

LA TIPIFICACION DEL HOMOSEXUALISMO COMO
DELITO NO VIOLA LAS GARANTIAS
CONSTITUCIONALES DE LOS HOMOSEXUALES. PERO
SU DESPENALIZACION LESIONA LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES DE LA SOCIEDAD.

Ab. José Roberto López M.

La estructura estatal justifica el ejercicio del poder por la realización y protección del orden social. Ese orden social es ambivalente visto bajo la óptica de la protección jurídica de los derechos: el Estado debe amparar los derechos de la sociedad toda, y los derechos fundamentales del ente social singularizado, es decir, como individuo. Cuando la satisfacción de demandas y requerimientos sociales, plantea un conflicto entre ambos, (el amparo de los derechos individuales vs. los derechos de la sociedad toda) El Estado debe decidir cuál de esos bienes jurídicos ' va a requerir su protección para justificar el ejercicio de su estructura de poder, establecida en beneficio del interés público. O en qué forma va a regular, delimitar o reglamentar los derechos individuales, para que el ejercicio de éstos no afecte o lesione los derechos de la sociedad.

Expresado en términos gráficos, sencillos y a manera de ejemplo, el derecho constitucional de la libertad de opinión y expresión del pensamiento (art. 22, num. 5 CPE) puede ejercerse a viva voz, y reforzar los argumentos gesticulando con las manos. **Pero el derecho a gesticular, termina donde comienza el rostro de los demás.** O el límite a la libertad en la defensa de las opiniones, termina donde comienzan la moral y las buenas costumbres establecidas por la *inveterada consuetudo* en una sociedad determinada. Y frente a ese orden de cosas, la prerrogativa estatal de regulación del orden social, debe entenderse en el sentido dual de potestad-deber.

El legislador considera dañosa una conducta cuando viola un interés. El interés es la posición de un sujeto frente a un bien, y bien es todo aquello que puede satisfacer una necesidad humana, material o ideal (individual o social) El fin de la norma, y en último término, del derecho todo, es entonces la protección de los intereses. El bien pasa a ser llamado bien jurídico cuando el interés de su titular es reconocido como social o moralmente valioso por el legislador que le brinda su protección prohibiendo las conductas que lo lesionan".

Derecho Penal, Alfredo Etcheberry, Tomo I, p. 19.

La interrogante que debe captar nuestra atención con relación al tema del homosexualismo y que obligatoriamente debemos absolver es: Constituye la tipificación o la limitación de las conductas homosexuales, lesivas para los sentimientos de las personas normales, -previa suposición de que no afecten otros bienes jurídicamente protegidos como la integridad de los menores- una violación de los derechos constitucionales de los homosexuales?

Si bien todos los ecuatorianos tenemos garantizados constitucionalmente ciertos derechos -como la libertad de opinión y de expresión, la libertad de creencias y la intimidad- la libertad sexual como tal, no se encuentra protegida en la Constitución, porque es una libertad implícita que tiene su origen en el Derecho Natural. Pero, aun cuando estuviera concebida como una garantía, ésta excluiría cualquier libertad antinatural, pues desde el punto de vista conceptual de la Teoría General del Derecho, sería inadmisibles que se consagre constitucionalmente este tipo de libertades.

El derecho de igualdad ante la ley, la prohibición constitucional de discriminación contenida en el art. 22, num. 6 de la CPE o el derecho a la intimidad de los homosexuales no se ven afectados por las limitaciones a una conducta tipificada como delito, o por la tipificación en sí misma, pues ésta es una prerrogativa estatal: El Estado se "apropia" de una conducta ideal y la sanciona por considerarla nociva, bien para las personas, bien para la sociedad toda.

