



## **Aportes Andinos N. 11** **Aportes sobre diversidad, diferencia e identidad**

---

### **Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador**

**Judith Salgado\***

#### **Contenido**

1. *La homosexualidad como delito*
2. *La acción de inconstitucionalidad en contra del Art. 516 del Código Penal ecuatoriano*
3. *La contestación a la demanda de inconstitucionalidad por parte de la Presidencia de la República*
4. *Métodos de interpretación*
5. *La resolución del Tribunal Constitucional*
6. *A manera de conclusión*

Hasta 1997 el Art. 516 inciso primero del Código Penal del Ecuador tipificaba como delito la homosexualidad en los siguientes términos: “En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años.”

La detención masiva de cien homosexuales en la ciudad de Cuenca en 1997 desata denuncias y solidaridades que crean el ambiente propicio para denunciar la inconstitucionalidad del Art. 516 del Código Penal. (1)

En efecto, en septiembre de ese año, varias organizaciones (2) de gays, lesbianas, bisexuales, transexuales y transgénero (GLBT) y de derechos humanos, presentaron ante el Tribunal

Constitucional (en adelante TC) una acción de inconstitucionalidad contra el mencionado artículo.

En noviembre de 1997 el TC resuelve aceptar parcialmente la demanda formulada y declarar la inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 516 del Código Penal, y suspender totalmente sus efectos.

De otra parte, el TC no consideró inconstitucionales a los incisos segundo y tercero de dicho artículo que textualmente dicen:

Quando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y

prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo.

Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio, o institutores, en las personas confiadas a su dirección o cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.

Mi intención es realizar un análisis del proceso de interpretación constitucional en este caso concreto, los métodos aplicados, los principios resaltados y la relación entre ideología e interpretación desde la representación de la homosexualidad que el proceso evidencia.

Parto de la premisa central de que la interpretación, dada la pluralidad de sentidos posibles atribuibles a la norma, implica una opción o valoración del intérprete. La concretización de la norma constitucional no puede aislarse de la "precomprensión" del intérprete condicionada por sus experiencias, conocimientos y prejuicios fruto de su circunstancia histórica. (3)

No existe un sentido único en las normas y es el intérprete quien llena de significado al enunciado normativo y lo hace desde su ubicación, su visión del mundo, sus valores, su ideología, en suma desde su *locus de enunciación*.

Coincido con Obando (4) en la importancia de develar esos juicios previos y evidenciar la influencia de la ideología en la interpretación.

No podemos pretender despojar de sus concepciones ideológicas a quienes interpretan, pero sí les podemos exigir como límite de actuación que estén conscientes de sus prejuicios de clase, de raza, de sexo, de edad, etc. al momento de realizar la interpretación para no imponer sus propios criterios personales como si estos fueran objetivos y neutrales. (5)

Deconstruir la *neutralidad* del derecho y su interpretación es una tarea fundamental, pues permite explicitar las relaciones de poder/dominación que subyacen en la normativa y su aplicación.

Sin negar que la declaración de inconstitucionalidad de la norma que criminalizaba las relaciones homosexuales consentidas constituye un logro en la lucha por la vigencia de los derechos humanos, el análisis de este proceso deja al descubierto los prejuicios y el repudio a la diversidad sexual que atraviesan la resolución del TC.

## 1. La homosexualidad como delito

El Derecho Penal es un instrumento de control social que tiene el objetivo de obtener determinados comportamientos individuales en la vida social a través de mecanismos de coerción. (6) El poder coercitivo del Derecho tiene su máxima manifestación en el Derecho Penal.

Si el Derecho Penal es el recurso excepcional previsto para la protección de los bienes jurídicos considerados fundamentales para una sociedad, la penalización de una conducta concretiza el repudio, rechazo y sanción frente a determinados actos.

Butler plantea que el imperativo heterosexual permite ciertas identificaciones sexuadas y excluye y repudia otras.

