



FACULTAD DE DERECHO

DERECHOS SEXUALES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y SU BRECHA EN LA
APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República.

Profesora Guía
LL,M. María Dolores Miño

Autora
Carla Andrea Pino Porras

Año
2014

DECLARACIÓN DEL 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 escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

LI, M. María Dolores Miño
C.I: 1713220786

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

Carla Andrea Pino Porras
C.I.: 0604840652

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi familia y amigos, que han sido el pilar y la fuerza que me guían a concluir con mis metas en la vida.

A todos los maestros, que con sus conocimientos a lo largo de toda esta noble carrera, han contribuido a mi formación académica y personal; en especial a todas las personas que me guiaron en la realización y presentación de esta investigación.

RESUMEN

La Constitución de 2008 transformó el orden jurídico del país, asumiendo una nueva forma de interpretación de los derechos sexuales. Sin embargo, a pesar del reconocimiento constitucional de los mismos, su aplicación no se ha podido dar de la manera adecuada en el Ecuador. Hay que tomar en cuenta que, el sistema jurídico nacional debe buscar la mayor aplicación de los Derechos Humanos. Esto en el campo de los derechos sexuales todavía no se ha dado, debido a que existe una brecha en su materialización.

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo realizar un estudio sobre la aplicación de los derechos sexuales, esto con el fin de demostrar que son todavía tratados como un tema tabú e incluso religioso en el país. Para esto se utilizará la metodología de Alda Facio, para examinar el fenómeno legal orientado a los derechos sexuales.

Esta metodología en primer lugar, analizará la normativa constitucional, instrumentos internacionales, debates de la Asamblea Constituyente y jurisprudencia de la Corte Constitucional, para finalmente, investigar el componente político cultural, es decir, cómo perciben las personas los derechos sexuales.

Con la finalidad de demostrar la existencia de la brecha que existe entre lo que manda las normas constitucionales, con la real aplicación de los derechos de los ciudadanos en el sistema judicial ecuatoriano.

ABSTRACT

The 2008 Constitution became the law of the land, assuming a new way of interpreting sexual rights. However, despite the constitutional recognition of the same, its application has not been able to give the right way in Ecuador. We must take into account that the national legal system should seek the greatest application of Human Rights. This field of sexual rights has not yet been given, because there is a gap in its realization.

This research aims to conduct a study on the implementation of sexual rights, this in order to show that they are still treated as taboo and even religious in the country. For this methodology *Alda Facio* is used to examine the legal phenomenon oriented to sexual rights.

This methodology first analyzes constitutional law, international instruments, the Constituent Assembly debates and decisions of the Constitutional Court, to finally investigate the cultural political component, In other words, how people perceive sexual rights.

With the purpose of prove the existence of the gap between what the constitutional requirements dictate; and the actual implementation of the citizens' rights, in the Ecuadorian judicial system.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. Capítulo I. Caracterización de los Derechos Humanos y de los Derechos Sexuales	4
1.1. ¿Qué son los Derechos Humanos?	5
1.2. La sexualidad humana vista desde el Género	14
1.3. ¿Que son los Derechos Sexuales?	18
1.4. Los derechos sexuales como derechos humanos	20
1.5. Obligaciones del Estado en materia de derechos sexuales	21
2. Capítulo II. Metodología del análisis de género del fenómeno legal.....	25
2.1. Presentación del método	26
2.1.1. Componente Formal Normativo	28
2.1.2. Componente Estructural	29
2.1.3. Componente Político Cultural	34
2.2. Influencia del componente político cultural en el componente formal normativo:	35
2.3. Influencia del componente formal normativo en el componente político cultural:	36
2.4. Influencia del componente formal normativo en el componente estructural:	38
2.5. Influencia del componente estructural en el componente formal normativo:	39
2.6. Influencia del componente político cultural en el componente estructural	39
2.7. Influencia del componente estructural en el componente político cultural	41
3. CAPÍTULO III. Componente Formal Normativo	43
3.1. El Estado Ecuatoriano como Estado Constitucional de Derechos y Justicia	43
3.1.1. Estado Constitucional	44

3.1.2. Estado de Derechos	47
3.1.3. El Estado de Justicia.....	47
3.1.4. Bloque de Constitucionalidad en materia de Derechos Humanos ...	48
3.1.5. Obligaciones del Estado	48
3.2. Normativa Internacional	52
3.3. Análisis de normativa Constitucional referente a los Derechos Sexuales	56
3.4. Análisis de normativa legal referente a los Derechos Sexuales.....	60
4. Capítulo IV. Componente Estructural y Político Cultural	66
4.1. Ámbito estructural	67
4.1.1. La Asamblea Nacional Constituyente 2008	67
4.1.2. Debates de la Asamblea Nacional Constituyente 2008. Acta 050.....	67
4.1.3. Jurisprudencia Constitucional	80
4.3. Ámbito político cultural:	89
4.3.1. Cuándo se habla de sexualidad y derechos. ¿Cómo se los perciben los dentro de los diferentes actores sociales?.....	89
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES	98
REFERENCIAS.....	102

INTRODUCCIÓN

Los derechos sexuales son derechos reconocidos constitucionalmente, que han venido tomando fuerza en los últimos años en el Ecuador. Gracias al desarrollo de los Derechos Humanos, los derechos sexuales han estado presentes en los nuevos debates de la sociedad.

Como se demostrará en este trabajo de investigación por varios motivos, los derechos sexuales no se han materializado en el ordenamiento jurídico nacional, como claro ejemplo, a pesar de que se reconoce la no discriminación sexual y la igualdad ante la ley, se prohíbe estos derechos a personas sexualmente diversas.

Estos conflictos, sumados a la ausencia de codificaciones eficaces que regulen los derechos sexuales, dan como resultado que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, existan hechos que atentan en contra de los derechos sexuales y por lo tanto a los Derechos Humanos. En tal sentido, es necesario que se visibilice la existencia de la brecha por la cual estos derechos no pueden ser debidamente ejercidos para así, lograr que puedan ser materializados tal como lo exige la Constitución y los instrumentos internacionales.

Este trabajo de investigación, nace de la curiosidad jurídica por buscar los medios para proteger la continua discriminación sexual que se tiene hacia las mujeres, las personas sexualmente diversas, adolescentes, niños y adultos mayores. Lo que genera cuestionamientos como: ¿Qué pasa con los derechos de las personas sexo diversas? ¿Por qué a pesar de tener una Constitución garantista, no hay igualdad en los derechos sexuales?

La sexualidad en la actualidad, se la vive en un campo de peligro, violencia y enfermedades, cuando lo que se debe buscar es una sexualidad libre de estereotipos y dogmas. Esta es la importancia del tema seleccionado, y si bien es cierto, el nuevo marco constitucional del país establece como deber de todos quienes conforman el Estado, respetar y hacer respetar por sobre todas las cosas los Derechos Humanos, la aplicación de los derechos sexuales se ha visto continuamente transgredida en el país.

Para una mejor orientación, esta tesis utilizará la metodología desarrollada por la autora Alda Facio, que consiste en analizar el fenómeno jurídico partiendo de tres componentes que se encuentran interrelacionados entre sí, estos componentes son: componente formal normativo, componente estructural y componente político cultural.

El primer capítulo, tendrá como propósito concebir a los derechos sexuales como Derechos Humanos, este componente partirá con un análisis y definición de los derechos humanos, para de ellos extraer elementos que ayuden a definir los derechos sexuales.

El segundo capítulo señalará y analizará la metodología de la autora Ada Facio y como los componentes servirán para comprobar los objetivos de la tesis.

El tercer capítulo abordará el componente formal normativo con un análisis de la normativa constitucional y legal en materia de derechos sexuales.

El cuarto capítulo analiza el componente estructural mediante la presentación de los debates ocurridos en la Asamblea Nacional Constituyente del 2008, así como de jurisprudencia emitida por cortes ecuatorianas con el objetivo de conocer en qué contexto nacieron las normas constitucionales que amparan a los derechos sexuales y cómo los administradores de justicia ecuatorianos interpretan y aplican estas normas. Finalmente, en el último componente político cultural se presentan diferentes posturas de distintos grupos sociales a cerca de los derechos sexuales, para establecer que culturalmente existe una concepción polarizada que limita la plena materialización de estos derechos.

Cada uno de los capítulos evidenciará la importancia de la aplicación de los derechos sexuales, tomando en cuenta la realidad de igualdad ante la ley que existe en el Ecuador, cabe preguntarse: ¿La Constitución quiso negar la facultad de casarse a las personas con diversidad sexo genérica?, ¿Con tantos avances constitucionales, el Ecuador se puede permitir no tener una ley que regule los derechos sexuales?

Lo que menos anhela el país, es un sistema que fomente la discriminación, por lo tanto, este trabajo busca denotar que la sexualidad humana es un aspecto fundamental para el desarrollo de la vida, y evitar que se lo siga tratando como un tabú.

1. Capítulo I. Caracterización de los Derechos Humanos y de los Derechos Sexuales

Introducción

Los derechos humanos han sido creados con el deseo de satisfacer las necesidades más básicas de las personas, respetando su integridad y dignidad¹ en todos los rincones del planeta. Es con el día a día que se van ampliando y desarrollando los contenidos de estos derechos y es debido a las voces de personas y comunidades que luchan por ejercer su libertad para la toma de decisiones respecto de su cuerpo, entendiéndolo como el espacio, en donde entra la sexualidad como factor determinante que deben ser entendido y protegido por ser fundamental para el desarrollo de la vida de cada persona.

Este capítulo pretende definir y con ello entender a los derechos sexuales a partir de elementos que son característicos de los derechos humanos; la libertad, propiedad, autonomía, serán las facultades iniciadoras hacia la búsqueda de vincular a la sexualidad como un derecho exigible para todas las personas y necesaria para la construcción de una vida digna.

En el debate sobre los derechos sexuales se plantea que éstos derechos parten y/o se fundamentan de los derechos humanos pero, ¿qué quiere decir esto?, ¿Cómo son entendidos y definidos los derechos humanos y cuál es su contenido respecto de la sexualidad?

La estructura que este capítulo utiliza para el desarrollo de estos planteamientos consiste en: primeramente definir a los derechos humanos desde distintas teorías, con el fin de extraer elementos característicos que, en un segundo momento nos ayuden a caracterizar y definir a los derechos sexuales como parte de los contenidos específicos dentro del marco de protección de los derechos humanos.

¹ La dignidad significa el reconocimiento de la esencia misma de las personas, es decir reconocer que las personas son fines en sí mismo y no objetos para satisfacer un fin. Además, la dignidad está encaminada a dotar a las personas de autonomía para escoger su plan de vida y ejecutarlo.

Basándose en las diferentes visiones que definen y critican teóricamente a los derechos humanos, teorías con ideales iusnaturalistas, liberales, positivistas, feministas entre las más importantes; utilizadas para determinar elementos estructurales como son: los sujetos titulares de derechos, el Estado, sus prerrogativas y garantías. Elementos que en conjunto y debidamente analizados sirven de pauta para determinar el por qué nace una brecha en la aplicación de los derechos sexuales con las normas constitucionales en la legislación ecuatoriana.

1.1. ¿Qué son los Derechos Humanos?

Los derechos humanos no poseen un único y determinado concepto que sea capaz de definirlos abarcando todos sus contenidos, es más, en su debate se busca reconceptualizarlos es por ello, que en esta investigación se discutirán algunos de éstos conceptos, buscando elementos que permitan definir los derechos sexuales como derechos humanos.

Partiendo de las ideas originarias de la definición de los derechos humanos en la visión del padre del liberalismo político John Locke², que mira a los derechos de la vida, la libertad y la propiedad como derechos fundamentales³ se plantea:

²Locke a través de su punto de vista cristiano creía que una persona por el hecho de nacer, tiene derecho a la **vida**. Así, la vida no se refiere a la forma en que se vive o lo que sucede durante esa vida sino que se refiere simplemente a la condición de estar vivo, también, creía que el hombre en su estado natural era ingobernable e individualista, por lo tanto el estado natural y el derecho de los hombres eran la **libertad**, lo que implicaba asumir que todo gobierno es antinatural por lo tanto abierto a la crítica; mientras que al referirse sobre la **propiedad**, afirma que no solo se refiere a reclamar la propiedad sobre objetos físicos, sino también sobre el propio cuerpo de la persona, el trabajo que esa persona realiza y los elementos con los que trabaja; siendo esencial para la capacidad de vivir de una persona. Este punto de vista es una reacción frente a los arrogantes gobiernos monárquicos que reclamaban la propiedad de las vidas humanas.

³ Derechos humanos y derechos fundamentales son términos que utilizaremos indistintamente a lo largo de esta investigación, sin embargo cabe resaltar la importancia de hacer una diferenciación en los conceptos de derechos humanos con fundamentales ya que aunque están relacionados por su similitud en contenidos y aspiraciones como la defensa, promoción y realización de los valores y principios que se consideran inherentes a la raza humana, pero se diferencian tanto en su definición como en su aplicación, es así que los derechos humanos serían las aspiraciones ideales del género humano establecidas en las declaraciones, tratados, convenciones de carácter universal mientras que los derechos fundamentales serían las posibilidades materiales contenidas en la Constitución vigente para asegurar las garantías de la personas.

“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos; siendo el *hombre* poseedor de unos derechos naturales inalienables, entendiendo que esta inalienabilidad va unida a la idea de dignidad humana, es decir, inherente a la condición de persona como tal.” (Locke. En Benavides, J. 2012. p. 56-57).

La fundamentación liberal de los derechos humanos, parte de la concepción del hombre como titular de unos derechos esenciales y universales, con énfasis en la individualidad el “yo” que posee unos derechos inalienables, y con ello, la idea de un Estado abstencionista que no se entromete en los asuntos particulares de los individuos, sino que más bien, es un ente neutral que no limita a sus ciudadanos respecto de los valores que profesen de acuerdo a los ideales de libertad, vida y propiedad concedidos al individuo, pero esta libertad estaba comprendida como una libertad negativa, Isaiah Berlin respecto de la libertad negativa la manifiesta como:

“(...) la inexistencia de obstáculos puestos al individuo para poder actuar y escoger entre distintas opciones, además a esto se le suma la idea de la capacidad de la persona de poder realizar las acciones que considere adecuadas que son tomadas luego de una libre elección, teniendo entonces la posibilidad de producir cambios en su realidad, así como en la de los demás (...)”, (Berlin. En Benavides, J. p. 57-58).

Entonces, el aporte de la visión liberal ha sido decisivo para la implementación de derechos, ya que otorga a los individuos derechos de carácter universal, que están encaminados a garantizar expectativas o intereses de las personas por el hecho de ser tales. Sin embargo a esta concepción se la cuestionó debido a que muestra una visión homogénea del individuo.

Pues, el liberalismo se refiere al individuo como un hombre/varón, único titular de derechos, siendo excluidos: mujeres, niños, adultos mayores y personas sexualmente diversas a los que no se les reconocía como sujetos capaces de

ejercer derechos por la concepción androcentrista⁴ en la que se basaban estos ideales.

Esta visión universalizó las necesidades humanas, sin considerar las diferencias propias y particulares que cada persona posee y emana; sumándole a esto que la idea de un Estado abstencionista que no regule los asuntos particulares por la inexistencia de límites a los individuos, no resulta una idea concebible en la realidad.

Es así que como una crítica al liberalismo, aparece un planteamiento llamado “comunitarista⁵”, en esta propuesta el único sujeto de derechos es un individuo que tiene como base a su comunidad; así, autores como Gargarella plantean que: “Para el comunitarismo, el Estado debe ser particularmente activo, comprometiéndose por tanto, con ciertos planes de vida y con ellos con una cierta organización de la vida pública”. (Gargarella, En Benavides, J. 2012, p.63).

De esta concepción se puede definir que el rol del Estado cambia, ya que como se ha visto en la teoría liberal, su posición era dejar hacer, sin intervención, mientras que en el comunitarismo se le otorga la característica de ente activo, que se compromete con los planes de vida de los individuos; comprendiendo que de esta manera puede lograr una cierta organización en la vida pública.

Además a finales del siglo XX nace una nueva tesis que también critica al liberalismo llamada “Republicana⁶” en la que como describe Badillo:

“se destaca el énfasis del compromiso del ciudadano con la cosa pública, con la que más allá de simple pertenecimiento, existe una

⁴ Para la autora Alda Facio el androcentrismo se da cuando un estudio, análisis o investigación se enfoca desde la perspectiva masculina únicamente presentando la experiencia masculina como central a la experiencia humana; en donde el sujeto universal titular de derechos era el varón, blanco, heterosexual y con recursos económicos, por lo que excluía a todo el resto que no calzaba a tal modelo.

⁵ Para Benavides el comunitarismo apareció en los años 80 y tiene como máximos representantes a autores como Charles Taylor y Michael Sandel.

⁶ Como señala el autor Roberto Gargarella la historia suele relacionar con el republicanismo a autores del pensamiento clásico como Homero, Sófocles, Eurípides, Tucídides, Plutarco, Cicerón, Séneca, así como con la república romana, con especial énfasis en el resurgimiento de la idea de república en varias ciudades-estado en la Italia del Renacimiento; en la Inglaterra del siglo XVII que logra su máxima expresión en la conocida “constitución mixta”, y en el proceso norteamericano como en la Francia revolucionaria.

especie de “convenio”, por medio del cual la república otorga al cives, los medios necesarios para que pueda desarrollarse, lo que conlleva una obligación del ciudadano con el buen desempeño de la civitas.” (Badillo, R. en Benavides, J. 2012 p. 70).

En esta concepción el vínculo entre el Estado y sus ciudadanos se fortalece debido al “convenio”, que se interpreta como los deberes y obligaciones que se generan entre ambos. Por un lado los ciudadanos deben fomentar valores que promuevan el bien común, mientras que el Estado debe otorgar los mecanismos que alienten al cultivo y protección de dichos valores dentro de la sociedad. Con referencia a esto Benavides manifiesta que:

“El Estado se convierte en un ente que interviene activamente, para proteger, promover y reparar los posibles derechos y garantías⁷ lesionados y así promover el bien común, de ahí que se pone en marcha el poder coactivo del Estado, con el fin de promocionar el cultivo de ciertos valores que caracterizan al ciudadano comprometido con su comunidad y del que se desprende la comprensión de unas instituciones públicas que alienten el cultivo de ciertas virtudes y valores, desalentando otras que no promuevan el ambiente propicio para la construcción de unos buenos, activos y virtuosos ciudadanos”. (Benavides, J., 2012, p.72-73).

Es interesante como la autora Carole Pateman (1995 p.10) afirma que: “convencionalmente se presente una teoría del contrato social en la que los habitantes de un estado de naturaleza cambian las inseguridades de la libertad natural por una libertad civil, igual; que es protegida por el Estado” es así que se crea un contrato imaginario entre ambos, en el que, obligaciones y derechos se entrelazan en donde la historia muestra como el derecho y contrato de la

⁷ Garantías son concebidas como mecanismos de protección de los intereses o de las necesidades que constituyen el objeto de un derecho.

sociedad nacía de la dominación de los varones sobre las mujeres y el derecho de los varones de disfrutar de un igual acceso sexual a las mujeres, es uno de los puntos en la firma del pacto o convenio original, “el contrato original constituye, a la vez, la libertad y la dominación [...] la libertad civil no era universal, sino un atributo de lo masculino que dependía del derecho patriarcal”(Paterman, 1995,p. 11).

Es así que la libertad de los varones y la sujeción de las mujeres se crea a través del contrato original y éste a su vez se convierte en un contrato sexual por el carácter patriarcal en el que se establecía un derecho político de los varones sobre las mujeres y el orden de acceso de los varones al cuerpo de las mujeres.

De esta manera se puede visibilizar como el hombre varón a través del Estado ha creado un sistema de administración con bases patriarcales que facultan al Estado a intervenir activamente, dotándolo de obligaciones de hacer y no hacer, que debe proteger, promover y reparar los posibles derechos y garantías, quiere decir que “el Estado debe generar normas y políticas públicas que desarrollen el contenido de los derechos, eliminando los obstáculos estructurales que impiden su ejercicio y goce pleno; además debe hacer un seguimiento que denote el cumplimiento de estos derechos y que en caso de ser violentados exista una reparación, es decir buscar los mecanismos necesarios para mitigar o paliar esa violación.” (Melish, 2003, p.17-185).

Ahora bien, en la actualidad autores como Herrera y Facio⁸, han creado teorías críticas que han generado un fortalecimiento en la evolución y desarrollo de la definición de derechos humanos.

Las críticas a la definición de los derechos humanos se han dado con objetivo de evidenciar la forma excluyente y discriminatoria sobre la cual se ha constituido el concepto de derechos humanos. Pero que además otorga a estos derechos un carácter de operatividad para la búsqueda de la equidad y no discriminación en un mundo más humano.

