

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS

UNIVERSIDAD
DE LOS HEMISFERIOS



SABER Y SABER HACER

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

**TEMA: “LA IGUALDAD EN LA DIVERSIDAD, UNA APROXIMACIÓN AL
CONCEPTO DE LA FAMILIA HOMOPARENTAL Y SU RECONOCIMIENTO A
NIVEL JURISDICCIONAL”**

**TRABAJO (TITULACION ESPECIAL) PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

AUTOR: ERIK FABRICIO SALAS HARO

TUTOR:

ABG. GABRIEL SANTIAGO GALÁN MELO, MGS.

Quito, 2015

DEDICATORIA

“El nivel de intelecto no se mide por la cantidad de conocimientos que una persona pueda poseer, sino por su capacidad para aplicar dichos conocimientos” (E. Salas).

El presente trabajo académico dedico a mi padre por ser la persona quien a lo largo de mi formación personal y académica, me enseñó las cosas más importantes en la vida, y por las cuales estaré siempre agradecido. A mi madre, por ser la persona quien a pesar de todas las caídas, ella jamás dejó de creer en mí, y siempre me brindó su amor y apoyo incondicional. A mis hermanos Walter y Alexa, por siempre caminar a mi lado y brindarme su admiración, cariño y respeto. A mis amigos por ser como ellos son, incondicionales y a mi novia por entregarme su amor.

Erik Fabricio Salas Haro

ÍNDICE

Resumen	4
Abstract	4
Introducción.....	5
La concepción de familia desde la perspectiva sociológica y judicial	6
La protección legal y constitucional a la familia homoparental	12
El tratamiento de la familia homoparental en la Legislación Comparada.....	20
Estados Unidos Mexicanos	23
Colombia	24
Conclusiones y Recomendaciones	27
Bibliografía.....	29
Anexos.....	33

RESUMEN

En los últimos años se ha visto una gran proliferación de núcleos familiares que no se adecuan a las nociones clásicas de la familia, sin embargo, son una realidad latente que merecen la protección del Estado.

Entre los diversos tipos de familias actuales se encuentran las homoparentales, compuestas por personas del mismo sexo y anhelan que sus uniones afectivas sean plenamente reconocidas por la sociedad. Así, el proyecto de vida en común que dos personas profesen debiera ser suficiente para que éstas solemnizen sus relaciones afectivas con plenos derechos, al igual que cualquier otra familia.

ABSTRACT

In recent years we have seen a proliferation of households that do not conform to the classical notions of the family, however, are a latent reality that deserve legal protection from the state.

Within this diverse amalgam of families we can find the homoparenthood, which is composed of people from the same sex who crave their affective bonds can be legally recognized in our society and life project in common that two people profess should be sufficient so they can solemnize their relationships with full rights as any other family.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, los espacios sociales han sido cuestionados por una creciente presencia y diversificación de las familias; por ello nuevos fenómenos sociales, como la homosexualidad, la identidad sexual y la identificación de género juegan papeles primordiales en la construcción de las familias contemporáneas.

En la mayor parte del mundo han quedado atrás las ideas de anormalidad que subyacían el término “orientación sexual”, promoviéndose la efectiva inclusión y no discriminación de las personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersex (GLBT-I) a la sociedad mediante la prohibición de discriminación, las sanciones administrativas y penales en contra de quienes los discriminan y, los espacios de participación dentro de las comunidades locales. Sin embargo, en el actual ordenamiento jurídico no se aborda de manera explícita la situación de las familias homoparentales.

Al igual que las parejas heterosexuales, las parejas GLBT-I poseen la voluntad de unirse y formar familias bajo la idealización de protección, ayuda mutua y crecimiento. En los últimos años, tales anhelos se han vislumbrado mediante las campañas de las organizaciones GLBT-I en el país que propugnan el pleno acceso a un matrimonio igualitario, con los mismos derechos y obligaciones que un matrimonio heterosexual.

En este contexto, se indagará la naturaleza de la familia homoparental, para determinar si efectivamente éstas existen y cuál es el marco legal mínimo que protege a este legítimo tipo de familia. Sin embargo, lo más importante es reconocer que la familia homoparental es una realidad y debería tomarse en igual miramiento que otro tipo de familias; para ello, se analizará desde un perspectiva sociológica el concepto integral de familia y, como el fin de ésta no se subsume exclusivamente en la procreación, sino en la expresión de amor, respeto y consideración de todos sus miembros.

LA CONCEPCIÓN DE FAMILIA DESDE LA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA Y JUDICIAL

La familia es el punto inicial donde se asientan las principales creencias, ideologías y valores de una sociedad, por lo que el desarrollo económico, social y cultural de un país se encuentra ineludiblemente atado a ella. Por ejemplo, al Estado le interesa saber cuál es el consumo de una familia promedio, cuál es el salario digno que se debe establecer en beneficio de una familia, qué clase de educación obtienen los integrantes de la familia, entre otros.

Consecuentemente, la importancia de la familia no pasa desapercibida en las ciencias humanas como la psicología, la economía, sociología, filosofía o el derecho, las cuales buscan comprender las diversas manifestaciones de ésta construcción social y, legitimar y reconocer un marco de derechos para el desarrollo de sus integrantes mediante la implantación de normas legales.

En el caso del derecho, la familia posee un protagonismo privilegiado. La doctrina y las ciencias jurídicas ubican a la familia como el elemento necesario e imprescindible para la existencia del propio Estado. Juan Jacobo Rousseau la definió como el “primer modelo de las sociedades políticas”¹, mientras que para Hobbes, “un reino es simplemente una familia más numerosa”².

La familia como institución social y, por su influencia dentro de las políticas sociales de cada estado, se ha convertido en una arena de disputa donde varios sectores sociales propugnan la legitimidad de distintos proyectos de familia o la perpetuación de un solo modelo. Sin embargo, la familia como institución social es mutable y siempre se encontrará en transformación³, esta transformación no se encuentra fundamenta en principios religiosos o ideológicos, sino en la propia naturaleza humana.

En la actualidad, el hecho incontrovertible del cambio del concepto de la familia se constata cuando se habla de la pluralidad de formas familiares. La sociología ha hecho grandes avances en el

¹ Juan Jacobo Rousseau, *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*. <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20E%20Contrato%20Social.pdf>, Acceso: 08 de enero del 2015, hora: 11:20.

² Thomas Hobbes, *El Leviatán*. http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes_-_Leviatan.pdf, Acceso: 08 de enero del 2015, Hora: 11:30.

³ Jack Goody, *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*, Editorial Herder, Barcelona, 1986, pp. 120-123.

análisis de estos cambios sociales reconociendo la existencia de familias unipersonales, monoparentales, biparentales, familias compuestas, entre otros.⁴

Por su compleja naturaleza, el concepto de familia no es reduccionista sino que se presta para diversas interpretaciones y nociones que evolucionan conforme a las realidades. En la realidad actual, la acepción clásica de la familia se ha cuestionado a nivel social y judicial y se ha llegado a la conclusión de la existencia de una amplia diversidad de núcleos familiares que merecen ser protegidas por el ordenamiento jurídico vigente.

No se habla de familias de mejor o peor categoría, sino que éstas simplemente se configuran como externalizaciones de las transformaciones que la familia experimentado en los últimos 60 años como la inserción de las mujeres al ámbito laboral o las migraciones transnacionales. Los nuevos tipos de familias se han erigido reclamando, similar reconocimiento y protección por parte del Estado⁵.

En este orden de ideas, la creciente desinstitucionalización de la familia responde a las luchas colectivas encaminadas por las minorías en búsqueda del respeto de sus derechos humanos⁶.

Para la sociología el notable cambio que se ha dado en este último siglo significará un punto de no retorno. Es decir que, a partir de ahora, los distintos tipos de familias serán reforzadas y paulatinamente aceptadas dentro de la sociedad. Si el siglo XX significó el siglo de trastornos y cambios en la institución de la familia clásica, el siglo XXI estará, en cambio, definido como el período de tolerancia e inclusión a las minorías.⁷

Consecuentemente términos asociados al estereotipo de familia, como el matrimonio o la paternidad, han sido transformados; de hecho *“la forma en que concebimos el matrimonio, la familia y las relaciones de parentesco ha sido reconfigurada, quizás hasta destruida, por un conjunto de cambios económicos y sociales que dismantelaron un rígido patrón de relaciones de parentesco prescrita”*⁸. En este escenario la presencia de la familia homoparental tiene una importancia enorme, porque conduce a replantear los supuestos del parentesco derivado de la procreación.

⁴Marcelo Robaldo, La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia. Aportes para la discusión.
<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RPG/article/viewFile/16859/17559>, Acceso: 08 de enero del 2015, Hora: 12:15.

⁵Cfr, UNICEF, Nuevas Formas de Familia, Perspectivas Nacionales e Internacionales
http://www.unicef.org/uruguay/spanish/libro_familia.pdf, Acceso: 17 de noviembre del 2014, hora: 12:09.

⁶ Cfr, Id.

⁷ Cfr, Id.

⁸Farber citado en Frank Furstenberg Jr, El cambio familiar estadounidense en el último tercio del Siglo XX.
<http://www.inau.gub.uy/biblioteca/furstenberg.pdf>, Acceso: 17 de noviembre del 2014, hora: 12:33.

Para muchos sociólogos y psicoanalistas los nuevos núcleos familiares (especialmente el homoparental) constituyen una incertidumbre, una enorme mutación que afectará a los otros miembros del núcleo familiar bajo nuevos comportamientos e identidades.⁹

La principal interrogante que plantea la sociología al estudiar la homoparentalidad es la flagrante antagonía en contra de los lazos de parentesco derivados del clásico matrimonio heterosexual, o cómo las familias homosexuales pueden lograr una construcción de género hacia sus hijos sin la conjugación de ambos sexos masculino y femenino.

Bajo estas interrogantes muchos estudiosos del surgimiento de las nuevas familias no logran separar la idea del sexo y género como elementos independientes, considerando que éste último responde a una construcción social que incluso logra incidir en lo físico y en el sexo. Entonces el género constituye una complejidad permanente en el individuo y no solamente es un patrón cultural sino una parte de la identidad humana.¹⁰

Al hablar de la familia homoparental, necesariamente se deberá abordar temas como el sexo, género e identidad.