Esta matriz excluyente mediante la cual se forman los sujetos requiere pues la producción simultánea de una esfera de seres abyectos, de aquellos que no son "sujetos", pero que forman el exterior constitutivo del campo de los sujetos. Lo abyecto designa aquí precisamente aquellas zonas "invivibles", "inhabitables" de la vida social que, sin embargo, están densamente pobladas por quienes no gozan de la jerarquía de los sujetos, pero cuya condición de vivir bajo el signo de lo "invivible" es necesaria

para circunscribir la esfera de los sujetos. Esta zona de inhabilitabilidad constituirá el límite que defina el terreno del sujeto; constituirá ese sitio de identificaciones temidas contra las cuales – y en virtud de las cuales – el terreno del sujeto circunscribirá su propia pretensión a la autonomía y la vida (7).

El espacio de lo abyecto, lo repudiado, lo rechazado, lo excluido, estaría poblado por todas aquellas personas no heterosexuales. Ahora bien, el discurso hegemónico que impone la matriz heterosexual requiere una práctica reiterativa de su discurso para protegerse de la permanente amenaza de lo repudiado. Para el efecto, la heterosexualidad se reafirma como lo natural, lo normal, lo aceptado socialmente. De contraparte, todo lo que queda por fuera es calificado como antinatural, anormal, repudiable.

Sin duda, uno de los mecanismos utilizados para fijar el espacio de lo repudiado y censurado en el ámbito de la sexualidad ha sido el Derecho y la criminalización de la homosexualidad la manifestación más rotunda de la homofobia.

## **2. La acción de inconstitucionalidad en contra del Art. 516 del Código Penal ecuatoriano**

Los principales argumentos que sustentaron la acción de inconstitucionalidad se resumen en tres puntos que a continuación expondré.

### **2.1. La homosexualidad no es ni delito (8) ni enfermedad**

Los accionantes sostienen que la homosexualidad no es una enfermedad. Para el efecto, invocan declaraciones de la Asociación Psiquiátrica Americana y la Organización Mundial de la Salud en tal sentido. De esta manera se trata de desarmar la asociación de homosexualidad con lo anormal, disfuncional, enfermo.

Así mismo se mencionan varios países cuyas legislaciones han sustraído de la esfera penal a la homosexualidad y exponen experiencias normativas protectoras contra la discriminación por orientación sexual.

### **2.2. La penalización de la homosexualidad contraría derechos constitucionales**

La demanda sostiene que el Art. 516 del Código Penal contraría los dos primeros incisos del numeral 6 y 7 del Art. 22 de la Constitución (9) cuyo texto reproduzco a continuación:

Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

6. La igualdad ante la Ley.

Se prohíbe toda discriminación por motivos de edad, raza, color, sexo, idioma, religión, filiación política o de cualquier otra índole, origen social o posición económica o nacimiento.

7. La libertad de conciencia y de religión, en forma individual o colectiva, en público o privado...

La demanda señala:

...el homosexual es discriminado no por ser mujer o ser hombre - diferenciación que puede dar lugar a otra clase de discrimen en razón del sexo- sino por su ejercicio sexual supuestamente *anormal*, discriminación que no nace de una conducta delictuosa punible sino de una moral social aberrante sin ninguna fundamentación científica. (10)

Me parece que habría sido pertinente en este punto mencionar las diversas manifestaciones de la discriminación contra homosexuales a fin de demostrar que la penalización de la homosexualidad provoca restricciones y exclusiones en el ejercicio de los derechos humanos de las personas con orientación sexual diversa a la heterosexual.

El párrafo que a continuación cito, a mi modo de ver reafirma, en ciertas frases, estereotipos negativos respecto de homosexuales.

Los homosexuales son una minoría oprimida y perseguida por los heterosexuales, por el otro grupo mayoritario de la “*gente normal*”. De ahí que aquellos sienten necesidad de confinamiento y clandestinidad. La opinión pública adversa exacerba las *tendencias paranoicas* de aquellos grupos y *acrecienta sus conflictos*, por lo cual la sociedad los estima indeseables, a los cuales hay que castigar, porque los considera anormales y con un alto grado de conflictividad. (11)