⁸ Cabe señalar que el feminismo ha sido una de las corrientes teóricas que han evidenciado la construcción de los derechos humanos desde un sujeto universal, blanco mestizo, hombre, adulto.

Los derechos humanos son considerados como “pretensiones o expectativas que un sujeto, de manera fundada, legítima o justa, tiene de que otros sujetos hagan o dejen de hacer algo en relación con sus intereses y necesidades” (Aparicio M, y Pisarello, G., 2008 p.141).

Para estos autores estas pretensiones o expectativas expresan intereses o necesidades de los sujetos, fundadas o legítimas, y esta legitimación les otorga un carácter generalizable es decir, la posibilidad de que otros puedan alegar una pretensión similar en circunstancias similares, ligándose así, a la noción de igualdad⁹. Sin embargo en donde hay una necesidad insatisfecha o amenazada se suelen suscitar reclamos que pueden ser el fundamento de un derecho, el cual se basa en el hecho de que el Estado o los otros sujetos se obliguen a hacer algo o bien a abstenerse de hacerlo para preservar el interés o la necesidad que está en juego.

Aparicio en este sentido se expresa:

“En las sociedades actuales no todos los sujetos ocupan la misma posición. No todos tienen las mismas pretensiones ni las mismas obligaciones. Aunque los derechos sean tendencialmente generalizables, es evidente que incumben sobre a todo a los sujetos más vulnerables, es decir a aquellos cuyas necesidades o intereses se encuentran amenazados o insatisfechos debido a la posición política, social cultural o económica que ocupan en la comunidad, del mismo modo, aunque los deberes puedan ser tendencialmente generalizables, incumben a los sujetos con más poder, es decir, a quienes, también por su condición política, social, cultural o económica, pueden condicionar la satisfacción de los intereses o necesidades de otras” (Aparicio M. et al., 2008, p.143).

⁹La noción de igualdad es un principio básico de los derechos humanos. Más allá de las diferencias innegables entre los seres humanos -por rasgos físicos, capacidad intelectual, clase social, nivel educativo, color de piel, etc. la cualidad común de disfrutar derechos básicos los iguala como personas.

Esta teoría muestra una nueva forma de ver a los sujetos portadores de derechos, esto debido a que no lo generaliza al individuo hombre, sino, afirma que son sujetos con necesidades diferentes y más bien son principalmente los sujetos que sienten desprotegidos y vulnerados sus derechos, lo que demandan la protección de sus necesidades a los gobernantes, así como, exigen libertad y autonomía¹⁰ en la toma de decisiones respecto a su vida. Es así que la correlación e interdependencia entre sujetos (ciudadano y Estado), constituyen un factor central para determinar las posiciones de vulnerabilidad y de poder en el ejercicio de los derechos y de los deberes; y, aunque los derechos humanos sean universales,¹¹ la lucha para lograr visibilizar la falta de protección que es existente, no se universaliza en la realidad.

Al encontrarnos ante un nuevo contexto social, económico, político y cultural, el cual desde un punto de vista de una nueva teoría los derechos humanos son más que derechos propiamente dichos, para efectos de esta investigación se utilizará la definición de Joaquín Herrera que plantea: “los derechos humanos son procesos, es decir el resultado, siempre provisional, de las luchas que los seres humanos ponen en práctica para poder acceder a los bienes necesarios para la vida” (2008, p.3) por ello cuando se habla de derechos humanos:

“Más que de objetos obtenidos de una vez y para siempre, se habla de dinámicas sociales que tienden a conseguir determinados objetivos genéricos como: dotarnos de medios e instrumentos, sean políticos, sociales, económicos, jurídicos o culturales, que induzcan a pensar desde una teoría en que las verdades las ponen las prácticas sociales que intentan conseguir el acceso de todas y todos a los *bienes materiales e inmateriales* que se han ido conquistando en el proceso de humanización”. (las cursivas son mías) (Herrera, 2008, p.3).

¹⁰ Autonomía.- se relaciona con el respeto que las personas perciben de sí mismas y hacia el resto; no quiere decir libertinaje, sino la posibilidad de desarrollarse individualmente en un contexto cultural específico en el cual la capacidad de decidir se enriquece con la historia, el conocimiento, y el acceso a la información que le proporciona el contexto en el que vive la persona.

¹¹ Universalidad de derechos, quiere decir que se aplican de forma universal y sin discriminación a todas las personas. Los mismos pertenecen a todas las personas en todos los lugares en este sentido los estados tienen el deber de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales independientemente de su sistemas políticos, económicos y culturales.

Este autor brinda da una visión más precisa de los derechos humanos al referirlos como bienes materiales e inmateriales que son realizables y exigibles por todas las personas, esto quiere decir que, los derechos son bienes que para todas las personas son de real aplicación y de obligatorio cumplimiento sea cual fuere su condición; de este modo “los derechos humanos serían los resultados siempre provisionales de las luchas sociales por la dignidad.” (Herrera, J. 2000, p. 3). Entendiendo por dignidad,

“no el simple acceso a bienes, sino que dicho acceso sea justo y se generalice por igual a todas y todos los que conforman la humanidad, ya que estos bienes se encuentran desigual e injustamente distribuidos entre los seres humanos por los procesos de división social, sexual, étnica y territorial del hacer humano; es así que se considera a la dignidad como un fin material, que hace que la vida sea digna de ser vivida”. (Herrera, J. 2000, p. 3).

Es debido a estas prerrogativas que varias legislaciones de todo el mundo han adaptado sus constituciones, incluyendo a los derechos humanos como fundamentales para la vida y el desarrollo de la sociedad; sumado a la afirmación que el debate de los derechos humanos es fundamentalmente político, por que menciona de manera directa al poder, generando obligaciones tanto a los ciudadanos como a los Estados, siendo una obligación para estos últimos el establecimiento de mecanismos y garantías para la materialización de los derechos fundamentales. Con respecto a esto:

“La principal consecuencia de considerar un derecho como fundamental es que, son el propio ordenamiento Jurídico y sus poderes públicos quienes asumen su protección. Cuando mayor es la fundamentalidad que un ordenamiento reconoce a un derecho, mayor es la protección, al menos formal, que le otorga (...); la percepción de una necesidad o de un interés insatisfecho o amenazado puede concluir a la formulación de un derecho. Y, aunque “positivizar” y “hacer visible” esa necesidad en términos

de derecho es un primer indicio de valor que el propio ordenamiento le otorga, ello no equivale a asegura su satisfacción”. Es más, existe una percepción difundida de que un derecho sin garantías es poco más que un “derecho en el papel”. (Aparicio, M. y Pisarello, G., 2008, p.15).

El establecimiento de los derechos humanos en la norma constitucional es primordial para todas las personas que deseen vivir en forma igualitaria, sin discriminación de ningún tipo, permitiéndoles un mejor desenvolvimiento en las relaciones sociales, sin embargo, no basta con enunciar los derechos humanos como derechos fundamentales en la Constitución; se debe establecer sistemas de garantías, económicas, políticas, sociales y sobre todo jurídicas, que comprometan a instituciones tanto nacionales como internacionales al cumplimiento de lo conseguido con las luchas sociales por alcanzar una vida digna para todos y todas las personas.

De estas definiciones extraemos cinco elementos básicos que caracterizan a los derechos humanos: (1) los titulares de los derechos; (2) estos derechos constituyen bienes materiales e inmateriales a los que acceden las personas; (3) las obligaciones que generan al Estado; (4) la fundamentación de estos derechos visto como el proceso de luchas sociales por alcanzar su reconocimiento y materialización; y (5) la necesidad de establecer mecanismos que, permitan la aplicación real de estas prerrogativas en la vida cotidiana de las personas.

Es a partir de estos elementos que se conformará el concepto de derechos sexuales, en donde el ejercicio de la sexualidad es concebido como un derecho protegido en el marco de los derechos humanos.

Previo a caracterizar a los derechos sexuales es preciso señalar que frecuentemente se suele emplear la expresión de “derechos sexuales y reproductivos” como si se tratara de un universo mismo de derechos. Como señala Miller, A. (2001, p.87). “la conjunción de los derechos sexuales con los reproductivos ha provocado que los derechos sexuales sean considerados

como un subconjunto de los derechos reproductivos, aunque con la formulación menos desarrollada”.

Si bien estos derechos pueden estar relacionados los unos no son un subconjunto de los otros, vincular la sexualidad con la reproducción lleva a considerar que la titularidad de derechos reproductivos le corresponde específicamente a la mujer heterosexual en edad reproductiva, quedándose fuera del marco de protección adolescentes, adultos mayores, hombres adultos y personas con diversa orientación sexual; lo cual lleva a la discriminación y desigualdad, es debido a esto que en esta tesis se los analizará por separado, enfocándose en sí en el análisis de los derechos sexuales.

1.2. La sexualidad humana vista desde el Género

La sexualidad humana comprende un aspecto de la vida esencial para el desarrollo del ser humano como tal, y por ende de la sociedad. Sin embargo, ésta, ha tenido una evolución lenta en la historia debido a que no siempre fue comprendida como una manifestación normal de toda persona sino, más bien ha sido tratada como tema tabú, concepto que se mantiene hasta la actualidad debido a la idea simple y conservadora que se mantiene de ella.

La concepción originaria del derecho parte otorgándole al hombre varón la titularidad de derechos necesarios para su desarrollo, por ende, sólo él, podía considerarse autónomo y propietario de su cuerpo mientras que éste era expropiado a mujeres, jóvenes, adultos mayores, niños y a personas con orientación no heterosexual, silenciando sus necesidades y de esta manera convirtiéndolos en grupos vulnerables de una sociedad.

Como afirma Judith Butler (2001), se debe entender que con el patriarcado se generó una matriz heterosexual como referente para la conceptualización del género, así se asiente al reconocimiento de la heteronormatividad como un orden sexual que establece el marco heterosexual como condición para la intangibilidad del género y de la vida erótico-afectiva de los individuos.

Con ello se instituyó una heterosexualidad obligatoria y naturalizada que reglamenta al género como una relación binaria, donde se distingue sólo lo masculino de lo femenino, dándoles una diferenciación de acuerdo a sus prácticas en donde una reglamentación de unos tributos particulares al hombre y a la mujer tienen como objetivo crear una coherencia cultural que permite comprender lo normal y lo anormal dentro de la heteronormatividad, sin embargo contradictoriamente esta “coherencia cultural” genera discriminación hacia las todas la personas por su condición y orientación sexual.

Es dentro de este debate, en donde el género se vuelve una categoría importante de ser analizada, ya que es gracias a los esfuerzos de los movimientos de mujeres en todo el mundo, que buscan el reconocimiento de sus derechos no solo sexuales sino también el derecho a la no discriminación en cualquier aspecto de la vida, que se han dado avances en el tratamiento de este tema.

El género debe ser entendido según las autoras Facio y Fries como:

“Un conjunto de características y comportamientos, como roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales (...) sin embargo, se redefine constantemente a la luz de otras realidades como la de clase, etnia, edad, nacionalidad, habilidad, etc.” (Facio y Fries, 1999, p.34).

De la visión de estas autoras feministas,¹² la atribución de características, comportamientos y roles entre sexos genera un problema de discriminación, debido a que es a partir de la gran importancia de las diferencias biológicas que se construyen los diversos roles para cada sexo, pero no es el problema la diferencia biológica, sino que esas características social y culturalmente construidas poseen un valor desigual; así, al hombre se le atribuyen

¹² El movimiento feminista ha dado un gran aporte a través de sus teorías de género. La ONU acepta y válida la perspectiva feminista como categoría descriptiva de la situación de discriminación que viven las mujeres. Más aún exige a los Estados integrarlo en todas las políticas y programas así como en la legislación

características o roles de un valor mayor gozando, de más prestigio que las características y roles atribuidos a la mujer, convirtiéndose de esta forma lo masculino en el modelo de lo humano sin embargo, el problema se agudiza debido a que en la mayoría de sociedades se reconocen solo dos sexos, esto como resultado de estas asignaciones y prototipos que la cultura hace; en otras palabras “la cultura no solo atribuye y construye el género sino que crea e inventa el sexo.”¹³ (Facio y Fries, 1999 p.35).

Las diferencias en funciones y actividades que desarrollan hombres y mujeres producen que surjan perspectivas distintas sobre la vida y el mundo en que viven, perspectivas que han sido construidas desde la cultura de la sociedad y no nacidas de forma espontánea desde la naturaleza, es debido a esto que incorporar la categoría género a este análisis no significa sobrevalorar a las mujeres sino, hacer visibles las relaciones de poder existentes entre los sexos; relaciones desigualmente construidas desde las diferentes posiciones, experiencias y necesidades.

Culturalmente la sexualidad es vista y se encuentra dividida en dos géneros o sexos, el masculino y femenino ya que, para la sociedad lo normal es que el único fin de la sexualidad sea la reproducción; lo cual no es natural del todo, si se parte desde el concepto de identidad sexual, en donde cada persona sin importar su físico se identifica con uno u otro sexo definiendo su sexualidad por sus gustos y preferencias, más no, con el fin de reproducirse.

Y es debido al alto componente de discriminación que ha estado inmerso dentro del ejercicio de la sexualidad de las personas que, organizaciones internacionales así como diferentes autores han buscado definir a la sexualidad, con el fin de denotar la importancia de que su sano y libre ejercicio son necesarios para el desarrollo de la vida de todos los individuos frente a la sociedad. Es así que:

La OMS la define sexualidad como un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida que:

¹³ El término sexo se utiliza para referirse a las características biológicas que se han utilizado para distinguir a los hombres de las mujeres.

“abarca al sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. Se vive y se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales.

La sexualidad puede incluir todas estas dimensiones, no obstante, no todas ellas se viven o se expresan siempre. La sexualidad está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales” (OMS, 2002).

Con esta concepción de sexualidad se abre un campo de reflexión en el cual al incluir todas estas dimensiones, es lógico pensar que cada persona ejerce una sexualidad distinta de todas las demás, de acuerdo a los factores y condiciones específicos en los que viva y no es una condición que se pueda generalizar; a esto, autores como Weeks defienden la tesis que la sexualidad es un producto histórico y en esa medida varía con relación al espacio y el tiempo, por lo mismo no es adecuado nombrarla en singular y en ese sentido manifiesta:

“En lugar de considerar la sexualidad como un todo unificado, debemos reconocer que hay diversas formas de sexualidad, de hecho hay muchas sexualidades. Hay sexualidades de clase y sexualidades específicas de género, hay sexualidades raciales y sexualidades de lucha y elección. La invención de la sexualidad no fue un acontecimiento único, ahora perdido en el pasado remoto. Es un proceso continuo que actúa simultáneamente sobre nosotros y del que somos actores, objetos de cambio y sujetos de esos cambios” (Weeks, J., 1998, pág. 46).

Lastimosamente como afirma Salgado, “el ejercicio de la sexualidad está ligado al riesgo de asumir que la violencia, el VIH, los embarazos, se producen como consecuencia de comportamientos anormales, inadecuados y censurables al

ejercer la sexualidad” (Salgado, 2008 p. 80), debido a esto, la lucha por el ejercicio de estos derechos ha sido limitada y frustrada para las mujeres y en mayor grado a las personas que manifiestan su diversa orientación sexual.

Es así como, la sexualidad tiene la capacidad de crear sujetos y no sujetos, debido a que en un principio era el hombre el único capaz de exigir derechos por su condición dominante, mientras que a la mujer le ha costado luchar para lograr visibilizar sus necesidades y cambiar su condición de subordinación ante lo masculino, permitiendo que se amplíe la visión del derecho respecto de la titularidad de derechos, encaminándola hacia la protección de los sujetos invisibilizados históricamente, abriendo con ello una puerta que permite la inclusión no solo a mujeres sino también a adolescentes, niños, adultos mayores y sobre todo a personas no heterosexuales que poseen una diversidad sexo/genérica, otorgándoles la titularidad para poder disfrutar y ejercer sus derechos.

De esta manera se le permite a una persona, acceder y ejercer su sexualidad de una manera autónoma sin importar su condición; mientras que negarle el ejercicio de este derecho, implicaría descaracterizar a la persona como tal, debido a que no existe persona que no lleve inmersa su sexualidad en su diario vivir.

1.3. ¿Que son los Derechos Sexuales?

Es importante vincular a la sexualidad como un derecho nace debido a que al ser reconocida y protegida, faculta a las personas a exigir la propiedad y autonomía de sus cuerpos frente al Estado y la sociedad; además que proporciona elementos que ayudan a definir a los derechos sexuales como bienes materiales e inmateriales, que proveen la autodeterminación de la persona para ejercer una sexualidad sana y placentera; así para Villanueva estos bienes comprenden: “la identidad sexual, orientación sexual, la libre elección de pareja, la ausencia de actividad sexual coercitiva, aspectos

encaminados a reivindicar el placer y no necesariamente garantizar la procreación y la heterosexualidad.” (Villanueva, 2008, p.25-26)

Para entender que bienes se protegen utilizaremos la definición de La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2002) que dice:

“Los derechos sexuales abarcan derechos humanos reconocidos por leyes nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros acuerdos de consenso, que son parte integral e indivisible de los derechos humanos universales. Incluyen el derecho de todas las personas, libres de coerción, discriminación y violencia, a”:

1. Mayor estándar posible de salud, en relación con la sexualidad, incluyendo el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; esto significa que el Estado debe garantizar a las personas el acceso efectivo a centros de salud, que presten servicios de salud sexual y reproductiva de manera segura dentro de un margen de óptima calidad.
2. Buscar, recibir e impartir información en relación a la sexualidad; esto es tener el acceso garantizado a una información clara, oportuna y actualizada respecto de la sexualidad humana.
3. Educación sexual; esto quiere decir que el Estado debe implementar la educación sexual como parte de los contenidos educativos en todas las escuelas y colegios.
4. Respeto por la integridad corporal; esto quiere decir que el cuerpo físico de las personas debe ser respetado sin ser víctima de violencia o coerción de ningún tipo.
5. Elección de pareja; esto quiere decir que todas la personas son libres de poder elegir una pareja sin discriminación ni violencia por su orientación sexual.

6. Decidir ser o no ser sexualmente activo; esto se refiere a que es una decisión libre y personal el llevar una vida sexualmente activa o abstenerse a ella, sin coerción ni violencia de ningún tipo.
7. Relaciones sexuales consensuadas; esto quiere decir que las personas a su libertad y voluntad, podrán elegir si desean mantener relaciones sexuales o no.
8. Matrimonio consensuado; el matrimonio es considerado como un instrumento que permite a las personas acceder a formar una familia y es debido a esto, que esta figura es muy discutida ya que, la libre elección de contraer matrimonio se ve estigmatizada para las personas no heterosexuales, volviéndolo un acto discriminatorio en su aplicación.
9. Decidir tener o no tener, y cuándo tener hijos; esta prerrogativa faculta a la persona a la libre decisión respecto de su cuerpo y está necesariamente vinculada a la reproducción, ya que a través de ella se puede considerar que se le faculta a la mujer a interrumpir un embarazo, dependiendo de la autodeterminación que pretenda de su cuerpo, de su vida y reproducción. Y,
10. Ejercer una vida sexual satisfactoria, segura y placentera; esto es, que toda persona es libre de disfrutar de su sexualidad teniendo los medios adecuados que le otorguen seguridad al momento de ejercerla.

Este listado es importante ya que enuncia derechos relevantes y su contenido coloca a la sexualidad en el marco de los derechos humanos, identificando el rol clave de desempeña la toma de decisiones por parte de las personas, pero, no trata a fondo a la sexualidad como política a través de la cual a las conductas sexuales se les asignan significados y se las juzga.

1.4. Los derechos sexuales como derechos humanos

El reconocimiento de los derechos sexuales como parte de los Derechos Humanos, constituye un avance en materia de reconceptualización de estos ya que están en un proceso de reconocimiento y legitimación a nivel mundial, es más, son considerados una categoría específica dentro de los contenidos que se protegen en el marco de los derechos humanos. Pero ¿qué implica este

reconocimiento? Para responder a esta interrogante es necesario tomar como referencia la definición de derechos humanos como:

“un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”
(Pérez, A. en Salgado, J. 2008 p.63).

Esta teoría presenta elementos que facultan a las personas a exigir el ejercicio de sus derechos, aún más cuando se encuentren positivizados en la Constitución vigente; siendo claves: la autonomía de la voluntad de la persona; que es la capacidad de decidir respecto del propio cuerpo y con ello inmersa la sexualidad considerada un derecho, un bien al cual las personas pueden acceder libremente, sin violencia ni discriminación, lo que implica que puede ser exigida frente al Estado y la sociedad, por ser un aspecto básico para el desarrollo de la vida digna de cada persona.