El sexo, género e identidad, que hasta hace poco eran entendidos como similares, se ha transfigurado en teorías sociales, psicológicas y legales que desmitifican dogmas como la masculinidad o la heterosexualidad; todo este desarrollo se ha logrado gracias al paulatino reconocimiento de la realidad social que se conjuga alrededor del mundo, específicamente, de las luchas sociales encauzadas por los grupos GLBT-I en las décadas de los 80 y 90 del siglo XX.

La importancia de profundizar el tema de la identidad y cómo ésta se desarrolla en los hijos de las familias homoparentales radica en que, esta situación fáctica, se ha impuesto como principal problemática al reconocer la validez de una familia compuesta por dos padres o dos madres. Entonces se genera la principal interrogante, ¿acaso las familias homoparentales pueden “desviar la identidad” sus hijos?

De esta forma, la identidad ha pasado a ser una cuestión importante, debido a las nuevas construcciones de familia. También se han generado las más diversas doctrinas y posiciones a favor

⁹María Pia Costa Santolalla, Homoparentalidades. Nuevos perfiles parentales. Nuevos perfiles psíquicos. http://www.iztacala.unam.mx/errancia/v1/PDFS_1/LITORALES4_HOMOPARENTALIDADES.pdf

¹⁰Judith Butler en su obra *El género en disputa* realiza un profundo análisis sobre el tema de la sexualidad, el género y la identidad de la persona. Desde una perspectiva inspirada en el psicoanálisis y la teoría Queen logra desmitificar los modelos hétero-normativos impuestos por las sociedades patriarcales, véase: Judith Butler, *El género en disputa*, Editorial Paidós Studio. Buenos Aires, 1999.

y en contra del desarrollo de la identidad en las familias homoparentales, que se han expresado dentro de las palestras públicas. Evidentemente, este tema se contrapone con las nociones clásicas de conceptos como la maternidad, la paternidad, la filiación biológica, y la adopción, entre otros.¹¹

Para Silvia Bleichmar, psicoanalista sexual argentina, el concepto de identidad no puede ser un reflejo de nuestra situación anatómica y tampoco un concepto plenamente subjetivo, sino que más bien se inclina a señalar a la identidad (sexual) como una noción estática de una persona anterior, inclusive a su descubrimiento anatómico. En tal sentido, “[si] alguien (...) cambia la atribución de género, no es que cambia la atribución, sino que es alguien que ha pensado toda la vida que tiene el género equivocado, entonces lo que hace es concordarlo(...)”.¹² Esta afirmación, se enlaza nuevamente al concepto de sexo y género, permitiendo colegir que la elección de la identidad (sexual), de los miembros que componen los distintos núcleos familiares, no se enmarca tanto en el aspecto subjetivo, cultural o social, sino que la identidad de género, como parte de nuestra propia identidad social, es anterior al reconocimiento de la diferencia anatómica de los sujetos.¹³

Otro tema que se cuestiona en las familias homoparentales es la carencia de una autoridad paterna o materna, según sea el caso. Así, si el niño está educado dentro de una familia compuesta exclusivamente por hombres o mujeres perdería la capacidad de diferenciar los sexos, porque dentro de su ambiente personal no existe una figura paterna, (en el caso de madres lesbianas) o materna (en el caso de padres homosexuales).

Cabe manifestar que la falta de una “figura paterna o materna” no es exclusivo de las parejas homosexuales. En hogares conformados por madres solteras, por ejemplo, la ausencia se vuelve más notoria, porque los hijos carecen de cualquier figura dentro del seno familiar.

El criterio de la figura paterna debe ser visto desde sus orígenes que, al igual que muchas de las instituciones de derecho y familia, nace de Roma como la institución del *pater familiae*. El *pater familiae* poseía funciones de autoridad y de ley para su núcleo familiar, llegando inclusive a decidir sobre la vida y muerte de sus propios hijos y esposa. Esta figura ha evolucionado durante los últimos milenios y continúa arraigada en muchas sociedades como la ecuatoriana, donde la función

¹¹ Cfr, Silvia Bleichmar citada por Eva Rotenberg, *Homoparentalidades- Nuevas Familias*, Lugar Editorial, Buenos Aires, 2007, pág. 34.

¹² Cfr, Id.

¹³ Cfr, Id.

del padre es ser una autoridad, mientras que la madre será la encargada de la procreación y educación.¹⁴

Si se considera la ley del padre como un elemento simbólico y necesario para la familia, las familias homoparentales entrarán en conflicto con esta figura social pues no existirá una autoridad patriarcal dentro de una familia lésbica y, tampoco se podrá imponer un padre sobre el otro, ya que ambos mantienen la noción de paridad.

Empero, las nuevas tendencias sociales, culturales y económicas amenazan la *autoridad patriarcal*, pues, desde la psicología moderna no se vislumbra al padre o a la madre como autoridades legal y legítimamente reconocidas, sino que tanto la crianza la educación, el desarrollo psicológico, económico, educacional y social de los hijos es una *función correlativa* de igualdad para los padres.¹⁵

En la actualidad surge una deconstrucción de los cánones establecidos en las familias tradicionales y, aunque en sociedades como la ecuatoriana se mantiene arraigada la ley del padre y la maternidad reproductiva, por efectos de la globalización se observa un paulatino cambio de las organizaciones familiares. Un claro ejemplo es que conceptos como la homosexualidad y la parentalidad eran términos claramente excluyentes.

Cuando se habla de la construcción de la identidad sexual en un hogar que carece de autoridad patriarcal o materna, Leticia Glocer Fiorini señala que dichas identificaciones sociales responden a elementos que van más allá del núcleo familiar, y se discute si la familia es la primera educadora.

Para Glocer Fiorini, la cultura local también ejerce la misma incidencia que los padres, de tal forma que la construcción de la identidad sexual de una persona está sujeta a factores intersubjetivos como la relación del día a día con sus educadores, los miembros de la sociedad, los mayores, entre otros. Así cuando el sujeto inicia su auto identificación sexual, en la perspectiva del psicoanálisis, la elección del objeto homosexual o heterosexual y sus variantes no constituye un elemento trascendental en su identidad, sino, únicamente, una parte de ella.

El principal problema que se deriva de la construcción social es la configuración de las relaciones de un individuo con los otros en base a su sexualidad, por lo que se limita la identidad del

¹⁴ Ob. Cit, Leticia Glocer Fiorini citada por Eva Rotenberg, *Homoparentalidades- Nuevas Familias*, pág. 54.

¹⁵ Cfr, Id.

individuo en base a si este es hombre o mujer, heterosexual u homosexual. Bajo estas perspectivas resulta clara la idea de que las familias homoparentales no cumplirían con el fin “natural” de la familia, así también podrían causar “traumas” a sus hijos, educados bajo la carencia de un padre o madre.

Se ha extrapolado el concepto de la identidad sexual, denotando que su conformación es anterior al propio reconocimiento anatómico, ello explica interrogantes como: ¿por qué un niño o adolescente desearía cambiar su sexo biológico?, o ¿cómo una persona, educada en un ambiente profundamente heterosexual, desarrolla tendencias homosexuales? Las respuestas subyacen dentro de la autodeterminación, un proceso complejo y largo que trasciende conceptos vanales como el sexo o el género. No hay que olvidar que la identidad de una persona necesariamente se ve afectada por los elementos que la cultura produce y que son capturados por los miembros del conglomerado social.¹⁶

La psicología ha determinado que al hablar, tanto de parejas homosexuales como heterosexuales, el deseo de un hijo es importante porque *“la parentalidad auxilia al individuo a luchar contra la pulsión de muerte (...) el ser padre o madre permite que se genere un sentimiento de continuidad existencial en los sucesores”*¹⁷. Ello no implica que sea el único motivo que oriente a las parejas.

Ya no se puede hablar de una función reproductora de la familia como la principal argamasa que une a los miembros de un núcleo familiar, sino que otras construcciones sociales están presentes con igual o mayor incidencia que la perpetuación. Así por ejemplo están: la compañía en la vejez, el aseguramiento de la herencia, la construcción de un proyecto de vida en común, la atracción física y sexual de los contrayentes. Estas circunstancias rodean tanto una pareja homosexual como heterosexual.¹⁸

Por todas estas consideraciones, la familia homoparental debe ser considerada y analizada desde la perspectiva interna de sus miembros. La ideología del parentesco lésbico-gay rechaza la naturalización de los lazos familiares en base a la conexión biológica con el parentesco per se. Desde esta concepción, los lazos de sangre se entienden como socialmente negociados más que como biológicamente establecidos, y constituyen una de las formas posibles de establecer relaciones familiares.

¹⁶ Ob. Cit, Silvia Bleichmar citada por Eva Rotenberg, *Homoparentalidades- Nuevas Familias*, pág. 44

¹⁷ Ob. Cit, Arnaldo Smola citado por Eva Rotenberg, *Homoparentalidades- Nuevas Familias*, pág. 65.

¹⁸ Ob. Cit, Diana Maffiía citado por Eva Rotenberg, *Homoparentalidades- Nuevas Familias*, pág. 62.

Finalmente, como indica la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16, numeral 3, “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”. Cabe recalcar que, en el ordenamiento jurídico del Ecuador no se existe una definición sobre que es la familia. En efecto, la Constitución de la República del Ecuador únicamente expresa la diversidad de los núcleos familiares y la protección constitucional que se les da, como se cita en el Art. 67, inciso primero de la Carta Magna:

“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”.

En los artículos no se hace referencia al sexo de los contrayentes ni sus relaciones, sino que se pretende enmarcar a la familia como un elemento natural, una característica que determina la facilidad y simpleza de su surgimiento. También, se habla de la familia como una estructura que, a diferencia de otras formas de organización social, persigue fines claros y particulares.

En el país, el ordenamiento jurídico –antes que promover o imponer un modelo de familia tradicional, monógamo, estandarizado o distribuido por roles en función de la diferencia sexual– busca garantizar la igualdad de los distintos tipos de estructuras familiares, fortaleciendo los fines de los núcleos familiares y, promoviendo, en última instancia, el pleno desarrollo social, económico, profesional y psicológico de los miembros de las diversas familias.