Si bien el homosexualismo en el Ecuador está tipificado en la clasificación de los delitos sexuales como un delito que lesiona bienes jurídicos particulares, (los co-reos, los menores, los educandos) su reciente despenalización afecta en forma expresa, directa y específica, bienes jurídicos establecidos por la norma suprema como **DERECHOS CONSTITUCIONALES** sobre los cuales la sociedad toda tiene derecho a sentirse protegida, y el Estado la obligación de procurar que así sea:

1.- El derecho Constitucional de concurrencia a lugares públicos (arts. 20, 21 y 22 CPE).

2.- El derecho Constitucional de tutela a la institución familiar (arts. 20, 21, 22 y 32 CPE).

¿Cuál sería entonces el fundamento jurídico constitucional para haber despenalizado el homosexualismo? Ninguno, a mi modo de ver, pues como claramente expresamos, su tipificación como conducta delictiva

NO constituye una violación de los derechos constitucionales de los homosexuales, y SI una violación de los derechos constitucionales de la sociedad.

Analicemos ahora, los aspectos propios del delito relacionados con la ciencia del Derecho Penal.

2 EL ART. 516 DEL CODIGO PENAL, **NO DEBIO SER SUPRIMIDO NI PARCIAL NI TOTALMENTE**

Como expresamos anteriormente, cuando el ente estatal tipifica y penaliza una conducta, está asumiendo que ese determinado comportamiento es nocivo, bien para las personas, bien para la sociedad. La protección a la vida, la honra, la propiedad, implica la protección de bienes jurídicos individuales. La protección de la fe pública, la seguridad del Estado o la Administración, afecta bienes jurídicos de carácter generalizado.

Pero hay delitos, como el homosexualismo, que pueden violentar ambas categorías. Si un homosexual le dice una frase obscena a un menor que camina por la calle, esta conducta afecta su pudor, que es ese sentimiento íntimo de recato, de decoro, que toda persona tiene dentro de sí (art. 505 Código Penal). Si ese mismo menor va de paseo de fin de año en compañía de todo su colegio a un parque y ven una pareja de hombres besándose y acariciándose, ese atentado contra el pudor lesiona ambas categorías. Pero no porque las muestras de afecto entre dos personas sean malas en sí misma, sino porque las que van en contra de la naturaleza (natural y legalmente solo existen dos sexos) son desde el punto de vista del derecho a la libertad social, jurídicamente reprobables.

Cómo se le explica a un menor por qué dos hombres se acarician, se comportan o se visten como mujeres en público?

Creemos firmemente, que todo aquello que implique limitación a las garantías que el Estado debe al ciudadano, a la familia y a la sociedad, para desenvolverse en un ambiente sano y libre de vicios o desviaciones, es socialmente nocivo.

Pero debemos hacer hincapié en otro aspecto fundamental, que es uno de los asuntos de fondo con relación a la suspensión de los efectos del inciso primero del art. 516 del Código Penal recientemente aprobada por el Tribunal Constitucional: La referida disposición legal, al tipificar los delitos de homosexualismo penalizados en los incisos 2 y 3, defiende bienes jurídicos inestimables, preciosos, como son la integridad de los hi-

jos frente a la agresión homosexual de sus padres, y de los escolares frente al ataque homosexual de sus maestros. Resulta una afirmación indiscutible desde el punto de vista jurídico, que para sancionar la conducta homosexual de dichos padres o maestros por la Ley Penal, el homosexualismo debe estar tipificado como un delito por la Ley o Código Penal. Si ya la "tipificación" del inciso primero era sumamente deficiente, pues -a diferencia del estupro y la violación- no describía la conducta antijurídica, ahora es aun peor. Antes, por lo menos se penalizaba la conducta homosexual. Actualmente, existe una contradicción jurídica de fondo, al decir la ley penal "si el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente" y a continuación penalizar la conducta, puesto que el homosexualismo ya no constituye una figura delictiva. La discriminación del inciso primero del art. 516 plantea un problema de técnica penal, pues los incisos segundo y tercero constituyen lo que en materia penal se conoce como tipo agravado. Si no existe el tipo, no pueden existir en consecuencia, los tipos agravados. ¿Cómo es posible entonces penalizar ahora los incisos segundos y terceros del art. 516 del Código Penal?.