1.5 Obligaciones del Estado en materia de derechos sexuales

Hablar de derechos sexuales como parte de los derechos humanos implica indispensablemente tratar sobre la responsabilidad del Estado ya que es el ente legitimador de derechos. Esta responsabilidad para Salgado implica diversos tipos de obligaciones, a saber:

- **Obligación de respeto.-** El Estado debe abstenerse de vulnerar o limitar ilegítimamente los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.
- **Obligación de garantía.- Protección.-** El Estado debe generar mecanismos jurídicos, políticos, administrativos para prevenir la violación de los derechos humanos y en caso de que se los vulnere, generar mecanismos de investigación, sanción y reparación de la violación .

- Obligación de promoción- cumplimiento.- El Estado debe generar el conjunto de condiciones necesarias, para que todos sus habitantes gocen y ejerzan plena e integralmente sus derechos humanos. Esta obligación está directamente vinculada con las políticas públicas. (Benalcázar y Salgado, 2000, p. 113-115).

Especificar la responsabilidad del Estado en sus diferentes niveles de obligación, es indispensable en el proceso de reconocimiento de los derechos sexuales como bienes alcanzables por todas las personas, es por ello, que al Estado esto le significa crear los mecanismos necesarios para el reconocimiento y protección de los derechos sexuales, para ello se deberán crear instituciones u organismos que a su vez deberán contar con un fondo económico que financie proyectos encaminados al desarrollo de los derechos sexuales de toda la población.

Conclusiones del capítulo

- Los derechos humanos son bienes materiales e inmateriales que son realizables y exigibles por todos los seres humanos por el hecho de serlo; estas exigencias fundamentales deben ser satisfechas porque se refieren a necesidades básicas cuya satisfacción es indispensable para que puedan desarrollarse como seres humanos; siendo el resultado de las luchas sociales por la búsqueda de una vida digna de ser vivida sin ningún tipo de violencia ni discriminación.
- Los derechos sexuales si son derechos humanos, ya que juntos conforman un tejido único de derechos interdependientes e indivisibles basados todos en las necesidades básicas ser humano, en donde la sexualidad es reconocida como un derecho fundamental para el desarrollo de la vida de cada ser humano debido a que abarca al sexo, a la identidad, el género, el placer, la orientación sexual; que se vive y se expresa a través de pensamientos, conductas, actitudes y relaciones interpersonales; esto, faculta a las personas poder exigir el reconocimiento de sus derechos sexuales frente al Estado, dentro de una sociedad.
- Los derechos sexuales son bienes materiales e inmateriales que permiten la autodeterminación a una persona, para que esta pueda ejercer una sexualidad sana y placentera; estos bienes comprenden: la identidad sexual, orientación sexual, la libre elección de pareja, la ausencia de actividad sexual coercitiva.
- A lo largo de la historia humana se ha vivido un régimen de discriminación en el cual, los únicos sujetos a los que se les reconocía derechos eran a los hombres blancos, capaces de tener propiedad sobre sí mismos; y gracias a las luchas de los “otros” sujetos como son las mujeres, niños, adultos mayores y personas sexo/diversas; que se ha dado un desarrollo en este tema, iniciándose un debate por el reconocimiento de la titularidad de derechos a todos los sujetos sin importar su condición, por el simple hecho de nacer como humanos. Es

de esta manera que en varios países del mundo se aceptó la concepción de que existe una diversidad de sujetos y con ellos, la urgencia de proteger sus derechos sexuales, tan fundamentales para la vida de todos y todas.

- El Estado tiene una participación activa como ente protector y garantista, al cual se le general obligaciones tanto de respeto como de garantía de los derechos de sus ciudadanos; debiendo generar mecanismos que desarrollen el contenido de los derechos, eliminando los obstáculos estructurales que impiden su ejercicio y goce pleno; además debe hacer un seguimiento que denote el cumplimiento de estos derechos y que en caso de ser violentados exista una reparación, es decir buscar los mecanismos necesarios para mitigar o paliar esa violación. Por lo que el Estado es pilar fundamental para la búsqueda de una materialización real de los derechos sexuales de todas las personas dentro del sistema jurídico.

2. Capítulo II. Metodología del análisis de género del fenómeno legal

Introducción

Este capítulo presenta la metodología utilizada para el análisis de género del fenómeno legal de Alda Facio. Este método permite a esta tesis realizar una lectura crítica de la legislación ecuatoriana y de su aplicación e interpretación por la administración de justicia para llegar a fondo del fenómeno de la brecha de aplicación de los derechos sexuales, evidenciando la realidad de cómo se viven estos derechos en la sociedad.

Esta autora plantea que el fenómeno jurídico debe comprender y ser analizado en base a tres componentes que están dialécticamente relacionados entre sí, como es el componente formal normativo, que es la normativa formalmente generada, es decir analizar si las normas reconocen a los derechos sexuales en la legislación ecuatoriana, tanto en norma nacionales como internacionales; el componente estructural que es el contenido que el poder legislativo da a las normas, es decir si se aplican y cómo se interpretan las normas que contienen estos derechos; y, el componente político cultural comprendido como el contenido que las personas u organizaciones le van dando a las normas por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que de ella tengan, es decir cómo la gente vive y perciben a los derechos sexuales dentro de la sociedad.

Esta metodología es utilizada con el fin de repensar al Derecho, probando que los derechos sexuales son invisibilizados por la concepción originaria de un derecho heterosexista, que excluía a sujetos y a sus necesidades por el hecho no considerarlos referente de lo humano, para ahora, entender al derecho desde los ojos de las personas que viven día a día sin poder ejercer libremente su sexualidad, ya sea por dogmas culturales o por vacíos legales que le impiden su desarrollo pleno dentro de la sociedad.

Partiendo de esta perspectiva, y desde la influencia e interrelación entre los componentes del fenómeno jurídico que presenta esta autora, se pueden

extraer elementos claves que servirán para el análisis empírico sobre los derechos sexuales que se desarrollarán en los capítulos III, IV y V de esta tesis respectivamente.

2.1. Presentación del método

Esta metodología puede ser utilizada con las adaptaciones del caso, para descubrir la invisibilización y/o marginación tanto de hombres como mujeres pertenecientes a grupos discriminados; buscando plasmar una teoría de cómo se debe proceder al emplear los mismos métodos que emplean analistas tradicionales, para llegar a conclusiones/soluciones no sexistas¹⁴, ni androcéntricas¹⁵ en una investigación.

Concepto amplio del derecho

La metodología que presenta Alda Facio busca reconstruir al Derecho y con ello al sistema jurídico visibilizando la desigualdad y discriminación existentes en un mundo que se concibió desde la perspectiva masculina, debido al sistema patriarcal¹⁶ en que se desarrolló el mundo, en el cual las necesidades de las mujeres, niños, adultos mayores y personas no heterosexuales eran invisibilizadas y no satisfechas. Esta autora al hablar de la igualdad manifiesta que:

“hasta ahora la igualdad jurídica o igualdad ante la ley de hombres y mujeres se ha reducido a creer que con otorgarle a las mujeres los mismo derechos de los que ya gozaban los hombres y darle una protección especial en ciertos casos debido a su función

¹⁴ Para Facio el sexismo es la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo masculino, creencia que resulta en una serie de privilegios para el sexo que se considera superior. Estos privilegios descansan en mantener al género femenino al servicio del sexo masculino, situación que se logra haciendo creer al sexo subordinado que esa es su función natural y única.

¹⁵ El androcentrismo consiste en ver al mundo desde la concepción masculina, tomando al varón de la especie como parámetro o modelo de lo humano.

¹⁶ El sistema patriarcal se origina en la familia dominada por el padre, estructura reproducida en todo el orden social y mantenida por el conjunto de instituciones de la sociedad política y civil; instituciones como la familia patriarcal, la maternidad forzada, la educación androcéntrica, la heterosexualidad obligatoria, etc., que determinan que el grupo, casta o clase compuesto por mujeres, siempre está subordinado al grupo, casta o clase compuesto por los hombres.

reproductora de la especie, ya se eliminaría la discriminación sexual; pero resulta que el sexo es lo que distingue a hombres de mujeres es así, que la teoría jurídica crea una imposibilidad de igualar a hombres y mujeres ya que la diferencia mutua entre sexos, presupone una igualdad sexual imposible". (Facio, 1992, p.19).

La concepción de igualdad ante la ley históricamente se concibe que responde a un patrón masculino ya que:

"el hombre es el referente de lo humano y es este hombre varón el que sirve de modelo para la elaboración de las leyes, sean estas neutrales es decir para ambos sexos o especiales es decir necesidades específicas de la mujer". (Facio, 1992, p.20).

Esta forma de concebir la construcción de las leyes desde lo masculino influye enormemente hasta la actualidad por lo que, la necesidad de ver al derecho desde otros ojos nace de la perspectiva feminista, la cual se basa en presentar las diferencias y necesidades específicas de cada sexo sin subordinar a un sexo del otro. Siendo así que:

"la pertenencia a uno u otro sexo es relevante, ya que es una categoría social que determina el menor o mayor poder que se pueda tener en una sociedad; es decir, el sexo debería entenderse como una categoría social, porque las relaciones entre los sexos son relaciones socialmente construidas y no dadas por la naturaleza" (Facio, 1992, p. 56).

Es por ello que al invisibilizar la categoría de "sexo" se haría imposible visibilizar a las mujeres y a las personas sexo-diversas manteniendo un régimen discriminatorio en la sociedad.

Es debido a esto que el nuevo concepto de igualdad presupone, que "hombres y mujeres son diferentes y semejantes entre si y ninguno debería ser

paradigma de lo humano, ya que ambos son igualmente humanos” (Facio, 1992, p.20) siendo, las necesidades específicas de acuerdo a su sexo y condición exigentes ante el Estado sin distinción. Por lo que para eliminar esa discriminación y subordinación y satisfacer sus necesidades, es indispensable que se generen cambios profundos en la distribución del poder político, económico y social dentro la sociedad.

Facio plantea que su objetivo al diseñar esta metodología, era convencer a la mayor cantidad de personas que el derecho puede ser un instrumento de cambios estructurales, culturales y personales, ya que en esta concepción el derecho no se limita a un sistema de normas escritas, sino que se amplía a las instituciones que crean, aplican y tutelan esas normas y a las actitudes, contenido y conocimiento que las personas les otorgan a las leyes al crearlas, aplicarlas, interpretarlas y entenderlas.(Facio, 1992, p.63).

Partiendo de esta nueva concepción del Derecho, la autora presenta al fenómeno jurídico como un aspecto político cultural, que asume una gran importancia si se toma en cuenta que una de las manifestaciones más típicas de la vida social, es precisamente el derecho y analiza el fenómeno jurídico basándose en tres elementos que son: el componente formal normativo; el componente estructural y el político cultural, estos tres elementos

“...están dialécticamente relacionados entre sí de tal manera que constantemente uno es influido, limitado y/o definido por el otro al tiempo que influye, limita y/o define al otro en tal grado, que no se puede conocer el contenido y efectos que pueda tener una determinada ley, un principio legal o una doctrina jurídica, sino se toman en cuenta estos tres componentes.” (Facio, 1992, p.65).

2.1.1. Componente Formal Normativo

En este componente para que las leyes existan y sean reconocidas como tales, tienen que estar escritas y formalmente promulgadas debido a esto, comprende a las normas que se conocen a través de los Tratados o Convenios Internacionales que el Ecuador haya ratificado en lo que se refiera a derechos

sexuales, así como también las normas de la Constitución 2008 que se encuentra vigente en la actualidad, y con ella a las leyes sustantivas, los decretos y los reglamentos, que reconozcan el ejercicio de estos derechos.

La presente investigación se centrará en normas relacionadas a los derechos sexuales de las personas, por lo que es importante tomar en cuenta las siguientes categorías de análisis:

Las normas jurídicas tienen una jerarquía, que significa que una norma de menor rango no podrá contradecir a una de mayor rango. Es así, que en casos de contradicción, el sistema jurídico establece los mecanismos adecuados para garantizar su orden y lógica por medio del control de constitucionalidad de las leyes. Este sistema fue desarrollado por el jurista alemán Kelsen, en donde establece una pirámide jerárquica, que se clasifica en tres categorías: (Kelsen en Jiménez, 2007 p.31-32).

El sistema supra constitucional.- donde las normas internacionales tienen supremacía sobre la Constitución Política y luego siguen las leyes, reglamentos, etc.

El sistema supra legal.- donde la norma internacional está por debajo de la Constitución Política y por encima de la ley, reglamentos y demás normas.

El sistema legal.- donde la norma internacional está por debajo de la Constitución Política y de igual rango de la ley. En caso de contradicción, privan los criterios de la norma específica sobre la general y de la norma posterior sobre la anterior.

Con estas categorías, se analizarán según los contenidos de las normas internacionales como de las normas nacionales respecto de los sujetos titulares de derechos, así como de las obligaciones que se le generan del Estado.

2.1.2. Componente Estructural

Comprende el contenido que los/as legisladores/as, las cortes, las oficinas administrativas, la policía y todos los y las funcionarias que administran justicia, les dan a las reglas y principios que se encuentran en el componente

formal normativo, es decir a los contenidos de la Constitución, normas internacionales y jurisprudencia; al crearlas, seleccionarlas, combinarlas, aplicarlas e interpretarlas.

Entendiendo que en este componente también existen leyes no escritas formalmente, no promulgadas; pero que son tomadas en cuenta por quienes administran justicia, debido a que las leyes no dependen para su vigencia, eficacia o efectividad del que sean formalmente promulgadas por una Asamblea Legislativa o interpretadas por una Corte formalmente creada, sino que son aquellas que la gente cree que existen y por tanto las obedecen.

2.1.2.1. Métodos de Interpretación

Dentro de este componente, la interpretación de la ley es una categoría importante ya que como afirma Jiménez

“no basta con recurrir al estudio formal de los textos legales para interpretarlas sino, se requiere hacer un análisis integral y más actual del sistema jurídico tomando en cuenta las diferentes perspectivas que existen en una sociedad, esto es, ver más allá de la letra de la ley, contemplando las contradicciones entre la norma escrita, su aplicación práctica y la interpretación de la misma considerando las perspectivas, experiencias y limitaciones de las personas que la aplican, la ejecutan, la interpretan o la utiliza para administrar justicia.” (Jiménez, 2007, p.38).

Es por ello necesario ubicar los métodos de interpretación tradicional aplicables en el derecho, así encontramos:

- Gramatical: que atiende al sentido literal del enunciado normativo.
- Sistemático: que interpreta la norma en conexión y como parte del ordenamiento jurídico.
- Histórico: que busca identificar la voluntad del legislador al dictar la norma.

- Lógico: que aplica reglas y argumentos de la lógica formal en la interpretación de la norma. (Vila, I. en Salgado, J. 2008, p.28).

Respecto de los métodos de interpretación constitucional Pérez Luño refiere los siguientes:

- a. La interpretación como tónica.** Se basa en la concretización de la norma constitucional y los principios orientadores para su interpretación. En la concretización, el intérprete debe adecuar la norma constitucional al problema y resolverlo, contrastando argumentaciones y construyendo, a partir de allí, la decisión de la forma más conveniente posible. La ponderación de bienes, cobra dentro de éste método, vital importancia. Los principios orientadores de la interpretación constitucional son unidad, concordancia práctica, efectividad, funcionalidad, fuerza integradora, fuerza normativa de la Constitución y el principio *in dubio pro libertate*, en cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales. (Pérez, A, en Salgado, J. 2008 p.28).
- b. La interpretación como comprensión.** La interpretación es entendida como un proceso de *comprensión de sentido*, en el que el intérprete parte siempre de una precomprensión o prejuicio frente al texto. El jurista no puede dejar de interpretar la norma sino partiendo <desde> y <para> una situación concreta. Su contribución decisiva se produce al elucidar los presupuestos subjetivos -precomprensión- y objetivos -contextualización- en los que se realiza la actividad interpretativa, así como la necesaria complicación de ambos -círculo hermenéutico-. Hay quienes advierten el peligro de que el diálogo que se establezca entre el intérprete y el texto, pueda ser el resultado de una comunicación distorsionada que encubra relaciones de dominio y poder social. (Salgado, J. 2008, p.29).
- c. La interpretación como opción política. <el uso alternativo del derecho>.** La crítica marxista ha inspirado la postulación de una praxis hermenéutica alternativa, encaminada a dejar al descubierto

la aplicación del derecho a favor de clases dominantes, propugnando un intérprete comprometido con la emancipación de clases populares. Se ha criticado este método de interpretación por contravenir el principio de legalidad y debido al riesgo de convertir la interpretación constitucional, en la pura imposición decisionista de los intereses y valores acordes con la ideología del intérprete. (Salgado, J. 2008, p.29).

Interpretación de la Constitución según la Sentencia Interpretativa 001-08-SI de la Corte Constitucional del Ecuador.

- a) La interpretación normativa:** Esto es, interpretar la Constitución como si fuera una ley, con el argumento de que, solamente usando los métodos tradicionales se garantiza el carácter normativo de la Constitución y se genera seguridad jurídica.
- b) La interpretación sociológica:** según la cual, la Constitución debe ser interpretada a la luz de la realidad social, por lo que ésta no sería tanto la norma escrita, cuanto aquello que dice el intérprete acerca de la misma.
- c) La técnica tópica de interpretación:** se trata de un sistema de interpretación y discusión jurídica basado en la formulación de problemas o puntos de vista, que permiten solucionar los conflictos constitucionales y articular la argumentación: esta interpretación se basa en los casos, de tal suerte que lo determinante para las decisiones, no son las normas sino los casos, puesto que la Constitución es una norma abierta y la realidad es mucho más rica que los que el Constituyente ha podido prever.
- d) La interpretación racional:** basada en la argumentación, la labor del intérprete constitucional no se limita a la descripción lógica de la norma, sino que se concreta en la construcción de un argumento racional que permite explicar esa norma en sus diversos contextos.

Debido a esto, se vuelve indispensable tener libertad para combinar e integrar los diferentes criterios y así poder interpretar las normas, tomando en cuenta las diferentes perspectivas, necesidades, intereses y experiencias de cada persona, de acuerdo a su condición respecto de su sexo, pero siempre dentro de los límites de la actividad interpretativa como son:

- La interpretación no puede contradecir la jerarquía de las normas establecidas por el ordenamiento jurídico. (Jiménez, 2007, p.38)
- Los criterios varían conforme a lo establecido en el texto formal y la interpretación que los órganos jurisdiccionales le han dado a dicho texto. (Jiménez, 2007, p.38)
- Es necesario adecuar el texto con el significado de la norma mediante un razonamiento dialectico, que ponga en función de mutua complicación el texto normativo y las circunstancias particulares del caso a regular. (Jiménez, 2007, p.38)
- Al interpretar no se debe olvidar el significado primitivo de la norma, es decir, lo que quiso decir quién legisló; pero la búsqueda de ese significado no debe impedir la consideración de elementos históricos y teleológicos. (Jiménez, 2007, p.38)
- La conjugación de criterios, se dirige a lograr una interpretación más razonable, que dé pie a una solución más justa del conflicto, que no debe ser la que él o la intérprete considere personalmente como tal, sino aquella que se adecue mejor a los valores y usos de la sociedad regulada. (Jiménez, 2007, p.38)

2.1.2.2. La importancia del lenguaje

El lenguaje es un fenómeno social que habilita y crea la vida social de las personas. Para Facio el lenguaje conlleva el poder de definir y conformar la cultura, y es el poder de establecer lo que es y lo que no es, es el poder de escoger los valores que guiarán a una determinada sociedad, (Facio, 1992, p.21), y es debido a que el derecho fue originado desde una visión masculina, en donde los hombres han tenido el poder de definir las cosas, así, todo lo que está definido lo está desde su perspectiva únicamente y en este sentido cabe

denotar, que las mujeres no han podido ejercer este poder ,ya que se las ha ocultado de tras del poder masculino, siendo una lucha continua el poder mirar el mundo desde otra perspectiva.

Es por lo mencionado que dentro de la interpretación, el lenguaje es una categoría importante de ser analizada, debido a que se considera que tanto en la redacción de normas como en las sentencias judiciales, el lenguaje empleado, es limitado por la existencia de términos con connotaciones sexistas o discriminatorios que pueden ser utilizados, siendo importante para esta investigación, observar cómo ha evolucionado esta categoría dentro de los contenidos normativos, así como en los debates de la Asamblea Nacional sobre los derechos sexuales.

Es fundamental tener estos aspectos en cuenta para la realización del análisis jurisprudencial del capítulo IV.