LA PROTECCIÓN LEGAL Y CONSTITUCIONAL A LA FAMILIA HOMOPARENTAL

En las secciones anteriores se ha establecido que la familia está entendida como una construcción social en constante evolución y no posee una definición dentro del actual ordenamiento jurídico del país. La falta de una definición clara de “la familia” se debe a que la gran variedad de familias que se derivan de su construcción no permiten que ésta sea limitada a un conjunto de postulados potencialmente discriminadores.

En tal sentido, el Art. 67 de la Constitución del país deja un concepto abierto de familia y potencializa, únicamente, aquellos elementos constitutivos de la misma, tales como: los vínculos jurídicos o de hecho, la igualdad de derecho y la oportunidad de sus integrantes.

La construcción del artículo referido pretende evitar la discriminación de los miembros de los diversos grupos familiares. La familia homoparental tiene respaldo constitucional al cumplir los fines internacionales exigidos a los demás núcleos familiares; por lo que, la orientación sexual, la identidad de género y la facultad de reproducción no son requisitos para reconocer y tutelar la conformación de un vínculo familiar.

Las familias homoparentales no son un imaginario sobre el que se pueda debatir su existencia y protección legal por parte del Estado, pues en realidad existen (son de hecho) y se desarrollan enfrentando la discriminación y falta de protección legal existente.

Se esclareció que el derecho a crear una familia es un derecho humano recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde el artículo 16.1 menciona: *“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”*. De ahí que la familia, para el derecho internacional, es el *elemento natural y fundamental* de toda sociedad.

La familia homoparental obtendría plenos derechos si es reconocida mediante la figura de la Unión de Hecho, la cual, si bien nace por el cumplimiento de ciertas exigencias *de facto* establecidas en la ley y la Constitución, requiere, para establecer los derechos y obligaciones relativas a los contrayentes y al Estado, la respectiva legalización de la unión ante el notario del cantón donde se formó la relación consensual pública e ininterrumpida por dos años consecutivos.¹⁹

Si bien no es motivo de análisis de la presente monografía determinar si la figura de la unión de hecho es discriminatoria para las familias homoparentales, considerando que éstas no pueden acceder al matrimonio, se debe mencionar que la Constitución reconoce que la unión de hecho *“se equipara en derechos y obligaciones a las familias constituidas mediante matrimonio”*.²⁰

Por otro lado, la jurisprudencia emitida por la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia ha condensado los requisitos que deben observarse para la declaración de la Unión de Hecho, los cuales se citan a continuación:

¹⁹ El Art. 222 del Código Civil menciona que: La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.

La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes.

²⁰ Constitución de la República del Ecuador, Art. 68

“El inciso segundo del Art. 222 del Código Civil actual manifiesta que la Unión de Hecho estable y monogámica de más de 2 años entre (sic) hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes. Exige también la disposición invocada que deben estar libres de vínculo matrimonial con otra persona y formar y hogar de hecho por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala la ley, terminando esta unión por mutuo consentimiento, por voluntad de cualquiera de los convivientes, (...) matrimonio de uno de ellos con una tercera persona y por muerte de los convivientes. En (...) especie consta que convivieron juntos, que incluso han hecho préstamos para adquirir una casa en el Banco de la Vivienda subsistiendo aún el patrimonio familiar; que (sic) convivencia tuvo la finalidad de procrear y auxiliarse mutuamente, que han sido tratados como marido y mujer en sus relaciones sociales con amigos y parientes que así los han recibido; y el hecho de que últimamente se encuentra el demandado en la casa de su madre es puramente circunstancial. Consecuentemente al haberse probado los fundamentos de hecho y de derecho de la acción y se encuentran reunidos los requisitos exigidos en los Arts. 1 y 2 de la Ley que regula las uniones de hecho.”²¹

Los requisitos exigibles a las parejas del mismo sexo son aquellos determinados dentro del Art. 222 del Código Civil el cual, hace una distinción sobre el sexo de los contrayentes, pero por rango constitucional estos requisitos son igualmente exigidos a las parejas homosexuales, independientemente de su condición sexual, para lograr el reconocimiento de su estado civil a instancias gubernamentales.²²

No es extraño que muchas autoridades todavía desconozcan plenamente los derechos de las familias o parejas del mismo sexo debido a las reformas constitucionales introducidas en el año 2008 y especialmente derivadas de la legalización de uniones afectivas. Las consecuencias jurídicas que se desprenden del reconocimiento de las uniones de hecho son variadas y no se limitan a los preceptos señalados dentro del título VI del Código Civil, y también alcanzarían temas de orden alimentario, sucesorio, tributario, de seguridad social y filiación, entre otros.

Entre los efectos que se derivan del reconocimiento de una unión de hecho se puede indicar que no es subsidiaria de la figura del matrimonio, aunque sociológicamente se la ha visto como una categoría inferior en el derecho de familia, en su esencia *“esta [forma de] unión debe ser tratada en*

²¹ Registro Oficial, Gaceta Judicial 12, fecha 03 de mayo del 2012 dentro del juicio ordinario.

²² Cfr, El Comercio, La unión de hecho constará en la cédula como un estado civil <http://www.elcomercio.com.ec/tendencias/union-hecho-cedula-registro-civil.html>. , Acceso: 25 de enero del 2015.

*forma similar a la de los cónyuges”*²³ Al igual que en el matrimonio, surge la sociedad de bienes entre los contrayentes denominada como *Sociedad de Hecho* y no existe ninguna diferencia con la sociedad conyugal formada dentro del matrimonio. En este aspecto la Constitución dispone que las normas legales que regulan el régimen de sociedad conyugal sirvan para someter todo lo relacionada a la adquisición, administración, goce, disposición y partición de todos los bienes y gananciales adquirido por los contrayentes de Unión de Hecho.²⁴

A las disposiciones sobre el patrimonio común de los contrayentes se aplican las normas contenidas dentro del Título V del Código Civil relativas a las obligaciones y derechos entre los conyugues, donde la sociedad de hecho posee la misma protección y regulación que la constituida mediante matrimonio.

En segundo lugar, los contrayentes tienen el derecho y la obligación igual de suministrarse los alimentos necesarios para el mantenimiento y desarrollo de ellos y de su prole, como se ha manifestado en el Art. 288 del Código Civil: “(...) *los cónyuges deben suministrarse lo necesario y contribuir, según sus posibilidades al mantenimiento del hogar común(...)*”.

Los alimentos a los que hace referencia el artículo 288 son entendidos en su mayor plenitud y desde una interpretación constitucional favorable a los Derechos Humanos. Los contrayentes se deben alimentos congruos en caso de que el otro lo requiriese y se demostrase el estado de necesidad notorio, tal como lo exige el Código de Procedimiento Civil. Así también, en caso de existir hijos comunes durante la vigencia de la unión de hecho, ambos contrayentes son responsables por la alimentación, educación, vestido y desarrollo de éstos, acorde con las estipulaciones contenidas dentro del Código de la Niñez y Adolescencia.

De manera ineludible al derecho de alimentos de los hijos surge el derecho de las parejas del mismo sexo a la filiación sobre su descendencia, institución que regula las continuas relaciones entre padres e hijos y por el cual se derivan derechos como la identidad, la patria potestad, los derechos hereditarios, las prestaciones en educación y salud. Todos estos derechos de titularidad primordial que se les reconoce a los sujetos de estos derechos, el propio Estado ha asumido la

²³ Carlos Jácome, “*El concubinato*”, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Núcleo de Guayas, pág 25.

²⁴ Cfr, Luis Alejandro Torres Baquero, Adaptación Legal De La Unión De Hecho En El Ecuador A La Norma Constitucional.
file:///C:/Users/Jos%C3%A9/Downloads/Adaptaci%C3%B3n%20legal%20de%20la%20uni%C3%B3n%20de%20hecho%20en%20el%20Ecuador%20(1).pdf, Acceso: 25 de enero del 2015, hora: 13:08.

titularidad y control de los efectos derivados de la filiación, así lo manifiesta la Constitución del Ecuador dentro de su Art. 45 que se cita a continuación:

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas”.

Los derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes por parte del Estado solamente pueden poseer eficacia legal si es que el Estado permite a las familias homoparentales legalizar los vínculos filiales con sus descendientes. Hasta ahora se ha dado vital énfasis en establecer que derechos se derivan del reconocimiento de los vínculos filiales existentes entre las parejas homosexuales y su prole, sin embargo, no se ha elaborado un concepto sobre esta institución de familia.

Es un error común asociar la filiación al derecho de sangre que los hijos tienen hacia sus progenitores, en este sentido los hijos biológicos son los titulares de los efectos emanados de la figura de la filiación. Empero, con la introducción de la adopción, el reconocimiento voluntario y los hijos concebidos mediante vientre subrogante, la institución de la filiación se ha ampliado hasta ser definido como *“el vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores, vínculo que tiene su fundamento en un hecho, como la procreación, la reproducción asistida o la adopción”*.²⁵

Si bien se consideraba que la filiación solamente derivaba el derecho a la identidad de los hijos concebidos dentro del seno familiar, ahora se entiende que mediante ésta se desprenden otros

²⁵ José Augusto García, Los derechos constitucionales del colectivo de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transexuales, Travestis, e Intersexuales (GLBT-I) y sus restricciones dentro del régimen civil ecuatoriano relaciona con las uniones de hecho, Tesis, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2014, pp.63.

derechos de igual trascendencia que la identidad, como la educación, la salud, la vestimenta y la alimentación, denominados como las obligaciones emanadas de la patria potestad.²⁶

Con los argumentos expuestos previamente se denota la importancia de la figura legal de la filiación para determinar la identidad de la descendencia de las parejas del mismo sexo. Por otra parte, la filiación posee un alcance más amplio en temas como la patria potestad, la provisión de cuidados médicos y los beneficios familiares establecidos dentro del Código del Trabajo, por ejemplo, en lo referente en las utilidades.