Y esa constituye la razón definitiva por la cual el numeral primero del art. 516 del Código Penal no debió ser suprimido, pues el Estado desprotegió así la integridad de los niños ecuatorianos, que en forma alarmante son agredidos casi a diario por padres o maestros según lo denunciaban los medios de comunicación. Por otra parte, no se debe pensar en la posibilidad posterior de sancionar, ya no, el ataque homosexual de padres y maestros contra los menores, sino la "simple agresión sexual" pues esto significaría dar otro paso atrás en el tratamiento ético, jurídico y constitucional del tema. El Estado debe defender a los menores de cualquier agresión sexual. Esto significa que no se puede despenalizar otras figuras de agresión sexual socialmente peligrosas como el homosexualismo.

Pasemos ahora a la discusión sobre el aspecto de fondo necesariamente considerado por la Ciencia Penal para la tipificación del delito:

Si como hemos visto, la norma penal protege bienes jurídicos, ¿cuál sería el bien jurídico protegido por la Ley Penal, en el caso de que ambos agentes de la infracción consistieran voluntariamente en la comisión de la misma, si ésta se realiza en privado mientras no configure la comisión de otra infracción a la Ley Penal?

Aparentemente ninguno. Pero dicha apreciación no es del todo correcta, pues lo importante en este caso, es atender que el Estado sanciona la conducta antijurídica *per se* además de penalizarla por la trascendencia pública que puede tener. Prueba de ello, aunque grotesca y desa-

gradable, constituye el delito de *bestialismo* (art. 517 del Código Penal) en el cual no se lesiona bien jurídico alguno, como no sea la misma degradación personal del individuo que el Estado debe a toda costa evitar, pues **en la medida en que se produce la degeneración individual, se producirá inevitablemente la degeneración social.**² No deja de ser interesante además el argumento en defensa del homosexualismo, de que el Estado no puede sancionar a nadie por una condición que le es connatural, innata, con la cual no se ha elegido nacer, pues es imprescindible comprender que el Estado no sanciona la condición de homosexual, sino la comisión del delito de homosexualismo, que aunque como vimos, no se encuentra definido en nuestra ley penal, consiste en "la práctica del coito anal entre varones".³ Además, este argumento no resiste la crítica comparativa: El sicópata que asesina a sus víctimas, tampoco eligió dicha condición y sin embargo el Estado tiene la obligación⁴ de proteger a la sociedad de su conducta delictiva. Lo cual nos conduce nuevamente a la valoración del bien jurídico que debe primar: la estructura estatal de poder debe forzosamente proteger, al penalizar ambas conductas, al cuerpo social que requiere de su amparo y de la tutela de sus derechos, frente a conductas nocivas al orden, la moral y la seguridad de la comunidad.

3.- ANALISIS DEL FALLO EMITIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DESCRIMINALIZANDO EL HOMOSEXUALISMO.

Aun cuando esta nota fue escrita antes de que se emitiera el fallo por parte del Tribunal Constitucional, el estudio del mismo es imprescindible. Pasaremos por tanto a analizarlo:

« Texto del fallo publicado en el Suplemento del R.O. No. 203 Jueves 27 de noviembre de 1997.

² La doctrina coincide con nuestro criterio en este aspecto: "La razón de penar la sodomía fue < el peligro de que se extienda su contagio y **llegue** a ser una verdadera plaga en la sociedad> . El legislador tuvo en vista la protección fisiológico, biológico y psicológico de la nación toda. No cabe duda de que entre las tres hipótesis posibles que nos quedan, solamente una, las prácticas homosexuales (coito anal) entre varones, presente los caracteres de extensión suficientes como para constituir < una plaga en la sociedad>." Derecho Penal, Alfredo Etcheberry, Tomo IV, p. 71.

³ Obra citada, p. 70.