### **2.3. Los derechos sexuales son derechos humanos**

Es interesante el planteamiento de la acción de inconstitucionalidad en el sentido de que el Art. 22 de la Constitución Política del Ecuador (en adelante CPE) (12) al decir “sin perjuicio de otros derechos...” deja abierta la posibilidad del reconocimiento de los derechos sexuales como derechos humanos y fundamentales a pesar de no encontrarse en el catálogo expreso de derechos. Al respecto los accionantes plantearon:

Señores Vocales compete a ustedes reconocer la existencia de otros derechos a más de los detallados en la Constitución, por lo cual respetuosamente les demandamos que ustedes reconozcan que los derechos sexuales son humanos y fundamentales y que entre los derechos humanos y fundamentales deben estar los sexuales. (13)

Ciertamente esta afirmación va más allá de la no-discriminación que niega en la práctica la calidad de sujetos de derecho de homosexuales para reafirmar el ejercicio de derechos sexuales y la calidad de sujetos de sus titulares incluso si la normativa expresamente no lo prevé.

Cabe recordar que posteriormente la Asamblea Constituyente (1998) incorporó la siguiente norma “Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material” (14)

### **3. La contestación a la demanda de inconstitucionalidad por parte de la Presidencia de la República**

Esta contestación se centra en el argumento de que la razón para la despenalización de la homosexualidad sería la falta de aplicación de la pena para el delito y no que la tipificación del delito estuviere en contradicción con la Constitución. (15) Por consiguiente, afirma que la despenalización de la homosexualidad (prevista en el primer inciso del Art. 516) compete al Congreso Nacional, órgano que antes la tipificó como delito y no al Tribunal Constitucional.

Este argumento busca dilatar de manera indefinida la penalización de la homosexualidad atribuyendo la competencia al Congreso y negando de manera absurda la competencia del Tribunal Constitucional.

El Art. 175 numeral 1 de la Constitución Política del Ecuador vigente en 1997 y el numeral 1 del Art. 12 de la Ley de Control Constitucional, señalaban claramente la competencia del Tribunal Constitucional para conocer y resolver acerca de la inconstitucionalidad de leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas.

De otra parte, respecto al segundo y tercer inciso, el asesor jurídico de la Presidencia de la República sostiene que no solo que no existe inconstitucionalidad sino que además es improcedente su descriminalización en tanto implicaría incumplir con la protección que el Estado debe a la familia “garantizando las *condiciones morales*, culturales y económicas que favorezcan la consecución de sus fines” (16). Invoca además el Art. 36 de la CPE vigente a 1997 que señalaba “los menores tienen derecho a la protección de sus progenitores, de la sociedad y del

estado para asegurar su vida, su integridad física y psíquica, su salud...”.

Dado que la resolución definitiva del Tribunal Constitucional retoma estos últimos argumentos, los analizaré más adelante.

#### 4. Métodos de interpretación

Antes de examinar la resolución es necesario ubicar los diferentes métodos tradicionales de interpretación del derecho y aquellos específicos de interpretación constitucional para luego situar su prevalencia en la resolución del TC.

Pérez Royo (17) sostiene que los métodos de interpretación tradicionales del derecho son aplicables pero no suficientes en la interpretación constitucional.

Entre los métodos tradicionales (18) 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 para la interpretación de la norma.

Respecto de lo métodos de interpretación constitucional Pérez Luño (19) refiere los siguientes:

*a. La interpretación como tópica.-* se basa en la concretización de la norma constitucional y los principios orientadores de su interpretación. Para la concretización el intérprete debe adecuar la norma constitucional al problema y resolver contrastando argumentaciones y construyendo a partir de ahí la decisión de la forma más conveniente posible. La *ponderación de bienes* cobra en este 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. Respecto de la concretización se ha planteado el riesgo de caer en una casuística que comprometa la propia normatividad de la Constitución.

*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 que se realiza la actividad interpretativa, así como la necesaria coimplicación de ambos (círculo hermenéutico). Hay quienes advierten el peligro de que el diálogo que se establece entre el intérprete y el texto pueda ser el resultado de una comunicación distorsionada que encubra relaciones de dominio y poder social.