De manera similar dentro de los beneficios sociales que se les reconoce a las familias homoparentales (constituidas mediante la figura de la unión de hecho), se puede comentar aquellos derivados del Seguro Social y regulados dentro del Art. 102 de la Ley Orgánica de Seguridad Social donde se determina que:

“El Seguro General de Salud Individual y Familiar protegerá al asegurado contra las contingencias de enfermedad y maternidad, dentro de los requisitos y condiciones señalados en este Título. La prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales estará a cargo del Seguro General de Riesgos del Trabajo.

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

Se accederá a las prestaciones de salud de este Seguro en condiciones de libre elección del prestador de servicios de salud, público o privado, dentro de las limitaciones señaladas en este Título”.

La norma citada amplía la cobertura de servicios de seguridad social a los hijos, cónyuges o parejas. En este caso, las parejas homosexuales son titulares de todos los servicios que ofrecen el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los beneficios de pensiones derivadas de viudez o el montepío.

Finalmente, respecto al tema constitucional, la legitimidad de las familias homoparentales se sostiene en varios principios e instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tales como:

²⁶ Al respecto el Art. 105 del Código de la Niñez y de la Adolescencia vigente, manifiesta que: La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.

el sentido de respeto a la intimidad, el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros de la sociedad, la libertad e igualdad reconocidos a todos los ecuatorianos para decidir sobre sus vidas sexuales. Estos principios, que se denotan con mayor claridad dentro de las familias compuestas por parejas del mismo sexo, son lo que se ha determinado en el derecho a la libre personalidad humana, definida como “(...) *aquel derecho que posee todo ser humano de desarrollarse, autodeterminar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a su propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones(...)*”.²⁷

El desarrollo de la personalidad es la aptitud que cada individuo tiene para decidir cómo encamina el desarrollo de sus actividades, tanto en sociedad como en la intimidad del hogar. No constituye una tendencia o un arrebató, sino que demanda un acto de madurez que se da a través de las experiencias que cada uno capta durante el transcurso de su vida.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad abarca varias y diferentes aristas como la profesión o empleo que se escoje, la pareja con la que se desea construir una vida común, la forma de expresar los pensamientos, la cantidad de hijos que se desea educar, las elecciones religiosas, sociales, culturales, políticas, de salud, e inclusive esta emanación de criterios individuales no puede ser limitada directa o indirectamente por parte del Estado, así lo menciona la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Art. 12, que señala:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.²⁸

De forma similar la Constitución del Ecuador, dentro del Art.66 titulado como *Derechos de Libertad*, reconoce la libre personalidad en los siguientes términos:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”.

En otro sentido se sostiene que uno de los aspectos ligados al libre desarrollo de la personalidad es la intimidad y el libre desarrollo de la orientación sexual e identidad de género de las personas que citando a la Corte Constitucional Colombiana, se entiende como “*una opción sexual*

²⁷Ana Azurmendi, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2^a ed. (México, Universidad Iberoamericana, Fundación Manuel Buendía, 1998), pág. 61.

²⁸Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 12
<http://www.un.org/es/documents/udhr/>, Acceso: 27 de enero del 2015, hora: 16:12.

*tan aceptable como la heterosexualidad, de modo que no existe razón alguna para que las parejas del mismo sexo no puedan disfrutar exactamente de los mismos derechos que las parejas heterosexuales...”. Por otra parte, en el derecho internacional y constitucional, este derecho implica “el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás”.*²⁹

Como contrapartida al derecho de la libre autodeterminación, se encuentran las obligaciones del Estado que garantizan la libre personalidad de sus ciudadanos, y un punto central es la legalización de las uniones afectivas: el derecho a formar una familia y obtener el pleno reconocimiento ante la sociedad. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana se ha referido a este derecho señalando que:

*“(...) el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad (...).”*³⁰

En la misma línea se debe manifestar que el derecho a fomentar una familia constituye un derecho universal, constitucionalmente positivizado en el ordenamiento jurídico del país, este debe expresarse mediante formas jurídicas constitutivas de derechos.

La institución de la que se derivan los principales derechos fundamentales de la misma entidad es el matrimonio, cuya importancia es notoria ya que se ha regulado a nivel constitucional, en donde se ha concebido a esta figura como un pacto, una alianza, un contrato consensual en la búsqueda de un proyecto común. Al respecto el Art. 81 del Código Civil ecuatoriano manifiesta que:

“Art. 81.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

Este concepto no exalta la función reproductora, alegada como elemento esencial dentro del matrimonio, pero se puede inferir la voluntad de los cónyuges en la creación de un proyecto de vida en común. Esta elección pertenece al ámbito de la libertad personal y la libre autodeterminación que se mencionó previamente. Además, la decisión de con quién contraer matrimonio se vincula con las convicciones y creencias más íntimas de la persona y si el “(...) Estado insiste en negar determinados

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-594/93*, 15 de diciembre 1993.

³⁰ Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero del 2011, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

derechos a un grupo de la población, necesariamente debe explicitar el porqué de tal negación y dar manifiesta cuenta de sus razones. De lo contrario, la discriminación es puramente arbitraria (...).³¹

En conclusión, al hablar de familias se deberá tener en consideración los elementos afectivos y el fin consensual que persiguen, respetando el derecho al libre desarrollo y a la intimidad de sus miembros. Esa es la exigencia de las familias homoparentales: ser tratadas con igualdad de derechos y la promoción de sus especificidades sin que sea la orientación sexual una categoría discriminadora, pues como lo ha señalado la Corte Constitucional Colombiana la homosexualidad es “(...)una opción sexual tan aceptable como la heterosexualidad, de modo que no existe razón alguna para que las parejas del mismo sexo no puedan disfrutar exactamente de los mismos derechos que las parejas heterosexuales (...)” .³²

EL TRATAMIENTO DE LA FAMILIA HOMOPARENTAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Se ha indicado la importancia de la sexualidad dentro del desarrollo de la identidad del individuo y cómo esta manifestación, constitucionalmente amparada bajo los derechos de la libre personalidad e intimidad, ha logrado un paulatino reconocimiento de la diversidad de los núcleos familiares. Este derecho, universalmente aceptado, es el denominado derecho a fundar una familia y se ha garantizado dentro de la legislación internacional, en los tratados de derechos humanos y en los organismos supranacionales.

Ecuador tiene un largo camino que recorrer dentro del tema de las minorías sexuales. En los últimos años se ha denotado un progresivo reconocimiento a la diversidad sexual generando acciones afirmativas a favor de los colectivos GLBT-I, tal como el actual reconocimiento de la Unión de Hecho como un estado civil pleno³³, la representación política dentro del cabildo de la capital mediante miembros de su propio colectivo³⁴, la criminalización de las conductas homofóbicas a través de la implementación del Delito de discriminación.³⁵, entre otros.

³¹ Carlos Fígari “Per scientiam and justitiam”. *En matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate*, Fundación Triángulo, s.f: 21, <<http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/Librosenadores.pdf>>. Acceso 29 de enero del 2015, hora: 12:27.

³² Corte Constitucional Colombiana, sentencia C577-2011, del 11 de enero del 2011, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>. Acceso: 30 de enero del 2014.

³³ Registro De Uniones De Hecho.

<<http://www.registrocivil.gob.ec/?p=3646>>, Acceso 02 de febrero del 2015, hora: 12:15.

³⁴ Distrito Metropolitano de Quito, *Ordenanza Metropolitana No. 0554*

Estos progresos en materia de Derechos Humanos han sido posibles en el contexto actual. Con la globalización no solo se dio apertura a un mercado mundial de bienes o servicios, sino que mediante la instauración de organismos supranacionales y la difusión de los tratados de Derechos Humanos a más países, se ha logrado imponer, significativamente, modelos mínimos de respeto a las garantías y derechos de los ciudadanos del mundo.

Ecuador no ha sido la excepción y muchos de los adelantos que se han dado en materia de Derechos Humanos, específicamente respecto a personas de orientación sexual diversa, ha obedecido en gran medida al trabajo coordinado entre las organizaciones internacionales que precautelan los Derechos Humanos y el activismo GLBT-I. Un claro ejemplo de esta presión política se dio cuando se descriminalizó el homosexualismo dentro del Código Penal ecuatoriano en 1997; al respecto, Judith Salgado hace notorio la relación existente entre Derechos Humanos y colectivos GLBT-I indicando que:

*“(…) 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 (...)”.*³⁶

No es de admirarse que el Ecuador pronto logre adecuarse a la no discriminación e igualdad de las personas GLBT-I con los estándares mínimos exigidos por las Naciones Unidas. Si existiesen dudas sobre el alcance que poseen las organismos de Derechos Humanos internacionales, basta con

http://www7.quito.gob.ec/mdmq_ordenanzas/Ordenanzas/ORDENANZAS%20MUNICIPALES%202014/ORDM%200554%20-%20DIVERSIDAD%20SEXO%20-%20GENERICA%20-%20INCLUSION.pdf, Acceso: 02 de febrero del 2015, 15:29.

³⁵ Al respecto, el Art. 176 del Código Integral Penal tipifica el Delito de Discriminación en el siguiente sentido:
Art. 176.- Discriminación.- La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.
Si la infracción puntualizada en este artículo es ordenada o ejecutada por las o los servidores públicos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

³⁶ Programa Andino de Derechos Humanos - Universidad Andina Simón Bolívar, Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador
<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdfs11/judith%20salgado.pdf>, Acceso: 02 de febrero del 2015, hora: 16:03.

observar el caso de Uganda³⁷ para concluir que las Naciones Unidas protegen a los colectivos GLBT-I alrededor del mundo y promueven un proceso irreversible hacia la diversidad, la igualdad y el respeto entre semejantes.

Por ello, en el siguiente apartado, es importante analizar las principales resoluciones de los sistemas jurisdiccionales internacionales tales como: la Corte Americana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Organismos que han delineado las pautas esenciales en el reconocimiento de las paternidades y maternidades GLBT-I mediante la evolución constante de su jurisprudencia.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los casos de homoparentalidad no son recientes, de hecho datan desde que Dinamarca legalizó las uniones afectivas entre personas del mismo sexo³⁸. Ante la jurisdicción de este Tribunal se han presentado diversos problemas jurídicos nacionales sobre esta temática, los cuales han enriquecido el repertorio jurisprudencial de la Unión Europea.

Inicialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se acogía al artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que estipulaba que el matrimonio se contraía exclusivamente entre el “*hombre y la mujer*”³⁹, quienes tenían “*derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho*”⁴⁰. Consecuentemente, la institución se limitaba a las parejas heterosexuales, las cuales incluso debían ser “*vigilada de manera constante por los Estados Partes para determinar si existía aceptación social del fenómeno*”⁴¹.

En esta primera etapa el Tribunal impuso la condición de heterosexualidad entre los contrayentes y lo mantuvo hasta el caso *Christine Goodwin contra Reino Unido*, en el que el propio Tribunal adoptó una posición progresista y sostuvo que los criterios de carácter biológico-

³⁷ La nación de Uganda derogó una polémica ley que declaraba ilegal a las personas GLBT-I así como las organizaciones que la “promocionasen”, esta ley, que incito el levantamiento de la asistencia humanitaria y sanciones económicas por parte del Banco Mundial así como de Naciones Unidas, y un potencial embargo económico y diplomático propuesto por parte de Estados Unidos, fue declarada inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional Ugandés, más información:

<http://africagbt.org/index.php/es/item/207-impactante-derogada-ley-uganda/207-impactante-derogada-ley-uganda>, Acceso 02 de febrero del 2015, hora: 16:15.

³⁸ ABC, ¿Cómo es la legislación sobre los matrimonios gays en otros países?

<http://www.abc.es/20121106/sociedad/abci-legislacion-matrimonio-homosexual-201211061209.html>, Acceso 02 de febrero del 2015, hora: 16:43.

³⁹ Artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,

http://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf, Acceso 02 de febrero del 2015, hora: 16:49.

⁴⁰ Cfr, Id.

⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Sheffield y Horsham v Reino Unido*, sentencia de 30 de julio de 1998, párr. 60.

heterosexuales no podían ser elementales para interpretar el matrimonio. Se reconoció inclusive que se debía caminar hacia una evolución internacional⁴².

Esa sentencia ratificó la hipótesis, expresada anteriormente en este documento, de que el matrimonio debe encaminarse hacia la evolución internacional, e indirectamente señala que la esencia misma del matrimonio, así como de las familias, será siempre evolutiva; pues, al ser instituciones sociales, deben adecuarse a las nuevas realidades sociales que se presentan.

Resultado de la constante evolución de la familia, en la actualidad 16 países han legalizado el matrimonio igualitario, entre ellos tenemos a: Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010), México-Distrito Federal, (2009), Uruguay (2013), Dinamarca (2012), Reino Unido (2013), Brasil (2013), Francia (2013). También están los estados de: Massachusetts, California, Connecticut, Vermont, Maine, New Hampshire, New York, Maryland, Rhode Island, Hawái, Delaware, Iowa, Minnesota, New Jersey, Illinois, Oregón, Pennsylvania, y Washington DC, con el posterior aval de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Windsor vs USA*.⁴³

A continuación se analizará el tratamiento legal que se ha dado a las parejas homosexuales en Latinoamérica, particularmente en el ordenamiento jurídico de México y Colombia, las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos referentes a las maternidades o paternidades GLBT-I y la prohibición de no discriminación.

Estados Unidos Mexicanos

Con las reformas legales del año 2010 el matrimonio de parejas del mismo sexo ha sido una realidad en el Distrito Federal y el estado de Quintana Roo. Este avance se originó con la sentencia 2/20010 emitida por la Suprema Corte de Justicia de México, frente a los progresivos recursos de inconstitucionalidad que se presentaban en contra de la normativa civil que impedía el matrimonio homosexual; ante ello, el tribunal sostuvo el principio de no discriminación en el siguiente sentido:

“No es sostenible afirmar, sin más, que el matrimonio, en su definición tradicional, haya sido un concepto completo y, por tanto, inmodificable, sobre todo si se considera el proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio (...) por consiguiente, la circunstancia de que

⁴² Alejandro Torres, “El Derecho a Contraer Matrimonio”, citado por Javier García editor La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2005), 623.

⁴³Cfr, El País, Datos sobre el Matrimonio Homosexual, http://elpais.com/tag/matrimonio_homosexual/a/, Acceso: 04 de febrero del 2015, hora: 13:17.

se llegue a redefinir el concepto de matrimonio, como el contrato celebrado entre dos personas, que se unen para proporcionarse ayuda mutua en la vida, extendiendo, de esta manera, esa institución civil a las personas homosexuales, no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, por el contrario su acceso igualitario resulta un imperativo constitucional”⁴⁴

La constitución del referida se ha extendido a los demás estados, los cuales, en los últimos años, buscan regularizar la situación de las parejas homosexuales mediante la implementación de la figura del matrimonio igualitario, pues la Constitución mexicana no ha regulado constitucionalmente el matrimonio facultando a cada estado hacerlo en base a sus propias prerrogativas⁴⁵

Colombia

El caso colombiano es digno de mención en el presente estudio. La Corte Constitucional del país da cuenta del concepto discriminatorio de “familia heterosexual”, y considera que el concepto de familia es de carácter flexible, alterando en consecuencia la respuesta del Estado a la diversidad familiar, así señala que “(...) *no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia (...)*”⁴⁶.

La sentencia C-577-2011 recogió la noción de la “familia flexible” y la necesidad de que el Estado disponga una figura jurídica que logre solemnizar eficazmente las relaciones de familia derivadas de las uniones afectivas homosexuales. Si bien, en el estado colombiano, la unión de hecho en parejas del mismo sexo es legal, la Corte denota la deficiencia de esta institución frente a otra institución específica como por ejemplo, el matrimonio heterosexual y concluye que: “(...) *En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place(...)*”⁴⁷.

Tal sentencia motivó que se declarasen como inconstitucionales cerca de 25 normas legales que vulneraban el principio de igualdad entre las parejas heterosexuales y homosexuales; a excepción de la norma constitucional que regula el matrimonio, la que, a criterio de la Corte debía,

⁴⁴ Suprema Corte de los Estados Unidos Mexicanos, Sentencia Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

⁴⁵ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁶ <http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/ley/vig/leyvig001.pdf>.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577-2011

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>, Acceso: 06 de febrero del 2015, hora: 11:40.

⁴⁷ Cfr, Id.

necesariamente, discutirse en el órgano democrático por excelencia, el Congreso Nacional, consecuentemente es el legislador quien debe “(...) *determinar la manera cómo se pueda formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él(...)*”.⁴⁸

De esta manera la Corte exigió al Congreso la regulación de una institución que permita a las parejas homosexuales ejercer su derecho a constituir una familia mediante un acto “*contractual de carácter marital, solemne y formal*”.⁴⁹ La Corte determinó también que si hasta junio del 2013 el Congreso no lograba dar cumplimiento al exhorto requerido, es decir, si éste no legislaba, se habilitaría alguna institución que permitiría proteger los derechos de familia de las parejas del mismo sexo para que pudieran ejercer su derecho a contraer mediante los jueces o notarios ordinarios.⁵⁰

El 23 de abril del 2013 el Senado colombiano, después de un controversial debate, rechazó la propuesta de legalizar el matrimonio en parejas del mismo sexo y determinó que no existía discriminación al no permitir a los contrayentes homosexuales acceder a la figura del matrimonio, porque éstos contaban con la Unión de Hecho con plenos derechos⁵¹.

La decisión final del Congreso generó que muchas parejas acudieran ante los notarios y jueces con el fin de formalizar y solemnizar su unión mediante un vínculo contractual marital, pues la disposición de la Corte Constitucional exigía la creación de una institución de familia en beneficio de las parejas homosexuales (no necesariamente el matrimonio). Entonces, la Corte permitió que los jueces puedan solemnizar las uniones afectivas de las parejas del mismo sexo en igual forma y con los mismos efectos que el matrimonio.

Este fue el primer caso de un reconocimiento judicial de matrimonio igualitario. Si bien el Congreso no aprobó una ley que permitiera reformas a la institución del matrimonio; fueron los jueces quienes, mediante la sentencia C-577-11, reconocieron la figura del matrimonio aplicable a las parejas del mismo sexo, constituyéndose como precedente jurisprudencial que ha sido avalado por la propia Corte Constitucional.⁵²

⁴⁸ Cfr, Id.

⁴⁹ Cfr, Id.

⁵⁰ Cfr, Id.

⁵¹ BBC, Colombia: Senado dice “no” al matrimonio gay

http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/04/130424_colombia_matrimonio_gay_senado_cch, Acceso: 06 de febrero del 2015, hora: 13:30.

⁵² Diario El Tiempo, Corte dejó en firme sentencia que formaliza unión gay,

La legislación comparada da cuenta de los avances que se está realizando en materia de minorías sexuales. Aún no se han logrado los estándares de protección observados en la Unión Europea, donde por ejemplo, son cada vez más los países que establecen marcos mínimos para el desarrollo de las familias homoparentales, lo cual significa, como se expresó al inicio de la presente investigación, un punto de no retorno en la promoción de la diversidad humana.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El presente trabajo buscó analizar la existencia de la familia homoparental desde una perspectiva sociológica y constitucional, en base a la cual, se han formulado las siguientes conclusiones:

- a. La familia es una institución social, y como tal, siempre se encontrará en constante evolución acorde a las nuevas realidades sociales. El Estado, como lo ha dicho la Corte Constitucional colombiana, no puede tener injerencia sobre la composición de los nuevos tipos de familia, ni exaltar a un modelo de otro.
- b. Históricamente el concepto de familia ha estado íntimamente ligado al concepto de familia heterosexual-patriarcal y los últimos años han sido primordiales para que se discuta la legitimidad de un solo modelo de familia, pues ésta, al ser un derecho universalmente reconocido, se forjará en base a las realidades sociales, culturales y sexuales de los diversos ciudadanos de un estado.
- c. La familia no puede ser definida en base exclusiva de la potencialidad reproductiva de los contrayentes. En la presente investigación se demostró que, tanto la legislación internacional y en el ordenamiento jurídico del Ecuador, se establece como criterio esencial de la familia el proyecto de vida y el mutuo auxilio entre los miembros familiares.
- d. Para poder ejercer sus derechos y obligaciones, la familia homoparental requiere ser reconocida frente a la sociedad mediante instituciones legales progresistas que puedan solemnizar sus uniones afectivas y derivar sus efectos patrimoniales, filiales, hereditarios, así como las obligaciones de alimentación, educación y salud a sus contrayentes y prole, respectivamente.
- e. A nivel internacional se observó que los Estados han generado, progresivamente, amplios marcos de protección a las familias homoparentales y a los grupos GLBT-I por igual. Se denota la evolución en tres fases. La primera se instituyó cuando los homosexuales dejaron de ser considerados como personas con trastornos psicológicos, con lo cual se derivaron los derechos políticos hacia la comunidad GLBT-I. En la segunda fase, los estados reconocieron derechos de segunda generación tales como la educación incluyente, el respeto a su orientación sexual, y la posibilidad de organizarse para las personas homosexuales. En la tercera fase los grupos GLBT-I luchan por el reconocimiento de sus relaciones afectivas y la inclusión de sus familias dentro del conglomerado social.