⁴ "Una vez conocido, por hipótesis, que el interés protegido por la norma impugnada es un interés constitucionalmente relevante, la presunción de constitucionalidad de la norma será mucho más rigurosa que lo que podría parecer en principio, y ello es así hasta el punto de que en la mayoría de los asuntos, el enjuiciamiento sobre la constitucionalidad, termina aquí, o dicho de otra manera, que si la Corte estima que la norma está justificada por el fin que persigue será razonable y , en fin, la norma impugnada no podrá ser declarada contraria al art. 3. "Manual de Derecho Constitucional de José Albino Tinetti, p. 809.

"EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL"

En el caso No. 111 - 97 - TC

Considerando:

Que el doctor Christian Polo Loayza y más de mil ciudadanos, el 24 de septiembre de 1997, presenta una demanda para que se declare la inconstitucionalidad del art. 516 del Código Penal que sanciona el homosexualismo, por cuanto a su criterio contraría el numeral 6 y 7 del art. 22 de la Constitución Política.

COMENTARIO: El principio de Igualdad ante la ley, significa ante todo igualdad jurídica.⁵ Por ende, ha sido mal invocado, al no tener relación con la potestad estatal de tipificar y penalizar conductas delictivas:

1) Si la infracción estuviese correctamente tipificada ("la práctica del coito anal entre varones"), y un hombre heterosexual adecuara su conducta a la norma penal, cometería el delito de homosexualismo, por la existencia de responsabilidad objetiva al haber ajustado su conducta a lo prohibido por la norma penal, lo cual, a la inversa, demuestra la estricta igualdad ante la ley de lo cual se encuentra investida la tipificación del homosexualismo;

2) Se violaría el principio invocado -igualdad ante la ley-, si por tener la condición de homosexual, se limitara por ejemplo, el derecho al sufragio, o se restringiera la posibilidad de ser elegido, o se impidiera el acceso a lugares públicos y, en general, cualquier acto que implicara segregación o menoscabo en el ejercicio de los derechos. No existe además relación alguna entre el también invocado numeral 7 del art. 22 y el homosexualismo, pues dudo que alguien intente justificar inclinaciones homosexuales fundamentándolas en sus creencias religiosas. Es indiscutible que los principios constitucionales arguidos han sido incorrecta e ineficientemente invocadas y en consecuencia, el texto del art. 516 cuyos efectos fueron suspendidos **NO CONTRARIA LOS NUMERALES 6 Y 7 DEL ART. 22 DE LA CONSTITUCION.**

⁵ "La igualdad no puede consistir sino en igualdad jurídica", ob. Cit. p. 797. En el mismo sentido ver la obra de Miguel Angel Ekmekdjian. Análisis pedagógico de la Constitución Nacional, pág. 30.

Lo sorprendente y censurable es que los miembros del Tribunal Constitucional, para quienes la comprensión de este principio debería ser elemental, no conozcan o no entiendan su contenido jurídico.

Que, la demanda en referencia sostiene que la homosexualidad no es ni delito, ni una enfermedad, ni siquiera una enfermedad sexual, por consiguiente ni el homosexual ni la lesbiana, no necesitan que se les condene penalmente ni que se les cure, este acerto (debe escribirse con s) desde su punto de vista lo sustentan en argumentaciones y criterios de Tenorio Ambrosi, de la enciclopedia Larousse, en lo manifestado por la Asociación Psiquiátrica Americana. Que, asimismo, agregan, que el ser homosexual no implica ser delincuente, pues ello es una conducta del ser humano y que a través de la penalización se está degradando a la persona, sea hombre o sea mujer. Por último, anotan, que esta política jurídica discriminatoria desde todo punto de vista contraría el contenido de los dos primeros incisos del numeral 6 y 7 del artículo 22 de la Constitución, y concluye solicitando que se declare inconstitucional el art. 516 del Código Penal por ser discriminatorio.