2.1.3. Componente Político Cultural

Comprende el contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento, que la gente tenga de la ley, no es el conocimiento que la gente tenga en sí del derecho, sino los contenidos que la gente le da a las leyes y aplicación de las mismas, así como el uso que la gente haga de las leyes existentes, de las que en la vida diaria siguen vigentes aunque hayan sido derogadas y de las relaciones entre las leyes escritas y las no escritas, ya que estas últimas leyes aunque no se encuentren formalmente promulgadas, son acatadas por la mayoría y en algunos casos son más efectivas que las que se encuentran positivizadas en los códigos.

Es así, que para efectos de esta tesis, analizaremos este componente mediante la revisión de fuentes hemerográficas extraídas de la web, de las cuales se podrán establecer cómo se percibe el ejercicio y goce de derechos sexuales, según los diferentes grupos sociales que se manifiestan en el Ecuador.

Se debe tomar en cuenta, que cada persona, así como el Estado tienen una perspectiva distinta de lo que es el Derecho, existiendo una contraposición dependiendo de cómo cada uno conciba la sexualidad, por ejemplo un individuo heterosexual, no concibe a su sexualidad como un derecho como la concibe una persona homosexual, ya que para ésta última su sexualidad como derecho no es bien visto en la sociedad, es más, se la considera como “anormal”, por lo que es muy probable que haya sido víctima de discriminación a causa de su orientación sexual, mientras que para la primera persona su sexualidad no es problema, ya que se la considera “normal”.

Entonces, es a través de estos tres componentes que se puede analizar las manifestaciones de discriminación y desigualdad que se viven en el ejercicio de los derechos sexuales, por lo que es necesario analizar cómo influyen sus contenidos entre sí.

Por ello, se utilizará el modelo de influencias entre componentes que plantea Facio, de cara a la creación de una norma de derechos sexuales en la legislación ecuatoriana:

2.2. Influencia del componente político cultural en el componente formal normativo:

El componente político cultural, determina el contenido del componente formal normativo de la ley de múltiples maneras, Así:

1. Quienes crean las leyes, en este caso los miembros de la Asamblea Nacional, son personas impregnadas de actitudes, juicios y preconceptos con respecto a las personas a quienes van dirigidas, especialmente cuando esas personas pertenecen al sexo femenino, comunidad GLBT, a una raza/etnia discriminada, a un grupo minoritario, etc.
2. Las tradiciones y costumbres valoradas en algunos pueblos del Ecuador, en lo referente a la sexualidad, constituye una especie de marco límite mucho más allá del cual los y las legisladoras no se atreven

- a legislar, tal vez por miedo a perder popularidad o privilegios, por presiones políticas, por sus propias creencias, etc.;
3. Las costumbres y tradiciones son interpretadas por los y las legisladores de acuerdo a muchísimos factores tales como los intereses que protegen, la clase, raza o credo al que pertenecen, la doctrina jurídica a la que se adhieren sus valores y actitudes, etc.;
 4. La doctrina jurídica que esté más valorada o de moda, en este caso la garantía de protección que gozan los derechos humanos por ser considerados fundamentales, tiene una gran influencia en cuáles leyes se promulgan y cuáles no y la forma, contenido y redacción que tendrán las normas;
 5. El conocimiento y uso que la población haga de las leyes existentes, irá demostrando a los legisladores qué leyes deben ser modificadas, cuáles derogadas, qué nuevas leyes se requiere y cómo deben ser redactadas para ser aceptadas;
 6. Las presiones políticas y económicas de los grupos socialmente más fuertes, también determinan qué leyes se promulgan y cuáles se derogan.

2.3. Influencia del componente formal normativo en el componente político cultural:

A su vez el componente formal normativo influye, limita y hasta puede:

1. Conformar las actitudes y conductas sexuales que la gente adopte ya que la ley, al establecer reglas, institucionaliza no solamente las conductas que serán aceptadas para el resto de la sociedad y cuál comportamiento es un comportamiento legítimo o ilegítimo, sino que mucho más, sutilmente va creando formas de pensar que establecen lo que será considerado por el común de la gente, racional o irracional, objetivo, científico y universal versus subjetivo, acientífico y particular. Tal vez más peligroso aún, hasta puede determinar qué será considerado "natural" y qué no lo es.

“Se desea enfatizar que la ley como discurso, ocupa un espacio entre lo “real” y lo “ideal” que es un continuo. La ley refleja y al mismo tiempo actúa sobre la sociedad. Es constitutiva y derivativa de los cambios políticos y sociales. La ley opera como un lenguaje político porque al mismo tiempo que establece la libertad, la coarta. La sociedad es diferente cuando cambian sus leyes y las leyes cambian cuando cambia la sociedad” (Zillah, R. en Facio, 1992, p.69).

2. Definir las tradiciones y costumbres sexuales porque la ley puede reforzarlas, institucionalizando por medio de códigos, decretos, reglamentos, etc., conductas tradicionalmente aceptadas o puede modificarlas o hacerlas desaparecer totalmente, al institucionalizar conductas diferentes a las tradiciones aceptadas.
3. Promover la creación de la doctrina jurídica sobre derechos sexuales, porque ésta es necesaria para fundamentar las leyes que se requieran promulgar. Sin olvidar que no siempre las leyes responden a una doctrina jurídica sino que muchas veces, ésta se desarrolla una vez que la propuesta de ley ha sido diseñada.
4. Facilitar u obstaculizar la comprensión de leyes que contengan derechos sexuales por parte del común de la gente. Es obvio que la forma en que una ley esté redactada influye en el conocimiento y uso que la gente haga de ella. Si una ley está en un lenguaje que nadie entiende, es muy posible que no sea utilizada de la manera en que fue previsto, se interpretaría y aplicaría o es muy posible que no será utilizada precisamente como lo previeron quienes la redactaron. Una ley ambigua se presenta para que cada persona, cada generación, cada grupo social, la intérprete de acuerdo a sus intereses, pero es obvio que la ambigüedad favorecerá a los grupos socialmente más poderosos. Por ello, la forma en que esté redactada una ley, es decir, su componente formal normativo, afectará profundamente su componente político-cultural. Es más, cuando se requiere cambiar una ley no escrita del componente político cultural, es necesario derogarla explícitamente por medio de una ley en el componente formal normativo.

2.4. Influencia del componente formal normativo en el componente estructural:

También el componente formal normativo influye, limita y define al estructural de distintas manera:

1. Supuestamente, no se pueden interpretar ni aplicar leyes que no han sido creadas o que ya han sido derogadas de manera que, generalmente, por más bien intencionadas que sean las personas que administran justicia, si no tienen el respaldo de leyes sobre derechos sexuales formalmente promulgadas, es poco lo que pueden hacer para eliminar la violación de estos derechos. También es cierto que personas prejuiciadas se pueden escudar en el hecho de que no hay una ley formalmente promulgada.
2. Existen procedimientos y/o prácticas procesales administrativas formalmente promulgadas en el componente formal normativo, que consisten en dotar a la persona que de una u otra manera debe interpretar y aplicar la ley del poder de llenar los vacíos de la misma, por medio de la analogía con otra u otras leyes formalmente promulgadas. De esta manera el componente formal normativo se incluye en el contenido que se le darán a las leyes en el componente estructural.
3. La ley establece reglas, institucionaliza una forma de pensar y esa forma de pensar no sólo es adoptada por el común de la gente, sino también por quienes administran justicia, de manera que también los y las juezas, policías y otros/as funcionarios/as que seleccionan, combinan, interpretan y aplican las leyes, lo hacen de conformidad con una manera de pensar y concebir el mundo que está en una gran medida determinada por las mismas leyes.

2.5. Influencia del componente estructural en el componente formal normativo:

El componente estructural influye, limita y define el contenido del componente formal normativo de la ley porque:

1. La interpretación o aplicación de una manera específica y en forma reiterativa que se haga de una ley sobre derechos sexuales, le va dando un significado a esa ley que podría ser más amplio o más restringido de lo que él o la legisladora quiso al promulgarla.
2. Si nunca o muy poco frecuente se aplica una ley o un determinado aspecto de una ley, ello también influye en el componente sustantivo al restarle vigencia o efectividad a la misma.
3. La imposibilidad de solucionar un determinado conflicto o la imposibilidad material de aplicarlas normas sobre derechos sexuales, que a veces experimenten quienes tienen que administrar justicia, determina no sólo el contenido que se le irá dando a esas normas, sino que influye y hasta determina que se promulguen o deroguen.
4. Aunque desafortunadamente no siempre, el poco o gran acceso que tenga el común de la gente a la administración de justicia en el Ecuador, también influye en cómo se redacta la ley.
5. El conocimiento sobre las actitudes y conductas de las personas que administran justicia, también determina la redacción de una ley, aunque en demasiados pocos casos.

2.6. Influencia del componente político cultural en el componente estructural

A su vez, el componente estructural es influido, limitado y definido por el componente político cultural, porque:

1. Quienes hacen, combinan, aplican e interpretan las leyes, son personas de carne y hueso que están impregnadas de actitudes, juicios y preconceptos sobre las personas, sus conductas y sus necesidades,

especialmente cuando esas personas pertenecen al sexo femenino, a una raza/etnia discriminada, a un grupo minoritario, etc.; y estos preconceptos no siempre son dejados de lado a la hora de administrar justicia.

2. Las tradiciones y costumbres sexuales valoradas por los pueblos en un determinado periodo histórico, las presiones políticas, las creencias religiosas, etc., influyen o determinan según su caso, la forma en que se administra justicia, haciendo que quienes interpretan y aplican la ley lo hagan de conformidad con su propia jerarquía de valores y de la sociedad que los/las circunda.
3. Además, esas costumbres y tradiciones son interpretadas por lo y las juezas de acuerdo a factores tales como los intereses que protegen, la clase, raza o credo al que pertenecen, la doctrina jurídica a la que se adhieren, sus valores y actitudes, etc.
4. El conocimiento y uso que la gente corriente y común haga de las leyes existentes sobre derechos sexuales, así como el sentido y combinación que hagan los abogados y abogadas van dándole una especie de “popularidad” a cierta combinación de leyes, a ciertas interpretaciones, etc.
5. Las interpretaciones políticas y económicas de los grupos socialmente más fuertes o de los países más poderosos, también determinan cuales y cómo se interpretan las leyes.
6. Una ley que no sea conocida por el común de la gente, no podría nunca ser llenada de contenido por el componente estructural, al no existir la oportunidad de aplicarla o interpretarla.

Es decir, si el común de la gente no considera que es un problema legal la falta del reconocimiento de los derechos sexuales para todos y todas en igualdad, es probable que quienes administren justicia tampoco lo consideren un problema legal. De esta manera, aunque estén enunciados los derechos sexuales en el componente formal normativo, no tiene contenido y por lo tanto no es un verdadero derecho ni es una verdadera ley, sino que es solamente un enunciado.

2.7. Influencia del componente estructural en el componente político cultural

También el componente cultural es influido, limitado y definido por el estructural porque:

1. La forma en la que una ley de derechos sexuales sea administrada, aplicada e interpretada será lo que la mayoría de la gente considere que es el verdadero contenido de la ley y por ende, será a ley que respetarán.
2. El conocimiento y actitudes que la gente tenga frente a una ley de derechos sexuales, son influidas por las actitudes y conductas de quienes administran justicia, porque en gran medida éstas determinan si la gente cree en su aplicación.
3. El acceso que tenga la gente a la administración de justicia determina en gran medida las actitudes que puedan tener frente a una ley sobre derechos sexuales.

Estos puntos que se han enumerado con relación a la mutua definición entre los componentes son solo algunos de los muchos que se podrían pensar; sin embargo, lo importante es recalcar que el Derecho posee estos tres componentes y se deberá tener conciencia de que en el análisis de una doctrina jurídica (componente político cultural), es necesario ver como ésta se ha traducido en leyes (componente forman normativo) o cómo es interpretada y aplicada por quienes administran justicia (componente estructural); debido a que, si solo se analiza desde uno de sus componentes, será un análisis parcial que no dará conocimiento suficientemente objetivo como para poder medir sus alcances, efectos y beneficios.

Conclusiones de capítulo

- La autora Alda Facio afirma que originariamente el Derecho está concebido desde los hombres y para los hombres, esto quiere decir que se fundamenta en una visión masculina, en donde los derechos son para los varones capaces y los derechos de las mujeres y otros sujetos como los niños, adultos mayores y personas de sexualidad diversa, eran invisibilizados o no fueron reconocidos por no ser considerados como sujetos capaces de obtener derechos ni obligaciones.
- Debido a la condición de discriminación existente en el Derecho, Facio plantea una metodología que permite replantear al Derecho, con el fin de reconstruir el sistema legal con miras hacia la igualdad y a la no discriminación por género, orientación sexual u otro aspecto básico de la vida de las personas.
- Con la aplicación de este método lo que se busca en esta investigación, es visibilizar que en la legislación ecuatoriana existe un sesgo que mantiene ausentes a los derechos sexuales, creando una brecha entre la aplicación de estos derechos con las normas constitucionales vigentes.

3. CAPÍTULO III. Componente Formal Normativo

Introducción

A la luz del marco metodológico planteado por Facio, en este capítulo se presentará el análisis del componente formal normativo en lo relativo a derechos sexuales en la legislación ecuatoriana.

Con este capítulo se pretende establecer ¿cuáles son los contenidos en la normativa jurídica interna ecuatoriana respecto de la sexualidad?, y con este planteamiento conocer la posición del Estado frente al reconocimiento y protección de estos derechos fundamentales para la vida de las personas.

Para su desarrollo éste capítulo abordará la concepción del Estado como Constitucional de Derechos y justicia, para posteriormente presentar la inclusión de lo sexual dentro de los contenidos de convenios o tratados internacionales suscritos por el Ecuador, de los cuales se emanan las disposiciones en las que se basa la construcción de las normas que protegen la dignidad humana. Así como también, se analizarán las normas constitucionales y demás instrumentos que posean disposiciones sobre derechos sexuales, su ejercicio o vulneración dentro la sociedad ecuatoriana.

3.1. El Estado Ecuatoriano como Estado Constitucional de Derechos y Justicia

La Carta Magna de 2008 fue realizada en base a principios del neoconstitucionalismo o garantismo, teoría por la cual se busca la protección de los derechos fundamentales y bajo la cual se realizan nuevas interpretaciones a los principios del derecho. Asimismo esta concepción de Estado trae consigo cambios en todas las instituciones del Estado y en su forma de interpretación.

Esta es la importancia de analizar el nuevo concepto de Estado que adoptó el Ecuador. Para un mejor análisis de esta nueva concepción, a continuación se

dividirán los conceptos del Artículo 1 en: Estado Constitucional, Estado de Derechos y Estado de Justicia.

3.1.1. Estado Constitucional

En una antigua concepción, el Estado de Derecho basaba su finalidad en el sometimiento a la ley. Esta ley determinaba la estructura del Estado y limitaba la actuación de la administración pública. Sin embargo, este concepto decayó por muchos motivos, entre ellos porque el legalismo y el positivismo afectaban a los derechos fundamentales. Es por esta razón que, en la actualidad la gran mayoría de países utilizan la acepción de Estado Constitucional.

Estado Constitucional es aquel que tiene como eje fundamental la Constitución. Como lo establece Ramiro Ávila:

“La constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio”. (Ávila, 2008, p.22).

En esta misma línea de pensamiento, la Constitución es la norma principal, directamente aplicable en el sector público y sector privado tal como lo establecen los artículos que se citan a continuación:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. 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 (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones

constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

“Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. 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”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Este artículo le impone al Estado la necesidad de romper con las construcciones culturales excluyentes que se han establecido en la construcción de la normativa y jurisprudencia, incitándole a aceptar las transformaciones sociales para proteger derechos humanos.

Es así, que la obligación del Estado va más allá de la creación normativa, le significa formar servidoras y servidores públicos, miembros de la Función Judicial, tomadores y tomadoras de decisiones, que dejen de lado sus

creencias personales y dogmáticas evitando estereotipos mentales, con el fin de hacer efectivos los derechos establecidos en la carta magna.

Como lo establece el artículo 424 antes citado, la concepción de Constitucionalismo también abarca el nuevo pluralismo jurídico que dan los Tratados y Convenios Internacionales, firmados y ratificados por el Ecuador, los cuales en el caso de Derechos Humanos poseen la misma jerarquía que la Constitución.

Otro de los requisitos para que un Estado sea Constitucional, es que exista una autoridad capaz de asegurar el cumplimiento por todas las instituciones y personas de la Constitución. Esta autoridad en nuestro país es la Corte Constitucional, quien es el máximo órgano de control e interpretación constitucional, el cual busca sancionar su incumplimiento y por lo tanto asegurar el cumplimiento. Esto se encuentra sustentado en los siguientes artículos:

“Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito (...)”
(Constitución de la República del Ecuador, 2008)

“Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. _Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias.

Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de

inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

3.1.2. Estado de Derechos

La concepción de Estado de Derechos con Estado Constitucional es muy similar. Según Ramiro Ávila (2008, p.20) esto es justificable porque ambas concepciones están compuestas por los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, en la actualidad se formula al Estado de Derechos como un concepto evolutivo del Estado Constitucional. En el cual, por una parte se pondera los derechos sobre la ley, y por otro lado, se fortalece el postulado de aceptar como parte del ordenamiento jurídico interno a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Es preciso recalcar que el Estado de Derechos nace a partir del Estado de Derecho. Siendo este último la expresión del sometimiento del poder a la ley. Por lo tanto, para que pueda existir un Estado de Derechos, es necesario que los diferentes órganos y miembros que conforman la administración estén sujetos a un sistema jurídico que brinde seguridad a los administrados.

3.1.3. El Estado de Justicia

La concepción de Estado de justicia según Ramiro Ávila (2008, p.22), abarca un análisis de un juicio de valor, tanto en las normas como en el momento de aplicación por parte de los jueces. Lo que se busca es una sociedad que utilice la justicia como valor moral. Así también, fortalecer principios como: igualdad ante la ley, libre acceso a la justicia y tutela judicial efectiva en todos los procesos.

3.1.4. Bloque de Constitucionalidad en materia de Derechos Humanos

El bloque de constitucionalidad regido por la Constitución que es la norma suprema establece a los instrumentos internacionales de derechos humanos como fuente del ordenamiento jurídico ecuatoriano, entendiendo que éstos son los tratados y las declaraciones ratificados por el Estado ecuatoriano, estos instrumentos internacionales incorporan derechos al ordenamiento jurídico que serán de directa aplicación ya que su jerarquía es apenas debajo de la Constitución y superior de las demás normas del ordenamiento jurídico. Así la Constitución afirma en el siguiente articulado:

“Art 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales; y las ordenanzas distritales; los decreto y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios; 3. 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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

3.1.5. Obligaciones del Estado

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar a sus ciudadanos el poder ejercer sus derechos libremente dentro del marco legal, estableciendo mecanismos y garantías a las que todas la personas puedan acceder en caso de que se vulneren sus derechos con el fin de encontrar una solución justa a su causa. Es por ello que la Constitución establece que obligaciones se le generan al órgano de administración en los siguientes artículos:

“Art. 70.- El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo

especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La garantía de los derechos es un vínculo entre el Estado y sus habitantes. Es decir se genera la obligación del Estado de desarrollar las acciones que sean necesarias para garantizar el buen vivir o suma kausai¹⁷ y el ejercicio pleno de todos los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, desde sus propias especificidades, incluidos los derechos sexuales y reproductivos.

Garantías Normativas

“Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público, atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Garantías Jurisdiccionales

Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

¹⁷ El buen vivir puede ser definido como una propuesta de cambio para los pueblos del mundo, la cual, según Alberto Acosta se centra en una sociedad en la que sea posible que todos y todas tengamos iguales posibilidades y oportunidades donde lo individual y lo colectivo coexistan en armonía con la naturaleza, donde la racionalidad económica se reconcilie con la ética y el sentido común.

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.
2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:
 - a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.
 - b) Serán hábiles todos los días y horas.
 - c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.
 - d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.
 - e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.
3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

“Art.87.- Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o Independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Sección segunda: Acción de protección

“Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Sección sexta: Acción por Incumplimiento

“Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Sección séptima: Acción extraordinaria de protección

“Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Estos mecanismos de acción de protección son una garantía hoy en día básica de todas las personas para poder exigir el reconocimiento sus derechos fundamentales dentro del sistema legal ecuatoriano.

Ámbito formal normativo

Para efectos del desarrollo de esta tesis analizaremos las normas sobre derechos sexuales en dos grupos: primero, en las normas internacionales ya que son la base de donde nacen estos derechos, y segundo, en qué forma se encuentran consagrados estos derechos en la Constitución del 2008 vigente.

