IESS para que otros convivientes cuyas parejas del mismo sexo han fallecido no tengan que enfrentar las dificultades que Usted enfrentó?**

**Respuesta:** Creo que debería existir algún reglamento para las instituciones públicas en general, porque tuve problemas en muchas partes, desde la funeraria hasta el IESS, creo que un reglamento que les obligue a los funcionarios públicos a aplicar la Constitución directamente como la misma Constitución lo ordena, porque si no estos problemas y esta discriminación van a continuar.