- f. En el derecho internacional, existe un consenso respecto de la no discriminación por motivos de orientación e identidad sexual. Un ejemplo de ello es el caso Karen Atala Rifo vs Chile por el cual se determinó que es obligación del Estado tutelar la familia y el matrimonio a personas GLBT-I; ambas, instituciones indispensables para cumplir el proyecto de vida de las personas y asegurar el libre desarrollo de la personalidad.
- g. En la actualidad, el Ecuador no cuenta con una legislación que regule los distintos tipos de familia y, aunque la Constitución no permite la discriminación de éstas dentro de los espacios del quehacer social, es imperante que se elabore una ley de protección para la diversidad familiar. En ésta ley se incluirían medidas de acción afirmativas educativas, económicas, laborales hacia aquellos núcleos familiares que han sido objeto de perjuicio social en el Estado ecuatoriano.

BIBLIOGRAFÍA

ABC, *¿Cómo es la legislación sobre los matrimonios gays en otros países?*
<http://www.abc.es/20121106/sociedad/abci-legislacion-matrimonio-homosexual-201211061209.html>.

Azurmendi Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2ª ed. (México, Universidad Iberoamericana, Fundación Manuel Buendía, 1998).

BBC, Colombia: *Senado dice “no” al matrimonio gay*
http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/04/130424_colombia_matrimonio_gay_senado_cch.

Bleichmar Silvia citada por Rotenberg Eva, *Homoparentalidades- Nuevas Familias*, Lugar Editorial, Buenos Aires, 2007.

Butler Judith, *El género en disputa*, Editorial Paidós Studio 168, Buenos Aires, 1999.

Convenio Europeo de Derechos Humanos,
http://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero del 2011,
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-594/93*, 15 de diciembre 1993.

Costa Santolalla María Pia, *Homoparentalidades: Nuevos Perfiles Parentales, Nuevos Perfiles Psíquicos*,
http://www.iztacala.unam.mx/errancia/v1/PDFS_1/LITORALES4_HOMOPARENTALIDAD_ADES.pdf

Declaración Universal de los Derechos Humanos,
<http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

Diario El Tiempo, Corte dejó en firme sentencia que formaliza unión gay,
<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12946302>.

Distrito Metropolitano de Quito, Ordenanza Metropolitana No. 0554
http://www7.quito.gob.ec/mdmq_ordenanzas/Ordenanzas/ORDENANZAS%20MUNICIPALES%202014/ORDM%200554%20-%20DIVERSIDAD%20SEXO%20-%20GENERICA%20-%20INCLUSION.pdf.

El Comercio, La unión de hecho constará en la cédula como un estado civil
<http://www.elcomercio.com.ec/tendencias/union-hecho-cedula-registro-civil.html>.

El País, Datos sobre el Matrimonio Homosexual,
http://elpais.com/tag/matrimonio_homosexual/a/.

Farber citado en Furstenberg Frank Jr, El Cambio Familiar Estadounidense En El Último Tercio del Siglo XX
<http://www.inau.gub.uy/biblioteca/furstenberg.pdf>.

Fígari Carlos “Per scientiam and justitiamⁱ”. En matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate, Fundación Triángulo, s.f: 21,
<<http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/Librosenadores.pdf>.

García José Augusto, *Los derechos constitucionales del colectivo de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transexuales, Travestis, e Intersexuales (GLBT-I) y sus restricciones dentro del régimen civil ecuatoriano relacionado con las uniones de hecho*, Tesis, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2014.

Goody Jack, *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*, Editorial Herder, Barcelona, 1986.

Hobbes Thomas, El Leviatan.
http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes_-_Leviatan.pdf.

Jácome Carlos, “El concubinato”, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Núcleo de Guayas.

Programa Andino de Derechos Humanos - Universidad Andina Simón Bolívar, Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador
<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdfs11/judith%20salgado.pdf>.

Registro De Uniones De Hecho
<http://www.registrocivil.gob.ec/?p=3646>.

Rousseau Juan, *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*
<http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>,

Robaldo Marcelo, La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia. Aportes para la discusión,
<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RPG/article/viewFile/16859/17559>.

Suprema Corte de los Estados Unidos Mexicanos, Sentencia Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.
<<http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/ley/vig/leyvig001.pdf>>.

Torres Alejandro, “El Derecho a Contraer Matrimonio”, citado por García Javier editor La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2005).

Torres Baquero Luis Alejandro, Adaptación Legal De La Unión De Hecho En El Ecuador A La Norma Constitucional.
[file:///C:/Users/Jos%C3%A9/Downloads/Adaptaci%C3%B3n%20legal%20de%20la%20un%C3%B3n%20de%20hecho%20en%20el%20Ecuador%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Jos%C3%A9/Downloads/Adaptaci%C3%B3n%20legal%20de%20la%20un%C3%B3n%20de%20hecho%20en%20el%20Ecuador%20(1).pdf).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Sheffield y Horsham vs Reino Unido, sentencia de 30 de julio de 1998.

UNICEF, Nuevas Formas de Familia, Perspectivas Nacionales e Internacionales
http://www.unicef.org/uruguay/spanish/libro_familia.pdf.

ANEXOS

ANEXO 1: Sentencia Karen Atala Rifo Vs Chile

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE

SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2012

*(Solicitud de Interpretación de la Sentencia
de Fondo, Reparaciones y Costas)*

En el caso *Atala Rifo y niñas*,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte”, o “el Tribunal”), integrada por los siguientes jueces⁵³:

⁵³ De conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte Interamericana aplicable al presente caso (*infra* nota 2), que establece que “[e]n los casos a que hace referencia el artículo 44 de la Convención Americana, los Jueces no podrán participar en su conocimiento y deliberación, cuando sean nacionales del Estado demandado”, el Juez Eduardo Vío Grossi, de nacionalidad chilena, no participó en la tramitación del presente caso, ni en la deliberación y firma de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 24 de febrero de 2012 y de la presente Sentencia.

Diego García-Sayán, Presidente;

Manuel E. Ventura Robles, Vicepresidente;

Leonardo A. Franco, Juez;

Margarette May Macaulay, Jueza;

Rhadys Abreu Blondet, Jueza; y

Alberto Pérez Pérez, Juez, y

Presentes además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y

Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con el artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante también “la Convención Americana” o “la Convención”) y el artículo 68 del Reglamento de la Corte⁵⁴ (en adelante “el Reglamento”), resuelve la solicitud de interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas emitida por el Tribunal el 24 de febrero de 2012 en el

⁵⁴ Reglamento de la Corte aprobado por el Tribunal en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, el cual aplica al presente caso, de conformidad con el artículo 79 del mismo. Según el artículo 79.2 de dicho Reglamento, “[c]uando la Comisión hubiese adoptado el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención con anterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento, la presentación del caso ante la Corte se regirá por los artículos 33 y 34 del Reglamento anteriormente vigente. En lo que respecta a la recepción de declaraciones se aplicarán las disposiciones del presente Reglamento”. Por tanto, en lo que se refiere a la presentación del caso, fueron aplicables los artículos 33 y 34 del Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones.

presente caso (en adelante también “la Sentencia”), interpuesta el 5 de junio de 2012 por los representantes de la señora Atala Riffo (en adelante “los representantes”).

INTRODUCCIÓN DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN Y PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

1. El 24 de febrero de 2012 la Corte emitió la Sentencia, la cual fue notificada a las partes y a la Comisión el 20 de marzo del mismo año.

2. El 5 de junio de 2012 los representantes presentaron un escrito, mediante el cual sometieron al Tribunal una solicitud de interpretación de la Sentencia. En esta, solicitaron a la Corte que: i) “[p]recise las condiciones en las que debe llevarse a cabo la entrevista con V. por la institución estatal responsable de la infancia, a efectos del párrafo 71. Y a su vez, que aclare el sentido y alcance del párrafo 71 de la sentencia, a la luz de los párrafos 255, 299 y 313, diferenciando entre reparaciones, particularmente la rehabilitación, y la indemnización”; ii) “[p]recise las condiciones materiales en las cuales es posible hacer efectivo el plazo de los seis meses para que las niñas M., V. y R, indiquen al Estado si quieren recibir tratamiento psicológico o psiquiátrico, como rehabilitación por las violaciones de sus derechos humanos. Las condiciones materiales debieran considerar la posibilidad que alcancen la madurez, autonomía e independencia necesarias para que puedan decidir libre y conscientemente sobre esta forma de reparación”, y iii) “[a]dicione a las costas, el pago de los honorarios y [gastos] de viaje incurridos por la perito María Alicia Espinoza Abarzúa, quien asistió a los funcionarios de la [...] Corte, en la medida para mejor resolver que ésta ordenó, consistente en la entrevista con las menores M., V. y R”.

3. El 21 de junio de 2012, siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte, la Secretaría del Tribunal transmitió la referida comunicación al Estado de Chile (en adelante “Chile” o “el Estado”) y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”). Asimismo, se informó al Estado y a la Comisión Interamericana que podrían presentar los alegatos escritos u observaciones que estimaran pertinentes, a más tardar el 21 de julio de 2012.

4. El 21 de julio de 2012, el Estado presentó sus alegatos y observaciones con respecto a la solicitud de interpretación de los representantes.