3.2. Normativa Internacional

Es necesario preguntarse entonces, ¿Desde cuándo se comienza a hablar de derechos sexuales en el Ecuador y en qué aspectos se realizó este proceso?

Partimos entonces, parafraseando a Salgado quien manifiesta que “la internacionalización de los derechos humanos tomó fuerza en 1948 con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la sucesiva proliferación de tratados, declaraciones, conferencias internacionales que han tratado esta materia, pero, es a partir de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Viena (1993) cuando el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres que incluye a la violencia sexual, viola los derechos humanos; abriendo así, la puerta para posicionar a la sexualidad como legítima dentro de los contenidos de estos derechos fundamentales de las personas”. (Salgado, 2003, p.42).

Sumando a esto que, un gran avance se diera debido a la creación y utilización de los distintos mecanismos internacionales que velan por la protección de los derechos humanos, como son la Organización de las Naciones Unidas, de carácter mundial y la Organización de Estados Americanos, de carácter regional, siendo utilizados como instrumentos para la legitimación y reivindicación de derechos de los grupos sociales más vulnerables y de los cuales se desprende el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos en América.

Este Sistema Interamericano mediante entidades como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encarga de promover la observancia y la defensa de estos derechos en el continente Americano.

Estos organismos tienen influencia directa en los Estados que hayan ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. El Estado ecuatoriano ha ratificado desde 1977 la vigencia de esta Convención; reconociendo la competencia de ambas entidades. En ese sentido:

“De acuerdo con lo prescrito en el párrafo 1, art 45 de la Convención, el Gobierno del Ecuador reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte, alegue que

otro Estado Parte, ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la citada Convención. Y en el art. 62 de la Convención antes mencionada, el Gobierno del Ecuador declara, que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.” (OEA, 2012).

Por otra parte, todo esto daría fuerza para que en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, (CIDP) realizada en el Cairo 1994, se inaugurara a la sexualidad y a la salud sexual en los espacios de debates internacionales de derechos humanos, debiendo ser promovidos por los programas de población y desarrollo en todo el mundo.

La Declaración y Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing 1995, dedica una sección entera al tema de la violencia contra las mujeres, y en ese sentido: “se reconoce el derecho de la mujeres a controlar y decidir libre y responsablemente sobre materias relacionadas con su *sexualidad*, incluyendo la salud sexual y reproductiva, libre de coerción, discriminación y violencia” (párrafo 96 de la Plataforma).

Todos estos mecanismos mencionados al emitir sus recomendaciones hacen un llamado a los Estados para implementar en sus legislaciones a la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la Mujer y la CEDAW.

Posteriormente la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); se convierte en el principal instrumento internacional obligatorio de derechos humanos para la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres, en la cual se establecen tres principios centrales: (CEDAW en Jiménez, 2007, p.33)

1. Igualdad.- entendida como igualdad en la ley o igualdad de oportunidades y también como igualdad en los hechos o resultados de facto.

2. No Discriminación.- entendiéndola como un fenómeno de construcción social que inicie en el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres; y

3. Obligación del Estado.- El Estado que la ratifica adquiere responsabilidades hacia las mujeres que no puede rehuir, siendo legalmente responsable por las violaciones a las obligaciones internacionales que, conforme al derecho consuetudinario internacional y el derecho de los tratados, son atribuibles o imputables al Estado.

De estos aspectos se aprecia que la importancia del reconocimiento de la sexualidad como un derecho humano en los instrumentos internacionales radica, en el posicionamiento que se le da en el derecho internacional que es el conjunto de normas jurídicas que emanan de Convenios, Convenciones, Tratados, etc.

Así, el derecho internacional de los derechos humanos establece obligaciones que los Estados deben respetar al pasar a ser partes en los tratados internacionales. Los Estados asumen obligaciones y deberes en virtud del derecho internacional de:

1. **Respetar** que significa que los estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos.
2. La obligación de **protegerlos** exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos o grupos; y
3. la obligación de **realizarlos** significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos. (CEDAW en Jiménez, 2007, p.35)

De esta manera se vuelven exigibles para los Estado que hayan ratificado estos convenios y tratados internacionales, todos los derechos que se desprendan del ejercicio de la sexualidad y a través de ella se observa cómo debido a las luchas de mujeres por la reivindicación de sus derechos, se ha instaurado el debate por una sexualidad despojada del estereotipo en que ejercerla tiene como único fin la procreación, ya que al vincularlas (sexualidad

y reproducción) como afirma Salgado “se daría cabida a una titularidad excluyente no solo para los hombres sino también para las personas con orientación sexual diversa a la heterosexual.” (Salgado, 2008, p.43.)

Entonces, se puede decir que es gracias a los debates internacionales, que han abordado a la sexualidad desde un enfoque de derechos humanos¹⁸ y con ello el rol de las diferentes organizaciones sociales por ampliar la protección de estos derechos hacia los sujetos históricamente excluidos; que se comenzó a construir el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales en el Ecuador.

3.3. Análisis de normativa Constitucional referente a los Derechos Sexuales

Las normas constitucionales forman parte de las expresiones de una sociedad organizada y es debido a su carácter coercitivo que pueden ser exigidas ante el Estado, por ello cabe mencionar que cada día toman más fuerza movimientos sociales, como son las organizaciones de mujeres feministas, movimientos juveniles y movimientos GLBT; siendo todos estos los actores generadores de la lucha por reivindicar los derechos sexuales en las políticas y normas de todo el mundo, con miras hacia una sociedad más humana y, en 1998 se logró dar un gran paso en la construcción de los contenidos Constitucionales cuando se eliminó a la homosexualidad como un delito penado en el Ecuador. En este sentido Salgado se manifiesta:

“En el contexto ecuatoriano, el innegable logro alcanzado con la declaratoria de inconstitucionalidad de la criminización de las relaciones homosexuales consentidas, abrió paso a un proceso muy interesante; una vinculación entre las organizaciones GLBT y las organizaciones de derechos humanos, una amplia cobertura de prensa favorable a la despenalización de la homosexualidad y un rol protagónico de las

¹⁸ El enfoque de derechos humanos fortalece las prácticas de un buen gobierno, orienta las políticas institucionales y procura la integración de esfuerzos y recursos para hacer efectivos a los derechos humanos, atendiendo las demandas políticas, sociales y económicas, considerando las particularidades de la población, como la condición de género y la diversidad cultural.

organizaciones que lucharon por la inclusión de la no discriminación debido a la orientación sexual en la Asamblea Constituyente de 1997 y 1998 y lo consiguieron.” (Salgado, 2008, p.37.)

Ahora, si bien la Constitución del 1998, introdujo grandes avances en materia de derechos sexuales, la Constitución del 2008 va mucho más allá, ya que amplía el contenido de derechos y con ello también la responsabilidad del Estado.

Normativa constitucional con relación a la aplicación del derecho y la no discriminación

Como un principio de aplicación del derecho en el artículo 11.2 se dispone:

Art. 11. “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 2. 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 género¹⁹... orientación sexual,²⁰ portar VIH, ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva...que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

¹⁹ De acuerdo a los Principios de Yogyakarta, citado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la identidad de género es “...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

²⁰ De acuerdo a los Principios de Yogyakarta, citado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la 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 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 “entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad.

“El Estado adoptará medidas de acción afirmativas que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en desigualdad.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es decir que se reconoce explícitamente que tanto hombres como mujeres, independientemente de cuál sea su biología, puedan gozar de los mismos derechos; esto causa la ruptura de la visión binaria hombre/mujer de sujetos, permitiendo que las personas con diversidad sexo-genérica también sean consideradas sujetos de derechos.

Mientras se afirma que la responsabilidad del Estado radica en adoptar las medidas de acción afirmativas que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en desigualdad.

En este sentido la Constitución 2008 del Ecuador en su artículo 23 inciso 3; estatuye que:

“Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...) 3. La igualdad ante la Ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, **sexo**, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, **orientación sexual**; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole. (Constitución de la República del Ecuador, 2008) (Los resaltados son adheridos)

La Constitución reafirma el anterior precepto al establecer como responsabilidades de los ecuatorianos en el art. 83 inciso 14.- respetar y reconocer de las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género y la orientación e identidad sexual.

Normativa constitucional con relación a derechos de familia

En lo concerniente a derecho de familia, la norma constitucional da un paso gigante, debido a que rompe con el estereotipo clásico de la familia patriarcal, pues en su artículo 67 estatuye:

“Art 67.- se reconoce la familia en sus diversos tipos. El estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Al reconocer a la familia en sus diversos tipos, le obliga al Estado a protegerla por ser núcleo fundamental de la sociedad, siendo relevante la afirmación que las familias se constituyen a partir de vínculos jurídicos o de hechos, quedando así expresa la posibilidad de que las parejas del mismo sexo conformen familias a partir de uniones de hecho.

Sin embargo, con esto se genera un debate por la contradicción de las normas ya que en el art. 67 de la Constitución el matrimonio es la unión entre hombre y mujer que se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de derechos (...) mientras en el art.68.

“Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es decir, se afirma que la unión estable entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio entonces, esta unión con el fin de alcanzar una familia es también un derecho en el caso de la unión libre de personas del mismo sexo. Sin embargo para estas personas este derecho es excluido al incluirse la acepción “La adopción

corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” en la cual se está discriminando a las personas con diversidad sexo-genéricas por su condición, contraviniendo con el derecho de todas las personas a formar una familia y así también con el tan mencionado principio de la Igualdad que fomenta la carta magna.

Normativa constitucional con relación a los derechos de libertad

En el marco de los derechos de libertad, la Constitución en su Art. 66 inciso 9; consagra “el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida y orientación sexual. Pero además, le obliga al Estado a adoptar las acciones necesarias para que estas decisiones sean seguras.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El Estado otorga la facultad a las personas de decidir libremente respecto de su vida privada, en donde la sexualidad es un aspecto muy importante ya que es parte fundamental del desarrollo del ser humano como persona y, además se vincula con el crecimiento de la población debido a la función reproductiva de las personas, es por ello que el Estado debe crear medidas que aseguren que sus ciudadanos estén correctamente informados sobre sexualidad, para así poder tomar decisiones informadas voluntarias y responsables. Siendo la educación la principal herramienta en la que el Estado debe implementar la educación sexual.

3.4. Análisis de normativa legal referente a los Derechos Sexuales

Ley Orgánica de Salud

“Art.6. Se establece como responsabilidad del Ministerio de Salud Pública... 6. Formular e implementar políticas, programas y acciones de promoción, prevención y atención integral de salud sexual y reproductiva de acuerdo al ciclo de vida que permitan la vigencia, respeto y goce de los derechos tanto sexuales como reproductivos (...)” (L.O.S.)

Reglamento para regular el acceso y la disponibilidad de métodos anticonceptivos en el Sistema Nacional de Salud.

Este reglamento como un avance en la protección de los derechos sexuales fue expedido el 8 de marzo de 2013 con el objeto de poner a disposición de toda la población, servicios para la atención integral de calidad e información sobre planificación familiar, anticoncepción, prevención de Infecciones de Transmisión Sexual, incluido el VIH/Sida, anticoncepción oral de emergencia, salud sexual y reproductiva y prevención de embarazos en la adolescencia o no planificados.

“Art. 2. Los Establecimientos del Sistema Nacional de Salud, proveerán la información y asesoría sobre el uso de métodos anticonceptivos; y entregarán los mismos de acuerdo al nivel de atención, incluida la anticoncepción oral de emergencia (AOE), a toda la población en general, especialmente a adolescentes, jóvenes, hombres y mujeres que lo requieran. La edad, la etnia, el sexo, la identidad sexo-genérica (...) no serán en ningún caso, condicionamiento para brindar esta información” (R.S.N.S.)

La ordenanza 240 del Distrito Metropolitano de Quito

La ordenanza 240 de inclusión de la diversidad sexual GLBTI (Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transgéneros e Intersex) en las políticas del Distrito Metropolitano fue expedida el 20 de diciembre del 2007.

En ella se declara a la discriminación por orientación sexual como una violación de los derechos humanos fundamentales, que se contrapone a la Constitución de la Republica, los derechos humanos y la política municipal.

“Art 2. La municipalidad garantizará la aplicación de los derechos fundamentales, luchando contra el estigma y discriminación por orientación sexual mediante art.3 el diseño e implementación de programas de sensibilización (...)” (Ordenanza 240 D.M.Q.)

Esta ordenanza ratifica y da más fuerza a las disposiciones constitucionales del art 23 en sus numerales 3, 5, 25, en los cuales ya se establece la no discriminación por orientación sexual así como la libertad de tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual, garantizando de esta manera la inclusión de la diversidad sexual GLBTI debido a que fomenta su participación en promover prácticas que no atente contra los derechos humanos.

Ordenanza para la promoción y garantía de los derechos sexuales y reproductivos y por la que se institucionaliza la red de salud sexual y salud reproductiva en el Cantón Cuenca.

“Art.1.- La presente ordenanza tiene por objetos garantizar la implementación den le cantón Cuenca de políticas públicas destinadas a la promoción, desarrollo y plena vivencia de los derechos sexuales y derechos reproductivo, así como el acceso igualitario, pleno y sin discriminación a la atención de la salud sexual y reproductiva para toda la población tanto del área urbana como rural del cantón Cuenca, con énfasis en adolescentes y jóvenes así como la institucionalización de la Red de Salud Sexual y Reproductiva en el Cantón Cuenca.”

Esta ordenanza es responsabilidad del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Municipalidad de Cuenca el cual diseñará el Plan Integral de Salud Sexual y Reproductiva, el cual tendrá principios rectores como:

- La ética laica, como fundamento y garantía de la aplicación de los derechos humanos
- La no discriminación por ninguna razón
- Los enfoques de género, de derechos, intercultural e intergeneracional que incluyen la construcción de una nueva masculinidad, libre de machismo
- Enfoque de derechos sexuales y derechos reproductivos
- Calidad, calidez y eficacia en la prestación de los servicios públicos
- Oportunidad y transparencia

- Cooperación y complementariedad interinstitucional

Éstas políticas permiten incluir dentro de la cultura a la educación sexual a través de programas integracionales que buscan generar equidad y tolerancia.

Con respecto al Aborto

Aunque el tema de la investigación se centra en la sexualidad, no se puede dejar pasar el tema que es actor de una problemática social y de salud pública, como es el aborto.

El aborto está relacionado íntimamente con la reproducción. Por lo tanto, no se puede negar que este acto lleva inmersa a la sexualidad de la mujer y en este sentido la Constitución en el art.11 inciso.10 estatuye el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos quiere tener.

Sin embargo, la búsqueda de las mujeres por decidir libremente y posesionar su sexualidad fuera del ámbito de la reproducción se ve estigmatizada debido a la penalización del aborto establecida el Código Orgánico Integral Penal- COIP- el cual mantiene la penalización del aborto consentido²¹, incluso con la misma sanción establecida en el artículo 444 del Código Penal anterior. De esta manera impide que las mujeres accedan a su derecho Constitucional a decir respecto de su sexualidad coartando así la libertad de las mujeres a decidir sobre su propia vida

Además, el artículo 150 del COIP al igual 447 del anterior Código Penal establece las mismas dos causales para el aborto no punible: que se practique para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. Y si el embarazo es fruto de una violación a una mujer con discapacidad mental.

²¹ El artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal aprobado por la Asamblea Nacional dice: "149.- La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de la libertad de uno a tres años.- La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años".

Esto, limita la realidad social del Ecuador, ya que en el diario vivir la mayoría de mujeres que se someten a este tipo de intervención son adolescentes y jóvenes que al no tener acceso al servicio de salud, mueren víctimas de una ley que en teoría debería proteger la vida de la persona, ya que el hecho de que esté prohibido el aborto, no quiere decir que se deje de practicarlo clandestinamente todos los días.

Conclusiones de capítulo

- La normativa internacional sobre derechos humanos tiene el mismo rango que la norma constitucional, debido a que los tratados y convenios de derecho internacional humanitario se sustentan en el respeto de la dignidad de la persona humana, siendo un ideal común para ambos la protección de los principios de humanidad. Por lo que al ser ratificados por el Estado demandan del mismo, obligaciones de respeto y garantía para la protección de los derechos fundamentales de las personas.
- Es a partir de la internacionalización de los derechos humanos a través de la ratificación de los diferentes tratados y convenios internacionales, así como de las luchas de los diferentes grupos sociales por reivindicar sus derechos, que se ha conseguido posicionar a la sexualidad como un derecho fundamental para el desarrollo de la vida humana.
- El componente formal normativo muestra que la Constitución 2008 rompe con el reconocimiento de los sujetos de derecho desde la estructura binaria de hombres/mujeres, ya que incorpora a sujetos de diversidad sexo-genérica al establecer en su art. 11 la no discriminación por sexo, orientación sexual e identidad de género, incorporándose así el principio de igual de todos ante la ley.
- Se puede observar que han habido grandes avances en la protección de derechos sexuales en el componente formal normativo, debido a la positivación de normas con cierto contenido de carácter sexual dentro de la Constitución, Reglamentos y Ordenanzas. Sin embargo, estos esfuerzos no son suficientes ya que la normativa ecuatoriana no cuenta con normas específicas que determinen el contenido de derechos sexuales, que permitan la materialización de los derechos sexuales dentro del sistema legal. Es por ello que en el siguiente capítulo se hará un análisis de cómo se aplican estos instrumentos en la práctica legal ecuatoriana.

4. Capítulo IV. Componente Estructural y Político Cultural

Introducción

Este capítulo, para su desarrollo se dividirá en dos ámbitos, el ámbito estructural en el cual se procede a explorar en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente del 2008, para conocer cómo los asambleístas defienden o ignoran a los derechos sexuales, así como la jurisprudencia generada en acciones constitucionales de protección sobre esta materia; y, el ámbito político cultural en el cual se presentarán las diferentes posturas que se asumen respecto del ejercicio y promoción de los derechos sexuales en los diversos sectores sociales.

Lo que pretende este capítulo es conocer ¿Qué elementos se toman en cuenta en la creación, aplicación e interpretación de las normas constitucionales?. Ya sea, por parte de los asambleístas como creadores de estas normas, como también de los jueces del tribunal constitucional quienes son los encargados de la interpretación de estas normas. Así como establecer ¿cómo se viven y perciben estos derechos en el diario vivir de los ecuatorianos?

Para el desarrollo de estos planteamientos esta tesis se basará en las actas de los debates realizados en la Asamblea Nacional del 2008, con el fin de conocer las posturas respecto de la sexualidad y los derechos sexuales de los legisladores, procediendo con el análisis de la forma en que se interpretan las normas constitucionales en las jurisprudencias emitidas por la Corte Constitucional. Finalmente se presentarán las posturas de personas representantes de diferentes sectores sociales, para poder establecer si la materialización de los derechos sexuales es un hecho posible, o a su vez, si existen elementos estructurales y culturales que impiden su materialización dentro del sistema legal ecuatoriano.

4.1. Ámbito estructural

4.1.1. La Asamblea Nacional Constituyente 2008

La coyuntura histórica de la Asamblea Nacional ha sido marcada por largos procesos de inestabilidad política y movilizaciones sociales.

Tras ganar la elecciones Presidenciales (2006) Rafael Correa, mediante referéndum convocó a la Asamblea Constituyente para la redacción de un nuevo texto Constitucional en el complejo denominado Ciudad Alfaro en Montecristi. Es así que con el deseo de generar cambios productivos para el país, la Constituyente de 2008 trata de cerrar este capítulo de inestabilidad y establecer un nuevo régimen político, modificando las relaciones entre el Estado, la sociedad y la economía.

4.1.2. Debates de la Asamblea Nacional Constituyente 2008. Acta 050.

Procedemos entonces, a analizar las principales posturas de los Asambleístas respecto de los derechos humanos, sexuales y reproductivos, debatidos en la Asamblea Nacional y que constan en el Acta 050, que fue en donde se debatieron las principales articulados sobre derechos sexuales que regirían la Constitución del 2008, con la finalidad de conocer las principales ideologías y en qué contexto, nacieron y se aprobaron los artículos que contienen a los derechos sexuales en la Constitución vigente.

Cabe señalar que se harán citas textuales de cada una de las intervenciones de los asambleístas, para conocer cómo manifestaron sus posturas sobre los articulados referentes a los derechos sexuales.

La elaboración del nuevo texto normativo implicó un reto progresista hacia una sociedad cambiante, en el cual sus contenidos seguramente generarían polémica dentro de los diferentes grupos sociales, pero que sin duda generarían cambios sustanciales, tanto en la protección de derechos como en el reconocimiento de los sujetos de derechos.