COMENTARIO: El legislador, como ya vimos tiene la obligación de proteger los derechos de la sociedad frente al peligro social que representa el ejercicio de una libertad sin límites, indiscutiblemente mal entendida. Defecto éste, debemos precisarlo, del que adolece la sociedad norteamericana, donde la exagerada primacía de los derechos individuales, obra en desmedro de los derechos de la comunidad. No es por lo tanto, el criterio de la Asociación Psiquiátrica Norteamericana, el más sabio y recomendable para orientar los destinos de la sociedad ecuatoriana. La argumentación de que "ser homosexual no implica ser delincuente, porque ello es una conducta del ser humano" resulta pueril, y casi infantil, pues todas las conductas tipificadas por la ley son actos del ser humano.

La ley penal no penaliza hechos. No es admisible además la argumentación de que "a través de la penalización se está degradando a la persona". Imaginemos por un momento, el caso de un profesional de primer orden, cuya trayectoria es reconocida por la comunidad, que dedica su tiempo libre y aun su fortuna, a la práctica de obras benéficas. Un ser humano revestido de cualidades superiores que lo convierten en una persona socialmente valiosa. Si ocasionalmente bebe más de la cuenta, y por dicha causa sufre un accidente en el que priva de la vida a un niño, de **este acto podemos sacar dos conclusiones clarísimas.**

1.-Evidentemente no es un delincuente, pero adecuó su conducta a un tipo delictivo, y se hizo acreedor a la pena prevista para tal acción;

2.- La degradación no se produjo por la penalización en sí misma, sino por haber ingerido licor hasta perder la capacidad de conducir un vehículo y haber ocasionado la muerte de un ser humano.

Que el Tribunal solicitó al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, al señor Ministro de Gobierno y de Policía y a los señores Alcaldes del distrito Metropolitano de Quito, de Guayaquil y de Cuenca que informen, en su orden, si en la Función Judicial se han resuelto casos de aplicación del Código Penal, si se han realizado detenciones y si se han tramitado recursos de Hábeas Corpus en aplicación del citado artículo del Código Penal; habiendo recibido respuesta únicamente del Ministerio de Gobierno, en el sentido de que no existen registros de detenciones efectuadas por el delito tipificado en el artículo 516 del Código Penal.

COMENTARIO: Constituye otro argumento pueril y hasta absurdo el que, porque no se haya registrado la comisión de este delito se lo des-criminalice. Si hiciéramos una estadística sobre la comisión de todos los delitos, probablemente nos quedaríamos sin Código Penal, pues en su gran mayoría no son denunciados. El criterio rector para la penalización de las conductas antijurídicas, jamás puede ser numérico. Si imagináramos por un momento la sociedad ideal evolucionada a tal grado que se encontrase ya exenta de la violencia que, quizás algún día sea la causa de su fin, no podríamos prohibir el homicidio en razón de que no se practica desde mucho tiempo atrás, pues si alguien decidiera cometerlo, no se lo podría sancionar por ausencia de la norma. La tipificación implica la valoración de una conducta ideal, socialmente peligrosa. Por otra parte, esta distorsionada necesidad procesalista de contar con algún documento público para sustentar los insustentables criterios expuestos, cae por su propio peso, al haberse únicamente solicitado la información a los alcaldes de Quito, Guayaquil y Cuenca, pues si en Ambato, Machala, Esmeraldas, Manta, Portoviejo, o cualquier otra ciudad del país se hubieren producido detenciones por homosexualismo, la argumentación es ineficaz. No entendemos además, cómo el Ministerio de Gobierno pudo afirmar que no se han registrado detenciones por este delito, cuando los medios de comunicación, frecuentemente han difundido noticias de arrestos producidos en redadas por fiestas, concursos, etc. Ya sabemos que los hechos públicos y notorios, no requieren ser probados.

Que, en cumplimiento del procedimiento establecido en el art. 20 de la Ley de Control Constitucional, se citó a los señores Presidentes del H. Congreso Nacional y Presidente Constitucional de la República para que contesten la demanda formulada, habiendo respondido el señor Presidente Constitucional Interino de la República, quien en lo fundamental manifiesta que quien debe encargarse de descriminalizar una conducta, no es el Tribunal Constitucional, sino el legislador, que es quien tipificó la misma en el Código Penal y que si existe una razón para descriminalizar la homosexualidad no es porque esta debe considerarse inconstitucional, sino porque la falta de aplicación de la pena para este tipo de delitos, hace que sea necesario descriminalizar esta conducta.

Agrega en relación a los incisos segundo y tercero del artículo 516 del Código Penal, que es totalmente improcedente que se declare su inconstitucionalidad, porque ello contraría el precepto constitucional que establece que es obligación del Estado la protección de la familia "garantizando todas las condiciones morales, culturales y económicas que favorezcan la consecución de sus fines" (art. 32) y no podría darse esto si se despenaliza las relaciones incestuosas, sean estas heterosexuales u homosexuales; asimismo, se contravendría el art. 36 de la Constitución que consagra la protección al menor por parte de sus progenitores, de la sociedad y del Estado para "asegurar su vida, su integridad física y su salud", pues se garantiza la impunidad de actos que lesionan justamente la integridad física, psíquica y la salud del menor. Por otra parte, en el campo penal señala que se mantendría la penalización del estupro, esto es, la relación heterosexual voluntaria de una mujer honesta, menor de edad (arts. 510, 511 del Código Penal), no así la relación homosexual con un menor, aun cuando quien induce a la relación sexual sea su padre, maestro o guía espiritual (tercer inciso del art. 516 del Código Penal). Más aun, señala que el tipo penal impugnado, lleva implícito un agravante, que consiste en que el sujeto pasivo del delito, sea o no el sujeto pasivo de la relación, es un menor de edad y por ende inimputable, porque su inmaduro psiquismo no le permite claramente comprender la ilicitud de su comportamiento, por todo lo cual solicita que el Tribunal deseche la demanda presentada;

Que, según el art. 175 numeral 1 de la Constitución Política, el numeral 1 del art. 12 de la Ley de Control Constitucional y el art. 10 del Reglamento Orgánico Funcional del Tribunal Constitucional, el Tribunal es competente para conocer y resolver acerca de la inconstitucionalidad de leyes, decretos- leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas; más aun,

hay que destacar que el Tribunal Constitucional se halla instituído en la Tercera Parte del Título I, relativo a la Jerarquía y Control del Orden Jurídico de la Constitución Política de la República, normas que dan lugar a la proclamación constante en el art. 3 de la Ley de Control Constitucional, que establece que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo del control constitucional, por lo que resulta indubitable que el Tribunal es competente para conocer y resolver la presente demanda y no cabe que el control constitucional del orden jurídico pueda estar en conflicto con el control de legalidad, ejercido por los órganos designados en las normas constitucionales o con la facultad legislativa de la Función Legislativa para "expedir, reformar o derogar leyes". Son ámbitos jurídicos distintos y concurrentes.

COMENTARIO: El tema del control de constitucionalidad, aun cuando no es materia de este trabajo, requiere ser revisado precisamente por lo discutible del origen del sistema. Sigamos el tratamiento que del mismo se hace en el Manual de Derechos Constitucionales de José Albino Tinetti, Silvia Lizete de Mendoza y María Elena de Orellana:

b. Consideraciones previas. Control político y control jurídico.

La doctrina mayoritariamente aceptada, que va más allá de la teoría Kelseniana, considera que la norma primaria del orden jurídico de un Estado, es aquella que determina no únicamente la validez formal de las restantes normas denominadas secundarias o derivadas sino también el contenido de éstas. Dicho en otro giro: la norma básica de un orden jurídico, es decir, la Constitución, no tan sólo establece los órganos competentes para la creación de las normas jurídicas generales y señala el procedimiento para su creación, sino que además determina el contenido de esas normas secundarias; y esto último siempre es así ya sea que la Constitución de manera expresa prescriba o prohíba determinadas conductas o que dichas pautas estén contenidas implícitamente en la norma primaria o fundamental; esto es, en los principios y valores que informan la Constitución.

En otras palabras, se piensa que el cotejo de las normas secundarias con la Constitución, puede y debe hacerse tanto desde el punto de vista formal como del material y, por consecuencia, la inconstitucionalidad de una norma jurídica secundaria puede resultar de un vicio formal y material o sustantivo; o como también se dice, de vicios extrínsecos o intrínsecos.

El principio de la supremacía de la Constitución que, en suma, conduce a la necesaria congruencia o compatibilidad que debe existir en todo orden jurídico estatal con la Constitución, es el antecedente del control o de la revisión que son -como se ha dicho- mecanismos que, confrontando normas y actos con la Constitución, verifican si están o no de acuerdo con ella, y de no estarlo, los declara inconstitucionales, privándolos de eficacia.

Una de las cuestiones fundamentales en esta materia, es la que versa sobre el tipo de control de la legitimidad constitucional y es conocido que planteándose esa magna cuestión tuvo origen el concepto mismo de "justicia constitucional". En 1928, Hans Kelsen publicó un artículo intitulado "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)" en el cual sostuvo que la Constitución rígida sólo puede ser defendida de manera eficaz mediante una Corte Constitucional de Justicia. Un año después, Carl Schmitt publicó su trabajo "El defensor de la Constitución" que posteriormente, ampliado con otras publicaciones apareció en 1931 en forma de libro (cuyo título en la traducción castellana fue "La defensa de la Constitución"). Contrariamente a la tesis Kelseniana, Schmitt sostiene en dicha obra que el defensor de la Constitución debe ser un órgano político (el Presidente del Reich según la Constitución de Weimar) y no un órgano jurisdiccional. El autor de la teoría decisionista, consideraba que la tesis contraria a la suya derivaba de una especie de mito sobre el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Argumentaba que según la teoría de la división de poderes era preciso distinguir entre legislador y juez, es decir entre legislador y sentencia; que una ley no podría ser protectora de otra ley, y la ley más débil no podía naturalmente proteger o garantizar a otra que fuera más sólida. La polémica fue continuada por Kelsen en otro trabajo que apareció en el año últimamente citado con el título ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? en el que sostuvo, en suma, la inconveniencia de la sugerencia schmittiana; el órgano que defienda la Constitución no debía ser el mismo que pueda violarla, y consideró que el órgano menos idóneo para ser el guardián de la Constitución era el indicado por Schmitt, debido a la posibilidad de que un órgano de tal naturaleza (es decir, de carácter político) sería Juez en causa propia. Esa disputa sobre la conveniencia del control político o del control judicial de la legitimidad constitucional ha llegado incluso a la época actual; pero se advierte que la doctrina y la legislación mayoritarias se inclinan por esta segunda clase de control, esto es, el ejercido por órganos de carácter judicial".

Es relevante la posición sostenida por Loewenstein, defendiendo las tesis del control político: "Se produce una situación realmente diferente cuando existe el derecho de los tribunales -derecho asumido, usurpado o implícitamente otorgado- para comprobar la constitucionalidad de las leyes emitidas conjuntamente por el parlamento y el gobierno y para anularlas en caso de que las consideren inconstitucionales. Este lado de la Función Judicial sobrepasa ampliamente el campo legítimo de la actividad de los tribunales, que no debería ser nada más que la ejecución de la decisión política tomada. El control de la constitucionalidad es esencialmente control político y, cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es en realidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituidos". Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, p. 308.

No obstante, nos inclinamos por la tesis de Kelsen, considerando que la evolución del control político operada en el país, hacia el actual sistema de Control Constitucional representa un cambio favorable de sistema, por lo cual ésta es la única parte con la cual concordamos de este *sui géneris* fallo. 6

Que, para el análisis como delito del hosexualismo, es necesario tener presente que en el terreno científico, no se ha definido si la conducta homosexual es una conducta desviada o se produce por la acción de los genes del individuo, más bien la teoría médica se inclina por definir, que se trata de una disfunción o hiperfunción del sistema endócrino, que determina que esta conducta anormal debe ser objeto de tratamiento médico, no tanto como enfermedad, antes que objeto de sanción penal. Por tanto, resulta inoperante para los fines de readaptación de los individuos, el mantener la tipificación como delito de la homosexualidad, porque mas bien la reclusión en cárceles crea un medio ambiente propicio para el desarrollo de esta disfunción. Sin embargo, es claro que si no debe ser una conducta jurídicamente punible, la protección de la familia y de los menores, exige que no sea una conducta socialmente exaltable.

COMENTARIO: El planteamiento se encuentra mal realizado, pues no se puede generalizar todos los casos: habrá unos que se presenten por

6 Sobre el control político ejercido en el Ecuador, ver el comentario de Carlos S. Fayt, en su Curso de Derecho Político, p. 36.

un problema genético, otros por deficiencias hormonales, y otros por conducta desviada. Pero el Estado no puede entrar a distinguir las clases de homosexualismo, sino establecer la responsabilidad objetiva por adecuar su conducta al tipo penal. No debe considerarse absoluta la afirmación de que el homosexualismo provenga de una deficiencia del sistema endócrino, es decir que se trate de una deficiencia hormonal, pues la misma ocasionaría una visible disminución de los caracteres sexuales como el vello facial o corporal, la masa muscular, etc. y no es precisamente éste, - sino todo lo contrario- el caso de los actuales representantes de este sector de la sociedad. Que la reclusión en cárceles crea un medio ambiente propicio para el desarrollo de esta disfunción, es una afirmación contradictoria: Si se trata de una disfunción física, el medio ambiente resultaría un factor que no incide en su modificación.

Que, los homosexuales son ante todo titulares de todos los derechos de la persona humana y por lo tanto tienen derecho a ejercerlos en condiciones de plena igualdad, lo cual no supone la identidad absoluta sino una equivalencia proporcional entre dos o más entes, es decir sus derechos gozan de protección jurídica, siempre que en la exteriorización de su conducta no lesionen los derechos de otros, tal como ocurre con las demás personas.

COMENTARIO: Como anteriormente explicamos, el principio de igualdad jurídica no tiene relación alguna con la tipificación de este delito.

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

a su dirección o cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años."

COMENTARIO: Ya explicamos que la descriminalización del art. 516 del Código Penal viola flagrantemente el derecho constitucional de tutelar a la institución familiar. La única forma de proteger a la familia es impedir que suceda lo que ya vemos está sucediendo en otros países. Parejas de homosexuales y lesbianas criando niños en una nueva célula social: La familia homosexual.

No creemos estar equivocados al preguntamos ¿Esto es lo que deseamos para el Ecuador del mañana?

Con todos estos antecedentes y en ejercicio de la atribución consignada en el numeral 1 del art. 175 de la Constitución y los artículos 20 y 21 de la Ley de Control Constitucional.

RESUELVE:

1.- Aceptar parcialmente la demanda formulada y declarar la inconstitucionalidad del inciso primero del art. 516 del Código Penal, y suspender textualmente los efectos de dicho inciso, que textualmente dice: "En los casos de homosexualismo, que no constituyen violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años".

2.- Promulgar la presente resolución en el Registro Oficial en aplicación de los arts. 176 de la Constitución y 22 de la Ley de Control Constitucional.- "Notifíquese".

Por las consideraciones expuestas, estimo que la resolución tomada por el Tribunal Constitucional de suprimir la disposición en comentario, constituye un atentado contra los derechos constitucionales de la sociedad ecuatoriana anteriormente mencionados en este artículo y un serio error que puede traducirse en daños de gran magnitud para la comunidad toda y sus futuras generaciones. Esperamos que la próxima Asamblea Constituyente así lo entienda y adopte los mecanismos necesarios para rectificarlo.