*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 las clases dominantes, propugnando un intérprete comprometido con la emancipación de las clases populares. Se ha criticado a este método de interpretación por contravenir el principio de legalidad y por el riesgo de convertir la interpretación constitucional en la pura imposición decisionista de los intereses y valores acordes con la ideología del intérprete.

#### 5. La resolución del Tribunal Constitucional (20)

En referencia al planteamiento del asesor jurídico de la Presidencia de la República que esgrime la incompetencia del TC para conocer el caso en cuestión, defendiendo la competencia del Congreso, la resolución señala acertadamente:

...el Tribunal Constitucional es el órgano supremo del control constitucional, por lo que resulta indubitable que el Tribunal es competente para conocer y resolver la presente demanda y no cabe que el control constitucional del orden jurídico pueda estar en conflicto con el control de la legalidad, ejercido por los órganos designados en las normas constitucionales o con la facultad legislativa de la Función Legislativa para “expedir, reformar o derogar leyes”. Son ámbitos jurídicos distintos y concurrentes.

Las afirmaciones del asesor jurídico de la Presidencia de la República evidencian rezagos de posiciones que sostienen la soberanía parlamentaria sin límite alguno y que niegan el rol clave que los Tribunales Constitucionales ejercen en el Estado Constitucional de Derecho.

En adelante la resolución del Tribunal Constitucional es planteada en un lenguaje confuso, de aparentes incoherencias y que a pesar de la declaratoria de inconstitucionalidad de las relaciones homosexuales consentidas (Art. 516 primer inciso) da cuenta de un discurso homofóbico.

La resolución del TC es realmente escueta y poco desarrollada a nivel argumentativo. No veo con claridad el desarrollo o prevalencia de manera sistemática de alguno de los métodos de interpretación constitucional. No obstante se puede advertir elementos de la concretización y la ponderación de bienes.

### **5.1. Homosexualidad: ¿Disfunción, conducta anormal, enfermedad?**

En una suerte de concretización el TC analiza la homosexualidad en el contexto actual recurriendo por un lado a las estadísticas de detenciones y por otro a la teoría médica.

En efecto, el TC solicitó información a la Función Judicial, Alcaldías y al Ministerio de Gobierno y Policía sobre causas penales, habeas corpus y registro de detenciones relacionados con el delito

establecido en el Art. 516. Únicamente recibió respuesta del Ministerio de Gobierno en el sentido de que no existían registros de detenciones sobre la base del delito de homosexualidad (21). Este dato es mencionado en la resolución pero no se desarrolla un análisis al respecto ligado a la acción de inconstitucionalidad.

Con relación al tratamiento de la homosexualidad desde la medicina, el TC afirma que:

... en el terreno científico, no se ha definido si la conducta homosexual es una conducta desviada o se produce por la acción de los genes del individuo, más bien la teoría médica se inclina por definir que se trata de una disfunción o hiperfunción del sistema endócrino, que determina que esta conducta *anormal* debe ser objeto de tratamiento médico, no tanto como enfermedad, antes que objeto de sanción penal. (22)

Este párrafo deja claro un discurso homofóbico que coloca a la homosexualidad en el espacio de la anormalidad a pesar de sostener que no debería ser punible en el ámbito del Derecho Penal. Vale la pena citar las razones que se plantean para sustraer a la homosexualidad de la esfera penal: “...resulta inoperante para los fines de *readaptación* de los individuos, el mantener la tipificación como delito de la homosexualidad, porque más bien la *reclusión en cárceles crea un medio ambiente propicio para el desarrollo de esta disfunción.*” (23)

Nuevamente constatamos la utilización de términos que generan confusión, pues cuando se habla de readaptación se hace referencia a la adecuación de una conducta a lo aceptado socialmente. Se espera la readaptación de los desadaptados sociales, en este caso los homosexuales (lo abyecto, lo repudiado). El ambiente carcelario propiciaría una mayor *proliferación* de la homosexualidad, entonces y a pesar de considerar a la homosexualidad como una

conducta anormal el TC se inclina por asumir un *mal menor* (despenalizar la conducta) para evitar su diseminación que sería alentada por el ambiente carcelario.