5. El mismo día, la Comisión Interamericana presentó sus observaciones con respecto a la referida solicitud de interpretación de los representantes.

II

COMPETENCIA

6. El artículo 67 de la Convención establece que:

[e]l fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

7. De conformidad con el artículo citado, la Corte es competente para interpretar sus fallos. Para realizar el examen de la demanda de interpretación y resolver lo que a este respecto corresponda, el Tribunal debe tener, si es posible, la misma composición que tenía al dictar la Sentencia respectiva, de acuerdo con el artículo 68.3 del Reglamento. En esta ocasión, la Corte se integra con los jueces que dictaron la Sentencia cuya interpretación ha sido solicitada por los representantes.

III

ADMISIBILIDAD

8. Corresponde a la Corte verificar si la solicitud presentada por los representantes cumple con los requisitos establecidos en las normas aplicables a una solicitud de interpretación de Sentencia, a saber, el artículo 67 de la Convención, anteriormente citado, y el artículo 68 del Reglamento que dispone, en lo pertinente, que:

1. La solicitud de interpretación a que se refiere el artículo 67 de la Convención podrá promoverse en relación con las sentencias de excepciones preliminares, fondo o reparaciones y costas y se presentará en la Secretaría de la Corte indicándose en ella, con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida.

[...]

4. La solicitud de interpretación no suspenderá la ejecución de la sentencia.

5. La Corte determinará el procedimiento que se seguirá y resolverá mediante una sentencia.

9. Asimismo, el artículo 31.3 del Reglamento establece que “[c]ontra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación”.

10. La Corte observa que los representantes presentaron su solicitud de interpretación de la Sentencia dentro del plazo de noventa días establecido en el artículo 67 de la Convención, ya que la misma fue notificada el 20 de marzo de 2012.

11. Tal como lo ha dispuesto anteriormente este Tribunal en su jurisprudencia constante, claramente sustentada en el ordenamiento aplicable, una solicitud de interpretación de sentencia no debe utilizarse como medio de impugnación de la decisión cuya interpretación se requiere. Dicha solicitud tiene como objeto, exclusivamente, determinar el sentido de un fallo cuando alguna de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive⁵⁵. Por lo tanto, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una solicitud de interpretación⁵⁶.

12. La Corte procederá a analizar la solicitud de interpretación presentada por los representantes y, en su caso, realizará las aclaraciones que estime pertinentes. Para ello, examinará

⁵⁵ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de marzo de 1998. Serie C Nº. 47, párr. 16, y *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de agosto de 2011. Serie C No. 230, párr. 11.

⁵⁶ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo*, párr. 16, y *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas*, párr. 11.

las cuestiones planteadas por los representantes, así como los alegatos y observaciones del Estado y de la Comisión.

IV

ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN

13. Los representantes presentaron la solicitud de interpretación, con el fin de “determinar el sentido y alcance de tres aspectos puntuales relacionados con las reparaciones”, a saber: i) “recepción del consentimiento libre e informado de V. relativo a si se considera parte lesionada”; ii) “ejecutabilidad de la rehabilitación, ordenada como reparaciones por la Corte a favor de M., V. y R.”, y iii) “pago de honorarios y gastos incurridos por la perito María Alicia Espinoza”. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte procederá a analizar cada uno de estos puntos de manera autónoma con el fin de determinar si es procedente o no.

A. Recepción del consentimiento libre e informado de la niña V. relativo a si se considera parte lesionada

14. Los representantes indicaron que “[n]o es claro para es[a] parte que el Estado de Chile haya entendido la diferencia hecha por [la] Corte entre indemnización y otras reparaciones”, puesto que “el Estado considera que la entrevista con V. tendría por objeto determinar si se le considerará víctima del proceso frente a la Corte”. Al respecto, los representantes alegaron que los párrafos 71, 255, 299 y 313 de la Sentencia, deben interpretarse de manera que se entienda que “la indemnización no puede estar en disputa”. Agregaron que “[c]ualquier otra interpretación, llevaría al absurdo de entender que [la] Corte le ha otorgado al mismo Estado infractor la posibilidad de determinar quiénes son víctimas de violaciones de derechos, y que la forma de cumplimiento constituye una nueva vulneración de los derechos de V. al violar su intimidad personal”.

15. El Estado manifestó que “[e]l objeto de recabar la opinión libre de la niña V. [le] parece absolutamente claro en la redacción de la [S]entencia”, pues entiende que los párrafos 71 y 313 aluden “a la necesidad de consultar a la niña V. respecto de las reparaciones que le atañen, en especial en lo referente al pago de la indemnización”. Asimismo, alegó que de la forma en que está dispuesto el párrafo 71 considera que éste establece “las garantías [...] para que no sea el Estado sino la propia joven la que determine libremente si desea o no ser considerada parte lesionada”. Agregó que “si la consulta a la menor [de edad] alude a las reparaciones, la indemnización necesariamente debe considerarse incluida como parte de estas”.

16. La Comisión indicó que “a efectos de lograr claridad sobre si la indemnización a favor de V. está condicionada a su manifestación de voluntad [...] sería relevante una interpretación de [la]

Sentencia”. Añadió que dicha “interpretación podría beneficiar el proceso de cumplimiento de este punto”.

Consideraciones de la Corte

17. La Corte resalta que, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención Americana, cuenta con facultades inherentes para ordenar reparaciones y, en específico, determinar el pago de una justa indemnización a la parte lesionada⁵⁷. En particular, la Corte recuerda que en la Sentencia se estableció lo siguiente:

“71. Como se indicó anteriormente, la niña V. no participó en dicha diligencia por motivos de fuerza mayor (supra párr. 13). Con base en las consideraciones anteriores, el Tribunal no halla ningún elemento para considerar que la niña V. no se encuentra en la misma condición que sus hermanas (infra párrs. 150, 176, 178 y 208). Sin embargo, para efectos de las reparaciones la autoridad nacional competente para la infancia deberá constatar en forma privada la opinión libre de la niña V. sobre si desea ser considerada parte lesionada.

18. Respecto a la medida de rehabilitación de asistencia médica y psicológica, la Corte dispuso que:

“255. [...] Las víctimas que soliciten esta medida de reparación, o sus representantes legales, disponen de un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, para dar a conocer al Estado su intención de recibir atención psicológica o psiquiátrica.

19. En cuanto a la indemnización, la Corte dispuso lo siguiente:

⁵⁷ Cfr. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas*, párr. 29, y *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2011. Serie C No. 235, párr. 16.

“299. [...] la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US\$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) para la señora Atala y de US\$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las niñas M., V. y R. por concepto de indemnización por daño inmaterial.

[...]

313. En cuanto a las indemnizaciones ordenadas a favor de las niñas M., V. y R., el Estado deberá depositarlas en una institución financiera chilena solvente en dólares estadounidenses. Las inversiones se harán dentro del plazo de un año, en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria, mientras las beneficiarias sean menores de edad. Dicha suma podrá ser retirada por aquellas cuando alcancen la mayoría de edad, en su caso, o antes si así conviene al interés superior de las niñas, establecido por determinación de una autoridad judicial competente. Si no se reclaman las indemnizaciones correspondientes una vez transcurridos diez años contados a partir de la mayoría de edad de cada niña, la suma será devuelta al Estado con los intereses devengados. En lo que atañe a la niña V., a los efectos de las reparaciones, se debe estar a lo establecido en el párrafo 71 de la presente Sentencia.

20. Teniendo en cuenta lo establecido en los párrafos citados, la Corte considera que es claro que el Tribunal ordenó que para efectos de las reparaciones la autoridad nacional competente para la infancia deberá constatar en forma privada la opinión libre de la niña V. sobre si desea ser considerada parte lesionada. Al respecto, cabe destacar que si bien no se estableció en la Sentencia un procedimiento específico de cómo debe realizarse la constatación, sí se estableció que debe ser de manera privada y, además, en la Sentencia, se brindaron estándares específicos sobre las consideraciones que se deben tener en cuenta para hacer efectivo el derecho a ser oídos de los niños y niñas. En particular, la Sentencia destacó la manera en que se llevó a cabo la diligencia realizada por este Tribunal con las niñas M. y R. en los párrafos 68 y 69 de la misma⁵⁸, y en el acápite

⁵⁸ Dichos párrafos establecieron que: Por otra parte, el Tribunal, en dicha Resolución, señaló que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño. Por tanto, al llevarse a cabo la diligencia realizada según lo dispuesto en la mencionada Resolución [...] se tuvo en cuenta que las tres niñas tienen en este momento 12,

denominado “Derecho de las niñas M., V. y R. a ser escuchadas y a que se tengan en cuenta sus opiniones” se explicaron con detalle las previsiones sobre el derecho a ser escuchados de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino. Por ello, la Corte considera que no hay dudas respecto a que la orden dada al Estado es la de constatar la opinión libre de la niña V. sobre si desea ser considerada parte lesionada.

21. Al respecto, la Corte observa que existe una diferencia en la forma de modalidad de cumplimiento entre la indemnización por concepto de daño inmaterial de la que tratan los párrafos 299 y 313, y las demás reparaciones que se ordenaron (*supra* párr. 19). En este sentido, el Tribunal precisa por vía de interpretación que la indemnización otorgada deberá ser cumplida bajo la modalidad establecida en el párrafo 313 de la Sentencia, por lo cual el Estado deberá depositar el dinero en la institución financiera mencionada, sin requerir de la constatación de la previa opinión libre de la niña V., teniendo en cuenta que esos fondos pueden ser retirados por las destinatarias recién al adquirir la mayoría de edad. Respecto a las demás medidas de reparación ordenadas a favor de la niña V., sí se requerirá la constatación de dicha opinión libre.

22. Por otra parte, el Tribunal considera que las diversas controversias que puedan surgir como consecuencia de la constatación libre de la opinión libre de la niña V. deberán ser resueltas por la Corte en el marco del proceso de supervisión del cumplimiento de la Sentencia.