La asambleísta María Molina inició en debate afirmando:

“La Asamblea Constituyente se presenta a aprobar una carta de derechos totalmente innovadora, revolucionaria y progresista, que constituirá el inicio de un nuevo paradigma en cuanto al goce y ejercicio de los derechos fundamentales” (Molina, Acta 050, 2008.)

Una Constitución con enfoque de género

Es necesario tomar en cuenta que en pleno de la Asamblea Constituyente del 2008, se contó por primera vez con un grupo más numeroso de mujeres asambleístas, lo que condujo a un debate más equitativo pero a la vez más polémico en la ponderación y reivindicación de los derechos sexuales y reproductivos expuestos.

“Antes que nada, debemos mencionar que el eje transversal del articulado propuesto se encuentra en el enfoque de género que incorpora las acciones afirmativas, para alcanzar la igualdad sustancial entre hombres y mujeres en el ejercicio de derechos. Así como sanciones contra la violencia de género tal como lo establece la convención de la ONU llamada CEDAW- sobre la eliminación de todas las formas de discriminación.” (Molina, acta 050, 2008.)

Con respecto a la Identidad

Asambleísta María Molina:

El derecho a la identidad a diferencia de lo establecido en la constitución 1998, no queda como mero enunciado, sino que se reconoce la necesidad de conservar, desarrollar, fortalecer las características que integran la identidad de una persona, la identidad va ligada a la cultura que será desarrollada ampliamente en los próximos textos (Molina, acta 050 p 39.)

Análisis: De acuerdo al criterio de la asambleísta María Molina podemos apreciar la relevancia que tiene la lucha por la equidad de género garantizada en la normativa legal que rige nuestro país, en este caso la Constitución 2008, así como su constancia en instrumentos internacionales como la convención CEDAW. Todo esto enmarcado en la identidad de cada persona, a la cual está directamente vinculada igualdad de género opuesto como parte fundamental de una sociedad justa, equilibrada y equitativa que se remite al respeto de una ley que tiene un enfoque básico en los derechos humanos.

Con respecto a la sexualidad y Derechos Sexuales

“Por otra parte los derechos sexuales han sido separados de los reproductivos en dos artículos independientes, como una forma de superar la concepción machista que siempre liga el ejercicio de la sexualidad femenina a la maternidad, y que se ha reflejado siempre en la dualidad de derechos sexuales y reproductivos. Como derechos siameses eternamente unidos, cuando en la realidad el ejercicio responsable de la sexualidad no implica maternidad, así como el ser mujer no implica tener hijos para poder realizarse.” (Molina, p.39.)

“En relación al debido proceso, otro avance trascendental es el establecimiento de la protección y procedimientos especiales para las víctimas de violencia sexual y de género.” (Molina, p.39)

La mayoría de los artículos han sido aprobados por unanimidad.

Análisis: Podemos realizar un análisis vinculando estas ideas con las anteriormente señaladas, ya que están dirigidas a la defensa del derecho a la igualdad consagrado en la Constitución de la República como un derecho fundamental, en especial refiriéndonos a la igualdad de derechos de las mujeres frente a los derechos de los hombres y a combatir la idea machista retrógrada de que la mujer debe cumplir únicamente un objetivo sexual y reproductivo. Esta tesis se enfoca básicamente en mostrar la importancia del desarrollo personal, físico y psíquico de la mujer de una manera diferente, es

decir como parte fundamental del desarrollo de la sociedad en diferentes áreas desempeñando su rol de vital importancia, al igual que los hombres.

Asambleísta Soledad Vela:

“Los derechos sexuales y reproductivos han estado históricamente vinculados a las mujeres, como si fueran uno solo, es decir, el único derecho sexual de la mujer era la reproducción de la especie. Los derechos sexuales y reproductivos, abarcan dos principios básicos: el derecho a la autodeterminación sexual reproductiva, es decir el derecho a decidir, a la salud sexual y salud reproductiva. El derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, se basa en el derecho a decidir sobre la libre opción de mujeres y hombres sobre la reproducción, la opción de maternidad, estar libre de interferencias o injerencias en la toma de decisiones reproductivas, y de todas las formas de violencia y coerción que afectan la vida sexual y reproductiva. El derecho a planear la propia familia, se ha definido en instrumentos internacionales como el derecho a determinar libre y responsablemente, el tener o no hijas o hijos, el número e intervalo de los mismos y a tener información y medios necesarios para hacerlo. El derecho de estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, está relacionado con los principios más amplios de la autonomía corporal, este principio tiene sus raíces en el derecho a respetar la dignidad humana, a los derechos de libertad y seguridad de la persona, a la integridad y el derecho a la intimidad. Hoy, en el inicio de un nuevo siglo, reivindicar la primacía de la igualdad y no discriminación, hacer énfasis en la dignidad de las personas, con el fin de consagrar en nuestra norma primaria la diferenciación entre los derechos sexuales y derechos reproductivos, de manera explícita y directa, demuestra que en el Ecuador se está escribiendo una Constitución que empieza a reconocer lo evidente, que derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos fundamentales, íntimamente ligados a la vida, a la integridad y a la diversidad. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e

informadas sobre la vida sexual y sexualidad, deriva de los principios de libertad, sobre todo relacionado con el desarrollo de la personalidad, igualdad y no discriminación ante la ley e implica la integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos. Con estas consideraciones, es evidente que los derechos sexuales garanticen que las personas tengan control sobre su sexualidad, también protegen la identidad sexual, el derecho a la elección de pareja, de orientación sexual y la ausencia de actividad sexual coercitiva. A su vez se protege la sexualidad libre y se prohíben la violencia sexual, esclavitud sexual, prostitución forzada y la discriminación por opción sexual, entre otras. Al Estado le está vedado escudriñar en determinados aspectos de la vida de las personas, entre ellos su actividad sexual.” (Vela, p.50-51.)

Análisis: Analizando el debate de los assembleístas desde otro punto de vista, en este caso según el criterio de Soledad Vela es importante destacar la división de los derechos sexuales y reproductivos, los cuales no deben identificarse como uno mismo sino que debe establecerse su diferencia. En el primer caso se habla del principio de autodeterminación sexual que toma en cuenta el derecho a la libertad y a la intimidad como una forma de explicar la facultad de cada persona a decidir cómo cuidar su cuerpo. Respecto a los derechos reproductivos se establece la libertad de hombres y mujeres de decidir referentemente al ámbito de su reproducción, la formación de su hogar, el número de hijos que desean tener y hasta el intervalo de éstos.

Ambos conceptos deben ser aplicados según la necesidad y el deseo de cada individuo, de defender su libertad sexual y su sexualidad sin que ésta sea sometida a coerción alguna. La decisión debe ser libre y espontánea. Este concepto tiene relación con el criterio de la assembleísta María Molina, en cuanto a la defensa de los derechos humanos y fundamentales, sin embargo hace, emite un criterio más profundo del respeto a la dignidad de cada persona y al respeto de que cada una tiene la facultad y el derecho a decidir sobre su sexualidad y la diferenciación entre derechos sexuales y derechos reproductivos.

Asambleísta Edison Narváez:

“Creo que es hora de construir un nuevo concepto de sexualidad, como una característica irrenunciable de los derechos humanos.

En los derecho sexuales, si bien estoy de acuerdo con el concepto, me preocupa el alcance de su aplicación, ya que refiere literalmente , a que “toda persona tiene derecho a tomar decisiones libres, formada y responsables sobre su sexualidad y vida sexual”, no sé si estas decisiones no solamente tienen que ver con su identidad o si tienen que ver con la práctica y, en ese sentido de la práctica libre de su sexualidad, si me preocupa, el hecho de que si una persona libremente e informadamente decide practicar sexo en un parque o en las calles o en la avenida, se le está reconociendo el derecho a tomar decisiones de manera libre. Que de aquellas prácticas que contradicen la misma naturaleza de la sexualidad humana, como el bestialismo, como la necrofilia. Basta con el solo hecho de que el individuo tome su propia decisión respecto de su sexualidad o debemos delimitar ese derecho, siempre y cuando no atente a la moral ni al pudor público”. (Narváez, acta 050, Pp.56-57).

Análisis: Este criterio es sumamente interesante, debido a que se razona sobre qué aspectos abarca el ejercicio del derecho a la intimidad respecto a la toma de decisiones sobre la sexualidad (derecho que tiene cada individuo) y cuál es el alcance del mismo, en el sentido de que este concepto faculta a cada persona a que su vida sexual y su sexualidad sea practicada libremente, por ejemplo en un lugar público.

Asambleísta Reyes Cristina:

“Con respecto a los derechos sexuales y reproductivos, realmente hay aquí una confusión, no se entiende como una verdadera planificación familiar, sino una velada introducción de prácticas asesinas como es el aborto. Yo celebro que el señor Presidente de la República, y que usted

señor presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, le digan si a la vida desde la concepción y si a una vida digna”. (Reyes, acta 050, p. 69)

Análisis: Dentro de este debate ésta es una posición extrema ya que se concibe que el hecho de hablar de sexualidad necesariamente conlleve inmerso al aborto, lo cual demuestra la limitación del concepto sexualidad al no tomárselo como el aspecto fundamental para el sano desarrollo de la vida de las personas.

Asambleísta María Paula Romo

“El derecho a la integridad sexual significa decir no a las violaciones, la sexualidad forzada es una forma de trato cruel. Está en el articulado que se refiere la integridad personal y no solamente los documentos internacionales sino las cortes internacionales que han juzgado los crímenes de guerrera, han sido muy claras en decir que también es una forma de tortura la violación (...) Es momento de dejar de ver la palabra “aborto” en todos los lugares donde se diga “sexo” o “sexualidad”. (Romo, acta 050, p.74).

“Cuando se habla de derechos sexuales y reproductivos, es importante decir que esta frase ya está contenida en la Constitución del noventa y ocho. No es una novelería, se refiere a respetar y asegurar los derechos de una parte fundamental de los seres humanos. Su salud sexual y salud reproductiva ya están en la Constitución del noventa y ocho, así que no es motivo de alarma. Y lo que ha hecho, que creo que es lo acertado, de la mesa uno, es separar los derechos sexuales de los reproductivos, porque son cosas diferentes y estoy de acuerdo con lo que aquí varios compañeros y compañeras han explicado al respecto.” (Romo, acta 050, p.75).

Con respecto a la protección de la vida desde la concepción y el aborto

Esta asambleísta con respecto al derecho a la vida:

“Cuáles son las consecuencias de poner el derecho a la vida desde la concepción. Las consecuencias son muy claras, eso sirve para declarar ilegal al aborto terapéutico, nada más. Así que ésta es una clara y una firme defensa al derecho de la vida, a la vida de las mujeres, a la vida de las personas, a la vida de todos los seres humanos. No solo es injusto, sino que es falso plantear este debate como un debate entre la vida y la muerte. Todos en esta sala estamos a favor de la vida, algunos creemos que además de defender la vida, debemos defender la vida con dignidad. La vida con dignidad es una vida con libertad, es una vida libre de violencia, y en donde a ninguno de nosotros se nos considere un incapaz relativo al que alguien más tiene que tomarle decisiones, por el que alguien más tiene que decidir. Esa es nuestra defensa, no estamos dispuestos a permitir que a través de un texto constitucional, se prohíban casos, aunque esporádicos, para salvar la vida de las mujeres. No estamos debatiendo en este momento, señor Presidente, los casos en donde la interrupción voluntaria del embarazo debe o no debe estar penalizada. Eso le corresponde a la Constitución, pero sobre el que quisiera decir una cosa: la diferencia entre penalizar y despenalizar es que, hay algunos que, además, quieren meternos presas a las mujeres; además de todas las otras condiciones de las que somos víctimas, además esas mujeres que se ven obligadas a tomar decisiones tan duras, algunos creen que, además deben ir presas, porque el problema de la penalización no resuelve el problema de la violencia sexual, no resuelve el problema de planificación familiar, no resuelve el problema de derechos, de la salud, de la vida con dignidad (...) confiando en la capacidad ética de las mujeres. Las mujeres tomamos decisiones con ética, con inteligencia y también con dignidad y defendiendo la vida de todos y de todas, incluida la nuestra.” (Romo, acta 050, Pp.75 -77).

Análisis: Esta asambleísta se contrapone a las posiciones conservadoras que manejan algunos asambleístas respecto de la sexualidad y reproducción, siendo clara al especificar que estos aspectos son parte de la integridad

personal, por ende de su dignidad, principio que rige a los derechos humanos fundamentales.

Asambleísta Gissel Rosado:

“En estos artículos se hablan sobre los derechos reproductivos, que tienen que separar de los derechos sexuales, perfecto. Toda persona puede decidir cuándo y cuántos hijos tener y cada qué tiempo. Eso es totalmente aceptable, pero, podrán decidir cuántos y durante qué tiempo tener, siempre y cuando la madre no esté en estado de gestación por la irresponsabilidad. Ahí sí podrán decidir, pero, una vez que hayan cometido un acto de irresponsabilidad y producto de ello sea un niño en gestación, ahí no podemos nosotros ya tomar estas decisiones, para esto existe la planificación familiar.” (Rosado, acta 050, p.77).

Análisis: Esta asambleísta afirma que está de acuerdo al tratamiento de los derechos reproductivos dentro de los contenidos de la Constitución siempre y cuando se establezcan los límites a los articulados, que permitan el correcto ejercicio de estos derechos.

Asambleísta María José Luca:

“Los derechos humanos constituyen el marco referencial mediante el cual se mide el avance o retroceso de la organización política, económica y social de cualquier sociedad. Es nuestro reto que esta nueva Constitución recoja las exigencias de derechos de muchos otros sectores hasta hoy excluidos, ignorados o discriminados. (...) esta vez también planteamos, compañeros, más específicamente, el tema de los derechos sexuales y reproductivos como parte de los derechos humanos. Esto no implica dejar la puerta abierta al obsesivo tema del aborto, sino dar respuesta a una necesidad urgente y reclamada a gritos en el Ecuador. los derechos sexuales y reproductivos, muy lejos de abrir puertas al aborto, como se dijo en esta sala se enmarcan también dentro del legítimo derecho que tiene toda persona, a no ser discriminada, como por ejemplo, que a ninguna mujer se le exija una prueba de

embarazo para acceder a un empleo o cursar una beca. (...) decimos entonces, que toda persona hombre y mujer., desde temprana edad, tenga derecho a que se le brinde información y se le vincule a programas de embarazos no deseados, enfermedades de transmisión sexual, maltrato, abusos y todo lo relacionado con el ejercicio su sexualidad. No hablamos, entonces de muerte, por el contrario, hablamos de vida, de ciudadanía y dignidad.” (Luca, acta 505, Pp.95-96).

Asambleísta Beatriz Tola:

“Creo que aquí estamos intentando ligar un conjunto de aspectos que no tienen nada que ver el uno con el otro. Pensar que hablar del derecho a la vida es lo mismo que hablar de aborto, me parece que es una de las manipulaciones que se están haciendo en este debate. Decirnos que quienes estamos a favor de la vida, somos abortistas, es una vil mentira y un engaño al país.

(...) Hace algunos meses se hizo una encuesta en este país, y alrededor del setenta y ocho por ciento de la población ecuatoriana dijo usa métodos de anticoncepción, esto es parte de que los hombres y mujeres decidamos qué hacer con nuestra vida sexual y con nuestra vida reproductiva. Creo, entonces, que es muy importante que incorporemos un texto sobre el derecho que las mujeres tenemos también a decidir tener o no hijos, siendo un avance muy importante.” (Tola, acta 050, p.83).

Análisis: Se puede apreciar que en las posiciones de la mayoría de las asambleístas mujeres, se considera de importancia el reconocimiento de los derechos sexuales como aspectos fundamentales para la vida todos y todas; a pesar de la connotación polémica en la que se los maneja, no se puede simplemente ignorarlos, sino más bien se debe avanzar en este tema enfocándose en la necesidades urgentes de su protección y difusión entre todos los sectores sociales.

Asambleísta Norman Wray:

“El aborto compañeros y compañeras. No es un ejercicio de libertad, a mansalva, si no son situaciones de desesperación, son situaciones que llegan en momentos determinados a tomar esa decisión determinada. Pero, también son situaciones que intentan, o mejor dicho, políticas que intentan limitar el acceso a la información, a una educación sexual amplia y laica, fundamentalmente, y el acceso a métodos que, efectivamente, impidan que en un momento determinado se tenga que someter a una situación de estas características. (...) En relación al debate de acceso de la píldora “Del día después” fue terriblemente grave para el país por que se llevó un debate que era eminentemente científico y técnico al campo de lo moral y religioso. Por eso la trascendencia de declarar al Ecuador como estado laico. Esa es la trascendencia del tema, porque si hay políticas de salud pública para todas y todos en igualdad de condiciones, y lo mínimo que debe tener acceso la mujer y los hombres en este país es a información de educación sexual de calidad.” (Wray, acta 050, p.87).

Análisis: La importancia de su argumentación radica en el carácter laico que debe sostener el Estado para que se puedan mirar a los derechos sexuales, desde una perspectiva no parcializada, permitiendo su desarrollo pleno dentro del sistema legal.

Asambleísta Pilar Núñez:

“El derecho sexual no está correctamente planteado en su formulación, debemos hablar del derecho a la sexualidad, para evitar también aquellas maliciosas interpretaciones de muchos medios de comunicación, el derecho a la sexualidad libre, libre y con cualquier orientación sexual, es nuestra defensa.” (Núñez, acta 050, p. 123).

Análisis: En su argumentación la sexualidad, su concepto y contenidos deben adquirir la relevancia necesaria para que no se de malas interpretaciones en torno a ella.

Asambleísta Ricardo Montaña:

“Está bien que las mujeres hablen de derechos sexuales, hasta ahora los derechos sexuales han sido para los varones, para los machos, quienes sí hemos tenido derecho para ejercer y vale el mea culpa, de manera depredatoria esta sexualidad, entonces está bien la propuesta porque es un avance con respecto a otros temas y porque es un salto adelante en unos temas que se meten o se ponen a hablar desde un punto de vista religioso, quien habla es creyente, por si acaso, y que no deben mezclarse. (Montaña, acta 050, p.107).

Análisis: En su argumentación hace reconocimiento del histórico de la sexualidad vista como un derecho exclusivo de los hombres varones, en donde la mujer no tenía participación ni propiedad de su cuerpo, motivo por el cual apoya el tratamiento de este tema afirmando, que para ello se debe dejar de lado las creencias personales por su carácter de fundamental y general en la sociedad.

Con respecto a los GLBTI, derechos sexuales y de familia.**Asambleísta Cesar García:**

“Con relación a los derechos sexuales, la colectividad ecuatoriana fue manipulada en la información cuando se decía que el grupo GLBT buscaba matrimonio cuando en lo personal nunca fue así. Lo que sí pidió es respeto a su orientación sexual, a no ser discriminados y sí de alguna forma de ver cómo sus bienes que adquieren materialmente, lo puedan alguna vez compartir cuando alguno de los dos se muera, eso sí pidieron, nunca matrimonio.” (García, acta 050, p.102).

Asambleísta Mario Játiva:

“En cuanto al derecho sexual yo planteo que se elimine de este artículo la frase “ de identidad de género y de orientación sexual” , porque es un reconocimiento público exigido por su identidad adquirida, esta es una ideología que se pretende meter en el Ecuador, es decir, un niño nace y

simplemente orientarlo a que él se identifique si siendo mujer, simplemente se identifique, que no es mujer o no es varón, porque esa es la ideología que se pretende establecer aquí en Ecuador, por lo tanto, si se aprueba esto, se exigirá el derecho de cambiar su identidad en el Registro Civil, porque constitucionalmente se están dando estos privilegios y también si abren una página que está en España, donde están exigiendo que el Estado asigne presupuesto para todas sus pretensiones, para sus cirugías, para los cambios de sexo, entonces, a dónde queremos llevar al Ecuador. (...) finalmente expreso que Dios pone autoridades, pero así también las quita y existen dos tipos de gobierno, para bendición de un país o para maldición y si pasa tal y como está esta propuesta, desgraciadamente, será para lo último." (Játiva, acta 050, Pp.137 -138).

Asambleísta Andrés Pavón:

“Creo que es fundamental que nosotros como asambleístas, el mantener los valores éticos y morales de la sociedad, porque la primera célula de la sociedad es la familia, donde está constituida por un hombre y una mujer, porque aquí no hablamos de que nace cuando una mujer está embarazada y da a luz a un niño, sea hombre o sea mujer, pero no da a luz a un niño que sea homosexual, bisexual, trisexual o todas las denominaciones que les han dado, aquí, los grupos, GLBT con todo respeto, porque también son ciudadanos y tienen sus derechos y la preferencia sexual que ellos tengan. Pero sabemos ya identificar que tenemos, solamente, dos tipos de género, porque así nace la contextura cuando una mujer da a luz, un hombre y una mujer. (Pavón, acta 050 p.143).

Análisis: Con respecto a los sujetos sexualmente diversos, existen posiciones polarizadas debido a que algunos Asambleístas los reconocen como sujetos de derechos que buscan su igualdad ante la ley, mientras que otros los miran como personas pertenecientes a esta sociedad, sin embargo manifiestan que su condición no es natural por lo tanto se los discrimina.

4.1.3. Jurisprudencia Constitucional

Uno de los elementos fundamentales a tomar en cuenta, es la aplicación que se hace de la norma por parte de la Función Judicial. En esta sección se revisan diferentes sentencias de jueces ordinarios de primera y segunda instancia, sobre el reconocimiento de familias diversas y el acceso al derecho a la seguridad social en virtud de la opción sexual.

Cabe señalar que aunque esta investigación abarca los derechos sexuales de todas las personas, en materia jurisprudencial, el Ecuador cuenta con escasos textos que aporten al tema tratado en éste análisis, por lo que a continuación se presentarán los casos que más polémica causaron en lo referente a la opción sexual debido a que son las personas sexualmente diversas las principales afectadas en el tratamiento de este tema.

Familias diversas el argumento de la Función Judicial frente a al caso Bicknell & Rothon vs. Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación

La acción de protección constitucional, surge de la petición de dos mujeres de nacionalidad inglesa que habitan en el Estado ecuatoriano y que tienen una unión de hecho debidamente legalizada ante autoridad notarial. Una de ellas tiene una niña en el seno de su hogar, las dos solicitan al Estado, a través de la Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, el reconocimiento de su hija con el apellido de las dos. Ante la negativa administrativa, las madres patrocinadas por el Defensor del Pueblo, interponen una acción de protección para lograr el reconocimiento de su familia diversa y por tanto, la inscripción de su hija con los apellidos de las dos.

La Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, considera que existen tres partes invocadas por los accionantes: "... el derecho a la igualdad formal y material y no discriminación; la vulneración al derecho a la familia y su protección, y la vulneración al interés superior de la menor (...), en relación con el derecho a la familia y a la no discriminación".

Sobre la base de estos derechos en disputa, se pueden establecer los siguientes elementos en la elaboración de la resolución:

- a. Recurrencia de normas preconstitucionales.- cuando la Sala analiza la consolidación y protección de las familias diversas, establece que:

(...) el derecho a la filiación ya posee un contenido legal y constitucionalmente protegido y parte de ese contenido es la pareja heterosexual y que no sería conveniente alterar la estabilidad jurídica del ordenamiento entero en un caso concreto si la filiación está concebida de esta forma, por otra parte el mismo Art. 24 que mencionan las accionantes en su primer inciso, orienta la lectura de todo su contenido y dice: "... y se establecen las correspondientes paternidad y maternidad ...", refiriéndose a "hombre" y "mujer" (...) y su petición es que ambas consten como madres de la niña (...) por tanto lo que buscan es que usted declare una doble maternidad, declare a Satya Amani hija de ambas y en este sentido lo que buscan es la declaración de un derecho, el derecho de estado civil, incurriendo en la causal de improcedencia de la acción ordinaria de protección prevista en el Art. 42.5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional(...). El Registro Civil no negó la inscripción de la niña, sino en los términos solicitados, esto es con una doble filiación materna, con lo cual queda descartado parcialmente este argumento, la madre biológica puede en cualquier momento inscribir a su hija con sus apellidos, siempre ha podido hacerlo y siempre podrá de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, pero lo que ella quiere es inscribir a su hija también con el apellido de su pareja y ello no es procedente; y, segundo que no puede ingresarse el estado civil de su madre de "unión de hecho" por efecto de la Resolución Administrativa 277 de 11 de septiembre del 2011, y aún si pudiera ingresarse ello no significaría que la pareja de la madre biológica deba constar como madre de la niña, ello es un extremo que carece de asidero legal y constitucional (Sentencia del Tribunal Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 2010, resolución SEXTA).

Se debe tomar en cuenta que en esta reflexión de la Sala, primeramente, se recurre a una norma pre constitucional, por tanto, no incorpora los avances en materia de derechos, realizados en 2008. El segundo punto que amerita observación, es la omisión de la Sala en los principios para el ejercicio de los derechos, consagrados en la norma constitucional. Así, la sala no reflexiona, ni hace mención al principio que dispone la obligación de servidores y servidoras judiciales de aplicar la interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos. Que en este caso el derecho que están apelando las partes es a la protección de familias diversas. Esto da cuenta de que la sala continua priorizando lo ideológico frente a la protección constitucional, de cara a seguir protegiendo a la familia nuclear, integrada por esposo, esposa e hijos (León, 1995 en Salgado, 2008, p. 32).

- b. Resolución está basada más en la ideología y estereotipos que en la argumentación y reflexión jurídica para proteger derechos y la percepción de la sala sobre la institución del reconocimiento.

En la resolución la Sala, expresamente señala que:

En la posición de inscribir al hijo con el solo apellido de la madre, se encuentran todas las mujeres solteras. Por otra parte, cabe resaltar que indistintamente del sexo, solo el progenitor biológico del sexo opuesto al progenitor que consta como tal en el acta de inscripción, es quien puede reconocer al menor (son públicos y notorios los casos en que una persona aparece como “hijo de madre desconocida” sin que se le restrinja a la madre el derecho de reconocer a su hijo).Por tanto, la limitación de la institución del reconocimiento a ser realizada solo por los padres/madres biológicos, es legítima, por las consideraciones antes transcritas. (el subrayado es mío). (Sentencia del Tribunal Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 2010. resolución DÉCIMA).

En este punto resolutivo, la Sala no presenta argumentos para establecer por qué el reconocimiento viene únicamente de los progenitores biológicos, cuál es el fundamento jurídico que le lleva a afirmar esto y a establecer que esta es la única manera de conformar una familia.

Resolución

Finalmente la sentencia de la Sala niega la apelación y por tanto, niega la posibilidad de inscripción de la niña con el apellido de sus dos madres. Más allá de la identidad de la niña, el derecho en discusión, es a la protección de familias diversas, lo cual le significa a la Función Judicial aplicar herramientas de interpretación que prioricen el ejercicio de derechos y no el mantenimiento de estereotipos familiares recurriendo a normas pre constitucionales y argumentos ideológicos.

Acceso a derechos en igualdad de condiciones

Alcántara y Gómez vs. Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación

Un caso interesante que amerita ser analizado, es la petición de una pareja lésbica que reconoció su unión de hecho y solicitó al registro civil se reconozca su estado civil, unión de hecho. Esta actuación judicial es interesante en cuanto el pedido de las ciudadanas es negado en primera instancia y posteriormente aprobado en instancia de la apelación.

Primera instancia

- a. Interposición de formalidades ante el ejercicio de derecho:

Una de las características de la tradición positivista está relacionada con el cumplimiento de las formalidades que acompañan a los procesos judiciales para el reconocimiento de derechos. Tanto es así, que las normas que se enmarcan en el paradigma neoconstitucionalista²², plantean disposiciones

²² Hablar del neoconstitucionalismo significa entender que se trata de un paradigma jurídico-político que tiene varios planteamientos, entre ellos la centralidad de la norma constitucional en

específicas encaminadas a garantizar que el ejercicio de derechos no sea sometido a las meras formalidades. Así el artículo 192 de la Constitución Política de 1998 disponía "...No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades". Igual texto contiene la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuyo artículo 4.7. (Cárdenas, 2014).

En este proceso se observa que el juez rechaza las copias simples como prueba, las descarta y, por tanto, descarta el análisis de los elementos planteados por las y el accionante, así la sentencia dice:

... sin embargo, las accionantes de esta causa, no han aportado prueba alguna ni demostrado lo alegado en su demanda, pues en Autos no existe constancia procesal referente a la vulneración de derechos constitucionales que se ha relatado; siendo necesario señalar que, las fotocopias simples agregadas con la demanda y que constan de fojas 1 a 45 como tales no constituyen prueba, motivo por el cual se descarta apreciar dicha documentación (El subrayado es mío) (Juicio No. 647-2010, Alcántara vs. Director General de la Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación).

La sentencia incluso omite que en la demanda presentada por la Defensoría del Pueblo, se hace mención a un pronunciamiento formal del Director de Registro Civil que evidencia la posición de esta institución al reconocimiento del derecho de la pareja lésbica de acceder, en igualdad de condiciones, al registro de su estado civil "unión de hecho", y se pronuncia en el sentido de que no existe prueba, pudiendo solicitar de oficio la evacuación de pruebas, esto limita el análisis del caso.

b. Obligación de motivar las sentencias

el ordenamiento de un Estado, el establecimiento de la satisfacción de derechos como objetivo superior de la Constitución y el rol preponderante de la justicia constitucional para materializar, no solo la Constitución, sino el ejercicio de los derechos que es el fin último del Estado.

Dada la importancia que tienen las resoluciones judiciales en el marco neoconstitucional, es fundamental su motivación. Para la Corte Constitucional de Ecuador, la motivación refleja un proceso lógico en el cual la jueza o juez están obligados a vincular los hechos expuestos con las normas o principios jurídicos. El objetivo de la motivación es proveerle a la sentencia el carácter de racional. Según el órgano de control constitucional la motivación tiene dos partes: los antecedentes de hecho y los fundamentos de derechos. El primero, se refiere al análisis de los hechos planteados por las partes en la demanda, contestación, excepciones o contestación de la parte contraria, así como las pruebas que se aportan en el proceso.

Frente a esto, la Corte considera que los Fundamentos de derechos le significan al juzgador o juzgadora la obligación de establecer los hechos que considera probados según los resultados de las pruebas y la aplicación de las normas jurídicas del caso. Esto le va a llevar a resolver estimando o negando las pretensiones.

Así, se concluye"... frente a lo cual, conforme las reflexiones constantes en el considerando precedente, se colige que los hechos relatados en la demanda han quedado en meros enunciados, y por ende no ha lugar a la acción de protección planteada en ésta causa". (Juicio No. 647-2010, Alcántara vs. Director General de la Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación).

Esta falta de motivación sacrifica la reflexión, sea positiva o negativa, y el desarrollo del contenido de un derecho completamente nuevo en la Constitución, que requiere una reflexión jurídica basada en los principios constitucionales, de derechos humanos, de interpretación, más no en la ideología o el temor a abordar temas aparentemente inmorales.

Segunda instancia

En la segunda instancia, la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, evidencia:

- a. Análisis sobre el acceso a la unión de hecho como mecanismo para conformar una familia diversa con personas de opción sexual e identidad de género diversas.

El análisis de la sala es confuso, pues si bien cita el artículo 68 de la Constitución de la República, que reconoce la unión de hecho a parejas del mismo sexo, vuelve a remitirse al Código Civil, con lo cual se configura a esta institución como exclusiva para un hombre y una mujer. A pesar de que es oscura la reflexión de la sala en este punto, su pronunciamiento, evidencia una interpretación extensiva de la Constitución, de cara a favorecer el derecho de la pareja lésbica a que el registro civil coloque en sus cédulas como estado civil: unión de hecho.

- b. Discriminación por opción sexual o identidad de género diversa:

En este sentido, la Sala reconoce que la decisión del fallo del Juez de primer nivel viola el derecho constitucional a la no discriminación:

... aceptar como válida la Resolución del Juez de primer nivel, cuando se encuentra en franca contradicción con el ordenamiento jurídico y constitucional, implica desconocer los parámetros fundamentales del juego democrático y adoptar como normal una posición claramente arbitraria, tras negarse a una pareja legalmente constituida en unión de hecho el registro de su condición jurídica en el Registro Civil, observándose además una clara violación al derecho a la no discriminación... (Tercera Sala de lo Penal, Corte Provincial de Pichincha, 2010-0878 alcántara y Gómez vs Registro Civil, Identificación y Cedulación)

- c. Análisis jurídico o ideológico

La sentencia da cuenta de un análisis profundo en materia de derechos humanos interdependientes y relacionados con el acceso al reconocimiento de la unión de hecho de una pareja lésbica en la cédula de ciudadanía, así se analiza el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este análisis se centra también en el alcance de la dignidad. Así, el Tribunal considera:

El no poder o no permitirles constar en su documento de identidad su estado de unión de hecho, comportan 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... Tercera Sala de lo Penal, Corte Provincial de Pichincha, 2010-0878 Alcántara y Gómez vs Registro Civil, Identificación y Cedulación).

Resolución del Caso de Acción de Protección presentado por Gabriela Correa y Pamela Troya vs. Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación

La juez Karla Sánchez emitió esta resolución para negar la acción de protección solicitada por Pamela Troya y Gabriela Correa, el 14 de marzo del 2013, quienes buscaban poder acceder al matrimonio civil.

En la resolución del caso mencionado, las accionantes alegan en forma general que el no estar unidas mediante el vínculo del matrimonio, les podría afectar el ejercicio de los derechos sociales, sin especificar qué derechos han sido vulnerados, de manera que no se pueden aplicar los métodos y reglas de interpretación constitucional y así poder garantizar la igualdad que se reclama.

En el marco legal, el Ecuador establece en el artículo 81 del Código Civil al matrimonio, como un contrato solemne por el cual se da la unión de un hombre

y una mujer. Respecto a esto, esta disposición responde a valores morales, cristianos y religiosos y de esta manera se explica la invocación a Dios en el Preámbulo de la Constitución.

Claramente se puede observar que existe contraposición en el contenido de la Constitución, al invocar a Dios en el Preámbulo de la misma y establecer también al Ecuador en su artículo 1 como un estado laico, es decir se establece la libertad de culto y religiosidad para cada individuo; sin embargo existe la figura de una constitución que responde a una cultura conservadora y dominante que se debe ir superando.

Por otro lado se manifiesta que la Constitución está basada en principios y valores que deben ser observados por la administración de justicia.

En la revisión de estas sentencias se puede observar que por un lado, persisten los estereotipos de la familia nuclear, los estereotipos de género y hay una resistencia a aplicar de manera directa la Constitución, de cara a materializar derechos relativamente nuevos del marco constitucional, y que además su tratamiento genera una alta polémica en la sociedad.

Desde esta lógica, los avances formales de la Constitución no se reflejan en las acciones judiciales que afectan la cotidianidad de las personas; en donde el goce de los derechos sexuales es sólo para ciertas personas y no una realidad para todos como se pregona, en donde el placer y capacidad de autodeterminarse serían un derecho de carácter excluyente como se ha podido demostrar, y esto debido a la falta de preparación de los administradores de justicia en temas de género. La sentencia de apelación en el caso Álcantara da cuenta de que existen espacios judiciales, que reflexionan basados en derechos y no en valores sociales que rigieron en un momento, pero que han sido desmontados por la Constitución.

4.3. Ámbito político cultural:

Este análisis realiza una breve aproximación a los discursos y posturas de varios actores sociales y el contenido que éstos van dando a los derechos sexuales. Se revisan algunas posiciones de mujeres, GLBTI e incluso el sector eclesiástico.

4.3.1. Cuándo se habla de sexualidad y derechos. ¿Cómo se los perciben los dentro de los diferentes actores sociales?

La información para este análisis ha sido tomada de diversas fuentes, posturas presentadas en los procesos judiciales revisados y artículos de los principales diarios extraídos de la web que son los instrumentos mediante los cuales las personas expresan sus ideologías y están al acceso de todo público.

Entrevista a Antonio Arregui, presidente de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana, realizada por María Alejandra Torres (2008) Diario el Universo

Correa dice que se va a garantizar la vida desde su concepción, pero con excepción del aborto terapéutico y violaciones a una “enajenada mental”.

Si se reconoce que hay una vida humana desde la concepción significa que nunca usted puede proceder contra esa vida. Si la mamá necesita una medicina que le puede hacer daño al feto, pues el feto se muere, pero no podemos entender la acción de directamente asesinar al feto y que se considere como una medicina para la mamá.

¿Qué piensa sobre el derecho al placer que se planteó en la Asamblea Constituyente?

Esa es una tontería de la que todo el mundo se ha reído... Cuando el sexo queda como un disfrute, que además tiene que tener el calificativo de seguro, se convierte en una especie de mina suelta en el mar, decía el Papa. El que se topa con eso explota.

¿Entonces rechazan cualquier mecanismo que legalice estas uniones homosexuales?

Sí, nadie le recorta los derechos. En el tema de las herencias, por ejemplo, puede redactar su decisión en vida.

En cuanto a las familias diversas, es preciso mencionar que este es un tema que suscitó varios debates polarizados en el país, por un lado quienes defienden el derecho a que las familias diversas sean una realidad (GLBTI) frente a grupos eclesiásticos conservadores, quienes argumentaron que esto es un peligro para las estructuras básicas de la sociedad, es decir que afectaría a cómo se concibe la familia integrada por papá, mamá e hijos produciendo a degeneración de la sociedad.

Colectivos Transgénero y Transfeminista del Ecuador

“No negamos la realidad cromosómica del sexo; la cual, por cierto tampoco es simple y binaria, como lo corrobora ese 1% de la población que es intersexual. Pero así como no negamos el sexo, pedimos al Estado que no niegue la realidad pública y notoria del género de cada persona. En la vida civil, es la realidad del género lo que predomina sobre la del sexo, porque el género se expresa visiblemente. El rostro de cada persona, la forma externa de su cuerpo, los gestos, la voz y la vestimenta, son signos del género que la persona ha encarnado. Por contrapartida, el sexo es un dato que solo compete a cada individuo en el ámbito de su más íntima corporalidad. Proponemos que la ley reconozca ambas realidades, pero que las registre en distintos documentos: el sexo, íntimo, a ser registrado en la partida de nacimiento de las personas y el género, manifiesto, a ser registrado en la cédula de ciudadanía.”

El activista Francisco Guayasamín, considera que a través del reconocimiento expreso de la no discriminación por orientación sexual, la norma constitucional

reconoce a las personas homosexuales como sujetos de derecho; la Constitución formula un tratamiento garantista que obliga al Estado ecuatoriano a tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el pleno de sus derechos, la Constitución ecuatoriana reconoce en los homosexuales sujetos diferenciados de derecho, y este reconocimiento se ubica en los art. 21 y 23 que reconoce el derecho a guardar reserva sobre datos referentes a la vida sexual y el 23 y 25 consagran el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual; reconocer la existencia de un sujeto diferenciado de derechos en las personas homosexuales, significa reconocer que dichos sujetos poseen características propias que abren la puerta a la posibilidad de normar exigencias, así mismo derivadas de su especificidad. (Guayasamín, 2010).

Entonces, de esta manera se puede evidenciar como cada persona interpreta estos artículos desde su perspectiva individual, ya que, desde la óptica de una persona no heterosexual el alcance de esta ley los faculta a exigir su reconocimiento sin discriminación.

Entrevista a Rosa del Carmen Saeteros Hernández, doctora en Promoción de Salud, docente de la ESPOCH. (2013) en el Diario La Prensa.

¿Qué sucede con la igualdad de derechos de las personas?

Cuando hablamos de los derechos de las personas que deciden vivir en pareja, teniendo el mismo sexo, obviamente es un tema que nos trae muchos debates, no solamente desde el punto de vista ideológico, sino también de ciertos elementos que hemos citado. Por ejemplo, ¿qué piensa la gente con respecto a lo que significa romper un esquema tradicional?, las personas que han podido casarse ante la ley, la o las iglesias, siempre han sido de diferente sexo, hombre y mujer.

Hoy en día vivimos un mundo que evoluciona y que va en consonancia con lo que dice la ciencia con respecto a la diversidad. Las personas del mismo sexo

no tienen ninguna patología, no son personas enfermas, no son seres desequilibrados, no son personas que tiene algún problema de salud.

¿Son seres sanos y normales?

Son exactamente iguales ante la ley y tiene sus derechos.

¿Qué aspectos orientan la sexualidad de una persona?

Simplemente, son heterosexuales las personas que deciden tener una relación entre un hombre y una mujer; en cambio, los homosexuales son quienes deciden tener relaciones entre personas del mismo sexo, y eso está determinado desde el punto de vista biológico, psicológico y social, es decir, son personas que se identifican de esa manera y por tanto, tienen una orientación sexual diferente a la tradicional, pero es completamente normal. Si eso definimos como normal, también debería ser normal, el hecho de que se permita que estas personas puedan contraer matrimonio y tener iguales derechos ante la ley.

En esos casos, el tema de la adopción despertó polémica ¿por qué?

Es un problema, pero científicamente está demostrado que una persona que crece en un matrimonio homosexual, no necesariamente va adquirir la tendencia homosexual, de la misma forma que la persona que vive dentro de un matrimonio heterosexual, no necesariamente va ser heterosexual, sino que puede tener una orientación homosexual, eso está demostrado por la ciencia.

¿No se puede juzgar su comportamiento por la orientación sexual?

No por tener una orientación sexual diferente, podemos pensar que van a ser malos padres o malas madres para esos niños.

¿Qué hacer para socializar el tema del matrimonio entre parejas del mismo sexo?

En el Ecuador se está viendo un cambio interesante, en la semana que finalizó tuvimos la oportunidad de participar en un Congreso Mundial de Sexología que se desarrolló en la ciudad de Quito, y hemos visto que destacados profesionales del Ecuador, Europa, México y Chile, han venido a compartir lo que se está haciendo con la educación sexual y creo que en el Ecuador también estamos empezando o continuando con un proceso bastante interesante desde el Ministerio de Salud Pública y del Ministerio de Educación, pienso que el tema relacionado con la diversidad debe incluirse dentro de lo que significa la educación sexual, donde se habla de anticonceptivos, prevención de embarazos y de la famosa píldora anticonceptiva del siguiente día. El elemento de la diversidad sexual, debe ser parte de la educación sexual que se está impartiendo en nuestro país y obviamente, para despejar todos los tabúes, los mitos y las creencias, alrededor de lo que significa, ser sexualmente diferente.

¿Es un asunto de ciencia antes que de creencia?

Yo, veo desde el punto de vista académico, obviamente respetando nuestra cultura y religión. Considero que se debe hacer una alfabetización en el campo de la sexualidad, para destrozarse aquellos mitos que existen sobre este tema.

Entre los principales argumentos a favor del reconocimiento de los derechos sexuales, están básicamente las organizaciones no gubernamentales, sin embargo, recientemente en las organizaciones gubernamentales ya se reconoce y habla de la sexualidad, otorgándole contenido gracias a personas que particularmente creen en el derecho a la diversidad. Mientras que el sector eclesiástico muestra su negativa a la renovación de criterios sobre la diversidad sexual y la familia, siendo poco claros y sobre todo sin motivar con una argumentación orientada hacia la igualdad el porqué de su negativa.

Conclusiones de capítulo

- Los debates en la Asamblea Nacional Constituyente del 2008, visibilizan que en la creación de los derechos sexuales existieron visiones polarizadas sobre estos temas, por la polémica con la que la sociedad mira el ejercicio de estos derechos, en donde los dogmas y estereotipos marcan en pleno reconocimiento, donde estos derechos como fundamentales para todas las personas.
- En los análisis de las jurisprudencias, se puede observar cómo los administradores de justicia aplican el derecho según sus creencias personales, más no se rigen al sentido de protección que invocan estas normas, incurriendo en la discriminación por identidad y orientación sexual.
- Las posiciones dan cuenta de que la construcción de contenido de los derechos sexuales en el ámbito político cultural, están sometidos a tensiones muy fuertes y contrapuestas. La comprensión de los hechos de la vida que protegen estos derechos, está ligada a dogmas y a construcciones estructurales estereotipadas muy fuertes, que impiden que estos derechos sean ejercidos plenamente.

CONCLUSIONES

- Es importante tener presente que los derechos sexuales, son relativamente nuevos, por lo que su contenido procura romper con las estructuras patriarcales, por tanto generan resistencia, ya que cuestionan un poder arraigado durante mucho tiempo. De esta manera, la garantía y respeto de estos derechos por parte del Estado debe tomar en cuenta este aspecto fundamental.
- Desde la doctrina de los derechos humanos, el ejercicio y goce de los derechos sexuales le genera al Estado las obligaciones de respeto y garantía, es decir, el Estado debe abstenerse de incurrir en conductas que violenten derechos, así como tomar decisiones que promuevan su ejercicio. Es importante resaltar que entre las acciones que le corresponden al Estado, está la prevención y ésta se logra entre varios mecanismos a través de la eliminación de barreras estructurales.
- El Estado constitucional de derechos coloca a las personas y colectivos como su razón de ser. Para llevar a la práctica este postulado, es necesario que se de contenido y articulen las normas nacionales con las internacionales, o incluso normas de estándar inferior al constitucional, en cuanto contengan estándares más favorables al ejercicio de derechos.
- Es vital establecer que el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales, es fruto de las luchas sociales, movilizaciones de mujeres y personas de la diversidad sexo genérica, en la búsqueda por reivindicar sus derechos. Sin embargo, el camino no concluye ahí, pues su materialización significa continuar con esta lucha a través de varias estrategias que incluyen la demanda por el cumplimiento de las garantías normativas y de políticas públicas; así como el diálogo y la persuasión de aquellos sectores que se encuentran ampliamente opuestos a la materialización de estos derechos.

- Uno de los principales puntos de esta investigación, es el carácter del Estado ecuatoriano, esto es constitucional de derechos y justicia. Lo cual le significa al Estado comprender que su límite de acción, así como el eje articulador de sus acciones es la materialización de los derechos, entre ellos los sexuales y reproductivos. Esto significa dejar de lado los dogmas, estereotipos de cara, a permitir que estos se hagan efectivos.
- Conforme muestra esta investigación, el ejercicio de los derechos sexuales en el Ecuador sigue anclado al manejo de dogmas y estereotipos, por tanto, el Estado debe adoptar decisiones que se conviertan en acciones, como educar a sus servidoras y servidores públicos, a fin de que los estereotipos no se conviertan en la base de la toma de decisiones políticas y jurídicas.
- El problema que se ha presentado en el Ecuador en el área de los derechos sexuales, no radica en la adopción o no adopción de principios internacionales de derechos humanos en la Constitución o en las leyes sustantivas y procesales, si no en su aplicación de manera equívoca, así como también en la aplicación de sanciones a los funcionarios públicos y principalmente judiciales, que incumplen con los principios y normas constitucionales, lesionando derechos humanos/sexuales de los ecuatorianos.
- En cuanto a la situación en Ecuador de los derechos sexuales, se puede decir que estos aún tienen un largo camino por recorrer para ser parte de la vida cotidiana de las y los ecuatorianos. Si bien se han logrado grandes avances en la normativa constitucional, se corre el riesgo de que se estos se conviertan en declaraciones líricas dignas de reconocimiento internacional pero, vacías de contenido real.
- La brecha de aplicación de los derechos sexuales en el Ecuador por tanto radica y se visibiliza en el sistema legal ecuatoriano, debido a la falta de aplicación directa de las normas constitucionales, así como la mala interpretación que se les da a las normas por parte de los funcionarios encargados de la administración de justicia y debido a la ideología moralista de las y los ecuatorianos.

- Los casos analizados muestran que existe resistencia a aplicar de manera directa la Constitución, de resolver en procura del ejercicio de derechos, de anteponer los derechos de las personas a las formalidades sustanciales. Esto da cuenta de que el análisis y la interpretación siguen basados en la ideología, dogmas y no en la argumentación e interpretación jurídica pro persona. Esta situación se ve agravada cuando el componente político cultural construye el contenido de estos derechos desde una posición polarizada y antagónica que influye en la toma de decisiones y en el goce de los derechos humanos sexuales.
- Se ha avanzado significativamente en el ámbito formal, sin embargo los hechos en la vida real dan cuenta de retrocesos en el ejercicio de los derechos sexuales y de un posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones en esta materia. Transformar esta realidad invita a todos y a todas, medios de comunicación, tomadores y tomadoras de decisiones, jueces y juezas a dejar atrás construcciones y dogmas culturales, de cara a construir un Ecuador incluyente que respete a las personas incluyendo su sexualidad en su integridad humana.
- La revisión realizada en esta investigación, permite dar una mirada de la situación real de los derechos sexuales, 6 años después de la entrada en vigor de la Constitución 2008, visibilizando que en la búsqueda por justicia en el reconocimiento de estos derechos las mujeres, adolescentes y aún más las personas sexo diversas, se encuentran con trabas ya sean por parte de la administración de justicia o trabas culturales debido a la discriminación e intolerancia de la población.
- Cabe destacar que por la complejidad del tema no se agota el universo relacionado con la materialización de derechos sexuales, es más, se propone perspectivas importantes como la inclusión de una educación sexual integral y sin discriminación por género e identidad sexual desde temprana edad en todos los establecimientos educativos del país; así como la armonización de todos los cuerpos normativos con el fin de que haya una correcta aplicación de la Constitución ecuatoriana;

desarrollando así, el debate por la efectivización de estos derechos constitucionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

RECOMENDACIONES

- El materializar los derechos sexuales en la legislación ecuatoriana, debe ser uno de los objetivos de la Asamblea Nacional. El Ecuador debe positivizar los derechos sexuales contenidos en la Constitución. Actualmente, los asambleístas al momento de legislar deben tomar en cuenta que el fin de la Constitución es la de defensa y aplicación de los Derechos Humanos. Por lo cual, se debe evitar en los debates sobre la sexualidad, introducir dogmas religiosos o tabúes, que afrenten lo establecido en la Constitución.
- Tomando en cuenta que, la falta de armonización de los textos jurídicos causan contraposiciones en el aplicación real del derecho se sugiere, en primer lugar enmendar la Constitución vigente con el fin de darle especificidad a los derechos sexuales para que no se dé error o ambigüedad en su interpretación jurídica. Esta recomendación buscará la igualdad material y formal, y estará conforme a los preceptos de las disposiciones de los instrumentos internacionales.
- Tomando en cuenta que, la desigualdad y discriminación de los derechos sexuales están presentes en el ordenamiento jurídico, lo que se sugiere es en primer lugar, una revisión normativa de las codificaciones que van en contra de la igualdad que defiende la Constitución. Para dar paso a esta recomendación se toma en cuenta el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa que dispone:

Art. 24.- Comisiones especializadas ocasionales.- El Consejo de Administración Legislativa propondrá la creación de comisiones especializadas ocasionales, que serán aprobadas e integradas por el Pleno de la Asamblea Nacional, y terminarán cuando se cumplan los fines para los cuales fueron creadas.

- Para efectos de esta investigación, se presentan seis pasos de cara a la construcción de una ley sobre los derechos sexuales, de acuerdo a la metodología de Facio, que permite visibilizar condiciones de discriminación y/o desigualdad que se presentan, tanto en la creación como en la aplicación de normas jurídicas de derechos sexuales en el sistema legal ecuatoriano.

PASO 1: Tomar conciencia de la subordinación del género femenino al masculino existente, que crea una visión heterosexista del derecho y con ello una visión parcializada del mundo.

PASO 2: Tratar de profundizar la comprensión de lo que implica la sexualidad en el desarrollo de vida de las personas, identificando los diferentes aspectos que conlleva ejercerla dentro de una sociedad.

PASO 3: Identificar cuáles son los sujetos a los que se les reconoce el ejercicio y goce de derechos sexuales.

PASO 4: Identificar cuál es el sustento que permite a las personas ejercer su sexualidad como un derecho, para encontrar soluciones prácticas a la exclusión de los derechos de las personas con una sexualidad diversa.

PASO 5: Analizar la legislación ecuatoriana tomando en cuenta los tres componentes: componente formal normativo; componente estructural y componente político cultural; que reflejarán partiendo de la realidad concreta de los ciudadanos ecuatorianos así, se identifican sus problemas y necesidades legales y con ello, si se encuentran reconocidos sus derechos sexuales en la normativa ecuatoriana, cómo se los interpreta y si se los aplica dentro del sistema legal.

PASO 6: Colectivizar el análisis, no sólo para que sea enriquecido por hombres y mujeres de distintos sectores a la vez, sino para lograr una concientización de todas y todos sobre la importancia del ejercicio de los derechos sexuales dentro del sistema legal ecuatoriano; y la importancia de cerrar la brecha que se produce en

la aplicación de estos derechos con las normas constitucionales ecuatorianas.

- Además se propone crear dentro de la Asamblea Nacional, una Comisión Ocasional que tenga como fin revisar dentro del ordenamiento jurídico, leyes y codificaciones para actualizarlas y adaptarlas a la constitución garantista que posee el Ecuador. Esta comisión tendrá como función revisar leyes y sugerir cambios para cumplir con lo dispuesto sobre los derechos sexuales.
- Finalmente para cortar con la brecha que limita el ejercicio de los derechos sexuales, se recomienda que el Estado ecuatoriano actúe de manera que priorice la generación de mecanismos necesarios para que exista un verdadero avance, esto se puede lograr estableciendo políticas públicas que garanticen la promoción y protección de los derechos sexuales así como la importancia de la formación de funcionarios públicos, con una visión enfocada en la protección de los derechos humanos, libre de dogmas y creencias particulares, para así asegurar el acceso a la justicia de todos sus ciudadanos sin discriminación.

REFERENCIAS

- Acta 050 de la Asamblea Nacional Constituyente (2008).
- Aparicio, M y Pisarello, G. (2008). *Derechos Humanos y sus Garantías: Nociones Básicas*: FUOC.
- Arroyo, R. (2001) *Aplicabilidad de la normativa sobre violencia contra la mujer en Centroamérica*. Universidad Carlos III. Madrid- España.
- Ávila ,R (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis desde la doctrina y el derecho comparado.*: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Vol. 1. Quito- Ecuador.
- Benavides, J. (2012). *Los Derechos Humanos como norma y decisión*. Crítica y Derecho. Ecuador.
- Butler, J. (2001). *El Género en Disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. PAIDOS. Recuperado el 11 de septiembre de 2014 de: [http://www.dibam.cl/Recursos/Contenidos%5CMuseo%20Nacional%20de%20Bellas%20Artes%5Carchivos%5CEl_genero_en_disputa_Judith Butler.pdf](http://www.dibam.cl/Recursos/Contenidos%5CMuseo%20Nacional%20de%20Bellas%20Artes%5Carchivos%5CEl_genero_en_disputa_Judith_Butler.pdf).
- Carbonell, Miguel (2010). “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”. En Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Pp. 153-164. Madrid, Trotta.
- Cárdenas, A. (2014). *Derechos Sexuales y Reproductivos en Ecuador, ¿Avances formales o retrocesos reales?* (Ensayo no publicado).
- Código Orgánico Integral Penal (2013).
- Colectivos Transgénero y Transfeminista del Ecuador. Silieta X- Proyecto Transgénero-Alfil-Cofetrans-Fundación Yerba Buena-Construyendo Igualdad. Recuperado el 12 de abril de 2014 de: <http://paiscanelalegal.blogspot.com/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. 2007

- Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos. (2010). *Sexualidad y Derechos Humanos*. Ginebra. Suiza.
- Constitución de la República del Ecuador (2008).
- Constitución de la República del Ecuador, (2008). Sentencia Interpretativa. Resolución No. 001-SI-CCI. Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XLL-2008. Recuperado el 15 de septiembre de 2014 de:
http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/transparencia/sentencia_interpretativa_corte_constitucional.pdf.
- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-062/11. Recuperado el 15 de mayo de 2014 de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-062-11.htm>
- Entrevista Antonio Arregui| arzobispo de Guayaquil. "Guayaquil genera ambiciones y forcejeos políticos" por. Rubén Darío Buitrón. Recuperado el 13 de mayo del 2014 de:
<http://www.juntacivica.org.ec/pdf/EntrevistaAntonioArregui.pdf>
- Entrevista Antonio Arregui, presidente de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana, (2008). Realizada por María Alejandra Torres. Recuperada el 13 de mayo de 2014 de: El Universo.
http://www.memoriaciudadana.org/entre_arregui.html
- Entrevista a Rosa del Carmen Saeteros Hernández, (2013). Recuperada el 11 de mayo de 2014 de:
<http://www.laprensa.com.ec/temsemana.asp?id=86#.U56f5ZR5NBk>.
- Facio, A. (1992). *Cuando en género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género en el fenómeno legal)*. (1 ed.). San José, C.R.: ILANUD.
- Facio, A.; Fries, L. (ed.) (1999). *Género y Derecho*. Estudios de Género Colección Contraseña.
- Ferrajoli, L. (2007). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Trotta.

- Gómez, V., Marangoni, P., Guillén, A., Ortiz, P., Oviedo, N., Guerrero, F., Laspina, C., Tenorio, R. (2003). *Población y Desarrollo: Pasado y Presente en el Ecuador*. UNFPA. Ecuador.
- Guayasamín, F. (2010). *Marco Legal Sobre la Diversidad Sexual en Ecuador*. Artículo en línea. Recuperado el 2 de mayo de 2014 de: <http://paiscanelalegal.blogspot.com>
- Guayasamín, F. (2010). *Marco Legal Sobre la Diversidad Sexual en Ecuador*. Artículo en línea. Recuperado el 12 de mayo de: <http://paiscanelalegal.blogspot.com>
- Herrera, J. (junio, 2008). *Revista Internacional de Derecho y Ciudadanía: La Complejidad de los Derechos Humanos. Bases Teóricas para una Redefinición Contextualizada*, p.103-135.
- Jiménez, R., Arroyo, R. (2007) *Justicia en la Violencia Doméstica: República Dominicana*. (1era ed.) Santo Domingo: Justicia y Genero.
- Juzgado de Garantías Penales, Juicio 17254-2012-0584. Caso Acción de Protección. Rothon y Bicknell vs. Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador. Recuperado el 15 de Mayo de 2014 de: <https://www.elgrandictadordotcom.files.wordpress.com/2012/05/sentencia-satya.doc>
- Juzgado Tercero del Trabajo de Pichincha, juicio No. 647-2010, Alcántara vs. Director General de la Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación.
- Ley Orgánica de la Salud Ecuador.
- Martínez, L. (2013). *Cómo buscar y usar la información científica: Guía para estudiantes universitarios*. España.
- Melish, T. (2003). *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. CEDES, Sergrafic: Quito.
- Miller, A. (2001) *Sexual no reproductivo: Explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos*. En Gruskin, S. (Ed.).

Derechos Sexuales y Reproductivos. Aportes y diálogos contemporáneos.

- Montaña, J. (2012) Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano., 1ª ed., cap. VI., p.132-135. Corte Constitucional: Quito- Ecuador.
- OEA, (2012). Recuperado el 11 de abril de 2014 de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2013, recuperado el 21 de febrero de 2014 de: <http://www.oacdhecuador.ec/index.php/acerca-oacdh/derechos-humanos>
- OMS, (2002). Recuperado el 18 de abril del 2014 de: http://www.americalatinagenera.org/es/index.php?option=com_content&view=article&id=378&Itemid=188
- Ordenanza 420 del Distrito Metropolitano de Quito.
- Ordenanza para la promoción y garantía de los derechos sexuales y reproductivos y por la que se institucionaliza la red de salud sexual y salud reproductiva en el Cantón Cuenca. Recuperada el 16 de septiembre del 2014 de: <http://www.cuenca.gob.ec/?q=system/files/GACETA%20SEXUALIDAD.pdf>
- Paterman, C. (1995). *El Contrato Sexual. Madrid, España*: En coedición con la Universidad Autónoma Metropolitana. Editorial Anthropos. Recuperado el 3 de septiembre de 2014 de: http://www.mediafire.com/view/se4iboihy79ydp9/UNFV_ANTROPOLOGIA__Pateman,_Carole_-_El_contrato_sexual.pdf
- Pérez, D. (2013). *Universidad Complutense de Madrid: De Derechos Humanos, Naturales, Fundamentales y de Gentes*. Recuperado el 12 de enero de 2014 de: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2013a/1323/derechos-humanos-fundamentales.html>
- Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing (1995).
- Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo (1994).

- Salgado, J. (2008). *Derechos sexuales en el Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar, Recuperado el 10 de enero de 2014 de: https://www.google.com.ec/search?q=drechos+sexuales+en+el+ecuador+judith+salgado&oq=drechos+sexuales+en+el+ecuador+judith+salgado&aqs=chrome.69i57.12496j0j8&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8
- Salgado, J. (s.a.). *Género y (des)protección de los derechos humanos en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana*. Recuperado el 21 de enero de 2014 de: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalis2/derechoalapaz/articulos/actualidad/judihtsalgado.pdf>
- Sentencia jueza Karla Sánchez (2013), caso Troya y Correa vs. Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación de Pichincha. Recuperado el 11 de mayo de 2014 de: http://www.planv.com.ec/sites/default/files/sentencia_jueza_sanchez.pdf
- Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, caso Defensoría del Pueblo vs. Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación.
- Torres, M. (2009). *El concepto de igualdad y los derechos humanos. Un enfoque en el género*. Ensayo. Recuperado el 15 de marzo de 2014 de: <http://zapateando2.wordpress.com/2009/02/06/el-concepto-de-igualdad-y-los-derechos-humanos-un-enfoque-de-genero/>
- Villanueva, R. Junio (2006). *Protección Constitucional de los Derechos Sexuales y Reproductivos*. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Vol.43. San José de Costa Rica.