## **5.2. ¿Conflicto entre el principio de igualdad y no-discriminación y el principio de protección a la familia y a los menores?**

Prieto Sanchís sostiene que “la conservación *íntegra* de la Constitución exige ponderar porque solo así es posible conservar en pie de igualdad abstracta normas o derechos que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural que, sin embargo, se quiere unida y consensuada en torno a la Constitución.” (24)

La ponderación de principios consiste, según Guastini (25), en instituir entre los principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil, lo cual implica que uno de los principios cede frente al otro en un caso concreto. Esto no implica la invalidación del principio que fuera subordinado. De hecho en otro caso concreto podría ser éste último el que prevalezca. De ahí el carácter móvil de la jerarquía entre principios constitucionales.

En suma, la ponderación implica tal como sostiene Alexy que “teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de preferencia condicionada*.” (26)

Ahora bien, varias de las afirmaciones del TC ponen en oposición el principio de igualdad aplicable a homosexuales con la protección de la familia y los menores.

Así, con relación a la homosexualidad el TC afirma “... es claro que si no debe ser una conducta jurídicamente punible, la protección de la familia y de los menores, exige que no sea una conducta socialmente exaltable.”

Al referirse a la igualdad el TC asevera:

Los homosexuales son ante todo titulares de todos los derechos de la persona humana y por tanto,

tienen derecho a ejercerlos en condiciones de plena igualdad, lo cual no supone la identidad absoluta sino una equivalencia proporcional entre dos o más entes, es decir sus derechos gozan de protección, *siempre que en la exteriorización de su conducta no lesionen los derechos de otros*, tal como ocurre con todas las demás personas. (27)

Si bien el TC se refiere al no lesionar los derechos de otros como una obligación para todas las personas, al subrayar en el texto original la exteriorización de su conducta en referencia con las personas homosexuales y al afirmar en párrafos anteriores que no se trata de una conducta socialmente exaltable encontramos el trasfondo discriminatorio. En efecto, si un Tribunal planteara que la heterosexualidad no es una conducta socialmente exaltable y que los derechos de heterosexuales gozan de protección siempre que en la exteriorización de su conducta (su heterosexualidad) no lesionen otros derechos, la afirmación sería calificada de absurda e irracional

Puede ayudarnos a apuntalar este argumento el realizar un test de razonabilidad que permita evidenciar si estamos frente a un tratamiento diferenciado razonable o un trato discriminatorio.

En primer lugar debemos ubicar entre quiénes y en qué se da el trato diferenciado. En este caso sería entre homosexuales y heterosexuales. Con relación a los homosexuales, su orientación sexual es calificada explícitamente de anormal, no exaltable socialmente y amenazante a la familia y la niñez; mientras que implícitamente la heterosexualidad se asume como normal, exaltable socialmente y compatible con la protección de la familia y la niñez.

Si sometemos este trato diferenciado a un test de razonabilidad, debemos responder varias preguntas. En primer lugar cuál es el objetivo del trato diferenciado y si este es válido de conformidad con la Constitución.

De acuerdo a la resolución del TC el objetivo sería la protección de la familia y los menores, principio reconocido en la Constitución Política del Ecuador (28) (Arts. 32 y 36). En seguida deberíamos responder si el trato diferenciado es razonable y proporcional (29) al objetivo planteado. Y en este punto, es precisamente en el que se evidencia la inconsistencia del argumento del TC y su fondo discriminatorio. En efecto, si la protección de la familia y los menores exige que la homosexualidad no sea una conducta exaltable, en una suerte de *ponderación* el TC fijaría la prevalencia del principio de la protección a la familia y los menores. Se despenalizaría las relaciones homosexuales consentidas limitando la exteriorización social de la orientación homosexual.

Aparece así la intencionalidad de la resolución. Para el TC la homosexualidad puede ser tolerada siempre que no sea desplegada y expuesta socialmente, se trataría de conceder la despenalización de una conducta condicionándola a su regreso impuesto al closet, a la clandestinidad. La heterosexualidad fijando los límites permisibles de la homosexualidad, a fin de evitar el *escándalo* de su existencia. Y todo esto en nombre de la protección de la familia y los menores.

En la lógica de la resolución del TC, la existencia de personas homosexuales y la exteriorización de su identidad sexual constituirían per se un peligro para la familia, la niñez y la adolescencia. El TC construye una clara dicotomía de carácter homofóbico: heterosexualidad=modelo; homosexualidad=amenaza.

Tal como plantea Halperin "lo homosexual" define lo heterosexual como una norma social, una condición natural, una realización de la cual sentirse orgulloso pero también como un estado precario e inestable que puede ser amenazado por cualquier contacto con "lo homosexual". (30)

Es destacable la pertinencia del análisis que la Corte Constitucional de Colombia desarrolla en la sentencia T 268/00 que aporta mayores elementos para la tesis que he sostenido.

Contrariamente a lo que indica el Alcalde Municipal de Neiva, la Corte estima que la mera trascendencia social de la condición "gay" en sus diferentes manifestaciones, no puede ser considerada a priori como una razón válida para establecer mecanismos de discriminación e impedir con ello la expresión pública de la condición homosexual. En efecto, si bien se ha reconocido que la diversidad sexual involucra aspectos que pertenecen al fuero íntimo de las personas, ello en modo alguno indica que el único foro posible para la afirmación y manifestación de esa diversidad está restringido o limitado a un ámbito exclusivamente personal. Un discurso en ese sentido nos llevaría al absurdo de concluir, que la protección constitucional al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad que consagra la Carta, se circunscribe a espacios restringidos o ghettos, y que por fuera de ellos, existen unos criterios institucionalizados, morales y de comportamiento, impuestos por el Estado, que no pueden ser rebasados por los ciudadanos, ni aún como expresión de su identidad e individualidad. Como se puede ver prima facie, un argumento semejante conduciría injustamente a concluir, que los transexuales o los travestis no pueden circular libremente por las calles, que su identidad debe reprimirse en sociedad y/o que pueden válidamente ser discriminados en escenarios públicos como teatros, cines, plazas, etc., en detrimento de sus derechos y de su dignidad, si su condición ha trascendido socialmente o ha tenido "relevancia social". Una posición semejante, indica claramente una discriminación directa a una de las facetas de la condición homosexual, ya que la pretensión de evitar su trascendencia social implica una inferencia automática



de que tal condición o sus conductas, son contrarias de por sí a la sociedad, o atentatorias de los intereses colectivos.

Es manifiestamente razonable considerar el abuso sexual, la corrupción de menores, la violación, el incesto como actos que a más de violentar la libertad sexual y la integridad personal atentan contra la familia, la niñez y la adolescencia. Parecería que el TC maneja la asociación entre estas infracciones y la homosexualidad. ¿Será que subyace la idea –léase el prejuicio- de que todo homosexual es violador, corruptor de menores, pervertido?

La amenaza no está en la orientación sexual (homosexualidad) sino en el hecho violatorio (abuso sexual, violación), sin embargo el TC subsume éste último en el primero con lo cual se evidencia la discriminación.

En mi criterio el TC sostiene un conflicto de principios realmente inexistente sobre la base de prejuicios homofóbicos.

Adicionalmente hay que considerar que el ocultamiento de su orientación sexual en la vida social coloca a homosexuales en condiciones de vulnerabilidad. Sabemos que la clandestinidad es el caldo de cultivo propicio para abusos, maltratos y violaciones de derechos.

El TC desconoce en su resolución las nociones de igualdad que resaltan el reconocimiento y la protección de las identidades diversas.

La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás. (31)

### **5.3. ¿Sobreespecificación discriminatoria?**

El TC sostiene:

... el Tribunal debe precautelar la vigencia de los derechos garantizados por los artículos 32 y 36 de la Constitución, que proclaman la protección de la familia como célula fundamental del Estado y las condiciones morales, culturales, económicas que favorezcan la consecución de sus fines, así como la protección al menor, por parte de sus progenitores, del estado y la sociedad para asegurar su vida e integridad física y psíquica por lo tanto no son inconstitucionales los incisos segundo y tercero del Art. 516 que establecen una sanción penal para “Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo. O “Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio, o institutores, en las personas confiadas a su dirección o cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años”.

Al respecto cabe señalar que la violación y sus formas agravadas (incesto por ejemplo) se encontraban al momento de la resolución ya tipificadas y sancionadas en los Arts. 512, 513, 514 y 515 del Código Penal. Considerando que el Art. 512 (32) decía “es violación el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, en los casos siguientes...” la violación de carácter homosexual se encontraba prevista; por lo tanto el inciso segundo y tercero del Art. 516 son reiterativos y su mantenimiento reafirma una sobreespecificación discriminatoria.

## 6. A manera de conclusión

El caso que hemos analizado es un claro ejemplo de la estrecha vinculación entre ideología e interpretación. Mi intención ha sido demostrar la homofobia que subyace en la resolución del TC a pesar de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que criminalizaba las relaciones homosexuales consentidas.

En efecto la representación de homosexualidad que maneja el TC se construye a partir de nociones de anormalidad, disfunción, amenaza, conducta no exaltable, etc. La igualdad que propugna el TC es una igualdad abstracta que desconoce el reconocimiento y la protección de la diversidad sexual y por tanto es discriminatoria.

Más aún el TC construye un conflicto ficticio entre el principio de igualdad aplicado a homosexuales y la protección a la familia y los menores, que tiene como base un prejuicio homofóbico que ve en la homosexualidad per se una permanente amenaza.

La resolución del TC es escueta y poco desarrollada a nivel argumentativo. No se ve un despliegue sistemático y prevalente de métodos de interpretación. Se puede, no obstante, advertir elementos de la concretización al contextualizar el tratamiento de la homosexualidad desde la teoría médica y las estadísticas legales. Así mismo sin que se explicita en el texto se podría ubicar una suerte de ponderación de bienes, si bien partiendo de un conflicto inexistente.

El innegable logro alcanzado con la declaratoria de inconstitucionalidad de la criminalización de las relaciones homosexuales consentidas abrió paso a un proceso muy interesante de 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 organizaciones GLBT en la Asamblea Constituyente (1997-98) en la que se logró la incorporación del derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la vida sexual, derecho al desarrollo de la personalidad y la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual en nuestro texto constitucional (33) actualmente vigente.

Quedan pendientes muchos desafíos a fin de que estos derechos reconocidos normativamente sean aplicados por las autoridades que conocen un caso concreto y sobretodo se encarnen en la vida cotidiana de las personas. No debemos perder de vista lo afirmado por Facio:

Reconocer que el Derecho es un discurso del poder, tanto del poder estatal como de los múltiples poderes locales, nos llevará a poner atención, más que a la norma formal, a cómo ella establece las reglas, pensamientos, actitudes y comportamientos que la norma presupone e incorpora, así como poner atención a la forma como la norma institucionaliza lo que debe ser considerado como legítimo o ilegítimo, aceptable o inaceptable, natural o desnaturalizado. (34)

## Bibliografía

- Benalcázar Patricio, Judith Salgado, *El derecho a la reparación en el procesamiento penal*, Quito, INREDH/CEPAM, 2000.
- Butler Judith, *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- Comisión Andina de Juristas, *Derechos Fundamentales e interpretación constitucional*, Lima, CAJ, 1997.
- Facio Alda, "Hacia otra teoría crítica del Derecho", en Gioconda Herrera, coordinadora, *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Quito, FLACSO-CONAMU, 2000.

- Ferrajoli Luigi, *Derechos y garantías La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- Guastini Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México DF, UNAM, 2001.
- Halperin David, "The Queer Politics of Michel Foucault" en: *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography*, New York, Oxford University Press, 1995.
- Pérez Luño Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999.
- Pérez Royo Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- Prieto Sanchís, Luis *Ley, principios, derechos*, Cuadernos "Bartolomé de Las Casas", Madrid, Dykinson, 1998.
- Obando Ana Elena, "Las interpretaciones del derecho", en Alda Facio y Lorena Frías, *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones, 1999.
- Ugarteche Oscar, "Derechos sexuales y sociedad: Construyendo espacios para la diversidad en América Latina", en Magdalena León (editora), *Derechos sexuales y reproductivos Avances constitucionales y perspectivas en el Ecuador*, Quito, 1999.
- Vila Casado Iván, *Nuevo Derecho Constitucional Antecedentes y Fundamentos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

## Notas

1. Oscar Ugarteche, "Derechos sexuales y sociedad: Construyendo espacios para la diversidad en América Latina", en Magdalena León (editora), *Derechos sexuales y reproductivos Avances constitucionales y perspectivas en el Ecuador*, Quito, 1999, p.72.
2. Suscriben la demanda representantes del Movimiento Triángulo Andino, Cocinelli, Asamblea Permanente de Derechos Humanos, APDH, Servicio Paz y Justicia, SERPAJ.
3. Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 259 y 264.
4. Ana Elena Obando, "Las interpretaciones del derecho", en Alda Facio y Lorena Frías, *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones, 1999, p. 181.
5. Ana Elena Obando, "Las interpretaciones del derecho", p.167.
6. Patricio Benalcázar, Judith Salgado, *El derecho a la reparación en el procesamiento penal*, Quito, INREDH/CEPAM, 2000, p. 26.
7. Judith Butler, *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*, Buenos Aires, Paidós, 2002, pp. 19-20.
8. Desde un punto de vista legal la homosexualidad estaba considerada como delito en el Art. 516 del Código Penal ecuatoriano, quizá lo pertinente era argumentar que no debía ser tratada como delito.
9. Vigente en 1997.
10. Caso No. 111-97-TC. Demanda de inconstitucionalidad. El subrayado consta en el texto original.
11. Caso No. 111-97-TC. Demanda de inconstitucionalidad. El subrayado consta en el texto original. Las cursivas son mías.
12. Vigente en 1997.
13. Caso No. 111-97-TC. Demanda de inconstitucionalidad.
14. Art. 19 de la Constitución Política del Ecuador vigente desde 1998.
15. Cabría explorar y profundizar en el tema pues en no pocas ocasiones la persecución a homosexuales o travestis se encubre en otras figuras penales, por ejemplo escándalo público. De hecho la detención masiva de homosexuales en la ciudad de Cuenca en 1997 es uno de los elementos que desencadena la acción de inconstitucionalidad del Art. 516 del Código Penal.
16. El subrayado aparece en el alegato presentado por el asesor jurídico de la Presidencia del Ecuador en el Caso No. 111-97-TC.
17. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 143.
18. Iván Vila Casado, *Nuevo Derecho Constitucional Antecedentes y Fundamentos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 348-350.

19. Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* , pp. 261-268.
20. Resolución No. 106-1-97. Suplemento del Registro Oficial 203 de 27 de noviembre de 1997.
21. Considerar lo señalado en la nota 17
22. La cursiva es mía.
23. La cursiva es mía.
24. Luis Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos "Bartolomé de Las Casas", Madrid, Dykinson, 1998, p. 61.
25. Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México DF, UNAM, 2001, pp. 145-146.
26. Citado por Luis Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, p. 58.
27. Resolución No. 106-1-97 del 5 de noviembre de 1997. El subrayado consta en el texto original
28. Vigente a 1997.
29. En la sentencia C-022/96 de la Corte Constitucional de Colombia se afirma que el principio de proporcionalidad comprende: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin; la proporcionalidad entre medios y fin.
30. David Halperin, "The Queer Politics of Michel Foucault" en: *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 46. La traducción es mía
31. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p.76.
32. Vigente en 1997.
33. Art. 23 numeral 3, numeral 5, numeral 25.
34. Alda Facio, "Hacia otra teoría crítica del Derecho", en Gioconda Herrera, coordinadora, *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Quito, FLACSO-CONAMU, 2000, p.33.

**\*Judith Salgado.** *Coordinadora Nacional del Programa Andino de Derechos Humanos, PADH, de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diploma Superior en Ciencias Sociales con mención en Derechos Humanos y Seguridad Democrática, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito y candidata a Magíster en Estudios Latinoamericanos con mención en Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Artículo publicado originalmente en la Revista de Derecho "Foro".*