B. Ejecutabilidad de la rehabilitación, ordenada como reparaciones por la Corte a favor de M., V. y R

23. Los representantes alegaron que, debido a que “las niñas M., V. y R viven bajo la tutela y cuidado personal de su padre”, “ninguna de ellas se encuentra en este momento en condiciones de

13 y 17 años de edad y, por tanto, podrían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una. En el presente caso, el 8 de febrero de 2012 se escuchó a dos de las niñas [...]. Durante dicha diligencia, el personal de la Secretaría estuvo acompañado por la psiquiatra María Alicia Espinoza. Antes de realizar la diligencia, la delegación de la Secretaría de la Corte sostuvo una reunión previa con dicha psiquiatra, la cual consistió en un intercambio de ideas con el fin de garantizar que la información brindada fuera accesible y apropiada para las niñas. Teniendo en cuenta los estándares internacionales sobre el derecho de las niñas y los niños a ser oídos [...], las niñas M. y R. fueron, en primer lugar, informadas de manera conjunta por el personal de la Secretaría sobre su derecho a ser oídas, los efectos o consecuencias que podían producir sus opiniones dentro del proceso contencioso en el presente caso, la posición y los alegatos de las partes en el presente caso, y se les consultó si querían continuar participando en la diligencia. Posteriormente, en lugar de desarrollar un examen unilateral, se sostuvo una conversación con cada niña por separado, con el objetivo de brindar un ambiente propicio y de confianza a las niñas. Durante la diligencia no estuvieron presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes. Además, la diligencia realizada con las niñas fue privada en razón del pedido de confidencialidad de la identidad de las niñas que han realizado tanto la Comisión como los representantes en el presente caso [...], como por la necesidad de proteger el interés superior de las niñas y su derecho a la intimidad. Además, las niñas solicitaron expresamente que se mantuviera absoluta reserva de todo lo que manifestaran en la reunión. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 68 y 69.

autonomía y libertad para expresar su aceptación de la terapia psicológica de manera plenamente libre, razón por la cual la medida de reparación ordenada corre el riesgo de ser inaplicable”. Por ello, solicitaron a la Corte que “indique expresamente las condiciones materiales en que es posible hacer efectivo el plazo de los seis meses, es decir a partir de que cumplan 18 años de edad y terminen su escolaridad”.

24. El Estado argumentó que lo solicitado por los representantes “implica[ría] una abierta contradicción a lo dispuesto por la sentencia y, lejos de ser una solicitud de interpretación, implica la pretensión de una modificación de lo sustantivo de la misma”. Asimismo, alegó que “[l]a petición de los representantes dejaría [...] al Estado [...] en una forzada situación de dilación del cumplimiento del fallo”.

25. La Comisión consideró “razonable que este tema sea debatido en el marco de supervisión a fin de realizar los ajustes necesarios”. Igualmente, indicó que en el marco de ejecución de la sentencia sería relevante que se tuviera en cuenta la información presentada por los representantes con el objetivo de “contar con cierta flexibilidad a fin de tomar en consideración circunstancias como las planteadas que podrían incidir en el carácter preclusivo del plazo establecido en la [S]entencia”.

Consideraciones de la Corte

26. Sobre la medida de rehabilitación de asistencia médica y psicológica, la Corte ordenó en los párrafos 254 y 255 de la Sentencia lo siguiente:

254. La Corte estima, como lo ha hecho en otros casos, que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades. Por lo tanto, habiendo constatado las violaciones y los daños sufridos por las víctimas en el presente caso, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindarles gratuitamente y de forma inmediata, hasta por cuatro años, el tratamiento médico y psicológico que requieran. En particular, el tratamiento psicológico debe brindarse por personal e instituciones estatales especializadas en la atención de víctimas de hechos como los ocurridos en el presente caso. Al proveer dicho tratamiento se deben considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, de manera que se les brinden tratamientos familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada una de ellas, después de una evaluación individual. Los tratamientos

deben incluir la provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos que estén directamente relacionados y sean estrictamente necesarios.

255. En particular, dicho tratamiento se deberá brindar, en la medida de las posibilidades, en los centros más cercanos a su lugar de residencia. Las víctimas que soliciten esta medida de reparación, o sus representantes legales, disponen de un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, para dar a conocer al Estado su intención de recibir atención psicológica o psiquiátrica.

27. De lo dispuesto en dicho párrafo, la Corte considera que es claro que se ordenó al Estado prestar dicha reparación de forma inmediata. Lo que la Corte estableció fue un plazo de seis meses para dar a conocer al Estado la intención de recibir la atención contada a partir de la notificación de la Sentencia. Por tanto, la solicitud de los representantes no corresponde a una interpretación de los términos de la Sentencia, sino que lo que se pretende es una modificación de lo que fue ordenado en la misma, por cuanto se solicitó que se entienda que la medida sólo podría ser ejecutable una vez las niñas M., V. y R alcancen la mayoría de edad y terminen su escolaridad. Asimismo, en caso de que llegara a surgir una controversia entre las partes sobre la forma en que debe ser implementada por el Estado esta medida, el Tribunal considera, como lo ha hecho anteriormente⁵⁹, que la debida implementación de las medidas de reparación será evaluada durante la etapa de supervisión de cumplimiento de la Sentencia, por lo cual la Corte valorará oportunamente aquella información y observaciones que las partes pudieran presentar al respecto durante dicha etapa.

28. Por ello, la Corte considera que es improcedente esta solicitud de interpretación planteada por los representantes, debido a que no constituye una solicitud de interpretación sobre el sentido y alcance del fallo⁶⁰, lo cual no se adecua a los términos previstos en los artículos 67 de la Convención Americana y 31.3 y 68.1 del Reglamento del Tribunal.

C. Pago de honorarios y gastos incurridos por la perito María Alicia Espinoza

⁵⁹ Cfr. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 199, párr. 26.

⁶⁰ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, párr. 16 y *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 18.

29. Los representantes solicitaron que se “adicione a las costas, el pago de honorarios y ga[s]tos de viaje incurridos por la perito María Alicia Espinoza [...], quien asistió a [...] la [...] Corte” en la diligencia que se llevó a cabo en Santiago de Chile.

30. El Estado manifestó que “los representantes pretenden utilizar la instancia de la solicitud de interpretación para agregar prueba respecto de los gastos de la perito, toda vez que la oportunidad procesal para hacerlo no fue utilizada por negligencia imputable a los propios representantes”. Agregó que los representantes “pretenden adjuntar extemporáneamente” los comprobantes de gastos.

31. La Comisión manifestó que “no ten[ía] observaciones que formular” sobre este punto.

Consideraciones de la Corte

32. La Corte observa que en la nota de pie número 304 de la Sentencia se estableció lo siguiente:

En relación con la diligencia ordenada por la Corte y que se realizó en Santiago de Chile [...], el 6 de febrero de 2012 los representantes informaron que la señora Atala “ha tenido que sufragar los costos para transportar a la señora Alicia Espinoza, y a sus hijas menores de edad, quienes no se encontraban en Santiago para efectos de garantizar su comparecencia a [dicha] diligencia”, razón por la cual solicitaron “tomar en consideración los costos incurridos por la Señora Atala al momento de fijar las costas de este proceso” [...] Sin embargo, a esta última solicitud no fue adjuntado ningún comprobante de gastos⁶¹.

33. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal resalta que para el cálculo del monto por concepto de costas y gastos se tuvo en cuenta que los representantes habían presentado una solicitud, mas no fue allegado ningún comprobante de gastos que la sustentara. Por ello, la Corte considera que la solicitud de los representantes que se adicione a las costas el pago de honorarios y de gastos de viaje incurridos por la perito María Alicia Espinoza constituye una nueva solicitud que se relaciona con cuestiones de hecho y de derecho sobre las cuales el Tribunal ya adoptó una

⁶¹ *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 302, nota al pie de la página 304.

decisión. Al respecto, el Tribunal ha sostenido la improcedencia de utilizar una solicitud de interpretación para someter cuestiones de hecho y de derecho que ya fueron planteadas en su oportunidad procesal y sobre las cuales el Tribunal ya adoptó una decisión⁶².

34. En razón de lo anterior, la solicitud de interpretación es improcedente en función a que la Sentencia es clara en cuanto a los elementos que fueron valorados para determinar el monto correspondiente a costas y gastos, y el Tribunal considera que los representantes pretenden reevaluar cuestiones que han sido resueltas por la Corte, sin que exista la posibilidad de que el fallo sea modificado o ampliado⁶³, de conformidad con los artículos 67 de la Convención Americana y 31.3 y 68 del Reglamento del Tribunal. Por tanto, la Corte declara improcedente la solicitud de interpretación de los representantes sobre este punto.

V

PUNTOS RESOLUTIVOS

35. Por tanto,

LA CORTE

de conformidad con el artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 31.3 y 68 del Reglamento,

DECIDE:

Por unanimidad,

⁶² Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas*, párr. 15 y *Caso Abril Alosilla y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 17.

⁶³ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo*, párr. 16 y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Interpretación de la Sentencia de de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225, párr. 11.

1. Declarar admisible la solicitud de interpretación de los párrafos 71, 255, 299 y 313 de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas en el presente caso interpuesta por los representantes de las víctimas, en los términos del párrafo 21 de la presente Sentencia de Interpretación.
2. Precisar por vía de interpretación el sentido y el alcance de lo dispuesto en la Sentencia de fondo, reparaciones y costas, respecto a la indemnización por daño inmaterial a favor de la niña V., en los términos del párrafo 21 de la presente Sentencia de Interpretación.
3. Rechazar la solicitud de interpretación de sentencia presentada por los representantes de las víctimas, respecto a la medida de rehabilitación de asistencia médica y psicológica, de conformidad con los párrafos 26 a 28 de la presente Sentencia.
4. Rechazar la solicitud de interpretación de sentencia presentada por los representantes de las víctimas, respecto al pago de honorarios y gastos, de conformidad con los párrafos 32 a 34 de la presente Sentencia.
5. Disponer que la Secretaría de la Corte notifique la presente Sentencia al Estado de Chile, a los representantes de la señora Atala Riffo y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Diego García-Sayán

Presidente

Manuel E. Ventura Robles
Franco

Leonardo A.

Margarette May Macaulay
Blondet

Rhadys Abreu

Alberto Pérez Pérez

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Diego García-Sayán

Presidente

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario