

La resignificación de las familias desde la diversidad

**La Convención Americana sobre Derechos Humanos
y el matrimonio de las parejas del mismo sexo en Ecuador**
Claudia Storini, Marcelo Guerra Coronel y Nathaly Yépez

Discriminación e igualdad
Pedro Páez Bimos

**La fuerza vinculante de la OC-24/17 “Identidad
de género, e igualdad y no discriminación a parejas
del mismo sexo” para el Estado ecuatoriano**
María Augusta León Moreta

**El matrimonio igualitario
a la luz de la Convención Americana**
Gissela Cristina Paredes Erazo y María Dolores Núñez Ávila

**El concepto de matrimonio
y la Opinión Consultiva OC-24/17. Una crítica**
Vicente Manuel Solano Paucay

**El matrimonio civil igualitario como forma
de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación**
María Inés Orellana Ramírez

**La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a
la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador**
*Daniela Salazar Marín, Ana Isabel Cobo Ordóñez, Camila Cruz
García, Mateo Guevara Ruales y María Paula Mesías Vela*

Diversidad de familias
José Ernesto Tapia Paredes y Richard Quezada Zambrano

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466 e-ISSN 2631-2484

Julio-diciembre 2019 • Número 32

FORO: revista de derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTORA DEL ÁREA: Dra. Claudia Storini.

EDITOR DE LA REVISTA: Dr. César Montaña Galarza.

EDITORA ADJUNTA: Dra. María Augusta León.

COMITÉ EDITORIAL: Dra. Roxana Arroyo (Instituto de Altos Estudios Nacionales. Ecuador), Dr. Santiago Basabe (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador), Dra. Elisa Sierra (Universidad Pública de Navarra. España), Dra. Eddy De la Guerra Zúñiga (Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador), Dra. Elisa Lanas Medina (Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador), Dr. Osmar Sotomayor (Universidad Mayor de San Andrés. Bolivia), Dra. Sonia Merlyn (Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito. Ecuador), Dr. Marco Navas Alvear (Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador), Dra. Liliana Estupiñán (Universidad Libre de Colombia. Colombia), Dr. Farith Simon (Universidad San Francisco de Quito. Ecuador), Dr. César García Novoa (Universidad Santiago de Compostela. España).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid. España), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México. México), Dra. Silvia Bagni (Universidad de Bolonia. Italia), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dra. Aimeé Figueroa Neri (Universidad de Guadalajara. México), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia. Colombia), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz. Bolivia), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile. Chile), Dra. María Cristina Gómez (Universidad de Antioquia. Colombia).

ASISTENTE ACADÉMICO-EDITORIAL: Mg. Fausto Quizhpe Gualán.

EDITORES TEMÁTICOS: Dra. Romané Landaeta Sepúlveda, Dr. Carlos Reyes Valenzuela.

SUPERVISOR EDITORIAL: Jorge Ortega. **DIAGRAMACIÓN:** Margarita Andrade R. **CORRECCIÓN:** Fernando Balseca. **CUBIERTA:** Raúl Yépez. **IMPRESIÓN:** Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito.



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

FORO aparece en los índices *Latindex: Sistema regional de información en línea para revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*; *Prisma: Publicaciones y revistas sociales y humanísticas, y Latinoamericana: Asociación de revistas académicas de humanidades y ciencias sociales*.

FORO es una publicación gestionada por su comité editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

Contenido

	Editorial	
	<i>Romané Landaeta Sepúlveda</i>	
	<i>Carlos Reyes Valenzuela</i>	3
TEMA CENTRAL	LA RESIGNIFICACIÓN DE LAS FAMILIAS DESDE LA DIVERSIDAD	
	La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el matrimonio de las parejas del mismo sexo en Ecuador: una lectura desde un concepto material de la Constitución	
	<i>Claudia Storini, Marcelo Guerra Coronel y Nathaly Yépez</i>	7
	Discriminación e igualdad: el matrimonio igualitario en la Opinión Consultiva OC-24/17 Corte IDH en Ecuador	
	<i>Pedro Páez Bimos</i>	27
	La fuerza vinculante de la OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” para el Estado ecuatoriano	
	<i>María Augusta León Moreta</i>	43
	El matrimonio igualitario a la luz de la Convención Americana: análisis de la Opinión Consultiva OC/ 24-17 en el contexto jurídico ecuatoriano	
	<i>Gissela Cristina Paredes Erazo y María Dolores Núñez Ávila</i>	61
	El concepto de matrimonio y la Opinión Consultiva 24/17. Una crítica	
	<i>Vicente Manuel Solano Paucay</i>	83
	El matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación	
	<i>María Inés Orellana Ramírez</i>	103
	La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador	
	<i>Daniela Salazar Marín, Ana Isabel Cobo Ordóñez, Camila Cruz García, Mateo Guevara Ruales y María Paula Mesías Vela</i>	123
	Diversidad de familias: conformación, revolución socioeconómica y protección jurídico estatal	
	<i>José Ernesto Tapia Paredes y Richard Fernando Quezada Zambrano</i>	145
	Prisiones transgénero como reivindicación de la libertad individual dentro del sistema de rehabilitación de penas en Ecuador	
	<i>Rodrigo Moreno</i>	161
	El procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de conformidad con la identidad de género. Reflexiones desde el derecho fundamental a la protección de datos	
	<i>Luis Ordóñez Pineda</i>	179
	Colaboradores	199
	Normas para colaboradores	203

Content

	Preface	
	<i>Romané Landaeta Sepúlveda</i>	
	<i>Carlos Reyes Valenzuela</i>	3
MAIN THEME	THE RESIGNIFICATION OF FAMILIES FROM A DIVERSITY APPROACH	
	The American Convention on Human Rights and the marriage of same-sex couples in Ecuador: a reading from a material concept of the Constitution	
	<i>Claudia Storini, Marcelo Guerra Coronel, and Nathaly Yépez</i>	7
	Discrimination and equality: Equal marriage in Advisory Opinion OC-24/17 of the Inter-American Court in Ecuador	
	<i>Pedro Páez Bimos</i>	27
	Legally binding force of Advisory Opinion 24/17 “Gender identity, and equality and non-discrimination with regard to same-sex couples” for Ecuadorian State	
	<i>María Augusta León Moreta</i>	43
	Equal marriage in the light of the American Convention: Analysis of the Advisory Opinion OC/ 24-17 in the Ecuadorian legal framework	
	<i>Gissela Cristina Paredes Erazo, and María Dolores Núñez Ávila</i>	61
	The concept of marriage and the Advisory Opinion. A critic	
	<i>Vicente Manuel Solano Paucay</i>	83
	Equal civil marriage as a way of secure the equal right and non discrimination	
	<i>María Inés Orellana Ramírez</i>	103
	The binding character of the Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinions in light of Ecuadorian constitutional law	
	<i>Daniela Salazar Marín, Ana Isabel Cobo Ordóñez, Camila Cruz García, Mateo Guevara Ruales, and María Paula Mesías Vela</i>	123
	Diversity of families: conformation, socioeconomic revolution and state juridical protection	
	<i>José Ernesto Tapia Paredes, and Richard Fernando Quezada Zambrano</i>	145
	Transgender prisons as a declaration of individual freedom within the criminal justice system in Ecuador	
	<i>Rodrigo Moreno</i>	161
	The procedure for requesting adequacy of the data in conformity with gender identity. Considerations from the fundamental right to data protection	
	<i>Luis Ordóñez Pineda</i>	179
	Collaborators	199
	Rules for Collaborators	203

Editorial

El dossier titulado “La resignificación de las familias desde la diversidad” reúne a un destacado grupo de académicos e investigadores que reflexionan y analizan los actuales debates que se han suscitado en el último tiempo sobre las formas de entender, desde el ámbito jurídico, legal y social, las diversidades de una figura histórica tan importante como es la familia. En los artículos que componen esta publicación se exponen, con diferentes énfasis, los elementos para una reflexión argumentada sobre las familias, tomando como eje el concepto de diversidad y considerando los enfoques de derechos humanos y género que, entre otros, permite indagar en las formas en cómo se vive la diferencia sexual en un Estado de derecho, en diferentes sociedades, en este caso, en Ecuador.

La Opinión Consultiva 24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que todos los Estados que forman parte del Sistema Interamericano deben incorporar las medidas que sean necesarias para asegurar que todas las personas –sin distinción de sexo– puedan optar por la figura del matrimonio civil. Esta resolución ha generado un amplio debate no solo en el ámbito del derecho, sino en la sociedad ecuatoriana en su conjunto. Este es el foco del debate y la reflexión que convoca el número 32 de revista FORO. En ese contexto, varios de los artículos centran su análisis en la Opinión Consultiva 24/17, como es el caso del texto de Claudia Storini, Marcelo Guerra y Nathaly Yépez, quienes reflexionan sobre el matrimonio igualitario en su concepto material, considerando para ello la Convención Americana de Derechos Humanos, que busca “dotar al lector de elementos jurídicos respecto al concepto material de Constitución”. El artículo de Pedro Páez examina el principio de igualdad y no discriminación a las personas sexo-genéricas diversas y el marco del matrimonio igualitario. En esta línea, María Augusta León examina las razones para que los Estados tengan como deber la incorporación de requerimientos que establece la opinión consultiva.

En general, los análisis que se plantean en esta publicación coinciden en el avance que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto a la protección y reivindicación de personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGTBI), considerando para ello visibilizar las diferencias por condición sexual, como un elemento constitutivo de la condición humana, que los Estados

deben amparar y resguardar, análisis que propone el texto de Cristina Paredes y María Ávila. En este mismo punto, se sitúa el texto de Vicente Solano, que explora el concepto de matrimonio igualitario desde una perspectiva interpretativa y moral, proporcionando argumentos detallados sobre el matrimonio igualitario. Estos elementos son desarrollados ampliamente por María Orellana, quien en su artículo centra su reflexión sobre los conceptos de igualdad y no discriminación. Por su parte, la propuesta de Salazar, Cobo, Cruz, Guevara y Mesías examinan la fuerza vinculante de las opiniones consultivas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, detallando el concepto de justicia en la Constitución del Ecuador.

El texto de Tapia y Quezada realiza un recorrido teórico-conceptual de lo que se ha entendido por familia, examinando de forma crítica en el concepto clásico de heteronormatividad. Por otro lado, Rodrigo Moreno traslada estos conceptos a la situación de las personas privadas de libertad, reflexionando sobre las prisiones transgénero en Ecuador. El artículo de Luis Ordóñez analiza una problemática relevante que se relaciona con la protección de datos, que, como señala el autor, “trata de poner de manifiesto la importancia de establecer medidas responsables y pertinentes que aseguren que el procedimiento de solicitud de adecuación de los datos, de conformidad con la identidad de género, corresponda con la protección de datos sensibles o especialmente protegidos”. Los tres textos que cierran el dossier plantean –con diferentes prismas– importantes desafíos por cuanto llevan a la reflexión sobre ampliación e incorporación de los enfoques de derechos humanos, género y diversidades en diferentes escenarios sociales y, en este caso, al análisis del concepto de familia desde el punto de vista del derecho en Ecuador.

*Romané Landaeta Sepúlveda
Carlos Reyes Valenzuela*

TEMA CENTRAL:

**LA RESIGNIFICACIÓN DE LAS FAMILIAS
DESDE LA DIVERSIDAD**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el matrimonio de las parejas del mismo sexo en Ecuador: una lectura desde un concepto material de la Constitución

The American Convention on Human Rights and the marriage of same-sex couples in Ecuador: a reading from a material concept of the Constitution

Claudia Storini

Docente Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador

claudia.storini@uasb.edu.ec

ORCID: 0000-0002-5604-8615

Marcelo Guerra Coronel

Docente Universidad Católica de Cuenca, Ecuador

marcegc25@gmail.com

ORCID: 0000-0001-8526-773X

Nathaly Yépez

Asesora de la Corte Constitucional del Ecuador

nayp24@yahoo.com

ORCID: 0000-0002-6470-3851

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.1>

Fecha de recepción: 29 de abril de 2019

Fecha de aceptación: 31 de julio de 2019

Licencia Creative Commons



RESUMEN

En este breve trabajo se busca dotar al lector de elementos jurídicos respecto al concepto material de Constitución, y, a partir de su configuración, analizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo en Ecuador. Para ello el texto se ha configurado en tres partes: en una primera se hace referencia a las opiniones consultivas y su valor jurídico en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; en una segunda se observa el valor de dichas opiniones consultivas en Ecuador a partir de la comprensión del concepto material de su Constitución; y, finalmente en una tercera parte, y a manera de conclusión, se aborda la institución del matrimonio entre parejas del mismo sexo en Ecuador y su completo reconocimiento a partir de un análisis del concepto material de la Constitución ecuatoriana de 2008. En definitiva, se intenta abordar el matrimonio igualitario en Ecuador desde una comprensión clara de los derechos humanos en su dimensión normativa.

PALABRAS CLAVE: Constitución, convención, matrimonio, favorabilidad.

ABSTRACT

In this work, we seek to provide the reader with legal elements regarding the material concept of the Constitution, and from its configuration, analyze equal marriage in Ecuador. The text has been divided into three parts; in the first part, reference is made to advisory opinions and their legal value in the Inter-American System for the Protection of Human Rights; in a second, the value of said advisory opinions in Ecuador is observed from the understanding of the material concept of its Constitution; and finally, the institution of equal marriage in Ecuador and its full recognition based on analysis of the material concept of the Ecuadorian Constitution of 2008. In short, we try to address equal marriage in Ecuador with total legal objectivity, based on academic rigor and a clear understanding of human rights in its normative dimension.

KEYWORDS: Constitution, convention, marriage, favorability.

FORO

INTRODUCCIÓN

Si bien las discusiones en torno a la familia y sus posibles formas de fundarla conllevan a discusiones escabrosas, en la vigente Constitución del año 2008 aquellas derivaron en la redacción y aprobación de los artículos 67 y 68 del texto constitucional.¹

1. Constitución de la República del Ecuador:

Ahora bien, el debate sobre la ampliación del contenido de los derechos en materia de familia en Ecuador contemplados en aquellos artículos de la Constitución retornó con fuerza a partir de la emisión de la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante opinión consultiva OC-24/17 de la Corte IDH)² y de las diferentes acciones constitucionales emprendidas por parejas de personas del mismo sexo, que buscan acceder a la figura del matrimonio como cualquier pareja heterosexual.³

Así, una de las discusiones centrales que se ha planteado y que es materia de conocimiento de la Corte Constitucional,⁴ como máximo organismo de interpretación constitucional⁵ en los casos 010-18-CN y 011-18-CN,⁶ es si las parejas del mismo sexo pueden (o no) contraer matrimonio en Ecuador. Entre otros aspectos, consideramos que el nudo central en este tema es la antinomia entre la norma del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana, que define a nivel constitucional el matrimonio como la unión entre hombre y mujer, y la norma del artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que fue interpretada por la opinión consultiva

“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.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”.

“Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo”.

2. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A n.º 24.
3. Por ejemplo, los procesos de acción de protección planteados en Quito-Pichincha n.º 174602018000921, n.º 17159201800006, n.º 17230201810289; los procesos de acción de protección planteados en Cuenca-Azuay n.º 01204201803635, n.º 01204201803637.
4. Corte Constitucional del Ecuador, causa n.º 0011-18-CN, juez ponente Ramiro Ávila; esta causa corresponde a la consulta de constitucionalidad de norma elevada a la Corte Constitucional por la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha en el proceso de acción de n.º 174602018000921. También causa n.º 0010-18-CN, juez ponente Ali Lozada; consulta de constitucionalidad de norma elevada a la Corte Constitucional por la Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Iñaquito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito en el proceso de acción de n.º 17230201811800.
5. Constitución de la República del Ecuador, artículo 436.
6. Cabe mencionar que el artículo fue entregado antes de que la Corte Constitucional se pronunciara con las sentencias 010 18-CN/19 y 011-18-CN/19, y por lo tanto, no se ha incluido el análisis de dichas sentencias, además que los criterios de los autores son diferentes respecto de las sentencias referidas.

OC-24/17 de la Corte IDH, en la que se establece que los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.⁷

En ese orden de ideas, en el presente artículo presentamos las razones por las cuales el Ecuador se encuentra ineludiblemente obligado a resolver dicha antinomia a favor de las parejas del mismo sexo.

En cierta forma, también se responde a algunas posiciones para desconocer y desmerecer el avance en el reconocimiento de derechos que ha realizado la Corte IDH en su opinión consultiva OC-24/17, así como de los mecanismos constitucionales ecuatorianos que existen para dar paso a este avance.

A “VUELTAS” CON LA OBLIGATORIEDAD DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Uno de los aspectos centrales en los que se ha enfrascado la discusión sobre el reconocimiento del matrimonio para las parejas del mismo sexo y se han dado vueltas en círculos, es si las opiniones consultivas de la Corte IDH —específicamente de la OC-24/17— son o no de obligatorio cumplimiento para Ecuador; y, en consecuencia, si deben o no ser aplicadas directamente. Estos planteamientos, a nuestro entender, no son realmente relevantes a la hora de decidir por una salida constitucional y pueden constituir falsos dilemas si no se comprende cuál es la naturaleza de las opiniones consultivas de la Corte IDH —específicamente de la OC-24/17—, y cómo operan en nuestro sistema constitucional.

NATURALEZA DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

En primer lugar, se debe ubicar a las opiniones consultivas de la Corte IDH como instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual el Ecu-

7. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 229: “Por las razones expuestas, en interpretación de los artículos 1.1, 2, 11, 17, 18 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos LA CORTE [...] ES DE OPINIÓN por unanimidad, que: 8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228”.

por forma parte por haber ratificado, tanto la Carta de la Organización de Estados Americanos⁸ como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH),⁹ en la década de 1950 y 1970, respectivamente. Es en la CADH en la que se constituyó la Corte IDH.¹⁰

Por el principio del *pacta sunt servanda*¹¹ surge entonces la responsabilidad internacional de que el Estado cumpla de buena fe con todos los compromisos internacionales asumidos en estos tratados, incluyendo la obligación de observar las competencias atribuidas a la Corte IDH, contempladas en los artículos 61 al 65 de la CADH. Es decir, el Estado ecuatoriano debe observar las resoluciones de la Corte IDH que emanen de su competencia jurisdiccional contenciosa y consultiva: la primera, en la que resuelve peticiones individuales de vulneración de derechos;¹² y, la segunda, por la cual emite las denominadas opiniones consultivas, intrínsecamente relacionadas con la facultad de la Corte de ser último intérprete autorizado de la CADH.¹³

Las opiniones consultivas de la Corte IDH son interpretaciones autorizadas¹⁴ que realiza la Corte sobre el contenido y alcance de las disposiciones de la CADH y de todo tratado internacional concerniente a derechos humanos de un Estado de las Américas.¹⁵ Esta interpretación se realiza por petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o de uno de los Estados sometidos al sistema, en virtud de su función consultiva contemplada en el art. 64.1 de la CADH.

A diferencia de la facultad contenciosa, por la cual la Corte IDH resuelve situaciones concretas de vulneración de derechos, en las opiniones consultivas la Corte realiza una actividad eminentemente jurídica,¹⁶ con base en las inquietudes puestas en su conocimiento.

8. CIDH, Carta de la OEA, fecha de ratificación 12/21/50 y fecha de depósito 12/28/50. Ver en <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/CartaOEAraat.htm>, consulta realizada el 28 de abril de 2019.

9. OEA, CADH, fecha de ratificación el 12/08/77 y fecha de depósito 12/28/77. Ver en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm, consulta realizada el 28 de abril de 2019.

10. CADH, artículos 52 y siguientes.

11. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26: “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

12. CADH, artículo 61.

13. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 16; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 19; Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 16. Jurisprudencia de casos contenciosos como la sentencia del *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016, Serie C n.º 312, párr. 242.

14. Pedro Nikken, *La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/5.-Pedro-Nikken-Fun%C3%A7%C3%A3o-consultiva.pdf>, consulta 27 de abril de 2019, 176.

15. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 47; Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 33.

16. Nikken, *La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 174-5.

Si bien con respecto a la fuerza vinculante existieron expresiones ambiguas por la propia Corte al analizar su propia competencia, que hacían dudar de la fuerza vinculante de las opiniones consultivas,¹⁷ en su más reciente jurisprudencia, en especial desde la sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* del año 2006, la Corte ha afianzado el valor y la obligatoriedad de las opiniones consultivas para los Estados al enfatizar, por un lado, que en el control de convencionalidad el poder judicial se debe tomar en cuenta todas las interpretaciones realizadas de la CADH;¹⁸ y, por otro, que estos instrumentos vinculan a todos los Estados de las Américas que hayan ratificado la CADH, como es el caso del Estado ecuatoriano, incluso de aquellos Estados que sin haber ratificado aquel tratado son parte del sistema interamericano.¹⁹

Por lo tanto, no se puede leer ni aplicar la CADH sin tomar en cuenta la interpretación que ha realizado la Corte IDH sobre el contenido de sus disposiciones en sus opiniones consultivas.

LAS OPINIONES CONSULTIVAS Y LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

Ahora cabe preguntarse cómo operan en nuestro ordenamiento jurídico las opiniones consultivas y en concreto la OC-24/14 de la Corte IDH. La respuesta parte del mismo artículo 11 núm. 3 inc. 1 de la Constitución de la República²⁰ y en el art. 426 de la misma

17. *Ibíd.*, 173-4.

18. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124.

19. IDH, Opinión Consultiva OC-21, párr. 31: “[...] Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad 23, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. 24. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada 25 a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos [...] cuentan con una fuente que, [...] contribuye [...] a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos.

20. Ecuador, Constitución de la República:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

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

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

norma²¹. En estas se contemplan los principios de aplicación directa e inmediata de los instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de cualquier servidor público, y el de favorabilidad en el caso de tratados internacionales más favorables.

En ese sentido, para dilucidar la antinomia sobre ampliar (o no) el reconocimiento del matrimonio para las parejas del mismo sexo, se debe tomar en cuenta y aplicar la CADH por disposición expresa de nuestra Constitución, ya que en sus artículos 11, 17 y 24 de la CADH se reconoce los derechos humanos a la vida privada, a la protección de familia y a la igualdad, respectivamente; y que han sido interpretados por la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte IDH.

En otras palabras, resulta irrelevante que la discusión respecto a la obligatoriedad jurídica de la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte IDH y si es o no aplicable directamente, debido a que lo que se debe aplicar directamente no es la opinión consultiva, sino la CADH, que, por disposición de la propia Corte IDH como máximo intérprete de aquella, encuentran desarrollo el contenido de sus normas en la opinión consultiva OC-24/17. El Estado ecuatoriano, en especial los jueces constitucionales, no pueden dejar de aplicar la CADH sin observar lo resuelto por la Corte IDH, cuestión que incluso ya fue tratada por la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia 184-18-SEP-CC, en la que se mencionó la naturaleza de las opiniones consultivas en Ecuador y los efectos jurídicos que esta genera.

LA CONVENCION AMERICANA A SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU VALOR JURIDICO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO

El valor jurídico de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, entendiendo entre estos a los tratados, dentro de los Estados, merece el análisis a partir de tres factores. El primero, atinente a la vinculación soberana del

21. Ecuador, Constitución de la República:

Art. 426.- “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Estado con alguno de esos instrumentos, ya directa o indirectamente²²; el segundo, el valor que los Estados dan a dichos instrumentos dentro de su ordenamiento jurídico; y, finalmente como tercer factor, aquel referente al sistema de garantías jurisdiccionales de dichos instrumentos al interior de los Estados.

La Corte IDH, organismo internacional jurisdiccional creado en la CADH como máximo intérprete de la convención, ha ido construyendo una institución de suma importancia en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el llamado *Control de Convencionalidad*. Un control no expresamente previsto por la CADH, sino resultado del desarrollo de algunos de sus preceptos por parte de la Corte IDH, que, en ejercicio de su facultad interpretativa en numerosas sentencias y opiniones consultivas, ha establecido que el mismo tiene que ser realizado de oficio,²³ por todas las autoridades estatales,²⁴ entre las que se encuentran jueces; y, además, no pueden aplicar disposiciones que sean contrarias a las contenidas en la CADH así como a la interpretación que de dichas disposiciones la Corte IDH ha venido realizando en su jurisprudencia y opiniones consultivas sobre este tratado.²⁵

La norma fundamental del Ecuador de 2008 ha reconocido a los instrumentos internacionales de derechos humanos valor y fuerza de constitución, pues esto se desprende claramente de la lectura de sus artículos 11 número 3, 426, y 428. En dichos artículos no solo se otorga a estos instrumentos internacionales el mismo valor de la Constitución sino que, además, se constitucionaliza el principio de favorabilidad, por el cual los tratados en materia de derechos humanos pueden llegar incluso a gozar de aplicación preferente respecto del texto constitucional cuando establezcan derechos más favorables,²⁶ esto es, que si los artículos de la CADH o sus interpretaciones contienen derechos más favorables a los establecidos en la Constitución, tienen prevalencia en el ordenamiento jurídico interno.

22. Se hace referencia a “vinculación soberana del Estado con algún instrumento de forma directa o indirecta”, ya que no en todos los instrumentos existe una vinculación directa, como sucede por ejemplo con los tratados, pues hay otros instrumentos, que a pesar de no ser un tratado en sentido estricto, los Estados se vinculan a estos, como por ejemplo aquellos instrumentos que desarrollan el tratado o lo interpretan, entonces en función de ello podría decirse que hay una vinculación indirecta, entonces esta división se la realiza solo con fines didácticos, ya que aquellos instrumentos que interpretan el tratado, dependiendo su naturaleza, podrían ser entendidos como parte misma del tratado, como por ejemplo las sentencias y opiniones consultivas que emite la Corte IDH respecto de la CADH.

23. Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

24. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

25. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 124.

26. Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República*, en Registro Oficial n.º 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), artículo 424, inciso segundo.

En este punto se podría afirmar entonces que en Ecuador ya ni siquiera cabría hablar de un control de convencionalidad, pues los instrumentos internacionales de derechos humanos se encuentran constitucionalizados, son Constitución, por lo que, en lugar de referir a dicho control o al bloque de constitucionalidad, de lo que cabe hablar aquí es de un concepto ampliado de Constitución, es decir, de una Constitución material. En otras palabras, todo lo concebido como parámetro de convencionalidad –esto es, la CADH, las interpretaciones de la CADH mediante sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH, y otros tratados de derechos humanos ratificados por el Ecuador e instrumentos de derechos humanos que desarrollen dichos tratados– en Ecuador son parte del concepto material de Constitución, en definitiva, son Constitución.

Entonces, cuando en Ecuador se hace referencia a la garantía de la Constitución, implícitamente también se alude a la garantía de dichos instrumentos internacionales de protección de derechos; por ejemplo, cuando se habla de la garantía *control de constitucionalidad*, se entiende incorporada a aquella la de *control de convencionalidad*, es decir, que cuando se hace un control de constitucionalidad en Ecuador, se está cumpliendo, implícitamente, con la obligación internacional de hacer un control de convencionalidad. Para el ordenamiento jurídico del Ecuador la finalidad esencial es garantizar la Constitución en sentido material, y una de las vías para tal fin es hacer un control de constitucionalidad que, a su vez, implica también la realización de un control de convencionalidad y el cumplimiento de la obligación internacional de realizarlo.

Una vez aclarado el valor que el ordenamiento jurídico les da a estos instrumentos como parte integral de la Constitución en sentido material, se podría, por ejemplo, plantear acciones de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, de ciertas disposiciones infra-constitucionales, por contravenir uno o varios artículos de la CADH y sus interpretaciones, y otros tratados de derechos humanos ratificados por el Ecuador, así como los instrumentos de derechos humanos que desarrollen dichos tratados e inclusive se podrían plantear garantías jurisdiccionales por las acciones u omisiones del Estado o de particulares, que vulneren los derechos contenidos en dichos instrumentos.

De lo antes dicho se podría decir, entonces, que en Ecuador la CADH, las interpretaciones de la CADH establecidas en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH, y otros tratados de derechos humanos ratificados por el Ecuador, poseen garantías normativas y garantías institucionales, o abstractas, que están dirigidas a los poderes públicos, y, además, en caso de vulneración a derechos contenidos en estos instrumentos, se asegura su eventual reparación integral mediante las garantías juris-

dicionales o reactivas dirigidas a los ciudadanos,²⁷ lo cual significa que en Ecuador se encuentra asegurada normativa y jurisdiccionalmente la aplicación directa CADH y sus interpretaciones. En definitiva, todo el sistema de garantías constitucionales creados en la Constitución de 2008 y los que ha desarrollado la Corte Constitucional en su jurisprudencia son también garantías de estos instrumentos de protección de derechos humanos.

Ahora bien, en Ecuador, podríamos decir que existe un control mixto de constitucionalidad, pero no bien configurado, desde la propia Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pues, por un lado, existe una facultad difusa²⁸ para hacer control constitucional por parte de todos los jueces, y, por otro, un control concentrado por parte de la Corte Constitucional, sin que de la lectura de dichos textos se desprenda un mecanismo para armonizar aquello. Dicha ambigüedad en el sistema de control ha sido contraria a la tradición ecuatoriana y de la mayoría de los países latinoamericanos que establecen controles mixtos de constitucionalidad. De hecho, la misma Constitución ecuatoriana de 1998, siguiendo esa tradición, poseía un sistema de control constitucional mixto, que además de prever un control directo de constitucionalidad, posibilitaba a cualquier juez, y dentro de cualquier proceso, resolver la causa, in-aplicando la disposición que consideraba contraria a la Constitución con efecto *inter partes*, pero remitiendo un informe sobre dicha actuación al Tribunal Constitucional –denominación que tenía el órgano constitucional en aquel entonces– para que este pudiera resolver, en su caso, sobre la constitucionalidad de la disposición y con efectos *erga omnes*.²⁹

Pese a que de la lectura de la Constitución ecuatoriana de 2008 se descifraba la existencia de un control difuso de constitucionalidad, en el marco de un control mixto, la Corte Constitucional del Ecuador ha emitido sentencias que han eliminado la posibilidad de dicho control, legitimando únicamente la existencia de un control concentrado de constitucionalidad. Específicamente en las sentencias 055-10-SEP-CC,³⁰

27. Claudia Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La nueva Constitución del Ecuador*, ed. por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009), 289.

28. En este caso se hace referencia a un control difuso de constitucionalidad, entendido como elemento necesario dentro de un control mixto de constitucionalidad, esto es, que todos los jueces puedan hacer ese control inaplicando disposiciones contrarias a la Constitución con un efecto interpartes, mas no se refiere a un modelo puro de control difuso de constitucionalidad como es el originado en Inglaterra con el caso *Bonham* y en Estados Unidos con el caso *Marbury vs. Madison* en donde no existen Cortes Constitucionales.

29. Ecuador, Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, art. 274.

30. Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia n.º 55-10-SEP-CC*.

001-13-SCN-CC,³¹ y 030-13-SCN-CC,³² ha prohibido a los jueces in-aplicar disposiciones infraconstitucionales que se consideren contrarias a la Constitución, dejando tan solo la posibilidad de realizar una consulta de constitucionalidad ante la misma Corte.

Sin embargo, la decisión de la Corte Constitucional de concentrar el control de constitucionalidad podría generar problemas con el control de convencionalidad y esto en función del concepto material antes referido, pues estarían prohibiendo un control de convencionalidad con características difusas que, como se mencionó antes, es una obligación internacional por parte de todas las autoridades del Estado. En este sentido habría que establecer si, y en qué medida, la consulta de norma, esto es, la cuestión incidental de constitucionalidad, podría suplir el control de convencionalidad con carácter difuso y sustituirlo por un control de convencionalidad concentrado (obviamente, por razones de espacio, estas cuestiones no pueden ser desarrolladas en este trabajo).

Volviendo al problema central de este escrito, queda claro que la CADH y las interpretaciones que realiza la Corte IDH mediante sus sentencias y opiniones consultivas de este tratado son parte del concepto mismo de Constitución en Ecuador, puesto que el constituyente así lo ha establecido, y por ende su eficacia normativa debería estar garantizada, pero que, por un trasplante acríptico del sistema de control, sumado a la interpretación que del mismo ha realizado la Corte Constitucional, dicha eficacia se ha desvanecido, razón por la que se espera que el máximo interprete de la Constitución pueda corregir dichos problemas, y, con ello, garantizar la plena eficacia normativa de la Constitución material en Ecuador.

EL ARTÍCULO 17 CADH A LA LUZ DE LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17

El derecho a la protección a la familia se encuentra reconocido como derecho humano tanto a nivel nacional como internacional. En el caso interamericano, este derecho se consagró en el artículo 17 de la CADH.³³ La primera inquietud que salta a la vista es qué se entiende por familia en la CADH.

31. Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia n.º 001-13-SCN-CC*.

32. Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia n.º 030-13-SCN-CC*.

33. Artículo 17 de la CADH.

Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Al respecto, la Corte IDH en su reiterada jurisprudencia, desde el año 2002³⁴, ha sido enfática en señalar que bajo este derecho no se protege un modelo único de familia,³⁵ conocida como la familia “tradicional”³⁶ –entendida como aquella fundada en el matrimonio por una pareja con sus hijos³⁷–, sino que abarca un concepto amplio de familia. En la opinión consultiva OC-24/17 la Corte insiste en la interpretación amplia sobre los artículos 11 y 17 de la CADH³⁸ y clarifica que no existe una definición taxativa de familia.³⁹

Además, la Corte reconoce la familia como una institución que cambia y evoluciona con el avanzar del tiempo y las sociedades y que “en ocasiones, la evolución de estas nociones ha ocurrido mucho antes que la legislación de un Estado se adapte a las mismas”.⁴⁰ En ese sentido, el inciso primero del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana coincide con esta visión amplia de familia, ya que reconoce la existencia de la familia en sus diversos tipos y que estas se pueden constituir por vínculos jurídicos o de hecho y que se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades.⁴¹

Así, la Corte IDH, aplicando el método de interpretación evolutiva, arriba, entre otras, a las siguientes conclusiones que son indispensables para comprender la posibilidad de matrimonio para parejas del mismo sexo:

-
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.
34. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17.
 35. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 69 y 70.
 36. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 142; *Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 98.
 37. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 178.
 38. CADH, Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Artículo 17. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
 39. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, párr. 174.
 40. *Ibid.*, párr. 177.
 41. Constitución, artículo 67, inciso primero.

- a) no se encuentran motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas;
- b) es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención;
- c) sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual;
- d) este reconocimiento no implica desmerecer otros vínculos familiares;
- e) este reconocimiento no implica apartarse de la intención inicial de los Estados que pactaron la Convención; por el contrario, dice la Corte que “reconocer este vínculo familiar el Tribunal se apega a dicha intención original” ya que “la Convención le confiere a los Estados y a la Corte la tarea de descubrir y proteger dichos alcances conforme al cambio de los tiempos”;
- f) la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones patrimoniales y se extiende a los derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.⁴²

Por todas estas premisas, la Corte concluye que la CADH protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo sin discriminación alguna con respecto a las parejas de personas heterosexuales.

Con respecto al matrimonio, cuya formulación del inciso segundo del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana coincide el artículo 17 número 2 de la CADH, pues ambas definen que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, la Corte desarrolla y amplía su contenido.

Para empezar, la Corte señala que, “si bien es cierto que este de manera literal reconoce el ‘derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia’, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia”.⁴³

Además, la Corte señala categóricamente que establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma de fundar una familia “–sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad”,⁴⁴ ya que “no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable”.⁴⁵ Por esta razón, la Corte insiste en que argumentos como la procreación,

42. *Ibíd.*, párr. 188-99.

43. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 189.

44. *Ibíd.*, párr. 220.

45. *Ibíd.*

el supuesto significado inamovible de la palabra matrimonio, las convicciones religiosas o filosóficas, no son parámetros válidos de convencionalidad.⁴⁶

A pesar de que se reconoce que pueden existir obstáculos en la adecuación normativa para reconocer inmediatamente el derecho de matrimonio a las parejas del mismo sexo, la Corte también deja claro que esta situación no puede ser vista como una autorización para denegar este derecho, “siempre se trata de una situación transitoria”.⁴⁷ Por lo tanto, la Corte concluye que: los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.⁴⁸

ARTÍCULO 67 DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR VS. ARTÍCULO 17.2 CADH

RAZONES POR LAS QUE NO SE REQUIERE REFORMAR LA CONSTITUCIÓN PARA RECONOCER EL MATRIMONIO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN ECUADOR

Si, como se ha demostrado con anterioridad, el artículo 17.2, así como es interpretado por la OC-24/17, es directamente aplicable y tiene valor y fuerza de constitución, se configuraría en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una antinomia interna o en abstracto entre el contenido del citado artículo y el del artículo 67 CE.

La antinomia “es aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento”.⁴⁹

Es un choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo y con relación a un mismo sistema normativo, colisión de dos normas que no pueden ser aplicadas a un mismo tiempo. Más precisamente, una antinomia es interna o en abstracto cuando los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente. Por ejemplo, una norma que prohíbe el matrimonio entre parejas del mismo sexo y otra que permite dicho matrimonio se hallan en una posición de conflicto abstracto, pues la especie matrimonio entre pareja del

46. *Ibid.*, párr. 221-3.

47. *Ibid.*, párr. 226-7.

48. *Ibid.*, párr. 228.

49. Norberto Bobbio, *Teoría generale del diritto* (Torino: Giappichelli Editore, 2009), 178.

mismo sexo forma parte del género matrimonio; en consecuencia, una de las normas es material o formalmente inválida.⁵⁰ En este sentido, puede constarse la antinomia en abstracto y adelantar su solución sin necesidad de hallarnos en presencia de un caso concreto.

La antinomia es por tanto aquella situación de incompatibilidad, por la cual dos disposiciones normativas se excluyen mutuamente al reclamar cada una de manera exclusiva el mismo ámbito objeto de regulación; será por tanto imposible aplicar a la vez ambas normas, dada la incompatibilidad existente entre las consecuencias jurídicas de las mismas y, sobre todo, por la incoherencia entre los operadores deónticos empleados en ellas.⁵¹

La configuración de una antinomia se completa, según Bobbio, con dos condiciones: la primera es la pertenencia de las normas al mismo ordenamiento jurídico, o bien a dos ordenamientos no independientes; y la segunda es la identidad en el ámbito de validez de las normas, esto es, material, personal, temporal y espacial.⁵²

En el caso en cuestión, como ya se explicó, el artículo 17.2 de la Convención goza de la misma jerarquía que el 67 de la Constitución.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos se encuentran en un mismo nivel jerárquico; quedan por tanto ipso facto incorporados al ordenamiento jurídico a nivel constitucional. Sin embargo, desde el punto de vista material, el inciso segundo del artículo 424 de la Constitución establece que: “los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Ello significa que la Constitución puede ceder ante un tratado internacional que en el caso concreto otorgue mayor protección a los derechos de la persona. En este sentido, desde su posición privilegiada, los derechos humanos garantizados a nivel internacional determinan la validez de los actos del Constituyente y de las demás fuentes formales de producción normativa. Esto implica que aun reconociendo que la Constitución sigue siendo la norma suprema del ordenamiento jurídico, esta afirmación solo tendrá valor en un sentido estrictamente formal o estructural. Esta afirmación puede explicarse utilizando los conceptos y la diferencia existente entre validez formal y material.

50. José Manuel Cabra Apalategui, “¿Antinomias constitucionales? Una concepción coherentista de las normas de derecho fundamental”, en Abril Uscanga Barradas y Jesús Aquilino Fernández Suárez, *Derechos y obligaciones en el Estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España*, 257-71. Oviedo: Universidad de Oviedo-UNAM, 1978, 259.

51. Victoria Iturralde Sesma, “Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas”, *Anuario de filosofía de derecho*, n.º 4 (1987): 332.

52. Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (Torino: Giappichelli Editore, 1960), 88-90.

La validez formal de una disposición depende del cumplimiento de las condiciones formales o procedimentales de su producción, mientras que la validez material se determina exclusivamente en razón de su contenido.⁵³

En este caso el artículo 67 de la Constitución del Ecuador podrá ser válido formalmente, aunque no materialmente, ya que su contenido es más restrictivo de los derechos garantizados en el artículo 17.2 de la Convención y, por tanto, axiológicamente contrapuesto a este último.

En este sentido, la validez material debe entenderse como una propiedad que depende del contenido de la norma y este contenido para ser válido deberá ser coherente con los derechos garantizados en el artículo 17.2 de la Convención. La supremacía de la Constitución en relación con su validez material está condicionada al cumplimiento de dos requisitos. El primero es que los actos del constituyente se encuentran siempre controlados por los derechos humanos que, al igual que la Constitución, son axiológicamente supremos. Y, el segundo, se refiere a que una norma constitucional puede ceder en su aplicación frente a una norma internacional sobre derechos humanos si esta ofrece una mayor protección del derecho en cuestión, según el principio establecido por la misma Constitución en el artículo 424.

Lo anterior significa que, en caso de un conflicto entre dos normas (una constitucional y otra internacional) sobre derechos humanos, cuál debe prevalecer en definitiva es un asunto que dependerá de la ponderación de las razones subyacentes a la luz principio de favorabilidad.

53. Guastini distingue entre validez formal y material: la validez formal de una disposición depende de la validez del acto normativo del cual ha sido producida; mientras que la validez material de una disposición depende de la validez de las normas que de la misma pueden obtenerse mediante interpretación. Se dice que una disposición es válida, desde el punto de vista formal, cuando ha sido producida mediante un acto normativo formalmente válido. En otros términos, las condiciones de validez formal de una disposición se resuelven en las condiciones de validez del acto normativo por medio del cual dicha disposición ha sido producida (conformidad a las metanormas sobre la producción jurídica, concretamente las de competencia y de procedimiento, no de la disposición misma, sino del acto normativo). Una disposición normativa es válida desde el punto de vista material cuando las normas (explícitas) que de la misma pueden obtenerse son materialmente válidas. La relación entre los criterios de validez formal y material es la siguiente. La validez formal es una condición ni suficiente ni necesaria de la validez material. De un lado, la validez formal no es condición suficiente de la validez de una norma. En otros términos, una norma explícita puede ser válida desde el punto de vista formal e inválida desde el punto de vista material. Entre los dos criterios de validez se da la siguiente relación: en caso de conflicto entre ellos el criterio material prevalece sobre el formal. En otros términos: si una norma (explícita) es válida desde el punto de vista formal, pero, al mismo tiempo, inválida desde el punto de vista material, es considerada *tout court* inválida. La validez formal es una validez “débil” mientras la validez material es “fuerte”. Riccardo Guastini, “Concetti e criteri di validità”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 4 (1989): 877.

En este sentido no cabe duda de que el artículo 67 de la Constitución resultaría materialmente inválido y en su lugar debería darse directa aplicación al artículo 17.2 de la CADH.

Las conclusiones indicadas implican que en este caso no sería necesaria una interpretación extensiva o aditiva del artículo 67, provocando una indeseable mutación constitucional para reconocer en Ecuador el matrimonio igualitario ya que, en función de la aplicación directa del artículo 17.2 de la CADH, el artículo 18 del Código Civil y el 52 de Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles que establecen que el matrimonio es la unión entre personas de diferente sexo, serían manifiestamente inconstitucionales.

En función del principio de conservación del derecho, y con el objetivo de no generar anomías jurídicas, no debería declararse su inconstitucionalidad ya que bastaría que la Corte Constitucional, bajo el principio de complementariedad, realice una modulación aditiva de dichas disposiciones, esto es, adicionando o incluyendo en el texto de las disposiciones el grupo que ha sido excluido de manera discriminatoria, esto es, las parejas del mismo sexo.

La aplicación directa del artículo 17.2, así como interpretado por la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte IDH y la obligación de los Estados de adaptar su ordenamiento a lo establecido en la CADH, así como la imposibilidad de someter este asunto a consulta popular, aconsejaría a que la Corte Constitucional exhortara a la Asamblea Nacional a tomar la iniciativa de una enmienda constitucional del artículo 67.

Dicha reforma, además de eliminar un artículo materialmente inconstitucional, podría tener un fuerte contenido simbólico y por ello ser considerada como parte de una reparación integral tanto para las parejas que aún hoy siguen luchando por sus derechos como para un colectivo históricamente discriminado como el de las personas LGTBIQ.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón, Pablo. *Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / CEP, 2018.
- Bobbio, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli Editore, 1960.
- . *Teoría generale del diritto*. Torino: Giappichelli Editore, 2009.
- Cabra Apalategui, José Manuel. “¿Antinomias constitucionales? Una concepción coherentista de las normas de derecho fundamental”. En Abril Uscanga Barradas y Jesús Aquilino Fernández Suárez, *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España*, 257-71. Oviedo: Universidad de Oviedo-UNAM, 1978.

- Guastini, Riccardo. “Concetti e criteri di validità”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 4 (1989).
- Guerra, Marcelo. “El control de convencionalidad. Una mirada a partir de los estándares de la Corte IDH y sus problemas de aplicación en Ecuador”. *CÁLAMO, Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 5. Quito: Universidad de las Américas, 2016.
- Iturralde Sesma, Victoria. “Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas”. *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 4 (1987): 331-54.
- Nikken, Pedro. “La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/5.-pedro-nikken-fun%c3%a7%c3%a3o-consultiva.pdf>>. Consulta 27 de abril de 2019.
- Storini, Claudia. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”. En *La Nueva Constitución del Ecuador*, editado por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009.

NORMAS

- Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978.

JURISPRUDENCIA

- Ecuador, Corte Constitucional. *Sentencia n.º 55-10-SEP-CC*.
- . *Sentencia n.º 001-13-SCN-CC*.
- . *Sentencia n.º 030-13-SCN-CC*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- . *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.
- . *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- . *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016.
- . *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

- . *Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012.
- . *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999.
- . *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.
- . *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.
- . *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.

Discriminación e igualdad: el matrimonio igualitario en la Opinión Consultiva OC-24/17 Corte IDH en Ecuador

Discrimination and equality: Equal marriage in Advisory Opinion OC-24/17 of the Inter-American Court in Ecuador

Pedro Páez Bimos

Docente Universidad Metropolitana del Ecuador

ppaez@corp-defense.com

ORCID: 0000-0003-4951-307X

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.2>

Fecha de recepción: 4 de febrero de 2019

Fecha de aceptación: 22 de agosto de 2019

Licencia Creative Commons



RESUMEN

La Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de gran importancia para la región pues trata temáticas paradigmáticas como la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Este es el punto central de reflexión en el presente ensayo, en el que se estudiará el principio de igualdad y no discriminación a las personas sexo-genéricas diversas y el marco del matrimonio igualitario, tomando en cuenta el contexto discriminatorio reciente que se ha venido dando al ser una minoría poco o nada protegida por el Estado ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Sistema interamericano de Derechos Humanos; matrimonio igualitario.

ABSTRACT

Advisory Opinion OC-24/17 of the Inter-American Court of Human Rights is of great importance to the region on paradigmatic issues such as gender identity, equality and non-discrimination for same-sex couples. This is the central point of reflection in the present essay, in which the principle of equality and non-discrimination to diverse sex-generic persons and the framework of equal marriage as a human right will be studied. Taking account, the discrimination of recent history that has been given to a minority little or nothing protected by the State.

KEYWORDS: Human Rights; Inter-American Court of Human Rights; Inter-American Human Rights System; equal marriage.

FORO

INTRODUCCIÓN

La importancia de la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es relevante para la protección, garantía y reconocimiento de las minorías sexo-genéricas diversas que han sido históricamente discriminadas por el Estado, por particulares y, en general, por los diversos sistemas de gobierno. En este caso establece una interpretación amplia y de obligatorio cumplimiento para todos los Estados parte del Sistema Interamericano, que busca reconocer puntos fundamentales de la sociedad y reconstruir el aspecto jurídico de la identidad de género, igualdad y la no discriminación a parejas del mismo sexo, con la finalidad de romper con los viejos atavismos de fuente conservadora, y dar paso a la evolución jurídico-normativa de la sociedad actual.

Es motivo del presente trabajo revisar dos puntos clave, entre los muchos abordados por la Corte IDH, que tratan el principio de igualdad y no discriminación, así como la postura que tiene la Corte sobre el matrimonio igualitario y los diferentes escenarios que se han venido dando en el panorama nacional. No obstante, son evidentes las diferentes dificultades en la aplicación en el derecho interno de los diferentes Estados parte, lo cual es motivo de crítica y reflexión de los funcionarios del sector público y los particulares, dificultando el cumplimiento con las disposiciones establecidas en la presente opinión consultiva de la Corte IDH y la aplicación directa de la normativa constitucional que tiene el Estado ecuatoriano en conjunto con la reciente sentencia n.º 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN RESPECTO A LAS PERSONAS SEXO-GENÉRICAS DIVERSAS EN EL CASO ECUATORIANO

Para dar contexto a la presente discusión es imprescindible mencionar que, dentro del aspecto internacional de los Derechos Humanos, existe un número importante de instrumentos que buscan proteger los derechos de las personas o grupos de personas más vulnerables dentro del contexto internacional para el acceso igualitario y a la no discriminación de sus derechos. Y, aunque no es tarea fácil, existe un cierto consenso en algunos organismos como Naciones Unidas y sus convenciones; tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 7 establece como derecho a la igual protección y no discriminación de los derechos que reconoce, incluyendo en su artículo 23 la no discriminación respecto a la igualdad al trabajo y remuneración a todas las personas. Otro caso es lo que establece la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por el Ecuador en 1981 (CEDAW). Ya dentro de un grupo más específico de personas, establece en su artículo 1 una relación de lo que se entiende por discriminación contra la mujer como:

distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independiente mente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera, por lo que nos da ciertas pautas para identificar que la discriminación se da por la distinción, exclusión o restricción, cuestión que ya se abordó

con anterioridad por Naciones Unidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965.¹

A pesar de la ausencia de una convención determinada en el caso de la discriminación de las personas sexo-genéricas diversas, ya se ha planteado en los denominados “Principios de Yogyakarta” o “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género”,² una continuación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dentro de la línea progresiva que tienen. En este documento creado y ratificado por expertos reconocidos se establecen algunos principios relevantes para el disfrute de los Derechos Humanos, el reconocimiento de la personalidad jurídica a la vida, privacidad, seguridad, entre otros, pero, sobre todo, su segundo principio que reconoce la igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Estos principios son relevantes y generan un ámbito de protección especial a grupos que han sido vulnerados de manera reiterada a lo largo de la historia, tanto por particulares como por la institucionalidad pública.

En el ámbito ecuatoriano, el país ha tenido una posición conservadora respecto a la homosexualidad y las personas sexo-genéricas diversas, criminalizándolas por su elección personal. En el ámbito histórico-penal ha estado presente la tipificación de esta conducta desde el Código Penal de 1937, que sancionaba en su artículo 401 la sodomía (penetración anal), pasando al Código Penal de 1938 como homosexualismo, ya no como sodomía, hasta el penúltimo código que estableció este tipo penal en su artículo 516.³ Las movilizaciones y los reclamos por parte de los grupos de personas sexo-genéricas diversas por la persecución de los agentes de policía eran reiteradas, siendo un detonante de dichas manifestaciones la detención masiva en 1997 de más de cien personas “homosexuales”. Fue en ese momento cuando las marchas y la presión por parte de los primeros colectivos LGBTI iniciaron su lucha por el reconocimiento de que la homosexualidad no era ni delito ni enfermedad; la penalización de la homosexualidad es contraria a los derechos constitucionales; y los derechos sexuales son derechos humanos.⁴

1. En esta Convención ya el artículo 1 y 2 adoptaban los conceptos de discriminación racial y los mecanismos a implementar por los Estados parte.

2. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Principios de Yogyakarta”, *Panel Internacional de Especialistas en Legislación Interna de Derechos Humanos y Orientación Sexual e Identidad de Género*, 26 de marzo de 2007, <http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf>.

3. Javier Aguiar Román, “Historia legal de la homosexualidad en el Ecuador”, *Revista Novedades Jurídicas*, n.º 146 (2018): 53.

4. *Ibíd.*, 54-5.

La prensa recoge que agrupaciones como la Fundación de Acción y Ayuda para la Prevención del Sida (FEDAEPS) presentaron varias quejas en 1994 ante la Organización de Estados Americanos en la que se denunciaba la vulneración de los derechos humanos de los grupos LGBTI.⁵ Existen varias historias sobre el maltrato, abuso y denigración que recibían varias personas por tener una preferencia contraria al paradigma moral religioso, las cuales eran repetidas en todo el Ecuador antes de las posteriores reformas en el ámbito punitivo.⁶

Sin embargo, la persistencia de estos grupos los llevó a la interposición de acciones constitucionales para exigir el reconocimiento a su igualdad y no discriminación. No fue hasta 1997 que el Tribunal Constitucional, mediante Resolución n.º 106, publicada en el Registro Oficial Suplemento 203 de 27 de noviembre de 1997, declaró inconstitucional la primera parte del artículo 516, permitiendo que la criminalización de la homosexualidad sea de una vez por todas eliminada del aparato punitivo estatal.

En la Constitución del año 1998 se reconoció en su artículo 23.3 la igualdad ante la ley a todas las personas sin distinción de su orientación sexual, siendo un hito histórico para los grupos LGBTI.⁷ Esta cuestión que fue confirmada en la actual Constitución del año 2008 en su artículo 11.2, además de añadir la obligación al Estado de adoptar acciones afirmativas para promover una realidad más igualitaria de carácter real.⁸

En el año 2019, con una renovada Corte Constitucional, se recogió, mediante sentencia n.º 11-18-CN/19 sobre el matrimonio igualitario, en la que figuró como juez ponente Ramiro Ávila Santamaría, con especial énfasis lo dispuesto en la opinión consultiva OC-24/17 y sustentando que no existe contradicción en el texto constitucional en torno al matrimonio entre hombre y mujer, y personas del mismo sexo, sino

5. El Telégrafo, “Homosexualidad era castigada con 8 años de prisión en década del 90”, *El Telégrafo*, 2 de diciembre de 2016.

6. Un ejemplo de estas situaciones fue lo vivido por Gina, quien, por su preferencia sexual y su modo de vestir, fue insultada, abusada y agredida por varios años. “Cuando ser gay era un delito”, *El Diario*, 5 de diciembre de 2017.

7. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 23. En el citado artículo se establece que “Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: [...] 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole [...]”.

8. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11. En el citado artículo se establece que “Art.11.2 [...] El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad [...]”.

una complementariedad; por tanto permitiendo el ejercicio del derecho al matrimonio igualitario, lo cual revisaremos con mayor amplitud más adelante.

Para la fundamentación de la sentencia se observaron los diferentes *amicus curiae* que tuvieron la oportunidad de expresarse, aportando con la pluralidad necesaria de un proceso con dichas características. Fue relevante el *amicus* presentado por De justicia que la Corte lo tomó con mucha importancia al establecer la necesaria separación que debe existir entre procreación y matrimonio desde la perspectiva jurídica de la autonomía de la voluntad;⁹ o el aporte del Consejo Nacional para la Igualdad de Género que fundamentó la idea de que la orientación sexual de las personas le da sentido a su propia existencia individual, siendo obligación del Estado garantizar su respeto y protección.¹⁰

Antes, durante y después de la decisión tomada por la Corte Constitucional ecuatoriana, se generó un ambiente de tensión social que se caracterizó por la manifestación pública de diferentes sectores, en especial de los sectores más conservadores y católicos de la sociedad,¹¹ cuestión esperada tratándose de un fallo que busca de manera cierta un progreso en materia de derechos humanos para la realidad ecuatoriana.

Una vez contextualizada la discusión, es pertinente revisar cuáles fueron los principales argumentos que se encuentran en la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DESARROLLO PROGRESIVO: IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN BAJO EL ENFOQUE DE LAS PERSONAS SEXO-GENÉRICAS DIVERSAS

La dialéctica jurídica en los países con tradición occidental ha cambiado a lo largo de la historia. Los preceptos jurídicos, instituciones y normativa que se han creído sólidos e incuestionables con el tiempo cambiaron y se han podido desarrollar, en algunas circunstancias, a favor de los sectores más vulnerables de la sociedad, y, en otras ocasiones, a favor de los sectores tradicionalmente opresores del poder político-económico. Por ejemplificar en otros ámbitos, existe también un desarrollo progresivo con otros tipos de derechos, tal es el caso del establecimiento de los Derechos Humanos, su internacionalización y el desarrollo progresivo de los derechos económicos,

9. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º 11-18-CN*, 12 de junio de 2019, 22.

10. *Ibíd.*, 38.

11. Andrés Donoso Loor, “Convocan nuevas marchas contra el matrimonio civil igualitario en Ecuador”, *El Universo*, 19 de junio de 2019.

sociales, culturales y colectivos,¹² cuestión que demuestra que los Derechos Humanos paulatinamente tienen otros rumbos de protección.

Y, bajo esta misma lógica de expansión en la protección de derechos, no solo los DESC han tenido cobertura, sino también otros derechos como la igualdad y no discriminación de las personas sexo-genérica diversas que corresponden a los derechos civiles. Si revisamos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹³ encontramos artículos como el 16 y 23, que establecen que aquellos son derechos inherentes a la persona humana, y que deben ser reconocidos por los diferentes Estados parte, siendo signatario en este caso el Ecuador. Es así como el matrimonio civil debe ser comprendido en su contexto histórico y dialéctico; es bien conocido que sus inicios se dieron por parte del matrimonio canónico; sin embargo, con el avanzar del tiempo existió una separación entre el Estado y la iglesia –a efectos administrativos, políticos, jurídicos, entre otros–, permitiendo que la noción de matrimonio civil exista y se perciba como una institución democrática regida por el Derecho, la libertad y la igualdad de los contrayentes.¹⁴ Es innegable que el ejercicio del poder público ha tenido una directa vinculación con el predominio de la orientación heterosexual, apoyada por concepciones religiosas y de los gobernantes del momento, en un claro rechazo y conflicto contra la diversidad sexual.¹⁵ Por tanto, es importante establecer que este derecho civil no pueda ser negado bajo una fundamentación que, en apariencia, busque regresar a construcciones valorativas de la retórica canónica.

Una expresión de este poder es la creación de normativa que limita el desenvolvimiento de la libre autonomía de elegir con quien compartir sentimientos y el desarrollo de la vida. Sin embargo, con el pasar del tiempo, y tras muchas luchas ejercidas por las personas sexo-genéricas diversas, se han podido establecer claras construcciones jurídicas a nivel nacional e internacional, así como precedentes importantes en la búsqueda que les permita tener una situación de igualdad real y no aparente,¹⁶ tal como revisamos algunos hechos con anterioridad.

12. Pedro Nikken, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, vol. 5 (2010): 66.

13. ONU Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 19 de diciembre de 1976.

14. Abraham Barrero, “El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?”, *Revista de Estudios Políticos*. Nueva Época, n.º 163 (2014): 42-3.

15. Josefina Alventosa del Río, *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español* (Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008), 35-6.

16. Como se indicó en el caso ecuatoriano, con la despenalización de la homosexualidad que estableció el Código Penal anterior el 25 de noviembre de 1997 o el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo en el año 2014.

La opinión consultiva 24/17 en su título VI establece ciertas líneas importantes sobre la igualdad y no discriminación a las personas LGBTI, las cuales revisaremos a continuación. Aunque no existe un concepto definido en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, existen ciertos convenios posteriores que dan una noción de discriminación para circunstancias especiales, como en el ámbito de adultos mayores o las mujeres.¹⁷

La Constitución de la República del Ecuador ha establecido como piedras angulares de su bloque de constitucionalidad el derecho a la igualdad y no discriminación. De manera textual el artículo 11 ha definido que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades; la discriminación de los mismos no deberá darse por cuestiones de sexo, identidad de género o cultural, entre otros. Es responsabilidad del Estado el establecimiento de acciones afirmativas que busquen el cumplimiento de los mismos. Ahora bien, ¿qué se entiende por acciones afirmativas? En este caso, las acciones afirmativas corresponden a las acciones de carácter temporal, encaminadas a eliminar la brecha de desigualdad y oportunidades ante la ley de unos con otros,¹⁸ que se puede dar por la creación de políticas públicas inclusivas, reformas legales, sentencias jurisprudenciales, entre otras formas de actuación de la institucionalidad estatal, que promuevan el reconocimiento de los derechos exigidos.

La igualdad es un concepto susceptible de una hermenéutica amplia, no obstante, tiene un aspecto objetivo que no puede ser obviado. En este caso, la igualdad en el sentido material tiene relación con obtener algo real que sea perceptible por los seres humanos como derechos, y el ejercicio de esos derechos como poder ejercer el voto, adquirir obligaciones o contraer matrimonio,¹⁹ equiparando esta línea horizontal de derechos y obligaciones de manera uniforme o igual entre los iguales y preservando la desigualdad en lo estrictamente desigual.²⁰ Sin embargo, el sentido claro es que la búsqueda de la igualdad tiene un mandato constitucional que dispone al Estado el reconocimiento de una igualdad real o material, que debe ser protegida y reconocida para las personas que se encuentran en una situación de desigualdad, que, en este caso

17. Un ejemplo de estas distinciones son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 o la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, entre otros más.

18. Wilson Castañeda, “Acción colectiva LGBT: Por el reconocimiento de la diversidad sexual y las identidades de género en el Caribe Colombiano”, *Cuadernos de literatura del Caribe e Hispanoamérica*, n.º 11 (2010): 238-9.

19. Daniel Muñoz Cabrera, “Igualdad jurídica o igualdad material: ¿Qué va antes el huevo o la gallina?”, *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, vol. 11 (2010): 406-10.

20. *Ibid.*, 415. Sobre este punto es relevante establecer que lo estrictamente desigual tiene que ver con las características autónomas que, bajo un estudio reflexivo, diferencian dos sujetos en un contexto determinado.

concreto, son los seres humanos que forman parte de las poblaciones sexo-genéricas diversas.

La opinión consultiva reconoce que la igualdad respecto a los conceptos de orientación sexual y la identidad de género están protegidos y merecen el respeto como obligación legal, según los artículos 1.1 y 29 de la Convención Americana, los criterios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. En consecuencia, ninguna práctica o decisión de derecho interno, sea esta ejecutada por autoridades estatales o particulares, puede disminuir o restringir de modo alguno los derechos de una persona basándose en cuestiones de orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.²¹ Es claro el mandato de la Corte IDH respecto a que en ningún caso el Estado tendrá, dentro de su ordenamiento jurídico interno, normativa tendiente a discriminar por cuestiones de orientación sexual o identidad de género, puesto que estos derechos son inherentes.

La igualdad, para que sea ejecutada, necesita enfrentar la exclusión existente mediante acciones afirmativas que permitan la inclusión, en este caso concreto, de los grupos sexo-genéricos diversos que sufren una discriminación histórica rodeada de rechazo y en algunas ocasiones de violencia. Es necesario que el Estado contrarreste esta realidad con un discurso común de igualdad en el que se superen atavismos retrógrados, se admita la tolerancia y respeto, tomando en cuenta que las transformaciones jurídicas deben incentivar las transformaciones sociales,²² y que es el deber del Estado regular y garantizar el derecho de todos sus ciudadanos sin importar las diversidades individuales que puedan tener sus habitantes.

Es fundamental el derecho a la igualdad en sus diferentes materias, sobre todo la igualdad en materia de sexualidad y sus diversidades, que, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, no se encuentra sujeta a realización progresiva como sucede con los derechos económicos, sociales o culturales, sino que son derechos civiles de aplicación directa y de cumplimiento expedito por la institucionalidad estatal, sin limitación, ni traba alguna.²³ El principio de no discriminación no solo aplica en el ámbito del reconocimiento de los derechos civiles, sino también respecto al matrimonio igualitario, y poder expresar de manera pública y reconocida por el Estado la decisión de dos personas –independientemente de su orientación sexual– de desarrollar su vida

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva OC-24/17* (24 de noviembre de 2017), 41.

22. Julia Flores Dávila, “La diversidad sexual y los retos de la igualdad y la inclusión”, *Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación*, n.º 5 (2007): 55-7.

23. Alda Facio, “El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres”, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, accedido 10 de febrero de 2019, 70-1, <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22083.pdf>>.

y formar una familia, incluida en las diferentes esferas sociales como en el ámbito laboral, de esparcimiento, comercial, entre otros más.

La Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles,²⁴ muy cuestionada en sus diferentes artículos limitantes de derechos, establece en sus considerandos la normativa constitucional que reconoce la obligación del Estado de adoptar las medidas de acción afirmativa necesarias que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad, basándose, sobre todo, en la igualdad de derechos y oportunidades de todos los integrantes de la sociedad. Esta cuestión es contradictoria con la línea que sólidamente tiene la institucionalidad que gestiona las labores de registro civil, identificación y cedulación, y que, últimamente, ha tenido una postura clara en varios casos.²⁵

El respeto, el cumplimiento y la promoción del derecho a la igualdad y no discriminación han sido ampliamente establecidos por el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y, por ende, en las diferentes vertientes de los derechos que en el ámbito político, social, económico y civil surgen o comparten la noción misma de igualdad. La norma constitucional y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, que se mencionaron, establecen que las normas relativas a la igualdad y no discriminación por su alcance no admiten restricciones en cuanto a raza, sexo, idioma y religión, como en el caso de la Carta de Naciones Unidas.²⁶

ANÁLISIS DE LA CORTE IDH SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO COMO DERECHO PROTEGIDO EN LA OC-24/17

El matrimonio igualitario ha sido un tema de mucho debate en la región latinoamericana y ha puesto en discusión una serie de paradigmas importantes que tocan temáticas de índole religiosa, cultural, social, humana, legal, entre otras más, los cuales

24. En sus considerandos se establece que los artículos 11.12, 67, y 70 de la Constitución de la República del Ecuador deben ser respetados y fundamentan de manera vertebral la misma creación de la que emanan los artículos que se desarrollarán sobre la gestión de la identidad y datos civiles, rechazando las desigualdades y promoviendo el ejercicio sustancial de la igualdad en todos sus aspectos. Ecuador, *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*, Registro Oficial 684, 4 de febrero de 2016, 1.

25. El Registro Civil, Identificación y Cedulación ha mantenido una dura lucha para no reconocer el matrimonio igualitario en Ecuador, cuestión que es contradictoria en el ámbito de aplicación de las normas constitucionales y que ha sido revisado por la propia prensa. Mariela Rosero, “Dos parejas del mismo sexo esperan resultado de apelación a sentencia a favor de sus matrimonios en Cuenca”, *El Comercio*, 5 de julio de 2018, párr. 2.

26. Anne Baysfsky, “El Principio de Igualdad y No Discriminación en el Derecho Internacional”, *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n.º 1-2 (1990), 4-5.

han sido el resultado de un esfuerzo activo de la población LGBTI. No obstante, existe un marco normativo importante en el ámbito internacional que respalda y reconoce el matrimonio igualitario como un derecho humano inherente a todas y todos, relacionado con el derecho a tener una familia y poder desarrollarse con libertad en búsqueda de la felicidad y seguridad en este camino que se llama “la vida”.²⁷

Los seres humanos somos libres de casarnos y fundar una familia, disfrutando de la igualdad de los derechos que se otorgan en el matrimonio hasta su disolución, tomando en cuenta que la familia es una parte importante de los seres humanos y la sociedad,²⁸ cuestión fundamental que la Corte IDH empieza a utilizar como punto de partida en su argumentación de la opinión consultiva. Bajo la lógica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que el matrimonio debe ser una opción libre que se determina por la autonomía pura de la libertad de las personas, siendo el Estado quien debe garantizar que el matrimonio se ejerza en un ámbito de igualdad de los contrayentes, tanto en sus derechos como en sus responsabilidades.²⁹

Si revisamos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, encontramos que se reconoce que todas las personas tienen derecho a constituir una familia, como un elemento fundamental de toda sociedad, y, por lo tanto, a recibir protección de la misma por parte del Estado.³⁰ Además, la Corte IDH pone en escena un análisis fundamental sobre el alcance del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando se refiere al “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, el cual muchas veces se interpreta de manera literal y restrictiva, sin embargo, en realidad el criterio del Tribunal es que esta formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención, abriendo otros tipos de formas.³¹

En múltiples ocasiones se ha dispuesto que los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos deben ser tomados en cuenta como *cuercos vivos* que se adaptan a la evolución de los diversos tiempos,³² con la finalidad de que no exista

27. Guatemala Ministerio de Gobernación, *¿Qué son los Derechos Humanos? Evolución histórica* (Ciudad de Guatemala: Ministerio de Gobernación, 1991), 16-9.

28. ONU Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, art. 16.

29. ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 19 de diciembre de 1976, art. 23.

30. Organización de los Estados Americanos, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 30 de abril de 1948, art. 4.

31. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017, 75.

32. Como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva OC-16/99*, 1 de octubre de 1999.

una evidente exclusión de derechos, que es lo que ocurre en algunos países con las personas del mismo sexo que son privadas de su legítimo y legal derecho de poder contraer matrimonio y formar una familia. Por ende, cualquier limitación o práctica discriminatoria por parte del derecho interno de los países suscriptores no puede restringir o limitar estos derechos, si estos se fundamentan en la orientación sexual de las personas.³³

Existen controversias sobre la aplicación de las opiniones consultivas expedidas por la Corte. En los pronunciamientos de la Corte IDH respecto a las opiniones consultivas que pudieren afectar los intereses de los Estados, debilitar o fortalecer la posición legal de un Estado en una controversia actual o futura, existe la oportunidad reglamentaria de hacerle saber a la Corte sus puntos de vista de las normas legales que van a ser interpretadas, es decir, existen mecanismos de participación³⁴ y diferentes instrumentos que permiten escuchar posibles afectaciones. En el caso ecuatoriano, nuestro país es un Estado parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y está sometido a la jurisdicción de la Corte IDH, por lo que todo pronunciamiento es vinculante, incluyendo las interpretaciones realizadas por sus órganos rectores sobre la aplicación o el entendimiento de las normas vinculantes.

La Corte Interamericana desarrolla en la opinión consultiva un punto importante sobre “Los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger a las familias diversas”, en el que revisa los diferentes casos³⁵ y temáticas abordadas por los diferentes sistemas de Derechos Humanos, tanto regionales como universales, recogiendo los puntos más relevantes sobre este tema, lo cual plantea posibles dificultades aplicativas en los diferentes Estados para aceptar y cumplir con la protección de los derechos de las personas sexo-genéricas diversas que quisieran contraer matrimonio, y que son fruto de la evolución social, jurídica y cultural de los pueblos.

La Corte realiza un análisis histórico sobre las políticas públicas y los avances normativos de los diferentes Estados de la región. Uruguay desde el año 2007 estableció la unión concubina entre parejas del mismo sexo que terminó, en 2013, con el reconocimiento oficial del matrimonio entre parejas del mismo sexo; en el caso argentino, la ciudad de Buenos Aires autorizó la unión libre entre parejas del mismo sexo el año 2002, y desde 2010 es legal el matrimonio entre parejas del mismo sexo

-
33. Namiko Matsumoto y Luis Coronel, “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿derecho humano o concesión graciosa de los tolerantes?”, *Revista Conflicto y Sociedad*, vol. 1 (2013): 22-4.
 34. Fabián Salvioli, “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos marco legal y desarrollo jurisprudencial”, *Homenaje y Reconocimiento a Antonio Trinidad*, tomo II (2004), 30.
 35. La Corte Interamericana de Derechos Humanos recogió como base para emitir su criterio a los casos *Duque vs. Colombia*, *Kramer vs. Austria*, *Kozac vs. Polonia*, *Vallianatos y Otros vs. Grecia*, *Oliari y Otros vs. Italia*, entre otros.

en toda la nación argentina; en Brasil el año 2011 el Supremo Tribunal Federal garantizó los mismos derechos a las parejas del mismo sexo que las heterosexuales, y, en 2013, el Consejo Nacional de Justicia estableció que no se puede negar el matrimonio o las uniones de hecho en parejas del mismo sexo, con base en el principio de no discriminación; Chile en 2015 estableció la unión civil entre parejas del mismo sexo; en Ecuador la unión de parejas del mismo sexo ha sido establecida desde 2014 mediante resolución del Registro Civil, y desde el año 2015 mediante reforma del Código Civil; en Colombia la Corte Constitucional reconoció el matrimonio entre parejas del mismo sexo señalando que la familia es un derecho que corresponde a todos sin discriminación.³⁶

La Corte IDH también revisa las posturas conservadoras que evitan que se rompa con la discriminación y la limitación al derecho del libre desarrollo de la personalidad, sobre todo ante el argumento de que el matrimonio tiene un fin solamente reproductivo y que las uniones entre el mismo sexo no cumplirían este fin. Los jueces determinaron que esta afirmación no guarda relación alguna con el artículo 17 de la Convención, y que, de ser esta afirmación un argumento válido, sería discriminatorio para las parejas de sexos distintos que en el matrimonio no pueden procrear por cuestiones ajenas a su voluntad. Para terminar, la Corte establece que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.³⁷

Esto es determinante y de obligatorio cumplimiento de todos los Estados parte. Pensar más allá de las tradiciones y planteamientos provenientes de los sentimientos morales, y reconocer según nuestro estándar regional que existen otras formas distintas de matrimonios y familias debe ser el primer pensamiento cuando se discuten asuntos tan sensibles como este.

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017, 80-5.

37. *Ibíd.*, 86-7.

CONCLUSIÓN

Para terminar, creo que es pertinente mencionar tres puntos importantes respecto a los aportes de la opinión consultiva OC-24/17 que nos traen a la reflexión. El primero trata sobre el matrimonio como institución jurídica que se ha desarrollado en el tiempo; el segundo tiene que ver cómo la igualdad y no discriminación son imperativos de gran valor en relación con las personas sexo-genéricas diversas; y el tercero tiene que ver con la disposición clara para los Estados, por parte de la Corte IDH, que establece como estándar regional la igualdad y no discriminación en instituciones como la familia y el matrimonio, bajo la interpretación de los diferentes instrumentos de Derechos Humanos.

Una vez revisada la normativa anterior en materia penal sobre la libertad sexual, es triste pero valioso reconocer que fue a finales del siglo XX que se declaró la inconstitucionalidad de la tipificación del artículo 516 del anterior Código Penal, el cual reprimió la homosexualidad como un delito más. Es valioso porque el reconocimiento de las falencias por parte del Estado permite que la estructura normativa vaya permeabilizándose frente a las libertades y la promoción de derechos de la ciudadanía, en este caso, incluyendo las minorías. Fueron las múltiples movilizaciones sociales lideradas por las primeras organizaciones LGBTI las que denunciaron la injusta criminalización de las personas sexo-genéricas diversas en el ámbito nacional e internacional.

En el segundo punto, queda en evidencia, tras la revisión de los diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos y por la argumentación de la Corte, que el derecho a la igualdad y no discriminación son puntos fundamentales reconocidos por los Estados parte, que no excluyen a los derechos referentes a las personas sexo-genéricas diversas. Por lo tanto, se debe reconocer tanto en la normativa local y en la aplicación de las diferentes políticas públicas de los Estados el velar por el cumplimiento de políticas públicas diversas, y rechazar la discriminación y el trato diferenciado a las personas que tienen una identificación sexual diferente a la establecida como “regular”.

Por último, la Corte en su opinión consultiva establece un estándar regional importante que guarda relación con el derecho civil del matrimonio, el cual debe ser interpretado de manera integral y progresiva en materia de Derechos Humanos. Esto quiere decir que el derecho al matrimonio aplica sin distinción o discriminación para personas sexo-genéricas diversas y dispone a todos los Estados parte la obligación de respetar y generar las respectivas medidas para garantizar el reconocimiento y alcance de este derecho a sus ciudadanos.

Aún queda mucho trabajo por delante para que se dé materialmente el efectivo cumplimiento de los alcances que estableció la opinión consultiva OC-24/17. Es un trabajo arduo que conlleva la responsabilidad tanto de la academia como de los servidores públicos, para que no se menoscaben los derechos que tienen las personas sexo-genéricas diversas en todos los ámbitos. A pesar de que existe la Sentencia n.º 11-18-CN/19 que reconoce el matrimonio igualitario, el proceso de sensibilización social y de informar de manera eficaz a la ciudadanía, y en especial a los sectores más conservadores y reaccionarios, está pendiente debiendo ser un trabajo sistemático y multisectorial liderado por el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiar Román, Javier. “Historia legal de la homosexualidad en el Ecuador”. *Revista Novedades Jurídicas* n.º 146 (2018).
- Barrero, Abraham. “El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa?”. *Revista de Estudios Políticos*. Nueva Época, n.º 163 (2014).
- Baysfsky, Anne. “El principio de igualdad y no discriminación en el derecho internacional”. *Human Rights Law Journal*. Vol. 11, n.º 1-2 (1990).
- Castañeda, Wilson. “Acción colectiva LGBT: Por el reconocimiento de la diversidad sexual y las identidades de género en el Caribe Colombiano”. *Cuadernos de literatura del Caribe e Hispanoamérica*, n.º 11 (2010).
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. “Principios de Yogyakarta”. Panel Internacional de Especialistas en Legislación Interna de Derechos Humanos y Orientación Sexual e Identidad de Género. 26 de marzo de 2007. <http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-24/17. 24 de noviembre de 2017.
- . Opinión consultiva OC-16/99. 1 de octubre de 1999.
- Donoso Loor, Andrés. “Convocan nuevas marchas contra el matrimonio civil igualitario en Ecuador”. *El Universo*. 19 de junio del 2019.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Registro Oficial 684, 4 de febrero de 2016.
- Ecuador. *Corte Constitucional*. “Sentencia”. En *Caso n.º 11-18-CN*. 12 de junio de 2019.
- El Diario. “Cuando ser gay era un delito”. *El Diario*. 5 de diciembre de 2017.
- El Telégrafo. “Homosexualidad era castigada con 8 años de prisión en década del 90”. *El Telégrafo*. 2 de diciembre de 2016.

- Facio, Alda. “El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Accedido 10 de febrero de 2019. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22083.pdf>>.
- Flores Dávila, Julia. “La diversidad sexual y los retos de la igualdad y la inclusión”. *Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación*, n.º 5 (2007).
- Guatemala Ministerio de Gobernación. *¿Qué son los derechos humanos? Evolución histórica*. Ciudad de Guatemala: Ministerio de Gobernación, 1991.
- Matsumoto, Namiko, y Luis Coronel. “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿derecho humano o concesión graciosa de los tolerantes?”. *Revista Conflicto y Sociedad*. Vol. 1 (2013).
- Muñoz Cabrera, Daniel. “Igualdad jurídica o igualdad material: ¿Qué va antes el huevo o la gallina?”. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 11 (2010).
- Nikken, Pedro. “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”. *Revista IIDH*. Vol. 5 (2010).
- ONU Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 19 de diciembre de 1976.
- . *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948.
- Organización de los Estados Americanos. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. 30 de abril de 1948.
- Rosero, Mariela. “Dos parejas del mismo sexo esperan resultado de apelación a sentencia a favor de sus matrimonios en Cuenca”. *El Comercio*. 5 de julio de 2018.
- Salvioli, Fabián. “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos marco legal y desarrollo jurisprudencial”. *Homenaje y Reconocimiento a Antonio Trinidad*, tomo II (2004).

La fuerza vinculante de la OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” para el Estado ecuatoriano

*Legally binding force of Advisory Opinion 24/17
“Gender identity, and equality and non-discrimination
with regard to same-sex couples” for Ecuadorian
State*

María Augusta León Moreta

Docente Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador

mariaa.leon@uasb.edu.ec

ORCID: 0000-0001-5361-0329

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.3>

Fecha de recepción: 6 de noviembre de 2018

Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2019

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Históricamente, las personas LGTBI han sufrido estigmatización y violencia estructural por parte de la sociedad y los Estados. A través de su lucha, los grupos LGTBI han alcanzado el reconocimiento de varios derechos. Sin embargo, el reconocimiento de otros muchos sigue en la lista de pendientes. Tanto en Ecuador como en otros países de la región, el derecho a contraer matrimonio todavía les es negada a las parejas del mismo sexo. La opinión consultiva OC-24/17 "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordena a los Estados parte del Sistema Interamericano a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso a la figura del matrimonio a las parejas de mismo sexo.

En Ecuador, la discusión se centra en la interrogante sobre si esta opinión consultiva generaría la obligación de inscribir y celebrar matrimonios entre parejas del mismo sexo, aun sin mediar reforma legal alguna. Este artículo explora las razones por las que los Estados tienen el deber de incorporar los lineamientos establecidos en esta opinión consultiva. Entre estos motivos, por un lado, están la obligación de las autoridades estatales de realizar un control de convencionalidad, y los principios de igualdad y no discriminación como partes consustanciales del *ius cogens*. Por otro lado, la Constitución ecuatoriana garantiza, a través de una serie de principios, la aplicación directa e inmediata de derechos y garantías más favorables establecidos en instrumentos internacionales.

PALABRAS CLAVE: opinión consultiva, matrimonio igualitario, control de convencionalidad, Ecuador.

ABSTRACT

Historically, LGTBI people have suffered stigmatization and structural violence from society and States. Through their constant struggle, LGTBI groups have achieved the recognition of several rights. However, the recognition of many others remains on a pending list. In Ecuador as well as in other countries in the region, the right to marry is still denied to same-sex couples. The Advisory Opinion OC-24/17 "Gender identity, and equality and non-discrimination with regard to same-sex couples", handed down by the Inter-American Court of Human Rights, orders States parties of the Inter-American System to adopt all necessary measures to ensure access to marriage to same-sex couples.

In Ecuador, the discussion focuses on the question of whether this advisory opinion would generate the obligation to register and celebrate marriages between same-sex couples, even without any legal reform. This article explores the reasons, why states have a duty to incorporate the standards established in this advisory opinion. Among these reasons are the obligation of the state authorities to conduct a control of conventionality as well as the principles of equality and non-

discrimination as consubstantial parts of the *ius cogens*. Another argument is that the Ecuadorian Constitution guarantees, through a series of principles, the direct and immediate application of more favourable rights and guarantees established in international instruments.

KEYWORDS: advisory opinion, same-sex marriage, conventionality control, Ecuador.

FORO

INTRODUCCIÓN

La opinión consultiva OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” constituye un hito importante en la reivindicación de los derechos de las parejas del mismo sexo, debido a que ordena a los Estados garantizar el acceso a la figura del matrimonio a estas parejas. Para lograr la cristalización de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) pide a los Estados tomar todas las medidas pertinentes para garantizar el acceso de este derecho hasta que se realicen todas las reformas legales necesarias.

Sobre la base de esta opinión, los señores José Luis Sánchez Vallejo y Jacinto Javier Orellana Guerrero intentaron ejercer su derecho al matrimonio en el Registro Civil en Cuenca. Las autoridades de esta institución se negaron a celebrar y registrar el matrimonio, por lo que la pareja interpuso una acción de protección. La jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Cuenca declaró la demanda con lugar, ordenando la celebración y el registro del matrimonio. Esta decisión fue revocada por la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay (en adelante Sala Laboral). Uno de los argumentos de la Sala para negar el acceso al matrimonio de la pareja fue que las opiniones consultivas de la Corte IDH no generan ninguna obligación para el Ecuador, ya que no tienen la fuerza vinculante que, sí otorgaría, por ejemplo, un tratado internacional de derechos humanos.

Este artículo pretende demostrar que la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte IDH es vinculante para el Estado ecuatoriano, por lo que las autoridades ecuatorianas deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, aun sin mediar reforma legal alguna. Para lograr este objetivo, el artículo analizará la opinión consultiva como fuente generadora de obligaciones para los Estados. Posteriormente, se enfocará el aporte de las opiniones consultivas al control de convencionalidad por parte de las autoridades estatales. Finalmente, se examinará el rango constitucional que la Norma Suprema ecuatoriana otorga a los derechos y garantías establecidos en estas opiniones.

Este artículo se fundamenta en una investigación de carácter dogmático jurídico. Para su realización, se acude a fuentes de carácter doctrinario y jurisprudencial, en las que esta última tiene mayor preeminencia para fundamentar la argumentación.

LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO GENERADORA DE OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuenta con un amplio cuerpo de documentos que encarnan los derechos y las obligaciones de los Estados. Este *corpus juris* comprende instrumentos tanto de *hard law* (derecho duro) como de *soft law* (derecho suave). Mientras que los primeros han sido ratificados por los Estados y crean un efecto vinculante frente a las obligaciones y derechos en ellos establecidos, los segundos, pese a que no son vinculantes, establecen estándares de comportamiento, en relación a los cuales los Estados ya no podrían alegar su incumplimiento frente a la exigencia de estos.¹ Las opiniones consultivas de la Corte IDH se encuentran dentro de la categoría de instrumentos de *soft law*.

La Corte IDH es una institución judicial autónoma, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).² Para el cumplimiento de este fin, la Convención le ha provisto de dos funciones, una contenciosa y otra consultiva. La primera le otorga a la Corte la competencia para conocer sobre casos contenciosos, sometidos ya sea por los Estados Parte de la CADH o por la Comisión.³ Las decisiones de la Corte, en ejercicio de esta función, tienen un efecto vinculante para los Estados.⁴ En relación a su función consultiva, esta tiene como “finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos”.⁵ En este sentido, la Corte IDH tiene la facultad, por un lado, de interpretar la CADH y los demás tratados de protección dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Por otro lado, a pedido de un Estado parte, la Corte brinda opiniones sobre la compatibilidad entre las leyes internas con los instrumentos del Sistema.⁶ Las

1. Matthias Herdegen, *Derecho Internacional Público* (México: UNAM, 2005), 164.

2. *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Resolución n.º 448, octubre de 1979, art. 1.

3. *Convención Americana de Derechos Humanos*, 18 julio 1978, art. 61-3.

4. *Ibíd.*, art. 68.

5. Corte IDH, “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte, 24 de septiembre de 1982, Opinión consultiva OC-1/82, párr. 25.

6. *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 64.

opiniones consultivas emitidas por este órgano tienen naturaleza jurisdiccional y por lo tanto producen efectos jurídicos para los Estados de la OEA.

En su opinión consultiva OC-15/97, la Corte IDH establece: “aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”.⁷ Estos efectos jurídicos se traducen en la obligación del Estado de adaptar a su legislación interna los estándares fijados en estas opiniones. Esto quiere decir, en principio, que el Estado, al ser parte de la CADH y al haber aceptado la competencia de la Corte IDH, estaría en el deber de cumplir con los estándares establecidos en estas opiniones con el fin de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella, sin discriminación alguna (art. 1.1), para lo cual el Estado deberá adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias (art. 2).⁸ En Ecuador, los jueces de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Cuenca cuestionaron el efecto de la opinión consultiva OC-24/17 de generar la obligación de incluir el matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En la opinión consultiva OC-24/17 referente a la “identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, la Corte Interamericana determina el deber de los Estados de garantizar el acceso sin discriminación de las parejas del mismo sexo a todas las figuras existentes en los ordenamientos jurídicos internos que protegen los derechos de las parejas heterosexuales, entre ellas el matrimonio. Para cumplir con este deber, los Estados deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas o judiciales, para ampliar el ámbito de protección de las figuras existentes a las parejas constituidas por personas del mismo sexo.⁹ La Corte, consciente de las dificultades institucionales y políticas que pueden enfrentar los Estados al modificar la institución del matrimonio, determina que, mientras se impulsen estas reformas, los Estados deben garantizar a estas parejas igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.¹⁰

En este punto, la Sala Laboral argumentó en su sentencia que las opiniones consultivas, al no tener un efecto vinculante, no obligan al Estado ecuatoriano a adoptar conducta alguna, toda vez que estas no se encuentran dentro de la categoría de trata-

7. Corte IDH, “*Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*” (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 14 de noviembre de 1997, Opinión consultiva OC-15/97, párr. 26.

8. Juan Carlos Hitters, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10 (2005): 134.

9. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24 de noviembre de 2017, Opinión consultiva OC-24/17, párr. 228.

10. *Ibíd.*, párrs. 226-8.

dos internacionales, establecidos en el art. 417 y art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE). Igualmente, la Sala afirma que la Corte IDH, en ejercicio de su función consultiva, al no decidir sobre la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de algún derecho o libertad establecidos en la CADH en un caso particular, no podría ordenar o disponer conducta alguna a los Estados.

En su voto individual, el juez Hugo Grossi critica, entre otros puntos, que la Corte IDH imponga a los Estados el reconocimiento y regulación de las uniones entre personas del mismo sexo a través de una opinión consultiva, debido a que por un lado se afectaría el derecho a la defensa de los Estados, toda vez que no han comparecido para expresar su punto de vista sobre el tema.¹¹ Por otro lado, Grossi argumenta que la OC-24/17 afecta el principio de seguridad jurídica, ya que no pondera la buena fe de los Estados cuando se comprometieron en la CADH a reconocer el matrimonio,¹² como un derecho del hombre y la mujer.¹³

Teniendo en cuenta el progresivo reconocimiento del matrimonio igualitario a nivel mundial,¹⁴ y el principio de igualdad y no discriminación como parte del *ius cogens*, es cuestionable el argumento que la Corte IDH no podría a través de su función consultiva establecer lineamientos para subsanar la discriminación histórica y sistemática que han sufrido parejas del mismo sexo, mediante la ampliación del ámbito de protección del derecho a contraer matrimonio.

En el Derecho Internacional Público, las normas parte de la costumbre internacional constituyen evidencia de una práctica generalmente aceptada como derecho.¹⁵ Esta definición contiene dos elementos: la práctica generalizada como elemento objetivo; y la convicción de que esta práctica es legalmente obligatoria (*opinio juris*) como elemento subjetivo. En cuanto a la práctica generalizada, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Nicaragua vs. Estados Unidos determinó que para que una norma sea parte del derecho consuetudinario basta que la conducta del Estado sea consistente con aquella regla.¹⁶ En lo que atañe a la *opinio juris*, la CIJ estableció que la existencia de una aceptación relevante dentro de la comunidad de Estados

11. Hugo Vio Grossi, *Voto individual "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo"*, 24 de noviembre de 2017, Opinión consultiva OC-24/17, párrs. 71, 149.

12. *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 17 (2).

13. Grossi, *Voto individual*, párr. 97.

14. Países que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo: Alemania, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Taiwán, Uruguay.

15. *Estatuto Corte Internacional Justicia*, 26 de junio de 1945, art. 38.1.b.

16. Corte Internacional de Justicia, *Case Concerning The Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)* ICJ Reports 1986, párrs. 172-82; Walter Kälin y Jörg

se refleja en resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas u otros organismos internacionales.¹⁷ En el ámbito de los derechos humanos, esta convicción se expresa cuando un órgano internacional emite informes en el marco de su competencia sobre violaciones a una determinada norma o realiza recomendaciones a los Estados sobre el respeto a una regla.¹⁸ Igualmente, esta aceptación se demuestra cuando cada vez más Estados incorporan la regla a su legislación interna.

El derecho al matrimonio igualitario se está consolidando como una norma parte del derecho consuetudinario del derecho internacional de los derechos humanos. La Corte IDH en su opinión consultiva recoge los pronunciamientos de distintos órganos de Derechos Humanos en el Sistema de Naciones Unidas, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁹ Igualmente, la Corte ha resaltado el progresivo reconocimiento del matrimonio igualitario a nivel regional.²⁰ Estos avances dan cuenta del desarrollo de una práctica reiterada y un convencimiento de los miembros de la comunidad internacional hacia la ampliación del ámbito de protección de esta figura a las parejas del mismo sexo.

En relación a las normas de *ius cogens*, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados las define como aquellas reglas imperativas de derecho internacional que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario, y cuya modificación depende de una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.²¹ En el caso de Barcelona Traction, la CIJ otorgó a las obligaciones derivadas de una norma del *ius cogens* el estatus *erga omnes*. Esto quiere decir que, dada la importancia de ciertos derechos, los Estados tienen la obligación de protegerlos frente a toda la comunidad internacional.²² Uno de los derechos, que forma parte del contenido

Künzli, *The Law of International Human Rights Protection* (Nueva York: Oxford University Press, 2009), 67.

17. *Ibid.*, párrs. 172-82.

18. Mary Carmen Color Vargas, *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos* (México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013), 35-6, <<https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/Fuentes-DIDH.pdf>>.

19. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación*, párrs. 202-3.

20. *Ibid.*, párrs. 206-13.

21. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 27 de enero de 1980, art. 53.

22. Corte Internacional de Justicia, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase)* ICJ Reports 1970 3, párrs. 32-4; Erika De Wet, “Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”, en *The Oxford Handbook on Human Rights*, ed. por Dinah Shelton (Nueva York: Oxford University Press, 2013), 15-6.

esencial de los derechos humanos con estatus de derecho consuetudinario imperativo, es el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación.

En su práctica tanto consultiva como jurisprudencial, la Corte IDH ha incluido al principio de igualdad ante la ley y la no discriminación dentro de la categoría de normas del *ius cogens*.²³ La Corte ha argumentado que, dado que estos principios derivan de la unidad de naturaleza del género humano y son parte consustancial de la dignidad esencial de la persona, constituyen bases esenciales sobre las cuales se levanta todo el ordenamiento jurídico.²⁴ En este sentido, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que discriminen a ciertos grupos del goce de derechos que sí se reconocen a otro grupo de la población.²⁵ En el caso de restricciones a la prohibición de discriminación por orientación sexual, la Corte en su jurisprudencia obliga a las autoridades estatales a que demuestren que estas restricciones no tienen un propósito ni un efecto discriminatorio, a través de la inversión de la carga de la prueba y una fundamentación rigurosa.²⁶

En la OC-24/17 la Corte IDH ha reconocido la discriminación estructural, la estigmatización y violencia de las que han sido históricamente víctimas las personas LGTBI.²⁷ En relación al matrimonio, la Corte advierte que la creación de una figura paralela para las parejas del mismo sexo, que contenga los mismos derechos y produzca los mismos efectos que el matrimonio entre parejas heterosexuales, sometería socialmente a las parejas del mismo sexo a la estigmatización.²⁸ Con el fin de eliminar la discriminación histórica y estructural sufrida por este grupo, la Corte IDH, a través de su opinión consultiva, está plenamente facultada para ordenar a los Estados que tomen todas las medidas necesarias para garantizar el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo.

23. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, Opinión consultiva OC-18/03, párr. 101; Corte IDH, “Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Espinoza González vs. Perú*, 20 de noviembre de 2014, párr. 216; Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr. 79; Corte IDH, “Sentencia de 11 de julio de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Duque vs. Colombia*, 11 de julio de 2016, párr. 91.

24. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes*, párr. 101; Corte IDH, *Caso Espinoza González vs. Perú*, párr. 216.

25. Corte IDH, *Caso Espinoza González vs. Perú*, párr. 216.

26. Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr. 124; Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, 31 de agosto de 2016, párr. 125.

27. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación*, párr. 33.

28. *Ibid.*, párr. 224.

En Ecuador, la Constitución otorga rango constitucional a los derechos humanos contenidos en el derecho consuetudinario internacional cuando señala que los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, necesarios para su pleno desenvolvimiento, son parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.²⁹ Bajo este contexto, el derecho al matrimonio igualitario, reconocido a través de la OC-24/17, constituye una norma jurídica ecuatoriana con rango constitucional, dado que, a través de la ampliación del ámbito de protección del matrimonio igualitario, se pretende salvaguardar el principios de igualdad y el de no discriminación, parte del derecho consuetudinario imperativo. Por lo tanto, el argumento de que el matrimonio igualitario es contrario a la norma constitucional y requeriría una reforma legal previa para su implementación queda desvirtuado por la fuerza obligatoria que la misma Constitución otorga a las de normas consuetudinarias de derechos humanos.

Otro argumento que fundamenta el deber de los Estados de incorporar en su legislación la recomendación de la OC-24/17 es la obligación de las autoridades públicas nacionales de realizar el llamado control de convencionalidad.

EL APOORTE DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO

La Corte IDH a través de su jurisprudencia ha delineado el contenido y alcance del control de convencionalidad. En el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,³⁰ la Corte define al control de convencionalidad como la obligación de los jueces nacionales, autoridades y órganos estatales,³¹ en el marco de sus respectivas competencias y

29. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.7; Julio César Trujillo, “La fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual”, *Foro* 3 (2004): 105.

30. “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH, “Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

31. Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones)”, *Caso Gelman vs. Uruguay*, 24

de las regulaciones procesales correspondientes, de verificar ex officio la compatibilidad entre las normas y prácticas internas con CADH y otros instrumentos del SIDH.³² Este control tiene como fin garantizar que los derechos y libertades establecidos en la CADH no sean suprimidos por disposiciones contrarias al objeto y fin de la misma.³³ Uno de los efectos del control de convencionalidad es la eliminación de disposiciones contrarias a la CADH en el ordenamiento jurídico nacional.³⁴

En principio, la Corte ha reconocido en su jurisprudencia que tanto los jueces y tribunales internos como autoridades estatales están sujetos al imperio de la ley nacional.³⁵ No obstante, cuando los Estados se comprometen internacionalmente a través de tratados internacionales de derechos humanos, las autoridades estatales tienen el deber no solo de fundamentar sus decisiones en normas nacionales, sino que las apoyen en fuentes del derecho internacional de los derechos humanos. En el caso del Ecuador, el control de convencionalidad impone a las autoridades ecuatorianas la obligación de ir más allá de los límites del ordenamiento jurídico interno e incorporar en el análisis los instrumentos del SIDH y la interpretación que la Corte IDH hace a la CADH en el ejercicio de su función tanto contenciosa como consultiva.³⁶

En la OC-24/17, la Corte IDH recuerda a los Estados que todos los órganos estatales están obligados a realizar un control de convencionalidad, también con base en las opiniones consultivas emitidas por esta en ejercicio de su función no contenciosa.³⁷ Al resolver la acción de amparo, la jueza de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia cumple con su obligación de realizar el control de convencionalidad, tomando como base de su decisión los lineamientos establecidos en la OC-24/17. En su sentencia la jueza llega a la conclusión de que Registro Civil de Cuenca

-
- de febrero de 2011, párr. 239; Corte IDH, “Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, 28 de agosto de 2014, párr. 491; Corte IDH, “Sentencia de 14 de octubre de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Rocha Hernández y otros vs. El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párr. 223.
32. En el caso Diario Militar, la Corte amplió el control de convencionalidad a otros instrumentos del Sistema Interamericano, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar la Tortura y la Convención Belém Do Pará. Corte IDH, “Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, 20 de noviembre de 2012, párr. 330.
 33. Corte IDH, “Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005, párr. 170.
 34. Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 7: *Control de Convencionalidad* (San José: Corte IDH, 2015).
 35. Corte IDH, “Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009, párrs. 338, 339; Corte IDH, *Caso Atala Rifo*, párr. 284; Grossi, *Voto individual*, párr. 117.
 36. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, párrs. 338, 339; Corte IDH, *Caso Atala Rifo*, párr. 284.
 37. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación*, párr. 26.

vulneró el derecho de igualdad y no discriminación al negarse a celebrar e inscribir el matrimonio de la pareja accionante, como medida transitoria establecida en la misma opinión consultiva para garantizar el efectivo acceso a esta figura por parte de las parejas del mismo sexo hasta que el Estado ecuatoriano realice las reformas legales pertinentes. Mediante este razonamiento, la jueza de primera instancia reconoce la fuerza vinculante de los estándares fijados en la OC-24/17,³⁸ procediendo así, como medida de reparación, a ordenar al Registro Civil la inscripción y celebración del matrimonio.

Por su parte, los jueces de la Sala Laboral adujeron que la Constitución ecuatoriana establece que las autoridades estatales solamente pueden ejercer las facultades y competencias que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.³⁹ Dado que el matrimonio, según la legislación ecuatoriana,⁴⁰ es un contrato entre un hombre y una mujer, las autoridades en el ámbito de sus funciones no podrían garantizar el acceso a esta figura a las parejas del mismo sexo hasta su adecuación formal y material a través de una reforma constitucional realizada por la Asamblea Nacional. Bajo esta argumentación, la Sala Laboral sustentó su actuación únicamente en los límites establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin tomar en cuenta como fuente de decisión los estándares fijados en la opinión consultiva.

Las opiniones consultivas de Corte IDH tienen un efecto preventivo y una fuerza vinculante horizontal. Al constituir estas opiniones guías interpretativas para la mejor aplicación de la CADH, tienen en un primer momento un efecto preventivo. Esto quiere decir que los Estados a través del control de convencionalidad están llamados a adoptar o aplicar los estándares sugeridos a través de las opiniones consultivas en la legislación nacional o en las prácticas de los órganos estatales. En caso de no hacerlo, estas opiniones adquieren en cambio una fuerza vinculante horizontal.⁴¹ Este efecto se observa cuando la Corte en su práctica jurisprudencial ha acudido a los criterios formulados en ellas como precedente para sustentar las resoluciones en casos contenciosos.⁴² De allí que el Estado ecuatoriano, al no acoger los estándares establecidos por la OC-24/17, corre el riesgo de ser demandado ante el SIDH y muy posiblemente

38. *Ibíd.*, párr. 228.

39. Ecuador, *Constitución*, art. 226.

40. *Ibíd.*, art. 67 inc. 2; Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art. 81; Ecuador, *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*, Registro Oficial Suplemento 684, 4 de febrero de 2016, art. 52.

41. Jorge Ernesto Roa, *La función consultiva de la Corte Interamericana* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 107.

42. Corte Interamericana, “Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo)”, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, 20 de enero de 1989, párr. 174; Corte Interamericana, “Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo)”, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, 19 de enero de 1995, párrs. 82-3; Corte Interamericana, “Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, 17 de septiembre de 1997, párr. 50; Corte

ser declarado responsable internacionalmente por no haber tomado las medidas transitorias pertinentes para garantizar el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio.

EFEECTO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

El espíritu de la Constitución es velar los derechos de todos quienes habitamos en el territorio ecuatoriano. Con este fin, nuestra Constitución ha establecido como deber fundamental del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁴³ Para ello, la Constitución ha incorporado varios principios, entre otros, el de aplicabilidad directa e inmediata,⁴⁴ el principio de aplicación más favorable,⁴⁵ y el principio de tutela judicial efectiva.⁴⁶

En Ecuador el ejercicio de los derechos y garantías amparados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación ante cualquier autoridad estatal, administrativa o judicial, de oficio o a petición de parte.⁴⁷ Esto significa, por un lado, que tanto de la Constitución como de los instrumentos internacionales de derechos humanos derivan directamente derechos y obligaciones para los destinatarios; y, por otro, que para su respeto y cumplimiento no se requiere la mediación de ninguna ley.⁴⁸ En este sentido, las autoridades públicas ecuatorianas, en el marco de su competencia, están en la obligación de garantizar los derechos y libertades contenidos no solo en la norma constitucional, sino también en los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁴⁹ Este principio se ve aún más reforzado cuando la Constitución, en el caso particular de los jueces y las juezas, determina que la falta de ley o el desconocimiento de la norma no constituyen argumen-

Interamericana, “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, párr. 63.

43. Ecuador, *Constitución*, art. 3.1.

44. *Ibíd.*, art. 11.3 y 426.

45. *Ibíd.*, art. 11.5, art. 426.

46. *Ibíd.*, art. 172. COFJ, art. 23.

47. Ecuador, *Constitución*, art. 11.3 y 426.

48. Trujillo, “La fuerza normativa de la Constitución”, 90.

49. *Ibíd.*

tos para vulnerar derechos, desechar acciones interpuestas para su defensa, o negar el reconocimiento de los mismos.⁵⁰

Considerando que las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH son parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, a través del principio de aplicación directa e inmediata, los derechos contenidos en la OC-24/17 constituyen parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En consecuencia, las autoridades ecuatorianas están en la obligación constitucional de garantizar el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo sin necesidad de ley interna que lo reconozca. De allí que la negativa de reconocimiento del matrimonio igualitario por parte de los jueces de la Sala Laboral bajo el argumento de que es necesaria previamente una reforma constitucional no es compatible con el espíritu garantista de la Constitución que incluye las opiniones consultivas como parte de la normativa jurídica ecuatoriana.

Otro principio que refuerza la fuerza vinculante a la opinión consultiva dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es el principio de aplicación más favorable a los derechos. Como bien lo establece el juez Grossi en su voto individual, cada Estado tiene la prerrogativa de decidir dentro de su jurisdicción interna la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional.⁵¹ En el Capítulo I Principios, dentro del Título IX Supremacía, la Constitución ecuatoriana regula esta relación sobre la base del principio de favorabilidad en dos momentos. El primero, cuando la Norma Suprema ecuatoriana establece que aquellos derechos más favorables contenidos en tratados internacionales de derechos primarán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público.⁵² El segundo, cuando la Constitución ordena a toda autoridad pública aplicar directamente las normas previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos que sean más favorables a aquellas establecidas en la Norma Suprema ecuatoriana.⁵³ En este sentido, los instrumentos de derechos humanos, tanto de *hard law* como de *soft law*, a través del principio de favorabilidad adquieren en Ecuador rango constitucional, por lo que su aplicación es directa e inmediata.

El establecimiento de la jerarquía constitucional permite resolver conflictos entre las normas nacionales e internacionales. En caso de conflicto o diferencia entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución, las autoridades públicas ecuatorianas deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a la plena y efectiva vigencia de los derechos y libertades.⁵⁴ Igualmente, en caso de

50. Ecuador, *Constitución*, art. 426.

51. Grossi, *Voto individual*, párrs. 116-9.

52. Ecuador, *Constitución*, art. 424.

53. *Ibíd.*, art. 426.

54. *Ibíd.*, art. 11.5, 426.

conflicto entre normas contenidas en estos instrumentos y aquellas infra constitucionales, con base en el principio de jerarquía, la normativa internacional prevalecerá sobre la interna que la contradiga.⁵⁵

Según los jueces de la Sala Laboral, la aplicación del principio de favorabilidad para la inclusión del matrimonio igualitario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano contraría la disposición constitucional que determina que, para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, no se exigirán condiciones y requisitos que no estén establecidos en la Constitución. En el caso de la figura del matrimonio, la Constitución y las demás normas internas que lo regulan establecen como un contrato solemne entre un hombre y una mujer.⁵⁶ Por lo tanto, al no constituir la OC-24/17 un tratado internacional, como reza el art. 417 y 424 de la Constitución, carece de jerarquía constitucional y no genera ninguna obligación vinculante para el Estado ecuatoriano. A través de este razonamiento, los jueces de segunda instancia restringen los derechos de las parejas del mismo sexo cuando no aplican el principio de favorabilidad. En este punto es necesario enfatizar que la OC-24/17 no contraría en modo alguno la institución del matrimonio contenida en el art. 67 de la Constitución; más bien, amplía el ámbito de protección personal de este derecho a las parejas del mismo sexo.

En cuanto al principio de tutela judicial efectiva de los derechos, la Constitución obliga a jueces y juezas a administrar justicia a la luz de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley.⁵⁷ Consecuentemente, los estándares fijados en las opiniones consultivas de la Corte IDH deben ser tomados en cuenta por el poder judicial para sustentar sus decisiones. En caso de no hacerlo, los jueces se arriesgan a nivel nacional a ser declarados responsables por el perjuicio que su falta de aplicación cause a la efectiva garantía de derechos y libertades. Bajo este principio, los jueces de la Sala Laboral debieron aplicar los estándares establecidos en la opinión consultiva OC-24/17, cumpliendo así con su obligación constitucional e internacional de garantizar el acceso de las parejas del mismo sexo a los derechos que protegen a las parejas heterosexuales, entre otros, el derecho a contraer matrimonio.

55. *Ibíd.*, art. 425; Trujillo, “La fuerza normativa de la Constitución”, 105.

56. Ecuador, *Constitución*, art. 67 inc. 2; Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art. 81; Ecuador, *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*, Registro Oficial Suplemento 684, 4 de febrero de 2016, art. 52.

57. Ecuador, *Constitución*, art. 172; Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial Suplemento 544, 9 de marzo de 2009.

CONCLUSIONES

En principio, los Estados tienen la potestad, con base en su jurisdicción interna, de incluir la figura del matrimonio entre parejas del mismo sexo dentro de su ordenamiento jurídico. No obstante, al ser parte el Ecuador de la CADH tiene el deber de incorporar los estándares establecidos en las opiniones consultivas, emitidas por la Corte IDH en el ejercicio de su función consultiva. En la opinión consultiva OC-24/17, la Corte establece el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho al matrimonio a estas parejas. Este artículo centró su análisis en tres líneas argumentativas para sostener que la OC-24/17 de la Corte IDH es vinculante para el Estado ecuatoriano.

Un efecto jurídico de las opiniones consultivas es que estas obligan a los Estados a adoptar y aplicar los estándares fijados en ellas. A partir de la opinión consultiva OC-24/17, las autoridades ecuatorianas tenían la obligación de permitir el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio sin necesidad previa de una reforma constitucional y legal. El argumento que la Corte no puede establecer obligaciones para los Estados a través de opiniones consultivas queda desvirtuado particularmente en relación al derecho al matrimonio igualitario, debido a que a través de la institución de esta figura se pretende salvaguardar el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, normas parte del *ius cogens*. Además, la opinión consultiva no hace más que incorporar como parte del corpus iuris del SIDH a este derecho, que ya se está consolidando, como parte del derecho consuetudinario del derecho internacional de los derechos humanos en la medida en que progresivamente países y organizaciones internacionales han reconocido el acceso al mismo.

Por otro lado, la Corte Interamericana en su práctica jurisprudencial ha catalogado las opiniones consultivas como fuente para la realización del control de convencionalidad por parte de las autoridades nacionales. Al establecer la Corte IDH en la OC-24/17 al matrimonio igualitario como un derecho, las autoridades ecuatorianas, tanto del Registro Civil como los jueces de la Sala de lo Laboral, debieron tomar todas las medidas para garantizar la celebración y registro del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Por lo tanto, el razonamiento de que las autoridades en Ecuador solo pueden realizar lo que dice la Constitución y la ley no tiene fundamento en la medida en que las opiniones consultivas son guías interpretativas que los Estados están obligados a adoptar a través del control de convencionalidad.

Finalmente, la Constitución ecuatoriana garantiza a través del principio de aplicabilidad directa e inmediata, de aplicación más favorable y de tutela judicial efectiva, que aquellos derechos y garantías contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos sean de inmediata y directa aplicación por toda autoridad nacional. El derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, instituido a través de

la OC-24/17, constituye una regla parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y debe ser garantizada directa e inmediatamente por las autoridades ecuatorianas. Además, al ser un derecho más favorable a aquel garantizado en el ordenamiento jurídico nacional, debido a que amplía el espectro de protección personal de esta figura a las parejas del mismo sexo, obtiene a través del principio de favorabilidad rango constitucional. En consecuencia, el derecho al matrimonio igualitario, reconocido en la OC-24/17, es exigible ante cualquier autoridad pública sin la necesidad de ley interna que lo reconozca.

Con base en este análisis es posible concluir que el Estado ecuatoriano debe garantizar el derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo hasta que se realicen las reformas legales pertinentes. Al provenir la OC-24/17 del ejercicio de la facultad consultiva de la Corte Interamericana, órgano jurisdiccional constituido en un tratado internacional ratificado por el Ecuador, los estándares fijados en ella son de inmediata y obligatoria aplicación en el ordenamiento jurídico nacional. De allí que el incumplimiento de las autoridades ecuatorianas con su deber internacional y constitucional de garantizar este derecho implica el riesgo de que el Ecuador sea declarado responsable internacionalmente, dado el efecto vinculante horizontal de estas opiniones para los órganos del Sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- Color Vargas, Mary Carmen. *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013. <<https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/Fuentes-DIDH.pdf>>.
- Corte IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 7: *Control de Convencionalidad*. San José: Corte IDH, 2015.
- De Wet, Erika. “Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”. En *The Oxford Handbook on Human Rights*, editado por Dinah Shelton. Nueva York: Oxford University Press, 2013.
- Herdegen, Matthias. *Derecho Internacional Público*. México: UNAM, 2005.
- Hitters, Juan Carlos. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10 (2005).
- Kälin, Walter, y Jörg Künzli. *The Law of International Human Rights Protection*. Nueva York: Oxford University Press, 2009.
- Roa, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

OPINIONES CONSULTIVAS

- Corte IDH. “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte. 24 de septiembre de 1982. Opinión consultiva OC-1/82.
- . “*Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*” (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 14 de noviembre de 1997. Opinión consultiva OC-15/97.
- . *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre de 2003. Opinión consultiva OC-18/03.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- Corte Interamericana. “Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo)”. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. 20 de enero de 1989.
- . “Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo)”. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. 19 de enero de 1995.
- . “Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo)”. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. 17 de septiembre de 1997.
- . “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. 12 de noviembre de 1997.
- Corte IDH. “Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. 23 de junio de 2005.
- . “Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. 26 de septiembre de 2006.
- . “Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. 23 de noviembre de 2009.
- . “Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones)”. *Caso Gelman vs. Uruguay*. 24 de febrero de 2011.
- . “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. 24 de febrero de 2012.
- . “Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. 20 de noviembre de 2012.
- . “Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. 28 de agosto de 2014.
- . “Sentencia de 14 de octubre de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Rocha Hernández y otros vs. El Salvador*. 14 de octubre de 2014.
- . “Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. 20 de noviembre de 2014.

- . “Sentencia de 11 de julio de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Duque vs. Colombia*. 11 de julio de 2016.
 - . “Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. 31 de agosto de 2016.
- Corte Internacional de Justicia. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Second Phase). ICJ Reports 1970 3.
- . *Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*. ICJ Reports 1986.

El matrimonio igualitario a la luz de la Convención Americana: análisis de la Opinión Consultiva OC-24/17 en el contexto jurídico ecuatoriano

Equal marriage in the light of the American Convention: Analysis of the Advisory Opinion OC-24/17 in the Ecuadorian legal framework

Gissela Cristina Paredes Erazo

Universidad de Valencia, España
gissela.paredese@funcionjudicial.gob.ec
ORCID: 0000-0003-3861-3059

María Dolores Núñez Ávila

Universidad de Valencia, España
madonua@alumni.uv.es
ORCID: 0000-0002-4705-8002

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.4>

Fecha de recepción: 30 de abril de 2019
Fecha de aceptación: 19 de julio de 2019

Licencia Creative Commons



RESUMEN

En los últimos años, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, se ha avanzado en la protección y reivindicación de los derechos de las personas LGBTI,¹ tal es el caso de la Opinión Consultiva OC-24/17, la cual representa un antes y un después en el marco del reconocimiento de los derechos de igualdad y no discriminación de la comunidad LGBTI. En esta decisión histórica, la Corte declaró que la Convención Americana de Derechos Humanos protege derechos como el cambio de nombre, la rectificación de los registros públicos y documentos de identidad en el marco de la protección de la identidad de género; también extendió los mecanismos legales existentes al matrimonio de parejas del mismo sexo. Esta resolución ha implicado una serie de enfoques y debates internos en los distintos Estados que son parte de la Convención Americana. El objetivo de este artículo es analizar el contenido de la opinión consultiva en relación con el matrimonio igualitario en el marco de la Constitución de la República del Ecuador, así como de las obligaciones asumidas por el Estado en el marco de la comunidad internacional.

PALABRAS CLAVE: Corte IDH- Opinión Consultiva OC-24/17- Matrimonio igualitario- Discriminación-Igualdad y no discriminación-orientación sexual.

ABSTRACT

In recent years, the framework of International Human Rights Law has advanced in the protection and claim of the rights of the persons LGBTI; This is the case of the Advisory Opinion OC-24/17, it represents a significant step forward in acknowledging the rights of equality and non-discrimination for the LGBTI community. In a landmark decision, the Court declared that the American Convention on Human Rights protects rights as the change of name and the rectification of public records and identity documents to conform to a person's gender identity. Furthermore, the Inter-American Court of Human Rights extended all existing legal mechanisms, including the marriage to same-sex couples. This resolution has involved a series of approaches both against and in favor of its implementation in the domestic legislation of the States parties, as in the administrative processes of registry change. The objective of this article is to analyze the content of the advisory opinion with regard to equal marriage in the context of the Constitution of Ecuador, as of the obligations assumed by the state in the framework of the international community.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights- Opinion OC-24/17- Equal marriage- Discrimination- Equality-Sexual Orientation.

FORO

1. Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales.

INTRODUCCIÓN

La Opinión Consultiva OC-24/17 (en adelante Opinión Consultiva) implica un paso trascendental en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGT-BI, especialmente en el concepto de familia diversa. Pese a distintos lineamientos, concepciones filosóficas e incluso religiosas y sociales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) mediante su función consultiva deja atrás viejos preceptos y va más allá de los interrogantes planteados por el Estado de Costa Rica. En respuesta a la Opinión Consultiva se ha generado el debate sobre el efecto vinculante en los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana). El objeto del presente artículo se centra en el análisis del matrimonio igualitario a la luz de la Convención Americana: Análisis de la Opinión Consultiva OC-24/17 en el contexto jurídico ecuatoriano.

LA FAMILIA DIVERSA EN EL MARCO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El concepto de familia ha sido objeto de distintos debates políticos y sociales en las últimas décadas dando como resultado un proceso de transformación social, jurídica, política en distintos países latinoamericanos. Doctrinariamente se ha considerado que los distintos fenómenos sociales han evolucionado el concepto de familia. No obstante, existen quienes estiman que esta evolución responde a un fenómeno de crisis por el cual atraviesa la familia. Para Ortega Ruiz y Mínguez Vallejos, esta concepción responde a un patrón tradicional del concepto de familia, el cual es de vieja data y se ha constituido por el moralismo de antaño que posee una perspectiva homogénea de sociedad e impide la reconstrucción social de la familia.²

De acuerdo con Eichler existen distintos sesgos monolíticos, conservadores e incluso heterosexistas, que impiden visibilizar los distintos tipos de familia.³ Oliva Gómez y Villa Guardiola consideran que cada familia tiene su propia composición, dinámica y reglas, así como cultura y economía, por tanto, su conceptualización debe

2. Pedro Ortega Ruiz y Ramón Mínguez Vallejo, “Familia y transmisión de valores”, *Teoría de la Educación*, 15 (2004): 33-56, <doi.org/10.14201/ted.3022>.

3. Margrit Eichler, “Cambios familiares: del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia”, en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, comp. por Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 468-71.

ser flexible.⁴ En este sentido hablar de la existencia de un tipo tradicional nuclear de familia es imposible, así lo especifica la Observación General n.º 19, al considerar que el concepto de familia puede deferir entre los distintos Estados, por lo tanto, es imposible establecer un concepto de familia uniforme.⁵

Para Juan Marco Vaggione existen dos tendencias claras que deben diferenciarse en el concepto de familia: la primera comprende la familia como una institución única, basada en la heterosexualidad y se constituye por un concepto heteronormativo regulado por la moralidad; y la segunda, el reconocimiento de la familia como una realidad múltiple y diversa mediante un concepto incluyente a las personas LGBTI.⁶

En el desarrollo de la conceptualización de la familia diversa en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontramos distintas sentencias que permiten contextualizar el reconocimiento de la familia diversa a la luz del principio de igualdad y no discriminación: En primer lugar, encontramos la Sentencia de la Corte IDH sobre el caso *Atala Riffo vs. Chile* (2012). En este caso consideró que no existe un concepto único de familia, ya que no existe un modelo único de convivencia familiar y rechazó las construcciones clásicas de familia normal, familia tradicional, o mejor familia que se usan para limitar el ejercicio de los derechos de las personas LGTBI.⁷ La Corte IDH consideró que, en el marco de la Convención Americana, la discriminación con base en la orientación sexual se encuentra prohibida, ya que un derecho reconocido no puede ser negado o restringido, por lo cual los Estados parte de la Convención Americana, al suscribir una cláusula abierta de no discriminación, no pueden alegar su nivel de desarrollo político social como razonamiento para discriminar. En consecuencia, deben abstenerse de realizar acciones que, directa o indirectamente, puedan crear situaciones de discriminación.⁸

En segundo lugar, el caso *Duque vs. Colombia* (2016), centra el tema de prestaciones sociales en parejas del mismo sexo. Este es el caso de una persona que no pudo acceder a este beneficio en virtud de su orientación sexual, ya que no cumplía con los estándares establecidos sobre el concepto de familia tradicional, excluyendo así, las

4. Eduardo Oliva Gómez y Vera Judith Villa Guardiola, “Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización”, *Justicia Juris*, 10, n.º 1 (2014): 11-20, <doi:10.15665/rj.v10i1.295>.

5. ACNUDH, *Observación General*, n.º 19, 27 de julio de 1990, HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I).

6. Juan Marco Vaggione, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, en *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, ed. por Cristina Motta y Macarena Sáez (Bogotá: Red Alas, 2008), 16.

7. Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párrs. 107-110, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>.

8. *Ibid.*, párrs. 72, 73, 80 y 93.

diversas formas de familia. Con respecto a la discriminación en el marco de las prestaciones sociales, la Corte IDH consideró que la distinción entre las parejas del mismo sexo que son excluidas del derecho a la pensión, y las parejas de hecho compuestas por personas de distintos sexos que sí reciben el beneficio de la pensión, no es razonable, ni objetiva, ni existen factores que justifiquen la existencia de la distinción.⁹

Estas sentencias demuestran, en virtud del principio de igualdad y no discriminación, que no existe un concepto estático de familia.

LA FAMILIA DIVERSA, EL MATRIMONIO CIVIL Y LA GARANTÍA DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17

La Opinión consultiva OC-24/17 ha representado un avance en el marco del reconocimiento de la familia diversa. En este sentido, para la Corte IDH la familia está protegida en el marco de la Convención Americana específicamente en el artículo 17. No obstante, la Corte IDH considera que la Convención, al realizar una definición restrictiva del matrimonio o como debe estar formulada una familia, no implica que esta forma de familia sea la única protegida por la Convención; todo lo contrario, la Corte IDH realiza un análisis sobre los distintos instrumentos internacionales concluyendo que ninguno contiene la definición de la palabra familia, sino que existe una formulación más amplia, como es el caso de la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador que se refieren al derecho de “toda persona” de constituir una familia, de modo que ninguno de esos instrumentos hacen alusión al sexo, género o a la orientación sexual de las personas, como tampoco hace alusión a un modelo de familia en particular.¹⁰ Por lo tanto, no se protege un determinado modelo de familia. Esto se debe a que la definición de familia no es exclusiva de aquella integrada por parejas heterosexuales, por lo que el vínculo familiar puede derivar de una relación del mismo sexo.¹¹

9. Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Duque vs. Colombia*, 21 de noviembre de 2016, párr. 106, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf>.

10. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017”, *Opinión Consultiva OC-24/17 (Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo)*, 24 de noviembre de 2017, párrs. 181-4, <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>.

11. *Ibíd.*, párr. 218.

La interpretación restrictiva del concepto de familia que excluya la protección interamericana sobre el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo frustra el objeto y fin de la Convención.¹² Esto se debe a que el vínculo afectivo que protege la Convención es imposible de cuantificar, por tanto, el concepto de familia debe ser entendido de una manera flexible amplia, incluso extendiendo esta protección a aquellas familias poligámicas, ya que no existen motivos para desconocer el vínculo familiar de las parejas del mismo sexo e incluso a familias conformadas por personas de diversas identidades de género y orientación sexual.¹³

Con respecto del matrimonio, la Corte IDH considera que el trato diferente que existe entre parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, en la forma en que puedan fundar una familia, no logra superar el test estricto de igualdad, pues no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional.¹⁴ El negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio típicamente por no cumplir el fin de la procreación es incompatible con el artículo 17 de la Convención.¹⁵

La Corte IDH ha observado que la oposición del matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas; sin embargo, estas convicciones no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad o condicionar lo que la Convención establece respecto la discriminación basada en la orientación sexual.¹⁶ Asimismo, la creación de una institución similar a la institución del matrimonio para la unión entre parejas del mismo sexo que produzca los mismos efectos carece de sentido y no es admisible ya que esta distinción es discriminatoria e incompatible con la Convención. De este modo, mediante el estereotipo de heteronormatividad, existiría un matrimonio para quienes son considerados normales y otra institución para quienes han sido considerados anormales, lo que para la Corte IDH no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que este acto es discriminatorio.¹⁷ Por lo tanto, mientras exista la voluntad de conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes. Esto no significa que se reste valor a la institución del matrimonio, sino, por el contrario, es necesario para reconocerle igual

12. *Ibíd.*, párr. 189.

13. *Ibíd.*, párrs. 179, 190 y 191.

14. *Ibíd.*, párr. 220.

15. *Ibíd.*, párr. 221.

16. *Ibíd.*, párr. 223.

17. *Ibíd.*, párrs. 218 y 224.

dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano históricamente oprimido y discriminado.¹⁸

La Corte IDH considera que los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.¹⁹

RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS “DIVERSOS TIPOS DE FAMILIA” A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN –UNIÓN DE HECHO Y MATRIMONIO– EN EL CONTEXTO ECUATORIANO

Para hablar de reconocimiento constitucional es imprescindible hablar de la forma de Estado y, específicamente del Estado ecuatoriano, un Estado constitucional de derechos²⁰ y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.²¹ La Constitución liberal de 1906 marcó la separación absoluta entre Estado e Iglesia, eliminando toda mención que se hacía en otras constituciones sobre Dios y la religión; a partir de 1906 los asuntos religiosos dejan de tener un interés político para el Estado.²²

Lo laico cobra importancia en la progresión de los derechos de familias diversas, en tanto la Iglesia se ha caracterizado por mantener una postura radical y contraria respecto a la posibilidad de establecimiento de familias que no sean conformadas mediante matrimonio y en la relación binaria de hombre-mujer.

De esta manera, el reconocimiento de los derechos en una carta constitucional es importante, ya que representa una forma de interacción entre el Estado y la sociedad. Además, la esencia de la Constitución como cuerpo legal implica que se pueda mate-

18. *Ibíd.*, párrs. 33 y 224.

19. *Ibíd.*, párrs. 218 y 228.

20. La Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La Constitución es material, orgánica y procedimental. Ramiro Ávila, *La Constitución del 2008 en el contexto andino* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010).

21. Defender sistemas de exclusión de derechos no contribuye a la construcción de democracias robustas ni de un Estado constitucional de Derechos y Justicia. Voto concurrente: juez Ramiro Ávila Santamaría. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia (matrimonio igualitario)”, en *Juicio n.º 111-18-CN/19 junio-CC*, 12 de junio de 2019, 2.

22. Enrique Ayala Mora, ed., *Historia constitucional. Estudios comparativos* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2014).

rializar, con ello, que los derechos sean reales en su aplicación y no solamente postulados plasmados en el papel sin ningún efecto práctico para la sociedad.

Se cambia la concepción de la ley como fuente de prescripción de los lineamientos estatales y en consecuencia el ejercicio y la aplicación de los derechos. Respecto de la función unificadora de la Constitución, y la importancia de las constituciones contemporáneas como remedio a un orden jurídico que no ha tomado en cuenta a derechos más altos, que incluso obligan al legislador.²³

En el contexto de los derechos que se consideran transversales en la Constitución ecuatoriana se encuentran el derecho a la igualdad y no discriminación, contenido en la Convención Americana, relevante por la interdependencia que tiene con otros derechos.

Robert Alexy formula una teoría basada en todos los escenarios posibles en los cuales se desarrolla la igualdad, así como su aplicación. Esta teoría aplicada en relación directa entre el principio/derecho a la igualdad y las familias diversas podría interpretar “La Igualdad en la Aplicación y en la Formulación del Derecho”, distinguiendo entre un derecho general de igualdad y derechos especiales de igualdad.

Es de esta manera, cuando un ordenamiento jurídico considera a todas las personas como iguales ante la ley, que se interpreta como un mandato de igualdad en la aplicación del derecho. El mandato de igualdad exige en principio que todos sean tratados igual por el legislador. Lo anterior no quiere decir que el legislador tiene que colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas, propiedades naturales o situaciones fácticas, ya que esto conduciría a normas no funcionales, disparatadas e injustas.

Respecto del principio general de igualdad dirigido específicamente al legislador, no se puede exigir que todos sean tratados de la misma manera y que todos deban ser iguales en todos los aspectos, y es bajo esta conclusión que Alexy formula la conocida expresión “tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”, pero hay que buscar las razones suficientes para explicar un tratamiento desigual. Es decir, “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”.²⁴

La CRE da un tratamiento a la igualdad bajo dos enfoques: como principio²⁵ y como derecho.²⁶ La premisa de igualdad general de Alexy se ve manifestada en el art.

23. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, 1997).

24. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 383.

25. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.2.

26. *Ibid.*, art. 66.4, “El Estado reconoce y garantiza a las personas el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

11 de la CRE. La institución de la familia diversa estaría bajo el supuesto de igualdad general. La CRE establece que los ciudadanos no pueden ser discriminados por su identidad de género, ni por su orientación sexual.

Se podría expresar que las familias diversas constitucionalmente gozan de un reconocimiento igualitario,²⁷ porque así el Estado lo reconoce; es entonces que el análisis debe profundizarse para poder conocer si los vínculos jurídicos y/o de hecho son iguales para todas y todos los ciudadanos.²⁸

Uno de los vínculos por el cual se puede formar una familia son las uniones de hecho, que se encuentran en el art. 68 de la CRE: “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”. En este punto cabe analizar la titularidad del derecho para establecer la unión de hecho como manera de conformación de la familia. El artículo citado habla de “personas”; de acuerdo con lo mencionado, “personas” no diferencia ningún tipo de índole étnico, social o de género, con lo que se concluye que todos los ciudadanos pueden acceder a la unión de hecho sin ningún tipo de discriminación.

Las condiciones que señala la ley exigen que debe existir normativa secundaria que regule las formalidades por la cuales las personas podrán ejercer su derecho a formar una familia. Es necesario recordar que la CRE contiene el principio consagrado en el art. 11.4, que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos; entonces, cuando una norma jurídica desarrolle las condiciones y/o requisitos, estas no podrían atentar al espíritu constitucional. En la Constituyente de 2008 se incluyó el vínculo de la unión de hecho a las parejas del mismo sexo: un avance significativo en el reconocimiento de los derechos de personas LGBTI, y una manera viable de formar un vínculo jurídico familiar, sin ser el único.²⁹

27. 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.

28. Sentencia n.º 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, 14, párrafos 51, 76.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en la “Sentencia ‘Caso Satya’”, en *Juicio n.º 184-18 Sep.-CC*, 29 de mayo de 2018, expresó: “Un aspecto fundamental que debe ser leído en los términos establecidos, es el vínculo filial que se forma entre los padres y madres para con sus hijos, aspecto que ha de ser garantizado desde la diversidad de núcleos familiares existentes, en consideración al goce en condiciones de igualdad que poseen las uniones de hecho y el especial reconocimiento que la Constitución consagra hacia las familias en sus diversos tipos”, 72.

29. Sentencia n.º 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, 18, párrafo 200. La unión de hecho y el matrimonio, a pesar de la declaración constitucional de que genera los mismos

Se debe analizar si esta genera los mismos derechos y obligaciones que las familias constituidas mediante matrimonio. Alexy argumenta que la “razón suficiente” consiste en una carga de argumentación, tanto para los tratamientos iguales como para los desiguales, es decir, la máxima de igualdad se convierte en una exigencia de fundamentación.³⁰

En el tema de las familias diversas *prima facie* no se detecta ningún tratamiento desigual constitucionalmente establecido, sino, por el contrario, se establece igualdad total de sus derechos. Una sociedad sin discriminación ni violencia tiene que ser pluralista por definición, aceptar la diversidad humana sin que se implante un solo modelo sobre otro.

En ese sentido, no se podría hablar de “la familia”, pues lo que cabe es una diversidad de “familias”, en lo que las defina sea el mutuo consentimiento de querer compartir un vínculo y permanecer en él, y no elementos extraños, como la imposición de una ley, o por parentescos sanguíneos.³¹ Este tipo familiar, tan común en Latinoamérica, nos permite encontrar familias no comprendidas como la definición legal lo presupone; y, por ende, estas deben merecer igual protección y atención en el desarrollo de la sociedad que las derivadas de un acto fundacional volitivo, como lo es el matrimonio.³² Así lo determinó la Corte Constitucional del Ecuador:

Esta concepción implica una nueva determinación de la familia, pues la concepción y protección de una sola forma familiar aislada de las realidades plurales, *prima facie*, implica una desprotección de los núcleos reconocidos por la norma constitucional; consecuentemente, el no reconocimiento y garantía de los diversos tipos de familia involucra una actuación u omisión contraria a la Constitución, que a su vez demanda una intervención de la justicia constitucional. Dicho lo cual, la familia adquiere una diversidad de formas de constitución.³³

El matrimonio se establece como “unión entre hombre y mujer”; acorde con el hilo teórico, existe una desigualdad de tratamiento de quienes pueden acceder al matrimonio

derechos y obligaciones, tienen regulaciones diferentes legalmente y también apreciaciones culturales diversas.

30. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales*, 383.

31. Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en la “Sentencia ‘Caso Satya’”, en *Juicio n.º 184-18 Sep.-CC*, 29 de mayo de 2018, expresó: “La familia conformada por las señoras Nicola Rothern, Helen Bricknell y la niña Satya Amani goza de protección constitucional, por lo que su vínculo filial debe ser garantizado en forma igualitaria a la protección que se otorga a las familias por vínculo matrimonial”, 72.

32. Marcela Huaita Alegre, *Declaración Universal de Derechos Humanos: Texto y comentarios inusuales* (San José: ILANUD, 2001), 257-62.

33. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia ‘Caso Satya’”, en *Juicio n.º 184-18 Sep.-CC*, 29 de mayo de 2018, 83.

como una de las maneras para formar una familia.³⁴ Cabe preguntarse, entonces, si existió una “razón suficiente” para realizar la distinción, o si la fundamentación constituyente fue lo suficientemente sustentada para permitir que se genere este tipo de distinción.

El Consejo de Estado de Colombia determinó que la figura de familia va más allá del matrimonio. La disposición de conformar una familia nace de la decisión libre de dos personas que asumen lazos de solidaridad, apoyo, cariño, amor y convivencia. En el fallo se hizo un análisis de la evolución de la figura de familia como institución sin importar raza, estatus u orientación sexual, para conformar de manera libre y autónoma una familia.

El art. 66.9 de la CRE reconoce: “El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras”. Este derecho debe ser respetado por el Estado, al concluir que como principio democrático no se puede avalar “un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría”, irrespetando el derecho expreso a la sexualidad y su orientación sexual. El principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley por razones de orden sexual se somete a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría a un trato diferente.³⁵

Por último, dentro de los derechos de libertad en el art. 66.20 se garantiza “el derecho a la intimidad personal y familiar”. Cuando las personas expresan la voluntad de formar una familia, no se debería distinguir la orientación sexual de las personas que deseen conformarla.³⁶ Para ello, la familia homosexual surge de la “voluntad responsable” de conformarla; que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía, la autodeterminación y a la igualdad. Así también, es improcedente “efectuar un pronunciamiento de carácter general conforme al cual

34. Sentencia n.º 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, 43, párrafo 210, expresa: “Efectivamente, cualquier persona en el Ecuador puede escoger, para formar una familia, la unión de hecho. De esta norma, sin embargo, no se deriva una obligación para las parejas del mismo sexo de utilizar esta figura legal para acceder al derecho de la familia ni tampoco podría ser considerada como la única opción”.

35. *Ibíd.*

36. Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en la “Sentencia ‘Caso Satya’”, en *Juicio n.º 184-18 Sep.-CC*, 29 de mayo de 2018, expresó: Sobre la base de la igualdad formal de derechos y obligaciones, la unión de hecho de la señora Nicola y Helen, posee el mismo derecho a registrar la filiación respecto a la doble maternidad de su núcleo hacia su hija, así como la tienen los núcleos heterosexuales respecto de sus hijos. En este sentido, la igualdad en cuanto a norma imperativa del derecho, obliga una aplicación normativa en la que cada familia sea considerada como igual en las diversas y especiales condiciones de su constitución.

toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja (homosexuales y heterosexuales) resulta contraria a la Constitución”.³⁷ En los casos de familia se podría producir lo que los magistrados expresan como “déficit de protección”.³⁸

Con respecto de los derechos de libertad y su aplicación en el tratamiento de la igualdad, se han tomado la jurisprudencia de la Corte colombiana y la reciente Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Es posible mencionar que nuestra Constitución, al solo proteger aparentemente a los matrimonios heterosexuales, violaría la dignidad humana de los homosexuales, reduciéndoles la posibilidad de vivir plenamente dentro de su plan de vida.

La Constitución con base en el principio de igualdad y no discriminación es compatible con el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH y de la Opinión Consultiva; y tanto la unión de hecho como el matrimonio son maneras de conformación formal de la familia. El principio de igualdad finalmente está accesible a todos los ciudadanos sin dependencia de su orientación sexual como manera de constitución de familias más diversas.³⁹

COMPATIBILIDAD DE LA OPINIÓN CONSULTIVA OC/24-17 EN RELACIÓN CON LOS DISTINTOS TIPOS DE FAMILIA Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO, EN EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

Como se viene analizando, en la CRE en el art. 11 se enuncian los principios de aplicación de los derechos que constituyen el pilar fundamental para el desarrollo efectivo y eficaz de los mismos en un Estado. Bajo estas consideraciones, los siguientes principios tienen directa relación con los derechos a una familia diversa, reconocidos constitucionalmente:

- El principio de igualdad y no discriminación: las familias tienen que ser tratadas de forma igual y sin ningún tipo de discriminación; si no existe una razón suficiente para un trato diferenciado, se considera un trato discriminatorio.
- Aplicación y justiciabilidad directa de derechos:⁴⁰ no se puede alegar falta de normativa inferior para el desarrollo de los derechos en cuanto al reconoci-

37. *Ibid.*

38. *Ibid.*

39. Sentencia n.º 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, 12.

40. Voto concurrente Caso 10-18-CN (matrimonio entre personas del mismo sexo), juez Ramiro Ávila Santamaría, párrafos, 10, 11, 12.

miento de la familia diversa. El derecho reconocido respecto de la unión de hecho que faculta a personas homosexuales formar una familia a través de esta institución no requiere la existencia de algún tipo de normativa diferenciada. A pesar de que este derecho fue reconocido en la constituyente de 2008, es recién a partir del 15 de septiembre de 2014 que entró en vigor la resolución que permite formalizar la unión de hecho mediante la inscripción en el Registro Civil; para ello se debió esperar seis años una resolución del Registro Civil para otorgarles plenos derechos.

- Prohibición de restricción normativa: no permite que una ley inferior a la Constitución restrinja el contenido esencial de los derechos. Para el caso de familias diversas cualquier norma que pudiese crearse para el efecto se deberá acoger al deber de protección y garantía que le ofrece la Constitución.
- Progresividad y no regresividad de los derechos: derechos nunca antes reconocidos han marcado hitos en la sociedad ecuatoriana: derechos de la naturaleza, el derecho a la resistencia y derechos de familias diversas. Más allá de un mero reconocimiento constitucional, la progresividad debe verse reflejada en políticas y normas que emanen del poder, que permitan que el derecho sea tangible.

El Código Civil ecuatoriano en el art. 81 prescribe que el “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”. La CRE manifiesta en el art. 67 que “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”. La convivencia y el auxilio mutuo no necesariamente se dan entre hombre y mujer, por lo que sería discriminatorio pensar que estas cualidades devienen intrínsecamente de la condición biológica del ser humano, al comprenderlo que se expresan en el antagonismo entre hombre y mujer.

Otro elemento constitutivo en el matrimonio es la procreación.⁴¹ Frente a esta característica se ha considerado que:

La procreación no es una obligación, sino una posibilidad que se les ofrece a los casados y que el legislador, atendiendo a lo que suele ser normal en la realidad, reconoció, otorgándole el carácter de finalidad del matrimonio, lo que no implica la imposición de una obligación inexcusable de tener hijos, ni un desconocimiento de los derechos a la autodeterminación reproductiva, a la autonomía individual y al derecho al libre desarrollo de la

41. Sentencia n.º 10-18-CN/19, jueza ponente: Ali Lozada Prado, 10.

personalidad. [...] la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato.⁴²

Por ello, es necesario precisar que “El matrimonio y la familia son previos a la Constitución, y es precisamente el modelo que la Constitución acoge el que delimita la capacidad de regulación que tienen los poderes públicos”.⁴³ Por ende, el matrimonio y la familia deben reflejar una realidad social, acorde a la evolución del derecho. Pese a lo anterior, en la doctrina se han diferenciado las uniones cuyos miembros no pueden casarse: aquellos que no pueden casarse por tener constitucionalmente vedado el acceso al matrimonio.⁴⁴ Hasta hoy, el contrato de matrimonio ha proporcionado una protección mayor que cualquier otra figura jurídica, por lo que al prohibir explícitamente el matrimonio a cierto tipo de personas genera un nivel de protección menor a las personas que no pueden acceder a él.

Negar el matrimonio a las personas no heterosexuales “perpetúa un conjunto de prejuicios atávicos de origen fundamentalmente religioso que niegan el derecho a la igualdad efectiva y la protección contra la discriminación de las personas pertenecientes a las minorías sexuales”.⁴⁵ Es necesario, por lo tanto, que “el derecho al reconocimiento de las uniones legales de personas del mismo sexo constituye una constante de los derechos modernos y un deber de los poderes públicos, pues la falta de tal reconocimiento representa, una discriminación indebida y una violación de los derechos constitucionales a la igualdad y a la no- discriminación”.⁴⁶

En consecuencia, es posible concluir que existen principios en la Constitución como los de igualdad y no discriminación, así como la prohibición de restricción normativa, que podrían estar en contradicción con los artículos constitucionales referentes a los derechos de la familia y en específico al reconocimiento de la familia diversa.

Lo anterior se sitúa en la doctrina que Bachof denominó como “Normas constitucionales inconstitucionales”, en cuanto a “Las distintas posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas)”. Explica que, “aunque en el seno de una Constitución generalmente eficaz, una de las normas no satisfaga las condiciones dispuestas en ella para que pueda ser eficaz, cabe hablar de una norma constitucional

42. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-577/11.

43. Pablo Nuevo, *Reflexiones Constitucionales a propósito del llamado “Matrimonio Homosexual”* (Barcelona: Universidad Abat Oliva, 2006), 36.

44. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-577/11.

45. Beatriz Espinoza, ed., *Cuerpos y diversidad sexual: aportes para la igualdad y el reconocimiento* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008), 22.

46. *Ibid.*, 25.

“inconstitucional” siendo, por lo tanto, inválida”.⁴⁷ Así en el caso de la unión de hecho que se respetan los principios de igualdad y no discriminación, no obstante, en el caso del matrimonio, la norma no satisfacía los principios constitucionales, debido a la limitación el acceso y ejercicio de este derecho a personas que tienen una orientación sexual diferente. Esta norma no “cumpliría las condiciones dispuestas para ser eficaz”; de esta manera se podría declarar la invalidez de la misma.

Entendiendo que el carácter material de la CRE contiene los principios y derechos constitucionales, que son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma, es posible indicar que la restricción tanto del matrimonio como de la adopción a parejas del mismo sexo contraviene la Constitución material que enuncia a la igualdad como principio para el ejercicio de los derechos. La contradicción podría declarar la inconstitucionalidad de la norma.

DEBATE SOBRE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE ENFRENTA LA OPINIÓN CONSULTIVA EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA COMUNIDAD LGBTI

El carácter vinculante que posee una opinión consultiva con respecto a los Estados Parte de la Convención Americana ha sido el principal debate en la comunidad latinoamericana, ya que no se trata de una sentencia resuelta por la Corte IDH, por tanto, no está sujeta a las potestades de ejecución. Además, no existe un desarrollo jurisprudencial que indique que las opiniones consultivas tengan un efecto vinculante, como tampoco se encuentra expresamente establecido en la Convención Americana, constituyendo el principal obstáculo que enfrenta la comunidad LGBTI para solicitar el cumplimiento de la Opinión Consultiva.⁴⁸

Si bien la Corte IDH ha manifestado que las opiniones consultivas no poseen efecto vinculante,⁴⁹ en el desarrollo de las distintas opiniones consultivas desde la OC-16/99 se le han atribuido otras funciones como: la función interpretativa, la función

47. Otto Bachof, *Normas constitucionales inconstitucionales?* (Lima: Palestra, 2010), 72.

48. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia (matrimonio igualitario)”, en *Juicio n.º 111-18-CN/19 junio-CC*, 12 de junio de 2019, 9.

49. Corte IDH, “Opinión Consultiva, OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982”, *Opinión Consultiva OC- 1/82 (Otros Tratados. Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos))*, 24 de septiembre de 1982, párr. 51, <<https://www.catalogoderechoshumanos.com/opinion-consultiva-1-cidh/>>.

preventiva y la función de guía de actuación de los Estados en la protección de Derechos Humanos;⁵⁰ por tanto, posee efectos jurídicos innegables.⁵¹

Para Jorge Roa, el hecho de que existan al menos veinte sentencias contenciosas de la Corte IDH, en las que se aplican estrictamente criterios formulados en las opiniones consultivas, prueba que la Corte entiende que la fuerza horizontal de sus opiniones consultivas es absoluta.⁵² Ángeles Cruz Rosel y Carlos Escoffipe Duarte destacan que, en el ejercicio de la función consultiva de la Corte IDH, si bien no existen partes involucradas y no existe un litigio para resolver, cumplen la función propia de un control de convencionalidad preventivo.⁵³

Es importante destacar la interrelación que sostiene el Derecho Constitucional, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en virtud del principio *pro homine* como principio rector en la relación entre el derecho interno y el derecho internacional y como principio de aplicación de los derechos humanos. En virtud de la Convención Americana, el principio *pro homine* sirve como herramienta para vincular a los dos sistemas normativos hacia una mejor defensa de los derechos de las personas independientemente de que norma sea considerada como superior.⁵⁴

En este contexto el primer elemento que ha defendido el efecto vinculante de la Opinión Consultiva deviene de la jerarquía normativa existente en los distintos Estados de la región. En el caso ecuatoriano esta jerarquía se encuentra contenida en el artículo 425 de la Constitución, situando a la Constitución como pilar fundamental del ordenamiento jurídico. Paralelamente, el artículo 424 de la Constitución explica que las normas de derechos humanos prevalecen sobre cualquier otra de derecho interno. La Constitución ecuatoriana considera que los instrumentos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables que los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. En este aspecto

50. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia (matrimonio igualitario)”, en *Juicio n.º 111-18-CN/19 junio-CC*, 12 de junio de 2019, 16.

51. Corte IDH, “Opinión Consultiva, OC-16/99, de 1 de octubre de 1999”, *Opinión Consultiva OC-16/99 (El Derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del Debido proceso Legal)*, de 1 de octubre de 1999, párr. 48, <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf>.

52. Jorge Ernesto Roa, *La función consultiva de la Corte Interamericana* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).

53. Rafael Rodríguez, “La protección del derecho a la identidad de género de las personas trans en el ordenamiento jurídico peruano desde una mirada dialógica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Avances, Retrocesos y desafíos (2014-2018)”, *Revista del Instituto de la familia*, n.º 07 (2018): 165-87; Corte IDH, “Sentencia de 20 de marzo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 20 de marzo de 2013, párr. 69, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>.

54. Luis Eduardo Vieco, “La Universalización de los Derechos Humanos”, *Analecta Política*, n.º 3 (2012): 165-79.

la Opinión Consultiva al contener la interpretación de un instrumento de derechos humanos, que contiene la interpretación de derechos “más favorables”, prevalece sobre las normas jurídicas internas del país y, como se ha analizado previamente, en virtud del principio de igualdad y no discriminación son compatibles con la Constitución de 2008. El artículo 11.3 de la Constitución ecuatoriana reconoce la aplicabilidad directa de los derechos humanos consagrados en diversos instrumentos internacionales en la materia. En el número 8 de este artículo se reconoce el carácter progresivo de estos derechos, como el deber estatal de interpretarlos a la luz de la jurisprudencia. Las obligaciones asumidas por el Estado Ecuatoriano como Estado parten de un instrumento internacional. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el artículo 27 y la Convención Americana en el artículo 2 establecen el deber de los Estados de cumplir con lo pactado en tratados internacionales, aun cuando estas disposiciones sean contrarias al ordenamiento jurídico interno.⁵⁵ De acuerdo con el Frente por los Derechos Igualitarios no es necesaria una ley para acatar la opinión consultiva, ya que, en materia de Derechos Humanos, la reserva de ley se aplica cuando se busca establecer un límite o restricción a estos, no cuando se pretende extender o garantizar un derecho determinado; por ende, el disfrute y ejercicio de los derechos humanos no requiere de una ley en sentido estricto.⁵⁶

En el caso de la Corte Constitucional ecuatoriana ha sido considerado en varias sentencias las normas y principios interpretados por la Corte IDH, mediante opiniones consultivas, de tal modo de constituir un instrumento de interpretación sobre un tratado internacional del cual el Ecuador es parte. En la Sentencia n.º 11-18-CN/19, se considera que el Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe, sin que se pueda invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Por tanto, estas son parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y tienen que ser observadas en Ecuador por toda autoridad pública en el ámbito de su competencia. En consecuencia, los derechos y garantías reconocidas en la Opinión Consultiva OC-24/17, que interpreta con autoridad la Convención Americana, forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad, como lo denomina la Corte IDH, y son parte del *corpus iuris*; esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico.

55. Es importante destacar que el Ecuador es Estado Parte de estos dos instrumentos internacionales. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia (matrimonio igualitario)”, en *Juicio n.º 111-18-CN/19 junio-CC*, 12 de junio de 2019.

56. FDI, *Guía sobre la Opinión Consultiva OC-24/2017 de la Corte IDH: sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo y sus implicaciones jurídicas* (San José: FDI, 2018).

CONCLUSIONES

La Opinión Consultiva OC-24/17 ha despertado críticas y se considera que la Corte IDH incurrió en el vicio de *extra petita*, ya que la consulta del Estado costarricense se centraba principalmente en la interpretación de la protección contenida en la Convención Americana sobre el reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género; como también solicitó la interpretación con respecto al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo. Al respecto, la Corte IDH estimó que la protección de estos derechos trasciende las barreras patrimoniales, proyectándose así, a todos los derechos humanos reconocidos a las parejas heterosexuales. Por tanto, en el marco de garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, sino que las normas existentes se hacen extensibles a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, en virtud del principio pro-persona. Además, este constituye el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo, considerando que los argumentos relacionados con la religión o las concepciones filosóficas que se opongan al reconocimiento de estos derechos no son un argumento válido para negar o restringir derechos. La CRE es la norma suprema para el reconocimiento de deberes y derechos de los ciudadanos y ciudadanas. Ecuador, al ser un Estado constitucional de derechos, reconoce a los mismos como el eje primordial; los cuales deben atravesar todo acto que emane del poder público y privado, con la existencia de las debidas garantías de protección. Entre los derechos reconocidos en la Constitución en el año 2008, se encontraba el reconocimiento de las familias diversas (art. 67). Para las parejas con diferente orientación sexual a la heterosexual, la única manera de conformación de una familia era por medio de la unión de hecho, derecho otorgado con titularidad a todos los ciudadanos, sin importar su orientación sexual, sin embargo, al detectarse una violación al principio/ derecho a la igualdad y no discriminación, y al no existir una razón suficiente para un tratamiento desigual; en junio de año 2019, la Corte Constitucional del Ecuador emitió una sentencia que permite el matrimonio civil a las parejas conformadas por personas homosexuales, como otra manera de conformación de una familia. Es decir, en la actualidad, la conformación de las familias, sea esta diversa o no, en ejercicio y titularidad de sus derechos, es accesible a todos los ciudadanas, pudiendo escoger entre las figuras de la unión de hecho y el matrimonio, sin ninguna razón de restricción normativa o constitucional que vulnere los derechos de las personas con orientaciones sexuales diferentes.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUDH. *Observación General*, n.º 19. 27 de julio de 1990. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I).
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Ávila, Ramiro. *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Ayala Mora, Enrique, ed. *Historia Constitucional. Estudios Comparativos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2014.
- Bachof, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra Editores, 2010.
- Carbonel, Miguel, ed. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- Colombia Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia”. *Juicio n.º C-577/11*. 26 de julio de 2011.
- Corte IDH. “Opinión Consultiva, OC-16/99, de 1 de octubre de 1999”. *Opinión Consultiva OC-16/99 (El Derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del Debido proceso Legal)*. 1 de octubre de 1999, párr. 48. <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf>.
- . “Opinión Consultiva, OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982”. *Opinión Consultiva OC-1/82 (Otros Tratados. Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos))*. 24 de septiembre de 1982, párr. 51. <<https://www.catalogoderechoshumanos.com/opinion-consultiva-1-cidh/>>.
- . “Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017”. *Opinión Consultiva OC-24/17 (Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo)*. 24 de noviembre de 2017, párrs. 181-4. <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>.
- . “Sentencia 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. 28 de noviembre de 2012, párr. 145. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>.
- . “Sentencia de 20 de marzo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 20 de marzo de 2013, párr. 69. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>.
- . “Sentencia de 21 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Duque vs. Colombia*. 21 de noviembre de 2016, párr. 106. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf>.
- . “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. 24 de febrero de 2012, párr. 90. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>.

- . “Sentencia de 27 de abril de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Forenon e hija vs. Argentina*. 27 de abril de 2012. <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>.
- . “Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. 31 de agosto de 2016, párr. 106. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf>.
- Diez Picazo, Luis. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2008.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.2.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia (matrimonio igualitario)”. En *Juicio n.º III-18-CN/19 junio-CC*, 12 de junio de 2019.
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º 184-18 Sep.-CC*, 29 de mayo de 2018.
- Eichler, Margrit. “Cambios familiares: del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia”. En *El género en el derecho. Ensayos crítico*, compilado por Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Espinoza, Beatriz, ed. *Cuerpos y diversidad sexual: aportes para la igualdad y el reconocimiento*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- FDI. *Guía sobre la Opinión Consultiva OC-24/2017 de la Corte IDH: sobre la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo y sus implicaciones jurídicas*. San José: FDI, 2018.
- Huaita Alegre, Marcela. *Declaración Universal de Derechos Humanos: Texto y comentarios inusuales*. San José: ILANUD, 2001.
- Levi Strauss, Claude. *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*. Barcelona: Anagrama, 1995.
- Nuevo, Pablo. *Reflexiones Constitucionales a propósito del llamado “Matrimonio Homosexual”*. Barcelona: Universidad Abat Oliva, 2006.
- Oliva Gómez, Eduardo, Guardiola Villa y Judith Vera. “Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización”. *Justicia Juris* 10, n.º 1 (2014): 11-20.
- ONU Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. núm. 217 A(III).
- Ortega Ruiz, Pedro, y Ramón Mínguez Vallejo. “Familia y transmisión de valores”. *Teoría de la Educación* 15 (2004): 33-56. <doi.org/10.14201/ted.3022>.
- Roa, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Rodríguez, Rafael. “La protección del derecho a la identidad de género de las personas trans en el ordenamiento jurídico peruano desde una mirada dialógica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: avances, retrocesos y desafíos (2014-2018)”. *Revista del Instituto de la familia*, n.º 7 (2018): 165-87.

- Vaggione, Juan Marco. “Las familias más allá de la heteronormatividad”. En *La Mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, editado por Cristina Motta y Macarena Sáez. Bogotá: Red Alas, 2008.
- Vieco, Luis Eduardo. “La universalización de los derechos humanos”. *Analecta Política*, n.º 3 (2012): 165-79.
- Villabela, Carlos Manuel. “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25 (2010): 49-76.
- Zagrebelky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1997.

El concepto de matrimonio y la Opinión Consultiva 24/17. Una crítica

*The concept of marriage and the Advisory Opinion.
A critic*

Vicente Manuel Solano Paucay

Universidad de Cuenca, Ecuador

vicente.solano@ucuenca.edu.ec

ORCID: 0000-0003-3955-81

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.5>

Fecha de recepción: 19 de enero de 2019

Fecha de aceptación: 9 de septiembre de 2019

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El artículo explora las críticas que se han formulado sobre el concepto de matrimonio que contiene la Opinión Consultiva 24/17. Desde una posición conservadora se señala que el matrimonio se circunscribe a personas de diferente sexo. La premisa que sostiene el pro-matrimonio “heterosexual” establece la unión entre hombre y mujer, por lo que única y exclusivamente el vínculo matrimonial se podría constituir con personas de diferente sexo. La tesis central sobre el matrimonio se concentra en que este, desde sus orígenes, su concepto o naturaleza, ha sido exclusivo de las personas heterosexuales. Y esta noción se fundamentaría en base al artículo 67 de la Constitución ecuatoriana. Mientras, desde una posición más progresista, se rechaza que el concepto sea tan reducido. El movimiento pro-matrimonio igualitario sustenta su razonamiento sobre el principio de igualdad, pero, de manera específica, en la prohibición de discriminación que se encuentra en el inciso segundo del mismo artículo 11 número 2. Por ello, analizo y critico la primera y segunda posición, desde una perspectiva interpretativa y moral, con el fin de obtener una mejor argumentación, desde un minucioso análisis conceptual. Así desde la tesis interpretativa la regla del artículo 67 podría ser vista en cuatro posibles “interpretaciones” –normas– plausibles del matrimonio. Por otro lado, bajo la tesis moral utilizaré el argumento moral ingenuo y el sofisticado con el objetivo de realizar una redefinición de los argumentos morales en cuanto al matrimonio.

PALABRAS CLAVE: Corte Interamericana de Derechos Humanos, función consultiva, matrimonio igualitario, género, moral.

ABSTRACT

The article explores the criticisms that have been made about the concept of marriage contained in Advisory Opinion 24/17. From a conservative position it is indicated that the marriage is limited to people of different sex. The premise that supports the “heterosexual” pro-marriage establishes the union between man and woman, for that reason only and exclusively the marriage bond could be constituted with people of different sex. The central thesis about marriage focuses on the fact that, from its origins, its concept or nature, it has been exclusive to heterosexual people. Also, this notion would be based on article 67 of the Ecuadorian Constitution. While from a more progressive position it is rejected that the concept is so reduced. Meanwhile, the egalitarian pro-marriage movement supports its reasoning on the principle of equality, but specifically, in the prohibition of discrimination found in the second clause of the same article 11 numeral 2. Therefore, I analyze and criticize the first and second position, from an interpretative and moral perspective, in order to obtain a good argumentation, from a meticulous conceptual analysis. The interpretative thesis the rule of article 67 could be seen in four possible “interpretations” - plausible rules of marriage. On the other

hand, under the moral thesis I will use the naive and sophisticated moral argument with the aim of realizing a redefinition of moral arguments regarding marriage.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights, advisory function, equal marriage, gender, moral.

FORO

INTRODUCCIÓN

La Constitución ecuatoriana de 2008 elevó a rango constitucional la institución del matrimonio. Así, el movimiento pro-matrimonio “heterosexual” se ha centrado en el argumento de la tesis de la interpretación literal de la Constitución. Mientras tanto el movimiento pro-matrimonio “igualitario” defiende la necesidad de abandonar la tesis literalista. El movimiento pro-matrimonio “heterosexual” ha fundado su tesis en el artículo 67 de la Constitución que en lo principal señala que: “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer”. Esto implicaría que nuestro texto constitucional permitiría únicamente el matrimonio para las personas de diferente sexo.

En este contexto, el 9 de enero de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH en adelante) hizo pública su opinión consultiva 24/17 sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.¹ En lo principal, esta reconoció la identidad de género como un derecho autónomo, así como la protección de la Convención Americana de las parejas del mismo sexo y la garantía del matrimonio sin importar la orientación sexual. En la que es considerada una de las más importantes opiniones consultivas, esta expande el concepto de matrimonio con el fin de garantizar que a esta institución puedan acceder las personas de diferente sexo. La opinión consultiva ha generado un gran debate sobre la aplicación de esta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. No obstante, este artículo no pretende determinar la obligatoriedad o vinculatoriedad de esta, sino hacer un examen exhaustivo de las tesis que sostienen la pretensión a favor o en contra del matrimonio igualitario.

En cuanto a la teoría de la interpretación jurídica pretendo trabajar desde algunas premisas que son primordiales, en primer lugar, asumo una concepción escéptica realista, no así formalista o neo-cognitivista. La teoría formalista acepta que la interpretación es un acto de conocimiento, es decir, que se busca descubrir el único significado verdadero de un texto normativo; por tanto, pertenece al discurso descriptivo. En

1. Opinión Consultiva 24/17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2017).

cambio, la teoría neo-cognitivistica –hegemónica– asume que existe una vaguedad de los textos normativos, en síntesis, que, frente a los casos fáciles, en los que el campo de aplicación es claro, también existen los llamados casos difíciles, donde el juez, puede de forma discrecional definir la interpretación en cuanto a los hechos, es decir, en la interpretación en concreto, no así lo mismo de la interpretación en abstracto. Por tanto, excluye que los métodos de interpretación o la misma discrecionalidad judicial puedan operar en abstracto.

Finalmente, la teoría del escepticismo realista sostiene que tanto los diversos métodos de interpretación y la dogmática son elementos que determina la equívocidad y la vaguedad del lenguaje de las fuentes del derecho, lo que implica que efectivamente un texto normativo tiene varios significados, es decir, no hay un sentido objetivo o unívoco como señalan los formalistas. Es decir, los enunciados interpretativos pertenecen al discurso prescriptivo, mas no al descriptivo; por tanto, son carentes de valor de verdad. Tanto así que la atribución de significado a un texto normativo no puede ser valorado en el sentido de correcto o incorrecto, sino que los jueces de las altas cortes son los que determinan el sentido último de los mismos.² Entonces, admito que, sobre las controversias en torno al estatuto lógico de la interpretación jurídica judicial, presupongo que no es un acto de conocimiento sino un acto de voluntad.

Sobre la tesis moral, me centraré en la teoría de la justicia como comunidad y vida buena que sobre todo ha desarrollado Michael Sandel, que critica el liberalismo deontológico por carecer de la posibilidad de ayudar a elegir principios de justicia o una concepción de lo bueno. Deviniendo en la necesidad de una cohesión comunitaria que permita dar respuesta a problemas que han puesto en entredicho las alternativas ofrecidas por las democracias denominadas liberales. Es así como el comunitarismo desde una perspectiva aristotélica permite configurar las mejores razones o los fines que permiten la regulación de las condiciones de admisión y exclusión del matrimonio y la familia. Concluyendo esa línea argumentativa, haré una reflexión desde el principio de igualdad y no discriminación en cuanto a la diversidad sexual y cómo este permite alcanzar un mayor bienestar para los ciudadanos en una sociedad de derechos.

EL MATRIMONIO Y SUS DOS TESIS

La tesis que sostiene el argumento del movimiento pro-matrimonio “heterosexual” está centrada en que por naturaleza se establece la unión entre hombre y mujer. Es decir, que única y exclusivamente el vínculo matrimonial se podría constituir con

2. Ricardo Guastini, *La teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Madrid: Trotta, 2008), 39-42.

personas de diferente sexo. En este sentido la tesis central sobre el matrimonio se concentra en que el matrimonio, desde sus orígenes, su concepto o naturaleza, ha sido exclusivo de las personas heterosexuales. Además, esta tesis se erige jurídicamente con base en el artículo 67 de la Constitución que en su capítulo sobre los derechos de libertad señala lo siguiente:

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. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

No obstante, el movimiento pro-matrimonio igualitario sustenta su argumento sobre el principio de igualdad, jurídicamente defienden su posición en base a este principio, pero de manera específica, en la prohibición de discriminación que se encuentra en el inciso segundo del mismo artículo 11 numeral 2, cuando dispone:

Art. 11.2. (...) Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

Con estas observaciones, la pretensión de este trabajo será denotar que las pretendidas objeciones del matrimonio, sea el igualitario o el heterosexual, pueden ser reconstruidas a partir de una tesis interpretativa y moral, que nos permita llevar a cabo un análisis que termine por mejorar la cuestión argumentativa en cuanto al problema conceptual del matrimonio.

LA TESIS INTERPRETATIVA

La regla del artículo 67 podría ser vista en cuatro posibles “interpretaciones”³

-
3. Cualquier interpretación (norma) del texto constitucional, debe ajustarse a las reglas de interpretación constitucional que la propia Constitución determina en los artículos 427 y 11. La primera disposición normativa señala: Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. La segunda disposición señala: Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.
 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.
 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.
 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.
 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.
 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a

–normas⁴ plausibles del matrimonio. La primera estaría en que el texto explícitamente prohibiría el vínculo matrimonial que no sea entre un hombre y una mujer. La segunda es que la disposición constitucional sería una norma constitutiva del matrimonio entendido únicamente como “una unión entre un hombre y una mujer”. Esto nos llevaría a sostener

que este es exclusivo de las personas heterosexuales. Una tercera estaría en sostener que hay una contradicción entre disposiciones constitucionales, entre el 11 numeral 2 (principio) y el 67 (regla). Una cuarta indicaría que haciendo uso de una interpretación literal-sistemática esta contradicción anterior sería inexistente.

La primera interpretación se basaría en el método de interpretación literal del artículo 67 que sostendría que está prohibido el matrimonio entre personas del mismo sexo, no obstante, parece posible que esta norma-regla no opera con un operador deóntico⁵ que, de forma explícita, prohíba el vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo. En este sentido, al no existir un operador deóntico prohibitivo (en adelante *Php*), se definiría que no existe en todo el texto constitucional una disposición prohibitiva del matrimonio igualitario. Por tanto, esta norma no estaría contemplada en el margen de interpretación posible.

En una segunda interpretación se establece que la norma-regla del art. 67 se configura como una norma constitutiva,⁶ es decir, según Guastini, estamos frente a una norma que no prescribe nada a nadie, que no crea un efecto jurídico. En este caso estamos frente al tipo de norma constitutiva que, aunque tiene una estructura condicional (Si P, entonces q), no tiene una expresión deóntica en el consecuente. Por ejemplo, cuando se señala que “los mayores de dieciocho años son mayores de edad”.⁷ Esa misma estructura es la que tendría la norma que examinamos, por tanto, si, y solo si, la unión es entre un hombre y una mujer, se podría establecer la existencia de vínculo matrimonial. Esto implica que exclusivamente el matrimonio es entre personas heterosexuales, excluyendo a quienes no lo son.

Una tercera interpretación implicaría que existe una contradicción en la Constitución entre los artículos 67 y 11 número 2. Es decir, dos disposiciones jurídicas son

la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

4. Vicente Solano, “Controversias interpretativas sobre la regulación en la Constitución ecuatoriana de la interpretación constitucional”, en Vicente Solano y Marcelo Aguilera, *Hitos de la Constitución Ecuatoriana* (Cuenca: EDUNICA, 2018), 43-60.
5. Los operadores deónticos son: (Ph) = Prohibido, (Ob) = Obligatorio, (P) = Permitido.
6. Riccardo Guastini, *La sintaxis del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 60.
7. *Ibíd.*

contradictorias cuando en iguales circunstancias una prohíbe y otra permite a un sujeto la misma conducta, en condiciones iguales de espacio y tiempo. Por un lado, el artículo 67 y 11 número 2 aparentemente son contradictorias la una con la otra, dado que refieren a hechos similares: la permisón de contraer matrimonio a personas de diferente sexo y la prohibición de discriminar por orientación sexual. Esto se podría expresar lógicamente de la siguiente forma:

1. $(Px)^8$
2. $(Phy)^9$

En este caso x representa la conducta “contraer matrimonio” mientras y la conducta “discriminar”, por ende, no estamos frente a una misma conducta, sino tenemos dos, por tanto, no habría una contradicción. Otra cosa sería que exista una norma que permita y a su vez prohíba el matrimonio. Esta se podría expresar de la siguiente forma:

$$(Py) \wedge (\sim Py)$$

En síntesis, de lo que se puede colegir del texto constitucional es que no existe una posible contradicción. La contradicción solo podría existir si, y solo si, de la interpretación del artículo 67, se estableciera la prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo y la prohibición de discriminar del artículo 11 número 2, lo cual ha sido desvirtuado.

En la cuarta interpretación se utilizarán los métodos literal y sistemático de la Constitución, por ello, para empezar, debemos contar con lo que se señala en el artículo que afirma “se reconoce la familia en sus diversos tipos”, a lo que se agrega la obligación de protección que el Estado debe asegurar. Asimismo, reconoce a la familia en sus diversos tipos, y reconoce los derechos que de ella derivan a todos sus miembros y la obligación del Estado de protegerla. A continuación, se encuentra la formulación normativa sobre el matrimonio, en consecuencia, este concepto no puede ser entendido de manera apartada de la noción de familia.

En este sentido, debemos mencionar que, como señala Ramiro Ávila, existen principios de aplicación de los derechos,¹⁰ como el principio de igualdad y la prohibición de discriminación que se encuentra en el art. 11 número 2; por consiguiente, a partir de este principio el Estado reconoce y se compromete asegurar a todas las personas los

8. Permitido contraer matrimonio entre un hombre y una mujer.

9. Prohibido discriminar por razones de orientación sexual.

10. Ramiro Ávila, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / CEDEC, 2012), 66.

mismos derechos contenidos en la Constitución. Recordemos que, como señala Ávila, este principio de aplicación sirve para desarrollar los principios sustantivos (derechos) como los de libertad, donde se encuentra situada la disposición constitucional del matrimonio. Más adelante, en esta formulación normativa, se prohíbe explícitamente que alguien pueda ser discriminado por razones de orientación sexual cuando estas tengan como objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. E incluso establece que la ley deberá sancionar cualquier forma de discriminación. En este caso, se podría expresar que la prohibición de discriminación está condicionada al menoscabo o anulación del reconocimiento o ejercicio de un derecho. Esta formulación se podría expresar de la siguiente forma:

$$(P \leftrightarrow q)^{11}$$

En consecuencia, la Constitución ecuatoriana establece una prohibición de discriminación en el reconocimiento y ejercicio de un derecho, y, en tanto se reconoce el matrimonio y las familias en sus diversos tipos como un ejercicio del derecho a la libertad, cualquier tipo de restricción de este derecho para parejas del mismo sexo estaría constitucionalmente prohibida. No obstante, estas cuatro posibles formas de interpretar las disposiciones normativas que se refieren al matrimonio y la prohibición de discriminación no pretenden ser exhaustivas, sino que intentan demostrar la fragilidad de la atribución de significado que tendrían las mismas. Ante esta “textura abierta del derecho”,¹² entra en escena la discrecionalidad judicial que tendrá que finalmente determinar una interpretación que esté orientada a respetar los principios de aplicación, como el principio pro-persona, o el de favorabilidad de los derechos.

LA TESIS MORAL

Para esta parte utilizaré el argumento moral ingenuo y el sofisticado que, según Michael Sandel, en el primer caso consiste en que “se propugna que la justicia de las leyes depende del valor moral de la conducta que prohíben o amparan”.¹³ En el segundo caso, “se sostiene que la justicia de esas leyes no depende de un juicio moral sustantivo sobre la conducta en cuestión, sino de una teoría más general acerca de la prioridad relativa entre el principio de la mayoría y los derechos individuales, o lo

11. Prohibido discriminar (p) si y solo si, la misma tiene como objeto o resultado el menoscabo del ejercicio de un derecho (q).

12. Herbert L. Hart, *El concepto del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008), 159.

13. Michael Sandel, *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política* (Barcelona: Marbot, 2008), 145.

que es lo mismo, entre la democracia y la libertad”,¹⁴ con el objetivo de realizar una redefinición de las tesis morales en cuanto al matrimonio.

En este sentido, el argumento moral sofisticado sostendría que desde la noción de libertad –voluntarista– cualquier individuo debería tener la opción de escoger de forma libre si quieren o no acceder al matrimonio, sea homosexual o heterosexual, siempre y cuando no hagan daño a los demás, dejando de lado su valoración. En este sentido argumenta que debates como el del matrimonio igualitario y el del derecho al aborto no pueden resolverse simplemente sosteniendo, como lo hacen algunos liberales, que el Estado debe ser moralmente neutro, y que por tanto no debe entrar ni a juzgar la calidad moral de las relaciones homosexuales, ni a inmiscuirse en la libertad de elección de las mujeres.

Ante la debilidad de la tesis interpretativa y la aplicación de las disposiciones jurídicas sobre el matrimonio, ahora presentaré algunas observaciones sobre este concepto. El movimiento pro-matrimonio heterosexual sostiene que el matrimonio no puede ser para personas del mismo sexo por cuanto tiene como finalidad la procreación.

EL ARGUMENTO DE LA PROCREACIÓN

Un argumento que defiende el pro-matrimonio heterosexual se erige en cuanto a las finalidades del matrimonio; así, el artículo 81 del Código Civil señala que este es un “contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, *procrear* y auxiliarse mutuamente”.¹⁵ Sin embargo, fuera de la prescripción normativa de carácter infra constitucional, esta tesis es defendida como una fundamental, para defender la idea de que el matrimonio debe ser una institución jurídica exclusiva de las personas de diferente sexo. Así, el argumento podría ser:

1. Las personas de diferente sexo pueden procrear.
2. Sin finalidades no existe matrimonio.
3. Procrear es una finalidad del matrimonio.
4. Sin procrear no hay matrimonio.

En este sentido, la discusión se centra en que quienes defienden la noción de matrimonio exclusiva a personas de diferente sexo excluyen que a la misma no se puede acceder si no es con el fin de la procreación. En tanto que las personas del mismo sexo ya estarían reconocidas bajo la unión de hecho, como en el caso francés con el PACS

14. *Ibid.*

15. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, 24 de junio de 2015 (el énfasis es nuestro).

(Pacto Civil de Solidaridad), entendido como un “contrato de organización de la vida común entre dos personas mayores de sexo diferente o de mismo sexo”,¹⁶ pero que no tiene los mismos derechos y obligaciones que el vínculo matrimonial. Por tanto, el PACS es aceptado en el conjunto de la sociedad, ya que no contribuye a la procreación.

Entonces, la discusión se centraría en si procrear es o no un elemento definitorio del matrimonio. Por un lado, si procrear es un elemento definitorio y que implica la existencia o nulidad de esta institución jurídica, ¿qué sucede cuando una persona no puede consumar al acto conyugal? ¿O si bajo el consentimiento mutuo de la pareja deciden efectivamente no tener hijos?

Bajo el análisis normativo del primer caso, se podría considerar como en el caso chileno –símil al ecuatoriano– que “la imposibilidad absoluta de consumar el matrimonio mediante la cópula sexual puede conducir a afirmar, si ya no la nulidad del matrimonio, la inexistencia del mismo”.¹⁷ En consecuencia, quien tenga impotencia perpetua e incurable no podría acceder al matrimonio. El segundo caso cada vez es más común entre quienes deciden contraer matrimonio; el debate se concentra en si, a más de ser pareja, se quiera o no tener descendencia. En varios casos, ya no aislados, deciden que su ideal de trascendencia no está prefijado en únicamente tener hijos sino en otras formas que implican su desarrollo profesional, académico, u otras. Por ende, estas personas tampoco podrían acceder al matrimonio por cuanto en su tipo ideal no estaría la procreación como una finalidad. Bajo el examen normativo, como ya hemos indicado, estaríamos concluyendo que no existía el matrimonio. En ambos casos, entonces bajo la imposibilidad moral y jurídica, estaríamos frente a la inexistencia de esta institución. Algo que a claras luces no solamente es carente de racionalidad.

La procreación en sí tiene vínculos con el matrimonio, en primer lugar, como la idea católica “heredada de San Agustín, del matrimonio como el único lugar legítimo para la sexualidad orientada a la reproducción”.¹⁸ En segundo lugar, su vínculo sería el histórico y jurídico, que implicaría que, a pesar de que la regulación de esta institución pasó de manos de la Iglesia al Estado, jamás se secularizaron sus formas; por

16. Inés Argueta, “Familia ‘natural’ contra matrimonio igualitario: un fenómeno social que se repite”, *Cultura y representaciones sociales*, año 11, n.º 22 (marzo 2017): 278-311.

17. Hernán Corral, “Sentido y alcance de la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, después de la introducción del divorcio vincular por la Ley 19.947, de 2004”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, n.º 1 (Santiago: 2009): 51-76.

18. Andrea Vizcaino de la Torre, “La pugna por definir el matrimonio. Análisis del debate legislativo sobre el matrimonio igualitario en la Ciudad de México”, *Cultura y representaciones sociales*, año 12, n.º 24 (marzo 2018): 339-66.

tanto, continúa la necesidad de la condición de heterosexualidad para la procreación, es decir, la “naturalización” o “biologización”.¹⁹

Si bien uno podría señalar al final que el Estado ecuatoriano es uno de carácter laico,²⁰ eso implicaría que este no podría asumir una posición religiosa. Por otro lado, desde la visión liberal se establece que este debería asumir una plena neutralidad sobre el matrimonio, es decir, que podría evitar estas controversias morales y religiosas, para dejarlo en el ámbito de la privacidad y el ejercicio de la autonomía de la voluntad de cada individuo, que no es más que: el argumento moral sofisticado.

EL ARGUMENTO DE LA LIBERTAD

Ahora bien, este argumento moral sofisticado sostendría que desde la noción de libertad –voluntarista– cualquier individuo debería tener la opción de escoger de forma libre si quiere o no acceder al matrimonio, sea homosexual o heterosexual, siempre y cuando no haga daño a los demás, dejando de lado su valoración moral. Es decir, la forma del argumento de libertad sería:

1. Las relaciones homosexuales son elección de cada persona.
2. El Estado es neutral en cuestiones morales.
3. El Estado no puede juzgar las relaciones homosexuales.
4. Las relaciones homosexuales no son cuestión del Estado.

Desde estas premisas, se evidencia que puede haber diferentes concepciones morales sobre las relaciones homosexuales, sin embargo, el Estado debe abstenerse de imponer una de estas, en el sentido del concepto matrimonio, lo que implica que no puede ser visto únicamente como la unión entre hombre y mujer, sino que debe dejar a las personas que elijan la relación que ellos consideran más pertinente para su vida privada. Con esto se pretendería una solución ecuatoriana que permita tanto a heterosexuales como a homosexuales casarse.

19. *Ibíd.*

20. Art. 1 CRE, Ecuador. “Constitución de la República del Ecuador” (Quito: Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008), que señala: Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Sin embargo, Michael Sandel no cree que esta es una auténtica solución al problema, porque evade la cuestión principal de la discusión que es si el Estado debe regular jurídicamente algunas formas de uniones sexuales con preferencia de otras.²¹ Por otro lado, el mismo Sandel nos dota de una tercera opción, que establecería que el Estado no regule ninguna relación de pareja, y que esto pase al ámbito exclusivamente de privados. Esta se trataría de “desoficializar” el matrimonio como cuestión del Estado que le dota de un concepto jurídico al mismo, sino que, como señala Michael Kinsley, que tanto las iglesias como cualquier otra institución jurídica, un casino, o cualquier asociación privadas pueda celebrar matrimonios.²²

No obstante, aunque tentador y quizás relevante, esta opción se sostiene como impracticable. En conclusión, se tiene que volver a retrotraer la discusión a cuál es el concepto de matrimonio que el Estado y el ordenamiento jurídico deben reconocer, proteger, así como los tipos de familia.

Así, el matrimonio igualitario no puede resolverse simplemente sosteniendo, como lo hacen algunos liberales, que el Estado debe ser moralmente neutro, y que por tanto no debe entrar ni a juzgar la calidad moral de las relaciones homosexuales, sino que, justamente, se empiece a tratar desde donde habíamos empezado la discusión, en la tesis moral: ¿Cuáles son los fines *–telos–* del matrimonio?

EL ARGUMENTO DE LOS FINES DEL MATRIMONIO

La tesis de la procreación atada al matrimonio es claramente deficitaria para lograr definir a esta última; de la misma forma, la tesis de la libertad también es insuficiente para poder obtener una justificación moral. En cambio, desde el argumento moral ingenuo *–sustantivo–* se puede señalar que lo que se valora en el matrimonio convencional está presente también en el matrimonio igualitario, como, por ejemplo, el vivir juntos o en armonía, auxiliarse mutuamente.

De esta forma, es indispensable empezar a deliberar sobre valoración de las relaciones homosexuales y si estas cumplen con las finalidades de la institución jurídica y social del matrimonio. En este sentido, como ya se ha señalado, la procreación no es el único fin que tiene esta institución, sino que además están otros como el de unirse con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente. En tanto, el movimiento pro-matrimonio heterosexual no ha podido satisfacer que la principal finalidad de este es únicamente la procreación. No obstante, concordamos con esta posición en que

21. Michael Sandel, “Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?” (Barcelona: De Bolsillo, 2013).

22. *Ibid.*

debemos empezar a discutir de manera frontal y sería los argumentos de tipo moral que le subyacen.

No podemos concordar con los liberales en señalar que la discusión de los valores morales no tiene cabida en un Estado laico, puesto que el mismo no debe preferir doctrina moral alguna; es imprescindible formular nuestros propios argumentos de índole moral que permitan enfrentar a quienes defienden la posición más conservadora –pro-matrimonio heterosexual.

Como acertadamente señala Sandel, si regresamos a Aristóteles, rivalizar sobre el propósito o razón –*telos*– de ser de una institución social sería igual que discutir sobre las virtudes que deben honrarse y recompensarse.²³ Así, como ya se evidenció en el caso del matrimonio, entre sus fines se encuentra el de vivir juntos y auxiliarse mutuamente. Estos propósitos están presentes tanto en las parejas heterosexuales como en las homosexuales. Partiendo de ahí, se concluye que las uniones homosexuales tienen el mismo valor moral de las heterosexuales.

En consecuencia, la tesis que esboza que el Estado debe permitir el matrimonio igualitario, por cuanto este debe ser neutro ante las preferencias sexuales de cada persona, no sería la adecuada, sino que valdría reemplazarla por la de que el matrimonio igualitario debe ser reconocido legalmente porque las uniones homosexuales tienen el mismo valor moral de las heterosexuales, por los fines que estos comparten. No obstante, nos queda un último argumento que es de la igualdad y la diversidad, que puede dar cuenta de mejor forma del matrimonio y la familia desde una óptica de los derechos.

EL ARGUMENTO DE LA IGUALDAD Y LA DIVERSIDAD

Como señala Pérez Royo, la Constitución es el resultado de la afirmación del principio de igualdad²⁴ que rompe con la historia de la humanidad que, en buena parte, se fundó en la desigualdad de hecho y de derecho. Así, el poder político debe ser constituido y debe ser coherente con el principio de igualdad.²⁵ Ahora bien, el principio de igualdad y no discriminación está reconocido en el derecho internacional, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, en la Declaración Universal de los Dere-

23. *Ibíd.*

24. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2010).

25. *Ibíd.*

chos Humanos,²⁶ en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,²⁷ en el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁸ y en la Convención sobre los Derechos del Niño:²⁹ son cuerpos normativos a nivel internacional que garantizan este principio en cuanto al ejercicio de los derechos.

Además de estos instrumentos internacionales de derechos humanos, tenemos la Carta de la OEA,³⁰ la Convención Americana de Derechos Humanos,³¹ la Convención de Belem do Para que también señala la cláusula de prohibición de discriminación;³² asimismo la Opinión Consultiva n.º 4 de la Corte IDH indica:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a

-
26. Art. 2.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
27. Art. 2 n.º 1.- Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- Art. 26.- Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
28. Art. 14.- El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.
29. Art. 2 n.º 1.- Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
30. Art. 3 n.º 1.- Los Estados americanos reafirman los siguientes principios: Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.
31. Art. 1 n.º 1.- Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- Art. 24.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.
32. Art. 6.- El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:
- a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
 - b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.³³

En este sentido, la Corte IDH reconoce la existencia de la igualdad ante la ley, es decir la igualdad formal, y también establece que no todo trato jurídico diferente necesariamente es discriminatorio, ya que pueden existir desigualdades de facto que se traducen de forma legítima en desigualdades de iure. De la misma forma el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1989, dentro de su Observación General n.º 18 párrafo 7, define la discriminación en los siguientes términos:

Debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.³⁴

En síntesis, el argumento de la igualdad, que jurídicamente está reconocido en el derecho internacional, implica la prohibición de discriminación, es decir, que cualquier distinción o exclusión que se base en categorías como raza, sexo, religión u otras que tengan como finalidad menoscabar el ejercicio de los derechos y libertades está prohibida jurídicamente. Si bien esto es claro, el argumento de la igualdad también implica que todos debemos tener obligatoriamente un trato igual dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, y que cualquier distinción debe ser justificada con un mayor peso argumentativo. Como ya hemos dejado en claro en los otros apartados, el concepto de matrimonio y el de familia se han ido refinando y más bien podemos hablar de concepciones. Así, instituciones jurídicas y políticas como el voto o la ciudadanía se han ido reformando y ampliando a través de la historia constitucional; por ende, los conceptos varían y no son inmutables.

Por otro lado, se ataca al argumento igualitario señalando que no se permite hacer distinciones entre iguales. Es decir que no se puede tratar igual a los que no son

33. Párrafo 57.

34. ONU Comité de Derechos Humanos, CCPR Observación General n.º 18, No Discriminación (10 de noviembre de 1989, párr. 7).

iguales: el derecho discrimina cuándo trata de modo desigual a los iguales, pero no cuándo trata diferente a los diferentes. Pero este argumento deficitario de la igualdad implicaría que todos somos iguales, cuando esto no es así, porque también existen diferencias, es decir, Pedro y Pepita son iguales como seres humanos, pero uno es hombre y la otra mujer, el uno puede ser rico y ella pobre. Entonces, ¿qué implicaría que el derecho debe tratar como iguales a los iguales, y diferente a los diferentes? Desde esa perspectiva, se debe analizar la relevancia de las igualdades, es decir, que buenas razones se deben dar para justificar si una igualdad es relevante para la distribución de un derecho y su alcance.

Por tanto, de nuevo regresamos a si es de relevancia moral diferenciar a seres humanos por su preferencia sexual. En sentido estricto, debemos reflexionar si al momento de querer acceder al matrimonio las preferencias sexuales son o no relevantes para tener o no esa posibilidad jurídica. Y, además, que esa relevancia implique que el Estado deba reaccionar negativamente a esa posibilidad, es decir, generar un trato diferente y peor que el que tienen las personas que quieren casarse entre personas de diferente sexo, cuando claramente en varios Estados se han garantizado las acciones positivas justamente para tratar de compensar el trato discriminatorio y la desigualdad de cientos de años del que fueron objeto grupos como las mujeres.

En este sentido, lo pertinente sería considerar que todos –seamos hombres, mujeres, blancos, mestizos, negros, católicos, ateos, heterosexuales, homosexuales– somos sujetos iguales. Y lo razonable sería más bien generar las compensaciones hacia quienes históricamente han sido excluidos y maltratados con el fin de superar las situaciones injustas de las que fueron objeto. Finalmente, bajo esa idea se dice que, en una sociedad de derechos, que establece la igualdad como principio, como lo señala la Constitución ecuatoriana, se determina que el Estado debe garantizar los beneficios a los que se asigna a otros, y no puede privar de los mismos a otros, sin una razón extremadamente fuerte. Lo que implica que, de hacerlo, generaría discriminación al despojarle de ese derecho. Incluso si esa privación se sustenta en la decisión de la mayoría por sobre las minorías, lo cual no podría ser una decisión aceptable al estar negando derechos dentro de una democracia constitucional que privilegia el coto vedado: los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

Evidentemente las reflexiones que se han sostenido no pretenden ser exhaustivas sobre lo que implica el matrimonio y su concepto a la luz de la Opinión Consultiva 24/17, pero han intentado recoger algunos de los elementos más importantes que son la médula del debate jurídico y moral.

En cuanto a la tesis interpretativa hemos podido observar que varias de las normas que pueden ser obtenidas del proceso de atribución de significado del texto constitucional, serían inconcluyentes en cuanto a que no establecerían una prohibición explícita del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ende, esos límites interpretativos, en especial con el uso de la interpretación literal, no son garantía suficiente de una certeza jurídica sobre el matrimonio y su concepto.

En cuanto a la tesis moral se evidencia que el argumento de la procreación es igualmente exiguo para poder sustentar que el matrimonio heterosexual se erige sobre el mismo, así como el argumento de libertad es insuficiente al señalar que el Estado debe mantenerse al margen de las valoraciones morales que las instituciones jurídicas o sociales tengan.

En cuanto a la igualdad, critiqué algunos de los argumentos que se emplean durante los debates en torno a la propuesta del matrimonio civil igualitario. Me interesó defender este principio, ya que, conforme a dicho argumento, el Estado tiene el deber de tratar a todos los miembros de la sociedad como iguales. Sostengo que aquellos que defienden la imposibilidad de acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo, deberían ser capaces de argumentar por qué esa distinción es jurídicamente relevante, lo cual no se ha demostrado.

Al final se pudo demostrar que solo si acudimos a una interpretación literal y sistemática de la Constitución, se puede dar una mayor consistencia y coherencia al ordenamiento jurídico en relación al concepto de matrimonio. Asimismo, solo si asumimos que es necesario entrar a discutir y dar valoraciones morales sobre los fines del matrimonio; pero el principal argumento es el de la igualdad que permite llegar a una justificación más adecuada del matrimonio igualitario.

En fin, la posición de la valoración moral equitativa de los fines del matrimonio y su proceso de deliberación es trascendente; para algunos ya es caduca, pero para quienes no pueden acceder implica una restricción al ejercicio sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Argueta, Inés. “Familia ‘natural’ contra matrimonio igualitario: un fenómeno social que se repite”. *Cultura y representaciones sociales*. Año 11, n.º 22 (marzo 2017): 278-311.

Ávila, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / CEDEC, 2012.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Observación General n.º 18”. Ginebra, 10 de noviembre de 1989.

“Convención de Belém do Pará”. Belém do Pará, 9 de junio de 1994.

- Corral, Hernán. “Sentido y alcance de la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, después de la introducción del divorcio vincular por la Ley 19.947, de 2004”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 36, n.º 1 (2009): 51-76.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva OC-4/84”, 19 de enero de 1984.
- . “Opinión Consultiva 24/17”, 24 de noviembre de 2017.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, 24 de junio de 2005.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Europa, Consejo de. “Convenio Europeo de Derechos Humanos”. Roma, 4 de noviembre de 1950.
- Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.
- . *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Hart, Herbert L. *El concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- IX Conferencia Internacional Americana. “Carta de la OEA”. Bogotá, 30 de abril de 1948.
- OEA. “Convención Americana sobre Derechos Humanos”. San José, 22 de noviembre de 1969.
- ONU. “La Declaración Universal de los Derechos Humanos”. París, 10 de diciembre de 1948.
- . “Convención sobre los Derechos del Niño”. Nueva York, 20 de noviembre de 1989.
- “Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos”. Nueva York, 16 de diciembre de 1966.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Sandel, Michael. *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*. Barcelona: Marbot, 2008.
- . *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: De Bolsillo, 2013.
- Solano, Vicente. “Controversias interpretativas sobre la regulación en la Constitución ecuatoriana de la interpretación constitucional”. En Vicente Solano y Marcelo Aguilera, *Hitos de la Constitución Ecuatoriana*, 43-60. Cuenca: EDUNICA, 2018.
- Vizcaíno de la Torre, Andrea Alicia. “La pugna por definir el matrimonio. Análisis del debate legislativo sobre el matrimonio igualitario en la Ciudad de México”. *Cultura y representaciones sociales*. Año 12, n.º 24 (marzo 2018): 339-66.

El matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación

Equal civil marriage as a way of secure the equal right and non discrimination

María Inés Orellana Ramírez

Abogada, Ecuador

marines_orellana22@hotmail.com

ORCID: 0000-0002-9528-2201

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.6>

Fecha de recepción: 30 de abril de 2019

Fecha de aceptación: 9 de septiembre de 2019

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Una pareja homosexual basada en la Opinión Consultiva OC-24/17, busca contraer matrimonio civil. La petición es negada en virtud de varias razones, por lo que se interpone una acción de protección. En primera instancia se acepta la demanda, mientras que en el superior se declara sin lugar a la misma. Es aquí que se debe considerar si se vulnera o no el derecho a la igualdad y no discriminación y no únicamente de los peticionarios, sino, en general, de las personas con una distinta orientación sexual, categoría protegida por la actual Constitución ecuatoriana, además de determinar si el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad, ya que de ser afirmativo sería parte del ordenamiento vigente y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento.

Adicionalmente, se realiza un análisis si en realidad se está cumpliendo el principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio, igualitario, opinión consultiva, no discriminación.

ABSTRACT

A homosexual couple based on Advisory Opinion OC-24/17, want to celebrate between them civil marriage. Petition denied due to several reasons, as such, they present a protection action. In first instance the demand is accepted, while the superior judge not accept the petition. This is where we must consider whether or not the right to equality and non-discrimination is violated and not only of the petitioners but in general to people with a different sexual orientation, a category protected by the current Ecuadorian Constitution. In addition to determining if the aforementioned international instrument is part of the constitutionality block since, if it were affirmative, it would be part of the current legislation and, therefore, of mandatory compliance.

Doing an analysis if in reality the right of equality and non discrimination is being fulfilled in reason of sexual orientation.

KEYWORD: Marriage, equality, advisory opinión, non discrimination.

FORO

INTRODUCCIÓN

El matrimonio civil es una institución vigente dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La actual Constitución ecuatoriana determinó en el art. 67 que debe celebrarse únicamente entre hombre y mujer; de igual manera se estableció que todas las personas gozan del derecho a la igualdad y nadie puede ser discriminado por varias categorías, una de ellas, la orientación sexual. Años atrás, se estatuyó que las parejas

homosexuales podían inscribir una unión de hecho al cumplir ciertos requisitos y con esto se garantizaban de mejor manera sus derechos.

Con la Opinión Consultiva 24/17 y la aplicación del mismo en la sentencia número 184-18-SEP-CC, del proceso de Satya, varias parejas homosexuales han buscado contraer matrimonio civil en virtud de la normativa constitucional, al considerar que dicho instrumento formaría parte del bloque de constitucionalidad y por ende aplicable de forma directa e inmediata. Adicionalmente, asegurando que como seres humanos se tiene derecho a formar una familia, y no ser discriminados ni tratados de manera distinta al resto de personas, en tal razón, no existiría justificación válida para prohibir la celebración del matrimonio civil en parejas del mismo sexo.

Es importante estudiar esta institución no de una manera formal y legalista, sino desde una óptica constitucional, pro ser humano y en relación directa con la protección de derechos. Desde un punto de vista académico este tema es relevante en razón de que se deberá determinar si se viola el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas homosexuales al no permitirles contraer matrimonio civil; y realizar un estudio sobre la Opinión Consultiva 17/24 con fecha noviembre de 2017, como vinculante o no para el Estado ecuatoriano.

Para la elaboración de este ensayo se ha tomado como referencia un proceso de acción de protección con número 01204-2018-03635, interpuesta en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay, por una pareja homosexual en razón de la negativa por parte de servidores y autoridades del Registro Civil a la celebración del matrimonio civil; se realizará un análisis de textos para poder llegar a las finalidades mencionadas en párrafos anteriores.

ANÁLISIS Y RESULTADOS

ANTECEDENTES: CASO AZUAY

En la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay, ante la Unidad Judicial de la Mujer, Niñez y Adolescencia, se presenta una acción de protección. Los actores son una pareja homosexual que acudió al Registro Civil en compañía de dos testigos, con el objetivo de contraer matrimonio civil en virtud de la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017.

El Registro Civil indicó que no podían proceder a esta celebración, ya que el mismo es específicamente entre hombre y mujer. Al indicarle que, mediante un instrumento internacional, se encontraban facultados para aquello, afirmaron que no se han determinado los procedimientos internos para este tipo de contrato y, a manera de solución, ofrecieron inscribir la unión de hecho de los comparecientes. Los peticiona-

rios solicitan al coordinador zonal 6 se oficie disponiendo dicho matrimonio, petición que fue negada por la autoridad. En razón de esto, interponen la mencionada garantía jurisdiccional.

La vulneración que alegan es: la no aplicación directa e inmediata de los derechos consagrados en la Constitución y en tratados internacionales; derecho a la igualdad y no discriminación y principio de seguridad jurídica.

El Registro Civil señala que no se han vulnerado los derechos de los peticionarios, en razón de que como institución deben aplicar lo que se encuentra establecido en la Constitución y en la ley. El art. 67 explícitamente determina que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer; por ende, no pueden celebrar este tipo de actos entre parejas homosexuales tomando como base la opinión consultiva OC-24/17.

El delegado de la Procuraduría General del Estado en Cuenca indica que no se vulneró derecho alguno de los peticionarios; el matrimonio es entre hombre y mujer, por lo que no se podría aplicar la opinión consultiva como en el caso Satya en virtud de que en ese proceso existía un vacío legal, cuestión que en el presente expediente no sucede; mientras que, en este proceso, existe una prohibición expresa en la Constitución ecuatoriana.

En primera instancia, la jueza, acepta la demanda, y ordena que el Registro Civil, oficie el matrimonio entre los peticionarios, disculpas públicas y capacitaciones a los servidores de esta institución para posteriores casos. Esta sentencia fue apelada recayendo en la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay, tribunal, que negó la acción.

EL MATRIMONIO IGUALITARIO COMO UNA FORMA DE EJERCER EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: ANÁLISIS SOCIO JURÍDICO DE LA SENTENCIA

Es parte de la motivación del tribunal que no se ha violentado derecho alguno, ya que a ninguna otra pareja homosexual se le ha permitido contraer matrimonio civil. En caso de que, por razones injustificadas, no se hubiera inscrito la unión de hecho (si lo hubieran solicitado los peticionarios), se configuraría efectivamente la violación a la igualdad y no discriminación, afirmando lo siguiente:

Con propiedad consideramos que la discriminación alegada por los recurrentes, deberían fundarse en hechos que prueben que la autoridad del Registro Civil ha otorgado a otras personas, del mismo sexo, en condiciones iguales, la autorización matrimonial, que a ellos no se les ha concedido, por su orientación sexual. No han demostrado la configuración de la discriminación que signifique un atentado contra su dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar sus derechos y libertades personales [...] La negativa no está encami-

nada a vulnerar derechos, ni a producir actos discriminatorios, se sustenta en un régimen constitucional y legal.¹

Se determina adicionalmente, que los actores no han probado efectivamente que se vulneró este derecho por parte de la entidad estatal: “No se ha justificado por ellos que se haya menoscabado o anulado el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”.²

El punto mencionado es esencial en el presente análisis, ya que, como se determina, no existe una vulneración de derechos constitucionales, en razón de que no ha existido otro caso similar anterior que haya celebrado un matrimonio civil entre parejas homosexuales y, a manera de solución, señalan la unión de hecho, acto que se considera regresivo de derechos y más en razón de ser inherentes a un ser humano.

Si cualquier individuo leyera el anterior razonamiento, pudiera llegar a una conclusión en la que efectivamente no se están violentando derechos constitucionales y, peor aún, humanos, de los comparecientes, sino también de todas las personas que podamos en algún punto ser discriminadas por cualquier razón o categoría protegida.

Roberto Saba indicaba un caso imaginario que resumiré muy brevemente. En un lugar hipotético, las únicas personas que tenían derecho a acceder a la universidad eran los hombres con estudios secundarios terminados. Una mujer interpuso una acción de inconstitucionalidad, en contra del sistema educativo de ese Estado, solicitando se declare inconstitucional dicha norma, se amplíe el derecho y se tenga en cuenta también a las mujeres y como sola condición se establezca haber culminado sus estudios secundarios. En este caso, la corte indicó que no existía discriminación en contra de esta mujer en particular y de las mujeres en general, en virtud de que a ninguna otra mujer o grupo de mujeres se les había permitido ingresar a la universidad pública, y que existiría discriminación si a una sola mujer con anterioridad se le habría concedido esta facultad.³ ¿Se podría considerar esto justicia? ¿Podríamos decir que en realidad no existe una discriminación injustificada en contra de, este caso específico, las mujeres?

Para que un Estado cualquiera realice una distinción entre sus miembros, deben ocurrir circunstancias razonables y justificadas, tal y como lo indica Saba: “el Estado puede tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando lo haga en forma ho-

-
1. Función Judicial, Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay, Proceso n.º 01204-2018-03635, 2018.
 2. Función Judicial, Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay, Proceso n.º 01204-2018-03635, 2018.
 3. Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2006), 39-40.

mogénea, uniforme, y no arbitraria”.⁴ Se podría deducir que la decisión de esta corte del caso hipotético no fue justa, ya que no existía ninguna causa para que pueda emplearse distinción alguna y vulneraba indudablemente el derecho a la igualdad y a una vida digna. Ahora, cuando la pregunta es si este pronunciamiento se realizó conforme a la Constitución y a la ley, nuestra respuesta sería afirmativa, en razón de que en la norma se establecía que la educación superior pública era únicamente para hombres que tenían culminados sus estudios secundarios.

Ahora bien, de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior aún determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad.

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.⁵

Aplicando esto a nuestro caso en particular, esta pareja homosexual goza efectivamente del derecho a la igualdad y no discriminación; teóricamente es así, la actual norma suprema, artículo 11 número 2, expresamente determina este principio, es más, una de las categorías protegidas es la orientación sexual. Pero, si revisamos el artículo 67 del mismo cuerpo normativo, se indica que el matrimonio únicamente será entre hombre y mujer; norma que a priori es discriminatoria, ya que no existe fundamentación razonable, objetiva y no arbitraria para no permitir que una pareja homosexual contraiga matrimonio civil. Al ser el Ecuador parte de la Organización de Estados Americanos y signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es nuestra responsabilidad eliminar de nuestro organismo cualquier norma de carácter discriminatorio que, en este caso, sería el inciso segundo del mencionado artículo.

Sin embargo, en un análisis de hecho, podemos concluir que esto está muy lejos de la realidad, específicamente, en este caso, la desigualdad y la discriminación del que son objeto palpable, y se da lo que es un sistema de sometimiento de estos seres

4. *Ibíd.*, 38.

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte*, n.º 14: *Igualdad y No Discriminación*, 2017, 4.

humanos por las creencias, sean religiosas, morales, o de cualquier otra índole, que puedan tener otros (operadores de justicia, fiscales, abogados, público en general).

Se dice muy claramente que no se ha configurado discriminación alguna, en razón de que “ninguna otra pareja homosexual puede o pudo contraer matrimonio con anterioridad”;⁶ revisando el ejemplo de Saba, sería como decirle a una mujer que no se le está vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación, a la educación, y como consecuencia a una vida digna, en virtud de que a ninguna otra se le ha concedido la facultad de acceder a la universidad pública. Esto sin lugar a dudas hace que todo el sistema de derechos, y en sí la Constitución progresista, retroceda cincuenta años en el tiempo y volvamos a lo que conocemos como igualdad formal, que Saba conceptualizaba como “la igualdad de trato ante la ley implica la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentran en igualdad de circunstancias. Es el derecho que tienen las personas a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que en iguales circunstancias se concede a otros”.⁷

Un Estado puede hacer ciertas distinciones y otorgar ciertos beneficios, con el fin de llegar a una igualdad material. Sobre esto Saba, afirma:

El Estado tiene la facultad constitucional de tratar a las personas de modo diferente, siempre y cuando se funde sobre un criterio justificado [...] La clasificación debe ser razonable, sobre una relación justa y sustancial, de tal modo que todas las personas que se encuentren en iguales circunstancias sean tratadas del mismo modo.⁸

La sentencia n.º 10-18-CN/19 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, emitida por la actual Corte Constitucional ecuatoriana acerca de la igualdad y no discriminación, prescribe:

La norma legal cuestionada (que priva a las parejas del mismo sexo del poder jurídico de contraer matrimonio), es sospechosa de ser discriminatoria, ya que introduce una diferenciación basada en la “orientación sexual” de las personas, uno de los supuestos en que el artículo 11.7 de la Constitución expresamente prohíbe a prima facie el trato diferenciado. Y esta sospecha de discriminación hace que la norma legal cuestionada sea inconstitucional a menos que logre pasar un test de igualdad que no es sino una aplicación del principio de proporcionalidad que consista en un escrutinio estricto de constitucionalidad de la ley. Lo que sería imposible, pues no pasaría ni la primera fase del test, dado que, sobre la base de las consideraciones hechas en párr. 46 supra, no existe un fin constitucional, ni explícito ni

6, Función Judicial, Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay, Proceso n.º 01204-2018-03635, 2018.

7. Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desventajados?*, 36.

8. *Ibid.*, 36-7.

implícito, que pueda invocarse para la privación del derecho de las parejas del mismo sexo a casarse. Con lo cual, el test concluiría ahí mismo.⁹

Aplicando estos conceptos al análisis, podemos deducir muy claramente que estos grupos, como los LGBTI, han sido vulnerados a lo largo del tiempo. Recordemos que hasta hace más de quince años era un delito ser homosexual. María Lugones en *Pureza, impureza y separación* manifiesta que la sociedad y los gobernantes buscan que los miembros de esta comunidad sean homogéneos, es decir, iguales en su comportamiento, ideología, costumbres y más, para que de esa forma se pueda ejercer un control y una opresión más efectiva de los integrantes. Cuando ocurre esto, se dice que estos elementos son totalmente puros, pero cuando existe un integrante distinto es considerado impuro, como cuando una persona quiere separar la clara de la yema de un huevo y no lo consigue, por ende, esta mezcla se encuentra contaminada: “En el intento por ejercer el control por parte de aquellos que poseen el poder y el ojo categórico y que intentan separar todas las cosas impuras para convertir las en elementos puros, (como la separación de la clara y la yema pertenecientes a un huevo), con el propósito de controlar”.¹⁰

Se estudia la heterosexualidad como una estructura de dominación, un régimen político que a lo largo de la historia ha oprimido; por ende, debería cuestionarse como algo natural y deconstruirse de las categorías binarias existentes para que exista una ruptura total en las lógicas del sometimiento heterosexista.¹¹ Es aquí donde se piensa se encuentran en nuestra actual sociedad las personas con distinta orientación sexual, considerados seres humanos impuros, heterogéneos, con la necesidad de otros por cambiarlos, y sometidos para estructuras de dominación heterosexuales. Por esto Gayer Rubin examinaba lo que se nombró como “*jerarquía sexual* con el objeto de analizar la división entre sexualidades consideradas normalizadas y aquellas consideradas desviadas, reflejando como el límite, la norma, es una cuestión de poder objeto de disputas y resistencias políticas”.¹²

Se pretende que los individuos dentro de una comunidad sean homogéneos. Se requiere esto para aplicar el control a todos de la misma forma y cualquier individuo distinto aparece como extraño, inadaptado o como una amenaza para esta agrupación.

9. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 10-18-CN/19, causa n.º 10-18-CN (matrimonio entre personas del mismo sexo).

10. María Lugones, *Pureza, impureza y separación* (Nueva York: Rowman & Littlefield Prensa, 2003).

11. Lola Martínez Pozo, “Disidencias sexuales y corporales: Articulaciones, rupturas y mutaciones”. *Psicoperspectivas. Individuo y sociedad*, vol. 17, n.º 1 (2018), <<http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol17-issue1-fulltext-1141>>.

12. *Ibid.*

Enumerando algunos ejemplos, están los negros que fueron tomados como esclavos, las mujeres quienes hasta la actualidad permanecen luchando por derechos no reconocidos; indígenas, judíos y migrantes. Cuando se analiza el matrimonio civil como institución y a las personas con una distinta orientación sexual son tomados como seres fuera de la normalización heterosexual. Los amantes de la pureza consideran, como decía Lugones, que con la opresión se llega al éxito se logra la opresión de estos seres distintos mediante la fragmentación de estos grupos.

Los recientes procesos iniciados por varias parejas homosexuales, movilizaciones o en sí, al continuar adelante en sus trabajos o en cualquier ámbito a pesar de ser señalados por parte de la homogeneidad, son formas de resistencia hacia la normalización, siendo esto una forma de mantenerse firme o de soportar la opresión de la manera en la que fuera; un ejemplo es el cuento “Matronas” de Yolanda Arroyo; en este, las esclavas negras al momento de parir rogaban a la partera igualmente negra que asesinará al bebé con el fin de que no llegue a ser un elemento más de la dominación blanca. Esa, el matar a sus hijos, era su manera de oponerse a lo establecido.

Si las mujeres, los pobres, los no-blancos, los queer, las personas con culturas (cuyas culturas son negadas e invisibilizadas) son considerados impropios de lo público, es porque estamos manchados por la necesidad, la emoción, el cuerpo. Esta mancha está relacionada con la necesidad del sujeto moderno por controlar a través de la unidad, la producción y el mantenimiento de sí mismo como unificado.¹³

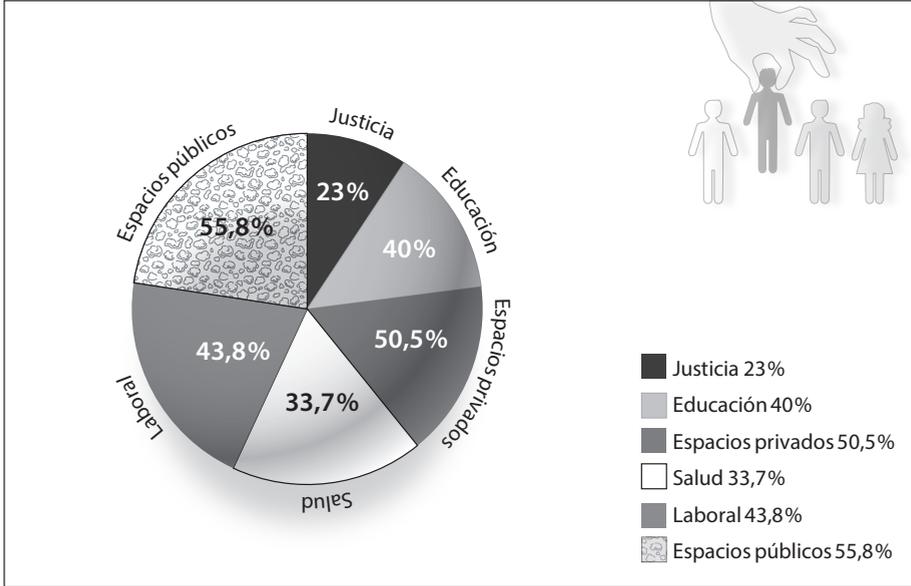
Los individuos con distinta orientación sexual distinta a la heteronorma o al binarismo tradicional han sido objeto de dominación, discriminación y exclusión por quienes tienen el poder y aplican el control; para apreciar esto, se ha tomado del Instituto Nacional de Estadística y Censos los resultados que se podrán observar en la página siguiente.

Este estudio es la primera investigación (estudio de caso) sobre condiciones de vida, inclusión social y derechos humanos de la población LGBTI en Ecuador, que fue realizada mediante un muestreo no probabilístico utilizando una metodología conocida como *bola de nieve*,¹⁴ tomando a 2.805 entrevistados pertenecientes a la población de referencia. Examinando los datos se puede apreciar que esta población es víctima de discriminación, violencia y exclusión; el más alto porcentaje de los dos primeros ocurren en espacios públicos, mientras que el mayor índice de exclusión a personas con distinta

13. Lugones, *Pureza, impureza y separación*.

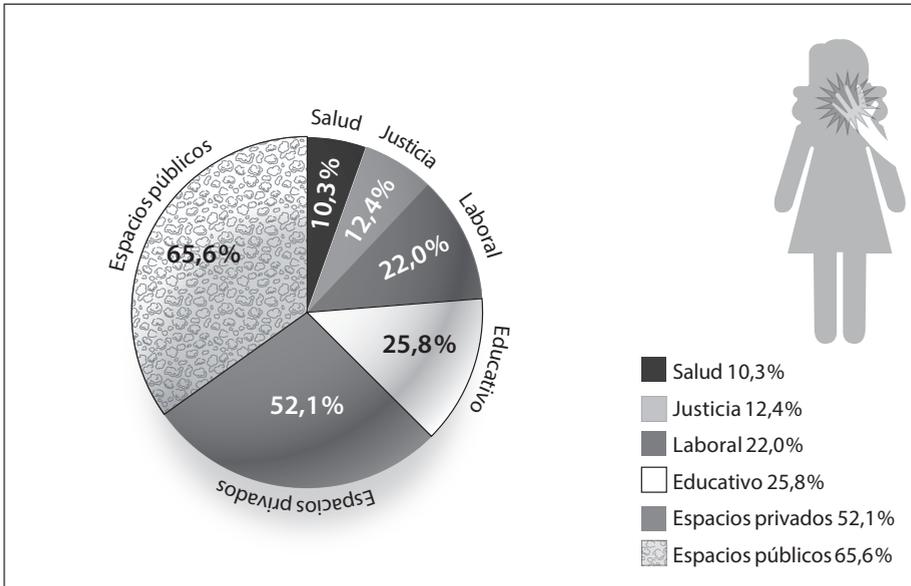
14. Esta metodología se basa en que cada persona elige a otras de la población objeto de estudio consiguiendo con esto un acceso más amplio a la información requerida, se la conoce también como una red social, obtenido en <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/LGBTI/Presentacion-LGBTI.pdf>.

Experiencias de discriminación en distintos entornos



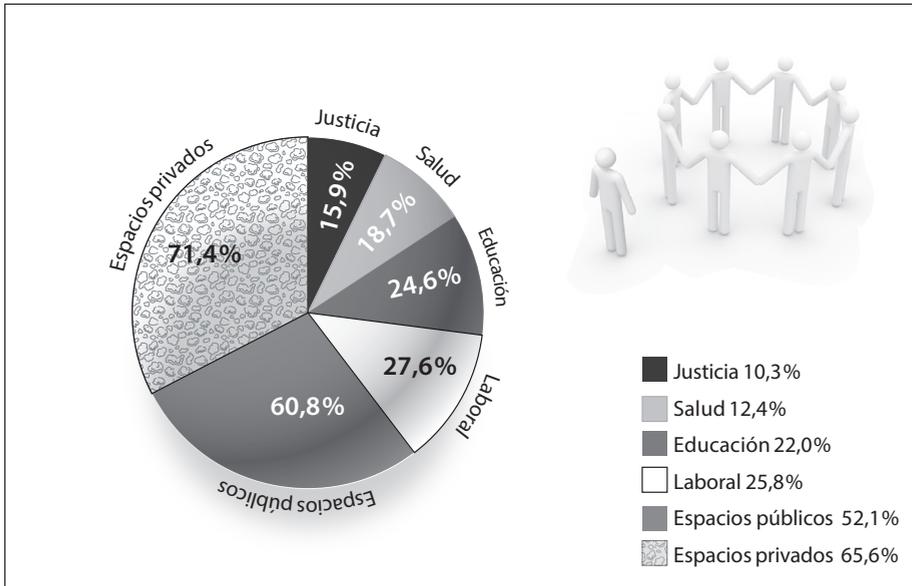
Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Condiciones de vida, inclusión social y derechos humanos de la población LGBTI en Ecuador*, accedido 20 de septiembre de 2019, <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/LGBTI/Presentacion-LGBTI.pdf>.

Experiencias de violencia en distintos entornos



Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Condiciones de vida, inclusión social y derechos humanos de la población LGBTI en Ecuador*, accedido 20 de septiembre de 2019, <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/LGBTI/Presentacion-LGBTI.pdf>.

Experiencias de exclusión en distintos entornos



Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Condiciones de vida, inclusión social y derechos humanos de la población LGBTI en Ecuador*, accedido 20 de septiembre de 2019, <https://www.ecuadrencifras.gob.ec//documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/LGBTI/Presentacion-LGBTI.pdf>.

orientación sexual se da en espacios privados, es decir, dentro del núcleo más cercano, familia y amigos; la sentencia n.º 10-18-CN/19 acerca del matrimonio civil igualitario emitida por la Corte Constitucional actual al respecto afirma:

La discriminación que afecta a las personas LGBT en las sociedades de la región las inserta en un ciclo de exclusión que tiende a culminar en la pobreza por falta de acceso a servicios, oportunidades y prestaciones sociales que en algunos casos inicia desde la temprana edad. Frente a esto la CIDH ha declarado que la discriminación y violencia contra niñas, niños y jóvenes con orientaciones sexuales e identidades de género no normativas empieza en el hogar y en las escuelas, donde la familia, los miembros de la comunidad, profesores/as de las escuelas desaprueban su orientación sexual y/o identidad de género. Las personas LGBT son expulsadas de sus familias y escuelas, y en algunos casos ni siquiera pueden obtener trabajos que pagan el salario mínimo.¹⁵

Las parejas del mismo sexo excluidas de la institución del matrimonio sufren consecuencias normativas y simbólicas ya que generan efectos degradantes y estigmati-

15. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 10-18-CN/19, causa n.º 10-18-CN (matrimonio entre personas del mismo sexo).

zantes que influyen en sus vidas, situación que es mayormente visible en Estados con una gran desigualdad socioeconómica como el Ecuador; estas personas son expuestas a maltratos y humillaciones, en virtud de que no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo.¹⁶

Ahora bien, volviendo a la sentencia analizada, es muy poco útil buscar tratar a estos seres humanos en iguales circunstancias que a las personas heterosexuales. Esto básicamente fue lo que buscó hacer el tribunal cuando se concluyó que no fueron discriminados en razón de su orientación sexual, ya que no existe otra pareja en las mismas circunstancias a quienes se les ofició un matrimonio civil, produciendo graves consecuencias en el desarrollo de su vida y no pudiendo lograr una vida digna; por ende, la Corte Constitucional ecuatoriana sugiere: “si el legislador ecuatoriano institucionalizara el matrimonio entre personas del mismo sexo fomentaría el ideal constitucional del buen vivir, tanto en su vertiente individual como en la colectiva”.¹⁷

Si realizamos un test podemos darnos cuenta de que este no es criterio suficiente y razonable para hacer una distinción entre personas homosexuales y heterosexuales con relación a la institución del matrimonio civil (el eclesiástico es cuestión de otro tipo de reflexión y análisis), básicamente no pueden realizarlo en razón de su orientación sexual, ya que, si los recurrentes se presentaran cada uno con una mujer y dos testigos cumpliendo todos los requisitos, se procedería como es común a celebrar el contrato civil. Por consiguiente, esta distinción es totalmente discriminatoria a los derechos de los peticionarios. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que “el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”.¹⁸

Adicionalmente, la sentencia n.º 184-18-SEP-CC, en el caso Satya, indicaba lo siguiente con respecto al derecho a la igualdad y no discriminación:

La dignidad e igualdad deben ser leídas en forma conjunta, pues la plena realización humana depende del respeto, protección, garantía y promoción de los derechos, sin distinciones abusivas o arbitrarias. La construcción de la igualdad sin discriminaciones fortalece además la diversidad de identidades, pueblos y nacionales que conforman el Estado constitucional.¹⁹

16. Ibid.

17. Ibid.

18. *Convención Interamericana de Derechos Humanos*, encontrado en http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196.

19. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 184-18-SEP-CC, causa n.º 1692-12-EP.

Esto englobaría el derecho a poder crecer en un ambiente sano, acceder al sistema de educación público o privado, contraer matrimonio, formar una familia, obtener una jubilación, en otras palabras, tener una vida digna. La ampliación de la figura de la unión de hecho fue el primer paso hacia una eficaz protección de derechos. Con anterioridad, en caso de muerte de una de las personas, la pareja sobreviviente no tenía derecho alguno como lo tendría el cónyuge vivo, por lo que fue un progreso en lo que se refiere a reconocimiento de derechos a parejas de este tipo. Sin embargo, este desarrollo positivo de derechos no se debe tomar como una solución para parejas con distinta orientación sexual, ya que, de lo que se puede deducir de la sentencia, el tribunal, al igual que el Registro Civil, indica que pueden inscribir la unión de hecho y que esta figura está destinada para este tipo de parejas, como dando un tipo de alivio para que se la tome como una institución para estas parejas y el matrimonio para heterosexuales. Argumento que vulnera el principio de igualdad y no discriminación; la dignidad y por ende el resto del catálogo de derechos contenidos en la Constitución y en instrumentos internacionales que se desprende de los mismos, ya que las personas heterosexuales tienen la posibilidad de elegir entre el matrimonio civil o la unión de hecho, contrario con lo que ocurre con las parejas no normalizadas.

Han existido cuestionamientos acerca de crear una institución igual al matrimonio, pero con distinto nombre para uniones entre parejas homosexuales; al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana citó a la Suprema Corte de México de la siguiente manera:

inherentemente discriminatorio [...] porque constituir[ía] un régimen de “separados pero iguales”. Así como la segregación racial [en Estados Unidos] se fundamentó en la inaceptable idea de la supremacía blanca sobre los afroamericanos, la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio y/o del concubinato, también está basada en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales.²⁰

LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Acerca de la opinión consultiva en cuestión, la sentencia de la Sala de lo Laboral señala que no es obligatoria, en razón de que no tiene la categoría de tratado o convenio internacional, como se encuentra en el art. 425 de la norma suprema, aunque generalmente es respetado y reconocido por los Estados, es decir, a pesar de que se

20. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 10-18-CN/19, causa n.º 10-18-CN (matrimonio entre personas del mismo sexo).

reconozca el matrimonio entre parejas del mismo sexo y se proteja los diversos tipos de familia (esto igualmente reconocido en nuestro país), no es vinculante en estricto sentido para el Estado ecuatoriano. Al interpretarse en relación al Principio de Favorabilidad no formaría parte del Bloque de Constitucionalidad, ya que este consiste en la normativa, principios y valores que se encuentran fuera de la Constitución en sí, pero que tiene como función el control de constitucionalidad de normas de menor jerarquía. Esto con relación a que explícitamente, dentro del mencionado cuerpo normativo, está establecido únicamente el matrimonio entre hombre y mujer. La única forma de que este instrumento forme parte del ordenamiento sería cumpliendo el procedimiento establecido, mediante la adecuación interna por medio del órgano legislativo, es decir, la Asamblea Nacional, conforme el art. 84 de la Constitución vigente.

El art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que los Estados miembros podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos en los Estados americanos. Los recurrentes en razón de que para la resolución del caso Satya se tomó en consideración esta opinión, consideraron de igual manera, se podía aplicar para su caso específico.²¹

En Derecho Internacional Público, el país miembro, en este caso, de la Organización de Estados Americanos, por tradición y por el *pacta sunt servanda*, la respetan y reconocen. Sin embargo, en base a lo alegado por el Tribunal de lo Laboral, el Registro Civil y el delegado de la Procuraduría General del Estado, constituye únicamente un criterio no obligatorio, considerado en otro proceso en virtud de existir un vacío legal, problema que no ocurre en la presente causa por tratarse de normativa expresa.

La actual Constitución es progresista en materia de derechos humanos y tiene como fin el amparo y protección de derechos de las personas y de la naturaleza. Sin embargo, el mencionado tribunal no lo dedujo de esa manera, sino, por el contrario, no aplica de ninguna manera la Opinión Consultiva OC-24/17, vulnerando normas constitucionales. Así lo demuestran los siguientes artículos:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los *instrumentos internacionales* de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.²²

21. Función Judicial, Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay, Proceso n.º 01204-2018-03635, 2018.

22. Artículo 11.7, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial n.º 449, 20 de octubre de 2008 (vigente).

Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.²³

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.²⁴

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los *instrumentos internacionales* de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.²⁵

En los artículos antes descritos los términos *instrumentos internacionales* son una fuente de derechos junto con la norma suprema. En derecho internacional estos pueden ser de dos clases, los convenios y los demás instrumentos de derechos humanos. La diferencia entre ambos es que el primero necesita la ratificación a través del control de constitucionalidad, aprobación parlamentaria y depósito del mismo; el segundo, requiere únicamente la suscripción.²⁶ De esta manera lo ha analizado la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia n.º 11-18-CN/19, de igual forma acerca del matrimonio civil igualitario.

Si, efectivamente, la mencionada opinión consultiva no tiene el rango de tratado o convenio internacional (como lo alegaba el tribunal para su no aplicación), sin embargo, existen normas expresas y supremas que contemplan que dicha opinión se encuentra dentro de estos instrumentos, por lo que los jueces debieron realizar una aplicación a favor de los derechos, primero, de los recurrentes y, segundo, de las personas en general, como lo realizó la jueza de primera instancia. La sentencia Satya cita lo siguiente:

23. Artículo 417, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial n.º 449, 20 de octubre de 2008 (vigente).

24. Artículo 424, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial n.º 449, 20 de octubre de 2008 (vigente).

25. Artículo 426, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial n.º 449, 20 de octubre de 2008 (vigente).

26. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 11-18-CN/19, causa n.º 11-18-CN (matrimonio igualitario).

La Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-24/17, instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de derechos.²⁷

La sentencia n.º 11-18-CN/19 sobre matrimonio igualitario sobre este tema indica:

Las opiniones consultivas son una interpretación emitidas por un órgano supranacional, en este caso la corte IDH, la competencia de la misma nace de un tratado internacional del que el Ecuador es parte y tiene la obligación de cumplir de buena fe y sin la posibilidad de incumplir el mismo teniendo como justificación la normativa interna; por ende, estos derechos forman parte del sistema jurídico ecuatoriano y por consiguiente del bloque de constitucionalidad, es decir, tenían la misma jerarquía de la Constitución ecuatoriana y son de directa e inmediata aplicación.²⁸

Al tener el signatario de un tratado internacional que cumplir con lo que se ha comprometido y adicionalmente tener que hacerlo de buena fe surge lo que se conoce como control de convencionalidad, surgiendo la obligación del Estado de ejecutarla incluidas las interpretaciones, contexto y propósitos en razón del derecho internacional público. La Corte Constitucional afirmó en su sentencia n.º 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario):

La Corte IDH, en adelante, ha ido precisando las obligaciones que se derivan del control de convencionalidad y que esta Corte Constitucional las adopta: a) el control de constitucionalidad se complementa con el de convencionalidad y hay que hacerlas de oficio; b) el control de convencionalidad lo hacen las autoridades públicas en el marco de sus competencias; c) el control de convencionalidad es de tratados y de las interpretaciones de sus órganos; y, d) el control de convencionalidad también aplica en las opiniones consultivas.²⁹

En tal sentido, tanto de acuerdo a los artículos de la actual Constitución como en la sentencia mencionada, la Opinión Consultiva OC-24/17 sin lugar a dudas forma parte del Bloque de Constitucionalidad, ya que como hemos analizado es un instrumento internacional de derechos humanos y, por ende, se lo debe aplicar de manera directa e

27. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 184-18-SEP-CC, causa n.º 1692-12-EP.

28. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 11-18-CN/19, causa n.º 11-18-CN (matrimonio igualitario).

29. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 11-18-CN/19, causa n.º 11-18-CN (matrimonio igualitario).

inmediata sin que se necesite reglamento alguno para su efectivo goce y protección y no existe justificación alguna para su incumplimiento.

El momento en que los recurrentes acudieron al Registro Civil era obligación de esta institución, en virtud de la normativa actual vigente, celebrar el matrimonio civil. Al tener una negativa por parte de estos era deber de los operadores de justicia, es decir, la jueza en primera instancia y de la sala en segunda instancia, garantizar la no vulneración de ningún derecho constitucional de los peticionarios.

CONCLUSIONES

Las personas con una distinta orientación sexual, en este caso específico los homosexuales, han sido vulneradas y oprimidas, sometidas al control y al dominio de la normalización heterosexual, primero en una especie de ocultamiento, posteriormente convirtiéndolos en delincuentes, y, por último, restringiendo ciertas facultades únicamente para heterosexuales, como el matrimonio civil.

En el caso del Estado ecuatoriano, el matrimonio civil se encuentra regulado entre hombre y mujer. No se han considerado otras formas del mismo, aunque se ha reconocido paradójicamente la diversidad de familias, lo que podría tener respuesta en ideologías particulares.

La sentencia de segunda instancia es un claro menoscabo a derechos humanos de personas con distinta orientación sexual, ya que, como se ha podido analizar en las sentencias de la Corte Constitucional, indicando que el Ecuador es signatario de la Convención sobre Derechos Humanos y, mediante un tratado internacional sin vicio alguno, se obligó soberanamente ante la Corte IDH.

El caso analizado es un claro ejemplo de retroceso en lo referente a derechos humanos. El Tribunal de lo Laboral, Registro Civil y la Procuraduría General del Estado trata a los recurrentes como a personas heterosexuales, no toma en cuenta que son un grupo vulnerable y que su orientación sexual es una categoría protegida en la Constitución ecuatoriana en el artículo 11 número 2; por lo que, se los trata en relación a la igualdad formal y no a la igualdad material. Se volvió sin lugar a dudas a la primera y sin consideración alguna de su calidad.

El Estado ecuatoriano, al ser signatario de la Organización de los Estados Americanos, tal y como se encuentra en la Convención Americana de Derechos Humanos, debe asegurarse de que ninguna norma del ordenamiento jurídico o cualquier otro vulnere derechos humanos; en tal razón es necesario que el inciso segundo del artículo 67 sea reformado, ya que provoca una clara violación al principio de igualdad y no discriminación y, por ende, a la vida digna dentro de la propia Constitución y del que gozan o deberían gozar todas las personas.

Si observamos el hecho producto del cual se estableció esta vulneración al principio de igualdad y no discriminación, podemos llegar a la conclusión que cualquier distinción entre seres humanos debe realizarse en virtud de un argumento razonable, fundamentado, no arbitrario, precautelando el derecho de las personas que serían objeto de esta diferenciación. En este proceso, en específico, los peticionarios son una pareja homosexual que pudiera ser cualquier otra; la única opción que tienen para poder formar una familia, como es su deseo, y desarrollarse en un ambiente sano, es mediante la figura de la unión de hecho y no, por motivos ya expuestos, mediante la celebración del matrimonio civil, lo cual es totalmente injusto y regresivo en materia constitucional.

La opinión consultiva OC-24/17 tiene dos calidades, la primera de instrumento internacional y la segunda de derechos humanos, como pudimos examinar forma parte en virtud del art. 11.7, 424 y 426 de la Constitución, del ordenamiento jurídico y por tanto todas las instituciones del sector público, así como los particulares y en sí el sector privado debe aplicarlos directa e inmediateamente. En razón de la progresividad y de la cláusula abierta de la Constitución, debía ser considerada, con el fin de asegurar el eficaz cumplimiento de los derechos para las personas, y no basarse solamente en conceptos constitucionales y estrictamente legales del matrimonio como lo es el art. 67 y el Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República del Ecuador*. Asamblea Nacional, 2008.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos*. Encontrada en <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196>.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 010-14-SEP-CC. Encontrada en <<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=010-14-SEP-CC>>.
- . Sentencia 184-18-SEP-CC. Encontrada en <<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=184-18-SEP-CC>>.
- . Sentencia 10-18-CN/19. Encontrada en <<https://drive.google.com/file/d/14QNINLjZIJkXtEpxou1s2uZTUk5Kftyx/view>>.
- . Sentencia 11-18-CN/19. Encontrada en <<https://drive.google.com/file/d/14QNINLjZIJkXtEpxou1s2uZTUk5Kftyx/view>>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte*, n.º 14: *Igualdad y No Discriminación*, 2017.
- Función Judicial, Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Azuay. Proceso n.º 01204-2018-03635, 2018.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. *Condiciones de vida, inclusión social y derechos humanos de la población LGBTI en Ecuador*. Accedido 20 de septiembre de 2019. <<https://>

www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Estadisticas_Sociales/LGBTI/Presentacion-LGBTI.pdf.

- Martínez Pozo, Lola. “Disidencias sexuales y corporales: articulaciones, rupturas y mutaciones”. *Psicoperspectivas. Individuo y sociedad*. Vol. 17, n.º 1 (2018). <<http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol17-issue1-fulltext-1141>>.
- Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2006).
- Salvioli, Fabián. *Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 2003.

La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador

The binding character of the Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinions in light of Ecuadorian constitutional law

Daniela Salazar Marín

Universidad San Francisco de Quito, Ecuador
dsalazar@usfq.edu.ec
ORCID: 0000-0001-9225-4822

Ana Isabel Cobo Ordóñez

Universidad San Francisco de Quito, Ecuador
acoboo@estud.usfq.edu.ec
ORCID: 0000-0001-7305-7305

Camila Cruz García

Universidad San Francisco de Quito, Ecuador
ccruzg@estud.usfq.edu.ec
ORCID: 0000-0002-3249-3925

Mateo Guevara Ruales

Universidad San Francisco de Quito, Ecuador
mguevarar@estud.usfq.edu.ec
ORCID: 0000-0002-4313-9681

María Paula Mesías Vela

Universidad San Francisco de Quito, Ecuador
mmesiasv@estud.usfq.edu.ec
ORCID: 0000-0001-9733-4506

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.7>

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2018

Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2019

Licencia Creative Commons



RESUMEN

La obligatoriedad de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se sostiene en los principios rectores del Derecho Internacional Público y las normas de interpretación de los tratados internacionales. Cuando se ratifica un tratado y el órgano encargado de su supervisión emite una interpretación autorizada, los Estados Parte deben cumplir de buena fe con esta interpretación. Durante estos años, el cuestionamiento de la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas ha tenido un largo debate doctrinario en los distintos países de Latinoamérica. El objetivo principal de este trabajo es aportar argumentos para reforzar la obligación que tienen los jueces de aplicar los estándares contenidos en la Opinión Consultiva 24/17, realizando el respectivo control de convencionalidad de sus decisiones y tomando en cuenta que los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad, como ha sido reconocido por la Corte Constitucional en sus diversas sentencias. Sostenemos que la tarea de los jueces no puede limitarse a observar normas expresas contenidas en textos constitucionales e infraconstitucionales, sino que debe abarcar un control de convencionalidad que garantice el efectivo goce y ejercicio de los derechos fundamentales de toda persona.

PALABRAS CLAVE: OC-24/17, Constitución, Corte IDH, obligatoriedad, bloque de constitucionalidad, competencia consultiva.

ABSTRACT

The enforceability of the Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights rests on the basic principles of International Public Law and the law of interpretation of treaties. When a treaty is ratified and the institution entrusted with its supervision issues an authorized interpretation, the States Parties must comply with this interpretation in good faith. In the past years, the mandatory nature of the Advisory Opinions has been questioned through a long doctrinal debate in the different countries of Latin America. The main objective of this paper is to contribute with arguments to reinforce the obligation of judges to apply the standards contained in the Advisory Opinion 24/17, performing a “control of conventionality” of their decisions and taking into account that international human rights treaties and instruments are part of the legal system through the “constitutionality block”, as has been recognized by the Constitutional Court in various decisions. We argue that the task of the judges cannot be limited to observe express norms contained in constitutional and infra-constitutional texts, rather, a conventionality control must be carried out in order to guarantee the effective enjoyment and exercise of the fundamental rights of every person.

KEYWORDS: Advisory Opinion (AO-24/17), Constitution, Inter-American Court of Human Rights, enforceability, “constitutional block”, advisory jurisdiction.

FORO

INTRODUCCIÓN*

La relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) y el Derecho constitucional interno es una cuestión que ha generado intensos debates en la doctrina y la jurisprudencia. La Constitución de la República del Ecuador (en adelante Constitución) expresamente incorpora a su texto los instrumentos internacionales otorgándoles una jerarquía superior, incluso a la de la propia Constitución, si sus normas son más favorables para el ejercicio de los derechos humanos. Así, la Constitución otorga un valor privilegiado a instrumentos que, no siendo estrictamente tratados internacionales, juegan un rol trascendental en la protección de los derechos de las personas.

El artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) faculta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) a recibir consultas acerca de la interpretación de las normas de dicha Convención. Cuando la Corte IDH emite una Opinión Consultiva, ejerce una competencia convencional otorgada mediante la ratificación de dicho instrumento por parte de los mismos Estados. Si bien la CADH no ha reconocido expresamente el mismo efecto vinculante a las Opiniones Consultivas que a las sentencias de la Corte IDH, es indiscutible que, como opinión autorizada del organismo interamericano competente para interpretar la CADH, estas opiniones gocen de una autoridad que los Estados, incluido el ecuatoriano, deben observar.

Con frecuencia, los jueces se enfrentan a la tensión que puede producirse cuando el texto constitucional tiene disposiciones contrarias o incompatibles con la interpretación que la Corte IDH ha realizado en el marco de sus Opiniones Consultivas. Ello ocurre en Ecuador, por ejemplo, cuando el texto constitucional en su artículo 67 define el matrimonio como la unión entre hombre y mujer, mientras que la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH interpretó un artículo similar de la CADH en el sentido de que todas las parejas, incluidas aquellas del mismo sexo, deben poder acceder a todas las figuras de protección de la familia, incluido el matrimonio.

Frente a esta tensión, en este artículo reflexionaremos sobre el valor de las Opiniones Consultivas de la Corte IDH tanto a la luz del Derecho Internacional Público (en adelante DIP) como a la luz del derecho interamericano expresado en las interpretaciones de la propia Corte IDH. Luego, examinaremos el valor que la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante Corte Constitucional) ha otorgado a las Opiniones Consultivas de la Corte IDH.

* El artículo fue sometido a la revista *FORO* el 23 de octubre de 2018 (previo a las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador sobre matrimonio igualitario).

Reconocemos que existen posturas contrarias, tanto a nivel nacional e internacional, que –desde una perspectiva más formalista de las fuentes del derecho– consideran que la Opinión Consultiva 24/17 no es de obligatoria aplicación bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esta tesis se fundamenta, principalmente, en que la Opinión Consultiva 24/17: i. es resultado de la función consultiva de la Corte IDH y, considerarla de obligatorio cumplimiento, desnaturalizaría la función interpretativa y consultiva de la Corte IDH; ii. la Corte IDH incurrió en un vicio extra petita, pues en las preguntas formuladas por Costa Rica jamás se consultó si el matrimonio entre personas del mismo sexo debía ser legalizado; iii. la CADH no reconoce que las opiniones consultivas sean de carácter obligatorio.

Ahora bien, más allá del debate doctrinario o jurisprudencial, en este artículo aportaremos argumentos para sostener que el valor privilegiado que se asigna en el derecho interno ecuatoriano a las decisiones de organismos internacionales de protección de derechos humanos tiene una implicación práctica ineludible en el efectivo goce de los derechos. De ahí que analizaremos críticamente los argumentos esgrimidos por los jueces de la Corte Provincial, quienes, actuando como jueces constitucionales, desconocieron el valor de las Opiniones Consultivas como fuente vinculante y rechazaron las pretensiones de los accionantes que buscaban registrar su vínculo familiar, como parejas del mismo sexo, bajo la figura del matrimonio, fundamentándose en las disposiciones de la Opinión Consultiva OC-24/17 sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (en adelante OC-24/17).

OBLIGATORIEDAD DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

La interpretación de los tratados internacionales constituye una operación determinante para la correcta aplicación de las disposiciones convencionales. Afortunadamente, para orientar el complejo ejercicio intelectual de interpretación de tratados internacionales existe una serie de reglas recogidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante Convención de Viena), que están inspiradas en el principio de buena fe. La Corte Internacional de Justicia ha afirmado en reiteradas ocasiones que “un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin”.¹

1. Corte Internacional de Justicia, “Fallo de 3 de febrero de 1994”, *Caso relativo a la controversia territorial Jamahiriya Árabe Libia/Chad*, 3 de febrero de 1994, 22, <<https://www.dipublico.org/cij/doc/97.pdf>>. *Vid.*

Por ende, bajo el marco del DIP –en particular de la Convención de Viena–, si un Estado en ejercicio de su soberanía ratifica un tratado, debe ceñirse a lo establecido en él,² obligación que conlleva la de adoptar la interpretación autorizada respecto del significado y alcance de sus disposiciones, emitida por el órgano competente.³

En otras palabras, si un Estado suscribe un tratado que crea un organismo autorizado para interpretar sus disposiciones, se obliga a cumplir de buena fe la interpretación que el organismo autorizado realice. En consecuencia, debido a que el Estado ecuatoriano ratificó la CADH, y que dicho tratado creó la Corte IDH y le asignó la facultad de emitir Opiniones Consultivas, Ecuador está obligado a honrar lo pactado y cumplir de buena fe la interpretación autorizada de la Corte IDH.

OBLIGATORIEDAD DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES FIJADOS POR LA CORTE IDH: EVOLUCIÓN DE SU PROPIO CRITERIO

La Corte IDH es el máximo órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH). Sus competencias contenciosa y consultiva se encuentran reguladas en los artículos 44⁴ y 64⁵ de la CADH, respectivamente. La facultad consultiva de la Corte IDH tiene por objeto “coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados. Se trata de un método judicial alternativo, por medio del cual se puede lograr la interpretación de la Convención *sub examine*, y de otros tratados atinentes a los derechos humanos en el sistema interamericano”.⁶

Como lo ha reconocido la propia Corte IDH, dicha facultad constituye “la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente”.⁷ En esta misma línea, la Corte IDH se ha pronunciado sobre las

Corte Internacional de Justicia, “Fallo de 13 de diciembre de 1999, *Caso relativo a la isla Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia*, 13 de diciembre de 1999, 18, <<https://www.dipublico.org/cij/doc/127.pdf>>; Corte Internacional de Justicia, “Fallo de 27 de junio de 2001”, *Caso relativo a LaGrand*, 27 de junio de 2001, párr. 99.

2. Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Madrid: Tecnos, 2002), 85.
3. Rafael Nieto-Navia, “El valor jurídico de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad”, *18 International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 155, n.º 190 (2011): 164-6.
4. *Convención Americana de Derechos Humanos*, 1969, art. 44.
5. *Ibid.*
6. Juan Carlos Hitters y Óscar Fappiano, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Buenos Aires: Ediar, 1999), 317.
7. Corte IDH, Opinión Consultiva 1/82 del 24 de septiembre de 1982, “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte, de 24 de septiembre de 1982, 14.

materias que pueden someterse al conocimiento de su facultad consultiva, determinando que:

la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.⁸

Tanto en su Reglamento como en sus dictámenes, la Corte IDH ha distinguido entre sus competencias contenciosa y consultiva. En un momento inicial, la Corte IDH se pronunció sobre las diferencias entre sus competencias en los siguientes términos: en un procedimiento contencioso, la Corte debe no solo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, en el entendido de que los Estados Parte en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte. En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica.⁹ La misma Corte IDH ha señalado, sobre la naturaleza de su competencia consultiva, que la amplitud de términos en que ha sido concebida dicha función,

crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.¹⁰

Las expresiones relativamente ambiguas empleadas por la Corte IDH –como la referida en el punto anterior– podrían dar cuenta de que dicho órgano ha restado importancia a sus opiniones consultivas. Ahora bien, en palabras de autores como Pedro Nikken, estas expresiones de la Corte IDH estaban destinadas, “a explicar y a afirmar la amplitud de su función consultiva y no a debilitarla”,¹¹ por ello las Opiniones Con-

8. *Ibid.*, párr. 50.

9. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983 sobre las restricciones a la pena de muerte” de 8 de septiembre de 1983, párr. 32.

10. *Ibid.*, párr. 43.

11. Pedro Nikken, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 15 (1999), <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>>.

sultivas son utilizadas como jurisprudencia que sustenta los casos contenciosos de la Corte IDH. Otros autores han ido aún más allá. Héctor Faúndez Ledezma afirma que las Opiniones Consultivas no solo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan, sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que no se puede eludir por los Estados Parte en la misma.¹² A su vez, el artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH define a este organismo como

una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es así como, [...] al ejercer, sea en el campo contencioso, sea en el consultivo, la función de “aplicar o interpretar” el Pacto de San José, la Corte actúa como un órgano jurisdiccional y sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional.¹³

Años más tarde, realizando una interpretación teleológica y evolutiva respecto de la CADH, de otros instrumentos del SIDH y, finalmente, de su propia competencia, dicho órgano determinó:

aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento (énfasis añadido).¹⁴

De manera más reciente, la Corte IDH se pronunció nuevamente sobre la obligatoriedad de sus opiniones consultivas en relación con la obligación de todos los órganos estatales de realizar el correspondiente control de convencionalidad, aclarando en cierta forma su postura inicial al respecto. Así, en la Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, la Corte estimó necesario recordar a los Estados lo siguiente:

Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema

12. Héctor Faúndez Ledezma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 2.ª ed. (Costa Rica: Editorial IIDH, 1999), 603-10.

13. Nikken, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 12.

14. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997 sobre informes de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos”, 14 de noviembre de 1997, párr. 26.

interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.¹⁵

Así, la Corte IDH determinó que la emisión de una opinión consultiva obliga a todos los Estados miembros de la OEA, “incluyendo a los que no son Parte de la Convención [CADH] pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9)”.¹⁶ De esta manera, se configura para los Estados una fuente “que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos”.¹⁷

La interpretación de la CADH, “cuando resulta de una opinión consultiva de la Corte, no es una interpretación cualquiera, pues se trata de conclusiones obtenidas por el órgano que la misma Convención creó con el propósito de interpretar[la]”.¹⁸ Las opiniones consultivas de la Corte IDH constituyen, entonces, una interpretación autorizada del alcance de las obligaciones internacionales directamente relacionadas con la protección de los derechos humanos, las cuales han sido asumidas por los Estados miembros del SIDH a través de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos.¹⁹

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: DIRECTA APLICABILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN ECUADOR

En el sistema ecuatoriano, el *bloque de constitucionalidad* encuentra su fundamento en los artículos 11.3 y 426 de la Constitución,²⁰ que se refieren a la directa aplicabi-

15. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos”, 15 de noviembre de 2017, párr. 28. *Vid.*, Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 24 de noviembre de 2017, párr. 26.

16. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017”, *ibíd.*, párr. 27.

17. *Ibíd.*

18. Nikken, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 14.

19. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-1/83 del 24 de septiembre de 1982 sobre ‘otros tratados’ objeto de la facultad consultiva de la Corte”, 24 de septiembre de 1982, párr. 21.

20. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 026-12-SIS-CC*, 21 de junio de 2012, 12: “Una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita. El bloque de constitucionalidad nos permite interpretar las normas constitucionales, pero, además, los tratados de derechos humanos orientan al Juez constitucional a identificar elementos esenciales que definan la fisonomía insustituible de la Constitución.

lidad de las normas constitucionales, disposiciones y estándares contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen derechos más favorables que los contenidos en la norma suprema. En palabras de la Corte Constitucional,

al bloque de constitucionalidad se lo entiende como aquel conjunto de normas que no constando expresamente dentro de las normas positivas de la Constitución formal, forman parte de esta porque es la propia Constitución la que reconoce ese rango y rol, en virtud del más alto valor del Estado: la protección de la dignidad humana.²¹

Así, por referencia expresa de la Constitución a instrumentos internacionales, los derechos reconocidos en ellos han pasado a formar parte del bloque de constitucionalidad y son directamente aplicables en Ecuador sin que sea necesaria una mención expresa de la norma suprema.

Vale enfatizar que, a efectos de dar aplicabilidad real a aquellos “instrumentos internacionales” de derechos humanos que reconocen derechos más favorables que la Constitución, el legislador constituyente prefirió dicho término por sobre otros esencialmente distintos como “convenciones internacionales” o “tratados internacionales”. En consecuencia, el término “instrumentos internacionales de derechos humanos”²² permite la directa aplicabilidad no solo de tratados o convenciones, sino de otro tipo de instrumentos, como son las interpretaciones autorizadas que realizan los organismos internacionales de derechos humanos respecto de la convención cuyo cumplimiento supervisan, siempre y cuando sean más favorables que las normas establecidas en la Constitución.

Por lo mismo, la constante referencia que hacen las normas constitucionales a los “instrumentos internacionales de derechos humanos”, y no solo a los “tratados internacionales de derechos humanos”, genera que las normas contenidas en esos instrumentos se encuentren incorporadas a la Constitución y formen parte del bloque de constitucionalidad.

Las Opiniones Consultivas están tan incorporadas a la Constitución que se ha establecido una garantía que permite exigir su cumplimiento, protegiendo así a estos instrumentos como parte de la supremacía constitucional: la acción por incumplimiento. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), al regular esta acción en su artículo 52, aclara que tiene por objeto garan-

En tal virtud, para resolver un problema jurídico no solo se debe tener presente a la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener relevancia para decidir esos asuntos”.

21. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 004-14-SCN-CC*, 6 de agosto de 2014.

22. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.

tizar el cumplimiento de “sentencias, decisiones o informes” de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Nótese que no se hace diferenciación entre una sentencia, un informe y otras “decisiones”, término que, sin lugar a dudas, abarca a las Opiniones Consultivas de la Corte IDH, pues, ¿qué serían las Opiniones Consultivas si no fueran decisiones de esta Corte?

OBLIGATORIEDAD DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES FIJADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR: APLICACIÓN EN SUS DICTÁMENES

La Corte Constitucional, máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional en Ecuador,²³ ha aplicado en innumerables ocasiones los estándares fijados por la Corte IDH en sus Opiniones Consultivas, afirmando que no es posible desconocer el razonamiento que en ellos plasma la Corte IDH.²⁴

En su sentencia n.º 003-14-SIN-CC de 17 de septiembre de 2014, la Corte Constitucional recogió la argumentación de la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985 para fundamentar su decisión sobre la naturaleza del derecho de libertad de expresión y de rectificación o respuesta.²⁵ Lo mismo ocurrió en la sentencia n.º 064-15-SEP-CC de 11 de marzo de 2015, en la cual la Corte Constitucional hace propio el análisis realizado por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014,²⁶ y en su Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.²⁷ En la sentencia n.º 019-16-SIN-CC de 22 de marzo de 2016, la Corte Constitucional desarrolla los límites admisibles al derecho a la igualdad ante la ley fundamentándose, una vez más, en el contenido de la Opinión Consultiva n.º OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.²⁸

23. *Ibíd.*, art. 429.

24. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 003-14-SIN-CC*, 17 de septiembre de 2014. “La Corte Constitucional, haciendo propia la reflexión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de las esferas de la libertad de opinión, desde la opinión consultiva OC-5/85, no puede desconocer que el derecho a la libertad de expresión no debe vincularse solo con el aspecto individual, sino también con el colectivo [...]”, 59.

25. *Ibíd.*, 59, 72, 130.

26. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 064-15-SEP-CC*, 11 de marzo de 2015, 18.

27. *Ibíd.*, 19.

28. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 019-16-SIN-CC*, 22 de marzo de 2016, 15-6.

Como se vislumbra en los dictámenes referidos, estos estándares son de trascendental importancia en la configuración argumentativa de las decisiones de la Corte Constitucional. Si lo anterior no resulta suficiente, en uno de sus casos más recientes (conocido como el Caso Satya), la Corte Constitucional afirmó que se tratan de instrumentos internacionales de derechos humanos que,

por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos.²⁹

En definitiva, lo anterior da cuenta de que el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional en Ecuador ha fijado un precedente claro respecto del lugar que ocupan las Opiniones Consultivas de la Corte IDH en el sistema ecuatoriano. De manera que, en la medida en que estos pronunciamientos contengan estándares más favorables al pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, se aplicarán de manera directa, inmediata y preferente.³⁰

Es preciso recordar que el *control de convencionalidad* constituye un mecanismo básico para la garantía de los derechos, en la medida en que permite que los órganos jurisdiccionales, además de analizar sus disposiciones internas, recurran a los instrumentos internacionales y a la interpretación que de estos se realice,³¹ tal como señala la propia Corte Constitucional:

el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo básico para la garantía de los derechos, en tanto permite que los órganos jurisdiccionales no se limiten a un análisis de sus disposiciones internas, sino que además recurran a los instrumentos internacionales y la interpretación efectuada de estos, a fin de dotar de contenido integral a los derechos.³²

Es claro que, según la Corte Constitucional, todo juez y toda autoridad pública están obligados a controlar que sus actos sean compatibles con la Convención y con la

29. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 184-18-SEP-CC*, 29 de mayo de 2018, 58.

30. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.3 y 424.

31. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 003-14-SIN-CC*, 17 de septiembre de 2014, 20.

32. Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso Ley Orgánica de Comunicación 0014-13-IN, 0023-13-IN, 0028-13-IN y acumulados*.

interpretación autorizada que de ella efectúa la Corte IDH. Desconocer la interpretación autorizada de la Corte IDH podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano en casos contenciosos posteriores.

RECUENTO DE LOS ESTÁNDARES FIJADOS POR LA CORTE IDH EN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17

Una vez precisada la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas a la luz del DIP, del DIDH y del derecho interno, se procederá a estudiar los estándares fijados por la OC-24/17 y su impacto en la administración de justicia constitucional en Ecuador. Así, se expondrán las principales conclusiones de la Corte IDH en respuesta a la consulta formulada por Costa Rica. En segunda instancia, se analizará la aplicación práctica de la OC-24/17 en Ecuador y las decisiones contradictorias emitidas.

En el año 2016, amparado en el artículo 64 de la CADH, el Estado de Costa Rica consultó a la Corte IDH sobre el alcance del derecho a la identidad de género, el derecho al cambio de nombre a partir de la identidad de género y el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados del vínculo entre personas del mismo sexo, a la luz de las disposiciones de la CADH y su desarrollo. El pasado 24 de noviembre de 2017, la Corte IDH emitió la OC-24/17 en respuesta a la consulta formulada.

En este pronunciamiento, la Corte IDH determinó que no debe hacerse una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana al vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, puesto que ello sería contrario al objeto y fin de la CADH.³³ En criterio de la Corte, las parejas del mismo sexo deben gozar de iguales derechos que los generados por el vínculo familiar de parejas heterosexuales.³⁴ En este sentido, consideró que no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar la convivencia de parejas del mismo sexo puesto que “se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana”. Finalmente, la OC-24/17 estableció que se deben proteger, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo.³⁵

33. *Ibíd.*, párr. 189.

34. *Ibíd.*, párr. 192.

35. *Ibíd.*, párr. 198.

APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA OC-24/17 EN ECUADOR: ANÁLISIS Y CRÍTICA A LAS SENTENCIAS DE LA CORTE PROVINCIAL

Como se ha precisado en las secciones anteriores, las Opiniones Consultivas de la Corte IDH deben ser aplicadas en Ecuador de manera directa, inmediata y preferente siempre que contengan estándares más favorables al pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. Sin embargo, este no siempre ha sido el caso. A raíz de la OC-24/17, se han emitido fallos contradictorios que, por un lado, reconocen el valor jurídico de este instrumento y, por otro, desconocen su obligatoriedad.

El valor jurídico de la OC-24/17 no solo ha sido reconocido en la sentencia n.º 184-18-SEP-CC de la Corte Constitucional,³⁶ sino que, incluso, juzgadores de primera instancia, con el afán de asegurar y garantizar el goce efectivo de los derechos, se han referido a este instrumento internacional para fundamentar sus decisiones. En la acción de protección n.º 01204-2018-3635, a la hora de resolver la pretensión de una pareja del mismo sexo que buscaba unirse bajo la figura del matrimonio, la jueza de la Unidad Judicial de la Familia Mujer, Niñez y Adolescencia determinó:

el Ecuador es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos; [...] el Gobierno del Ecuador declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención [...]. Es entonces indudable la obligatoriedad del Estado Ecuatoriano en vincular la Opinión Consultiva. 2.- Por mandato del art. 426 de la Constitución de la República todas las personas, autoridades. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente [...]. Por lo expuesto el Órgano Judicial a través de esta Juzgadora, *está en la obligación de aplicar también como lo hizo la Corte Constitucional la Opinión Consultiva OP-24/17* [...] (énfasis añadido).³⁷

Este criterio se replicó en el proceso signado con el n.º 1204-2018-3637 al de resolver una acción de protección de similar naturaleza. Por lo tanto, administrando

36. En la sentencia n.º 184-18-SEP-CC, caso Satya, la Corte Constitucional fijó un precedente claro respecto del valor jurídico y la aplicación directa que tienen las Opiniones Consultivas de la Corte IDH en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente, la OC-24/17. *Vid.*, Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 184-18-SEP-CC*, 29 de mayo de 2018, 58.

37. Ecuador Unidad Judicial de Familia Mujer, Niñez y Adolescencia, “Sentencia”, en *Juicio n.º 01204-20180-3635*, 16 de julio de 2018.

justicia constitucional, los operadores de justicia, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en instrumentos internacionales, han respetado el valor jurídico vinculante de la OC-24/17. No obstante, como se demostrará a continuación, el actuar de la función judicial no ha sido uniforme.

El 10 de septiembre de 2018 la Corte Provincial del Azuay resolvió la apelación presentada dentro del caso n.º 01204-2018-03637 y afirmó que: “las opiniones consultivas están para coadyuvar la protección de derechos, *pero no son vinculantes*” (énfasis añadido).³⁸ De igual manera, en el caso n.º 01204-2018-03635, la misma Corte estableció que la Opinión Consultiva OC-24/17, por su naturaleza, no es vinculante ni obligatoria para el Estado ecuatoriano.³⁹ En esta misma línea se ha pronunciado la Corte Provincial de Pichincha dentro del proceso n.º 17159-2018-00006, alegando que las opiniones consultivas no son obligatorias:

lo que constituye la principal diferencia con las sentencias. Y no son vinculantes, no solo porque, de lo contrario, no existiría diferencia con estas últimas, sino porque, además, en ellas no hay partes, de donde se desprende que sería del todo injusto que una resolución de la Corte fuese obligatoria para los que no han comparecido ante ella ni han sido demandados o interpelados.⁴⁰

A continuación, se analizarán los principales argumentos –cuestionables, como mínimo– en los cuales la Corte Provincial del Azuay y de Pichincha fundamentan el criterio antedicho, a saber, que: i. por el principio de jerarquía normativa, la Constitución prevalece sobre la OC-24/17; ii. la Corte Constitucional es la única facultada para declarar la inconstitucionalidad de normas jurídicas; iii. la Corte IDH ha incurrido en un vicio extrapetita; y iv. el voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi establece que las Opiniones Consultivas no son vinculantes.

EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA, ¿PRIMA LA CONSTITUCIÓN SOBRE LAS OPINIONES CONSULTIVAS?

Para la Corte Provincial, la aplicación de la jerarquía normativa deviene en la primacía de la Constitución por sobre las Opiniones Consultivas:

38. Ecuador Corte Provincial de Justicia de Azuay Sala Penal, “Sentencia”, en *Juicio n.º 01204-2018-03637*, 10 de septiembre de 2018.

39. Ecuador Corte Provincial de Justicia de Azuay Sala Laboral, “Sentencia”, en *Juicio n.º 01204-2018-03635*, 10 de septiembre de 2018.

40. Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Juicio n.º 17159-2018-00006*, 16 de octubre de 2018.

Inclusive en el supuesto no consentido que se quisiera tener en cuenta dicha Opinión Consultiva; sin embargo el art. 425 de la CRE, en concordancia con el análisis anterior, determina en forma imperativa que el orden jerárquico para la aplicación de las normas, es y como no puede ser de otra manera, en primer lugar la Constitución; y luego los tratados y convenios internacionales; y, en la especie, como hemos indicado, la opinión no reúne las características de un tratado, ni es una sentencia [...].⁴¹

Para fundamentar dicha interpretación, los jueces de la Corte Provincial analizan de manera aislada el artículo 425 de la norma suprema, que se refiere únicamente a tratados y convenios internacionales,⁴² dejando de lado el contenido de los artículos constitucionales que garantizan la directa aplicabilidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen derechos más favorables que los contenidos en la Constitución.

Así, si bien el artículo 424 de la Constitución señala que esta es la norma suprema, añade que “la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Esta norma debe leerse en conjunto con el artículo 417, según el cual “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.⁴³ Así, de una lectura integral y sistemática de la Constitución, es claro que los instrumentos internacionales de derechos humanos en Ecuador gozan de una jerarquía privilegiada al punto que incluso podrían ser aplicados por sobre la Constitución cuando sus normas sean más favorables para la protección de los derechos.

La argumentación de la Corte Provincial desconoce incluso el contenido del artículo 427 de la Carta Magna, el cual prescribe: “las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal *que más se ajuste a la Constitución en su integralidad*” (énfasis añadido).⁴⁴ Precisamente, la Constitución en su conjunto pretende garantizar el pleno goce y ejercicio de derechos, sin perjuicio de que su desarrollo se encuentre contenido en instrumentos internacionales que no tengan la naturaleza de un tratado o convenio internacional. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

41. Ecuador Corte Provincial de Justicia de Azuay Sala Laboral, “Sentencia”, en *Juicio n.º 01204-2018-03635*, 10 de septiembre de 2018.

42. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 425.

43. *Ibíd.*, art. 417.

44. *Ibíd.*, art. 427.

para el examen de constitucionalidad la Corte Constitucional no debe efectuar únicamente su análisis fundamentándose en la contraposición de la disposición impugnada con el texto constitucional, sino además con los *instrumentos internacionales de derechos humanos*, [...] tomando en consideración la Convención Americana de Derechos Humanos, las sentencias que dotan de contenido a la Convención emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y todos aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador; en suma, aquello que se denomina el *ius commune* interamericano (énfasis añadido).⁴⁵

De esta manera, la OC-24/17, como instrumento internacional que reconoce derechos más favorables que los contenidos en la Constitución, prevalece sobre la norma suprema y, sin lugar a duda, debió ser aplicada de manera preferente en pos de la plena vigencia de los derechos.

FRENTE A LA FACULTAD PRIVATIVA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS JURÍDICAS, ¿CUÁL ES EL DEBER DE LOS JUECES?

De conformidad con el artículo 142 de la LOGJCC,

cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional.⁴⁶

Es así que, en caso de que un juez tenga duda razonable y motivada sobre posibles contradicciones entre una disposición normativa y el *bloque de constitucionalidad*, deberá elevar la norma en consulta al máximo órgano de administración de justicia constitucional.

En la sentencia dictada dentro del proceso n.º 01204-2018-3637, la Corte Provincial recoge este criterio:

en el Ecuador existe el control concentrado, por lo que solamente a la Corte Constitucional le corresponde declarar la inconstitucionalidad de las normas, de ser el caso, y al no existir

45. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º 003-14-SIN-CC*, 17 de septiembre de 2014, 19.

46. Ecuador, *Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, 22 de octubre de 2009, art. 142.

tal declaración, las normas mencionadas, son constitucionales y se encuentran plenamente vigentes.⁴⁷

En el razonamiento empleado por los jueces provinciales se vislumbra la omisión de un análisis de la existencia de posibles contradicciones entre disposiciones infraconstitucionales y disposiciones contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen derechos más favorables que los establecidos en la Constitución.

En el presente caso, existe un instrumento internacional de derechos humanos –la OC-24/17– que reconoce el derecho a contraer matrimonio para personas del mismo sexo y normas constitucionales⁴⁸ e infraconstitucionales⁴⁹ evidentemente contrarias. Ante esta evidente contradicción entre normas constitucionales e infraconstitucionales, los jueces debieron suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente en consulta a la Corte Constitucional para que sea esta la que resuelva sobre la constitucionalidad de la norma. Lejos de cumplir esta obligación, los jueces presumieron la constitucionalidad de las normas que estaban llamados a interpretar a la luz de la OC-24/17 y, así, incumplieron su obligación de aplicar los estándares más favorables contenidos en dicho instrumento directamente.

LA CORTE IDH ¿INCURRIÓ EN UN VICIO DE EXTRA PETITA EN SU OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17?

En palabras de la Corte Provincial, “en la opinión consultiva OC-24/17, la CIDH [sic] incurrió en el vicio de extra petita, por cuanto *la consulta de [dicho] Gobierno fue únicamente sobre los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo, pero la Corte fue más allá*” (énfasis añadido).⁵⁰

A primera vista, el argumento citado parecería ser persuasivo; no obstante, a través de un análisis integral de los fallos dictados por la Corte IDH, es posible afirmar que la Corte Provincial, sin respaldo jurídico alguno, concluye que aquella excedió sus prerrogativas. Dicha afirmación no es correcta, pues, si bien la facultad consultiva

47. Ecuador Corte Provincial de Justicia de Azuay Sala Penal, “Sentencia”, en *Juicio n.º 01204-2018-03637*, 10 de septiembre de 2018.

48. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 67.

49. Ecuador, *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*, Registro Oficial 684, 5 de julio de 2018, art. 52. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, arts. 81-104.

50. Ecuador Corte Provincial de Justicia de Azuay Sala Penal, “Sentencia”, en *Juicio n.º 01204-2018-03637*, 10 de septiembre de 2018.

–regulada en el artículo 64.1 de la CADH– surge a petición de parte,⁵¹ la Corte está autorizada incluso para reformular las preguntas que se le planteen.

Aterrizando en el caso de estudio, la Corte IDH ha mencionado que “por la forma en que ha sido redactada una solicitud, [puede] en el ejercicio de sus funciones [...] tener que precisar o esclarecer, y en ciertos supuestos, *reformular*, las preguntas que se le plantean, con el fin de determinar con claridad lo que se le está preguntando” (énfasis añadido).⁵² Lo anterior implica que la Corte IDH tiene la facultad de reformular y esclarecer preguntas porque aquello es, precisamente, su labor como intérprete oficial de la CADH a la hora de responder una consulta con estructura lógica y de manera que se adecue a los intereses de la justicia y a los efectos de una Opinión Consultiva.

De igual manera, la Corte IDH ha reconocido en sus múltiples pronunciamientos cuáles son las facultades que le corresponden dentro de su función consultiva. Así, en resolución de 14 de abril de 1997, sostuvo que puede mantener el conocimiento de un trámite de Opinión Consultiva incluso si el Estado solicitante retira la solicitud.⁵³ Asimismo, ha señalado que puede reordenar las preguntas presentadas para clarificar su pronunciamiento.⁵⁴

Por lo expuesto, “la Corte debe trabajar cómodamente, no solo en cuanto a los medios humanos y materiales sino también en su posibilidad de reposar en la amplia capacidad de conducir y ordenar un proceso que tenga a su cargo, ya sea en materia contenciosa o consultiva”.⁵⁵ Al ser la Corte IDH un órgano que reconoce, tutela y garantiza derechos humanos por la confianza que los Estados han depositado en ella para llevar a cabo sus tareas, los Estados no deberían temer de las amplias facultades que goza a la hora de intervenir como intérprete en el legítimo ejercicio de sus funciones y, en aplicación del principio *iura novit curia*, ir más allá de lo solicitado por las partes.

51. *Convención Americana de Derechos Humanos*, 1969, art. 64.

52. Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-7/86 sobre exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”, 29 de agosto de 1986, párr. 12.

53. Corte IDH, “Resolución del 14 de abril de 1997 en el marco del trámite de la Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997”. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 58.

54. *Vid.*, Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-7/86 sobre exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”, 29 de agosto de 1986, párr. 12.

55. Fabián Salvioli, “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en *Homenaje y reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*, editado por Sergio Fabris, tomo III (Brasilia, 2004), 417-72.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo investigativo se ha reforzado la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas de la Corte IDH como instrumentos vinculantes para los Estados parte de la CADH. Si bien este debate se encuentra en auge en la región latinoamericana, en Ecuador la Constitución y su máximo intérprete reconocen que estos instrumentos prevalecen sobre la Norma Suprema cuando en ellos se contienen derechos más favorables. Asimismo, el bloque de constitucionalidad incorpora estos instrumentos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, otorgándoles directa aplicabilidad a fin de proteger la dignidad humana.

En consecuencia, la determinación de qué instrumento debe aplicarse a un caso concreto pende, en última instancia, de un análisis respecto de la favorabilidad con que se protege el goce y ejercicio de los derechos, el cual no puede realizarse de manera somera y, al contrario, deberá incorporar una motivación explícita. Es preocupante que en las sentencias de la Corte Provincial referidas los jueces no hayan realizado análisis alguno en este sentido, considerando que la administración de justicia constitucional es una tarea que corresponde a todos los juzgadores.

Así, al ser la OC-24/17 un instrumento que garantiza la plena vigencia de varios derechos, entre ellos la igualdad y no discriminación, y el derecho a la familia, de manera más favorable que la propia Constitución, esta debió ser aplicada por sobre la norma suprema. Su falta de aplicación no solo vulneró las disposiciones constitucionales que le otorgan una jerarquía superior, pero además comprometió la responsabilidad estatal del Estado ecuatoriano, ya que sus funcionarios violaron su deber más elemental, el garantizar de manera irrestricta a toda persona el ejercicio más amplio y favorable de derechos, haciendo realidad el mandato constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 1969.

Convenio Europeo Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 1990.

Corte IDH. “Opinión Consultiva OC-7/86 sobre exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”. 29 de agosto de 1986.

—. “Opinión Consultiva OC-1/83 del 24 de septiembre de 1982 sobre ‘otros tratados’ objeto de la facultad consultiva de la Corte”. 24 de septiembre de 1982.

—. “Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997 sobre informes de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos”. 14 de noviembre de 1997.

- . “Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 sobre medioambiente y derechos humanos”. 15 de noviembre de 2017.
 - . “Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”. 24 de noviembre de 2017.
 - . “Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983 sobre las restricciones a la pena de muerte”. 8 de septiembre de 1983.
 - . “Resolución del 14 de abril de 1997 en el marco del trámite de la Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997”. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
 - . “Opinión Consultiva 1/82 del 24 de septiembre de 1982 ‘otros tratados’ objeto de la función consultiva de la Corte”. 24 de septiembre de 1982.
 - . “Opinión Consultiva OC-6/86 sobre la expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. 9 de mayo de 1986.
- Corte Internacional de Justicia. “Fallo de 13 de diciembre de 1999, *Caso relativo a la isla Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia*. 13 de diciembre de 1999. <<https://www.dipublico.org/cij/doc/127.pdf>>.
- . “Fallo de 27 de junio de 2001”. *Caso relativo a LaGrand*. 27 de junio de 2001.
 - . “Fallo de 3 de febrero de 1994”, *Caso relativo a la controversia territorial Jamahiriya Árabe Libia/Chad*. 3 de febrero de 1994. <<https://www.dipublico.org/cij/doc/97.pdf>>.
- Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2002.
- Ecuador. Corte Constitucional. “Resolución 9”, Registro Oficial 597, 15 de diciembre de 2011.
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º 026-12-SIS-CC*. 21 de junio de 2012.
 - . “Sentencia”. En *Juicio n.º 004-14-SCN-CC*. 6 de agosto de 2014.
 - . “Sentencia”. En *Juicio n.º 003-14-SIN-CC*. 17 de septiembre de 2014.
 - . “Sentencia”. En *Juicio n.º 064-15-SEP-CC*. 11 de marzo de 2015.
 - . “Sentencia”. En *Juicio n.º 019-16-SIN-CC*. 22 de marzo de 2016.
 - . “Sentencia”. En *Juicio n.º 184-18-SEP-CC*. 29 de mayo de 2018.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Azuay Sala Laboral. “Sentencia”. En *Juicio n.º 01204-2018-03635*. 10 de septiembre de 2018.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Azuay Sala Penal. “Sentencia”. En *Juicio n.º 01204-2018-03637*. 10 de septiembre de 2018.
- Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha Sala Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Juicio n.º 17159-2018-00006*. 16 de octubre de 2018.
- Ecuador Unidad Judicial de Familia Mujer, Niñez y Adolescencia. “Sentencia”. En *Juicio n.º 01204-20180-3635*. 16 de julio de 2018.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

- . *Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, 22 de octubre de 2009.
 - . *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Registro Oficial 684, 5 de julio de 2018.
 - . *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005.
- Faúndez Ledesma, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 2.^a ed. Costa Rica: Editorial IIDH, 1999.
- Hitters, Juan Carlos, y Óscar Fappiano. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1999.
- Nieto-Navia, Rafael. “El valor jurídico de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad”. *18 International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 155, n.º 190 (2011).
- Nikken, Pedro. “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad nacional Autónoma de México* 15 (1999). <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>>.
- Salvioli, Fabián. “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial”. En *Homenaje y reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*, editado por Sergio Fabris. Tomo III. Brasilia, 2004.

Diversidad de familias: conformación, revolución socioeconómica y protección jurídico estatal

*Diversity of families: conformation, socioeconomic
revolution and state juridical protection*

José Ernesto Tapia Paredes

Abogado, docente e investigador; Ecuador

jose.tapia@uasb.edu.ec

ORCID: 0000-0001-6466-1244

Richard Fernando Quezada Zambrano

Investigador adjunto, Ecuador

rifer10@outlook.com

ORCID: 0000-0003-2806-5589

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.8>

Fecha de recepción: 23 de abril de 2019

Fecha de aceptación: 4 de septiembre de 2019

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El presente trabajo se centra en la diversidad de familias, que, tal como se describe, pueden iniciar tanto desde la atracción física como desde la necesidad o desde el afecto, desafiando incluso los parámetros reduccionistas y aislantes de la monogamia y el monoamor.

El contenido del artículo, sin ánimo de agotar la gran diversidad de familias que se pueden formar, presenta varias estructuras familiares a partir de una aproximación de las circunstancias de origen particular de cada una e incluye aquellas familias cuya consolidación bien podría transitar hacia elementos de amplia integración social.

Posteriormente el documento refiere varias circunstancias de represión de las que el afecto y la feminidad han sido víctimas históricas y cuyos efectos no solo se observan en el ámbito intrafamiliar sino social. Así mismo, el texto se ocupa de indicar por qué el interés conservador para mantener la estructura familiar monogámica reduccionista dominante como único modelo protegible le resulta ventajoso y conveniente al sistema de producción privado, contemplando la posibilidad de revolucionar la economía a diferentes niveles a partir de la noción de familia.

Finalmente, este trabajo realiza una rápida referencia del alcance de la obligación jurídica que el Estado ecuatoriano posee respecto a garantizar la consecución de los fines de la diversidad de familias que puedan constituirse.

PALABRAS CLAVE: Diversidad de familias, monogamia, monoamor, poligamia, poliamor, pansexualidad, afectividad y feminidad.

ABSTRACT

This work focuses on the diversity of families that can start from physical attraction, or from necessity, or from affection, defying even the reductionist and isolating parameters of the monogamy and the monolove.

The content of the article without the intention of deplete the great diversity of families that can be formed, presents several family structures from an approximation of the circumstances of particular origin of each one and includes those families whose consolidation could well move towards elements of broad social integration.

Subsequently, the document refers to several circumstances of repression in which affection and femininity have been historical victims and whose effects are not only observed in the field intrafamily if not social. Likewise, the text is concerned with indicating why the conservative interest in maintaining the dominant reductionist monogamous family structure as the only protectable model it is advantageous and convenient for the private production system, contemplating the possibility of revolutionizing the economy at different levels based on the notion of family.

Finally, this work makes a quick reference regarding the scope of the legal obligation that the Ecuadorian State has regarding guaranteeing the achievement of the purposes of the diversity of families that may be constituted.

KEYWORDS: Diversity of families, monogamy, monolove, polygamy, polylove, pansexuality, affectivity and femininity.

FORO

*Vivimos en un mundo en el que nos escondemos
para hacer el amor... pero la violencia se practica a plena luz del día.*

John Lennon

CONFORMACIÓN DE FAMILIAS

El estereotipo de la familia monogámica representado en la imagen de una pareja formada solamente por una mujer y un hombre que unen sus posesiones materiales para emprender en una vida conjunta, así como sus capacidades reproductivas para procrear hijos, ha dejado de ser la única imagen posible de la familia que debe protegerse por parte de los Estados. Este estereotipo de familia que había sido el modelo ideológico de una determinada cultura y que se impuso por mucho tiempo ante la diversidad de la naturaleza y de las expresiones humanas, presencia en la actualidad la reemergencia de otras formas de conformar familias, afectos y vínculos de cooperación.

Así, por ejemplo, entre las diferentes maneras en que las familias pueden formarse se encuentran aquellas que se generan por vínculos afectivos en que las personas eligieron libre y voluntariamente unir su vidas por los sentimientos que han envuelto sus relaciones humanas; también están aquellas en que las circunstancias de necesidad han dado origen a la agrupación de individuos, ya sea que sus miembros tengan o no vínculos sanguíneos o afectivos como punto de partida; de igual manera, se encuentran aquellas cuyo inicio ha ocurrido por el gusto y la atracción sexual que pudieron o no encontrar con el tiempo vínculos afectivos; aquellas que consideran e identifican en el hábitat o ambiente una madre, hermanos, padre, ancestros u otro miembro familiar haciendo que el concepto adquiera concepciones mucho más amplias y extensivas¹ que las del estereotipo restrictivo y dominante.

1. José Ernesto Tapia Paredes, "Perspectivas para la protección normativa de los conocimientos tradicionales frente al régimen de propiedad intelectual en el comercio internacional" (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014), 27.

De entre las familias descritas en el párrafo anterior, existen numerosos casos correspondientes a aquellas que han iniciado por la atracción o gusto sexual; muchas de ellas formadas en nuestra región por adolescentes varones y mujeres² desprovistos de educación sexual y familiar, por lo que no han podido prevenir embarazos no planificados,³ circunstancia que, sumada al factor cultural, ha conllevado a formalizar las relaciones sexuales no necesariamente afectivas en figuras matrimoniales tanto religiosas como estatales.^{4 5 6}

Por el contrario, es muy diferente lo que sucede con la mayoría de familias homoparentales, muchas de las cuales también surgen inicialmente de la atracción sexual, sin embargo, estas familias realizan una elaborada planificación familiar y se aseguran de ser psicológica, emocional y económicamente aptas cuando desean tener hijos y se comprometen a una vida de cuidado, desarrollo y crianza, ya sea que adopten o procreen por mecanismos de reproducción asistida, lo cual además es consecuencia lógica del uso de estos mismos mecanismos.

En la adopción, por ejemplo, las parejas homosexuales se someten al cumplimiento de todas las pruebas y verificación de requisitos económicos, psicológicos, de entorno y demás para ser declarados idóneos; y, en el mecanismo de reproducción asistida, la inversión de tiempo, esfuerzo, acuerdos legales e incluso dinero para procrear hace que estas familias se obliguen a planificar con mucha más rigurosidad el futuro en lugar de verse enfrentadas a un embarazo accidental o no planificado.

Respecto a las familias por necesidad, haciendo referencia a elementos más coyunturales en lugar de la necesidad gregaria de supervivencia, podemos observar una robusta presencia de circunstancias económicas y de migración que han creado el ambiente propicio para que se conformen familias por necesidad como aquellas for-

-
2. Organización Mundial de la Salud, *El embarazo en adolescentes* (Washington: OMS, 2015), 3 y 4. <https://www.paho.org/nic/index.php?option=com_docman&view=download&alias=714-boletin-informativo-embarazo-en-adolescentes&category_slug=datos-y-estadisticas&Itemid=235&fbclid=IwAR1szm6MG_nuQueYH91tfvicu6f56Hzzj8nyHB9pzQMqV9RVKU1z1R8pALg>.
 3. O. Cedre Blanco L. y M. E. Guerra, *Factores determinantes del embarazo adolescente* (Venezuela: Universidad Central de Venezuela, 2015), 116.
 4. Héctor Fong, Dalila De la Cruz y Rocío López, *Vidas robadas: repercusiones en la salud integral en las niñas menores de 14 años embarazadas* (Guatemala: Observatorio de Salud Reproductiva, 2015), 20.
 5. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Diez razones para poner fin legalmente al matrimonio infantil en República Dominicana* (Santo Domingo: UNICEF, 2019), 3, <https://www.unicef.org/repUBLICADOMINICANA/Razones_ponerfin_MIUT_WEB.PDF?fbclid=IwAR3x-EACRZ015GTjbp83ovxuGH-fPRGCvAxdQ_oYkUMG9wTXlR0kAWry6A>.
 6. William Martínez, “Matrimonios a la fuerza”, *El Tiempo* (Colombia), 5 de marzo de 2000, <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1304386?fbclid=IwAR0FGGrFf6cJew1rpiPAomCIAdeGKSqPlepl2W0mzH7Sdor_M_XXDLBHEcBg>.

madras por abuelos y nietos, tíos y sobrinos e incluso amigos agremiados con fines de mutua ayuda y cooperación libres de atracción sexual entre sí.

Ahora bien, con la breve referencia de la amplia variedad de familias que pueden constituirse tanto antes como después de actos de formalización como el matrimonio religioso o estatal, y observándose que dichos actos de formalización están presentes en algunos tipos de familia pero no necesariamente en todos, pasaremos a referirnos a aquellas familias iniciadas por afecto y no por atracción física, es decir, personas que van construyendo afectos y sentimientos mientras se van conociendo, reconociendo y apoyando en su desarrollo como individuos y unidad colectiva, sentimientos que con posterioridad se cristalizaran en una relación sexo-afectiva sin haber iniciado en la atracción física, sino en el paulatino incremento de sentimientos y afectos.

Para este momento ya debe haber quedado claro que el afecto que una persona puede sentir por otro ser humano puede surgir indistintamente de la genitalidad o rol de género tanto de quien ama como de quien es amado, y, por otro lado, también debe ser muy claro que no todo afecto tiene connotación o finalidad sexual.

Con lo dicho entonces resultará más sencillo comprender que existen seres humanos capaces de ver a otros seres humanos sin intencionalidad sexual e iniciar una relación de cordialidad y cooperación que durante su proceso va consolidando un vínculo que trasciende hacia el afecto, el cual, en algunos casos, podrá expresarse en actividades sexuales así como otras expresiones, y, en otros casos, dicha expresión no aparecerá ni ocurrirá puesto que jamás identificará el afecto como atracción sexual, dándonos muestra de lo diverso que puede ser el ser humano al momento de iniciar o consolidar familias y relaciones interpersonales, por lo que se corrobora que ser o no heterosexual resulta indiferente para la entrega de afecto pleno y sincero.

Retornando al tema, es importante observar cómo el modelo de familia que la cultura dominante había señalado como único defendible ideologizó la sexualidad, y su aplastante imposición homogeneizadora trató de masificarse llegando a considerarse incluso como si se tratara de un modelo natural, y el único posible.

Este modelo de lo que se consideraba familia, al ser visto normativamente como oficial, conducía a rechazar y desproteger todas las demás estructuras que no encajaban en el estándar, habiendo limitado y cohibido a las personas que inician la conformación de una familia por afecto para que puedan formalizarse ante el resto de la sociedad, cosa que especialmente ocurría cuando las relaciones surgidas a partir del afecto no corresponden a afectos monógamos heterosexuales, sino a afectos poligámicos y/o homosexuales. Es decir, la naturalidad con la que surgen los afectos ha sido por siglos reprimida y llevada a las zonas de informalidad y oscuridad gracias a un prototipo rígido de familia estándar monogámico y monoamoroso.

No obstante, una buena parte del mundo se ha resistido al modelo monogámico y considera que la familia puede también estar representada en estructuras poligámicas; así sucede en la actualidad en países como Afganistán, Argelia, Baréin, Bangladés, Benín, Birmania, Burkina Faso, Camerún, Catar, Chad, Congo, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Gambia, India, Indonesia, Irak, Irán, Jordania, Kuwait, Líbano, Liberia, Libia, Malasia, Malí, Mauritania, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, República Centroafricana, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Tanzania, Túnez, Togo, Uganda, Yemen, Yibuti, Zaire y Zambia, y países europeos como Reino Unido, Países Bajos, Suecia y Francia reconocen los matrimonios poligámicos en determinadas circunstancias; además de que, en casos como el de Kenia, el concepto de poligamia rebasa la figura del hombre con varias mujeres, puesto que la mujer también está facultada por la sociedad a estar en unión con más de un hombre.⁷

En este aspecto, la poligamia, igual que la monogamia, puede originarse con mucha diversidad. Puede surgir del afecto, de la atracción física, de la necesidad e incluso del mero compromiso entre familias para casar a uno de sus hijos o hijas.

Por ello, sin negar la presencia de las antes referidas familias cuyo punto de origen es la atracción sexual o la necesidad de cooperación, también tenemos las surgidas por la afectividad tanto monoamorosa como poliamorosa. El concepto de pansexualidad puede ayudar a clarificar el escenario.

Venido del prefijo *παν* (*pan*) del griego antiguo que significa “todo”, unido al término “sexualidad” para hacer referencia a la orientación sexual, el término pansexual se utiliza para referirse a una persona que empatiza con todas las orientaciones sexuales, es decir, una persona capaz de sentir atracción no solo física sino afectiva por cualquier persona sin importarle su orientación sexual, el género o la genitalidad; por lo tanto, se encarna en aquellas personas que, haciendo uso de su plena madurez mental y psicoemocional, han iniciado sus relaciones principalmente desde el afecto y los sentimientos en lugar de iniciarlos desde la genitalidad o la atracción física; son por tanto individuos especialmente liberados de la programación binaria hombre-mujer como único modelo de afecto aceptable.⁸

Entonces, la apertura hacia la pansexualidad permite comprender que los seres humanos podemos vernos entre personas como personas que apartan el estigma de la genitalidad y el rol de género para dejar de tratar a estos aspectos como un requisito para la configuración de afectos y familias, ya que es posible reconocer liberadoramente en

7. Bruna Álvarez Mora y Silvina Monteros Obelar, *Diversidad familiar: una perspectiva antropológica* (Barcelona: Editorial UOC, 2019), 18.

8. Ana Elisa Sandoval, *La licuefacción de la sexualidad: una aproximación a la pansexualidad en la modernidad líquida* (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016), 58-9.

los otros individuos de condiciones etarias y mentales similares, a las personalidades que generan sentimientos gratos para conformar relaciones en lugar de preestablecer exigencias físicas tanto de belleza como de genitalidad.

LIBERAR LOS AFECTOS

El comportamiento femenino ha sido durante siglos considerado como un comportamiento inferior por parte de la educación y cultura machistas; así, por ejemplo, el hombre modelo no podía mostrarse sensible ni afectivo porque podía considerársele débil. Esto ocasionó que, en la gran mayoría de relaciones familiares, el hombre en lugar de conciliar y llegar a acuerdos de convivencia armónica con los miembros de su familia imponga su voluntad y deseos por sobre los del resto de integrantes, creyéndose con autorización y derecho para ello en virtud de la misma anuencia social.

Aquel hombre que adoptaba comportamientos femeninos resultaba inadmisibles para la cultura dominante; aquel hombre capaz de sensibilizarse,⁹ de llorar, de sentir tristeza y dolor por los problemas de otros y que se sentía impulsado a actuar no por un interés egoísta de dominar y de servirse de los demás sino de actuar por el amor y la empatía de colaborar, aquel hombre sutil y delicado que pensaba en el bienestar del resto y no en la conquista y expansión, no podía según las sociedades machistas convertirse en un jefe, un dirigente o una autoridad decisoria, ya sea que se trate del ámbito público o del entorno familiar; por ello, el hombre fue adiestrado para ser aventurero, conquistador, transgresor, impositivo, una persona capaz de tomar lo que deseara para hacer con ello su voluntad y por lo tanto capacitado para rechazar y reprimir en su interior cualquier rastro de feminidad y de afecto que pudiera debilitar su imagen pública de fortaleza y don de mando.¹⁰

Todo aspecto femenino fue minimizado en su valor social y reducido al ámbito familiar, e incluso dentro del estereotipo de familia monogámica heterosexual el valor de lo femenino fue y aún continúa siendo considerado secundario; así, las decisiones tanto de las sociedades como de las familias y hasta en los ambientes académicos y científicos debían tomarse libres de sentimientos, libres de amor, libres de compasión, libres de lo femenino.

9. Belén Pascual, *Masculinidades: ¿por qué los hombres también necesitan feminismo?* (Castellón: Universidad de Jaume, 2015), 43-4.

10. Victoria Gastiz, *Los hombres, la igualdad y las nuevas masculinidades* (Araba: Instituto Vasco de la Mujer Emakunde, 2008), 28.

Esta ruptura del equilibrio entre lo masculino y lo femenino generó la presencia de roles rígidos que reforzaban la clasificación de los seres humanos entre los que están para mandar y los que están para obedecer o para ser sometidos, desprestigiándose a aquella persona capaz de colaborar y cooperar para el mutuo desarrollo que alentaba la redistribución tanto de responsabilidades como de beneficios debido a que dicha figura ponía y pone en cuestionamiento el estatus desigual del que se benefician los dominantes.

Los espacios políticos, económicos, profesionales, científicos, entre otros, han caído precisamente en esta ideología binaria que antepone y privilegia la masculinización de todo ser humano tanto de hombres como de mujeres y reitera el desequilibrio, relegando lo femenino a un espacio marginal y haciendo que predomine lo masculino tanto en los individuos como en la institucionalidad.

Esta construcción de la identidad masculina va mucho más allá de una simple concepción biológica, ya que está inserta en la cultura, la educación y las tradiciones que han creado una serie de roles de género que han permanecido enraizados en la sociedad durante tanto tiempo que se asumen como algo biológicamente dado. La misma sociedad es la que separa a hombres y mujeres desde que son bebés en función del sexo con el que nacen, y les crea identidades sociales, mediante educación, roles de género, actitudes y trato diferentes atribuyéndoles a los hombres cualidades, roles o responsabilidades como la autonomía, la independencia, la violencia, la agresividad, saber moverse en el entorno público y el no mostrar las emociones; mientras que a las mujeres se las estereotipa como dependencia, cuidado, tranquilidad y, en muchas ocasiones, histeria; sin embargo, todos estos atributos no son en ningún caso intrínsecos al sexo o a la genitalidad, sino que son cualidades que el patriarcado enseña a través de la educación¹¹ y que se reproduce constantemente en las relaciones sociales.

De esta forma, la masculinización de la sociedad y de todo espacio de la vida se ha convertido en un elemento íntimamente vinculado al sistema de competencia, acaparamiento y egoísmo por los recursos, puesto que es un sistema que requiere la insensibilidad que proporciona un modelo social machista. Un sistema que necesita de profesionales con capacidad para tomar decisiones frías en las que el afecto no intervenga, con políticos agresivos que confronten a los adversarios y silencien la alterancia, científicos ávidos de dominar, controlar y utilizar al entorno para provecho del mercado, e individuos formados para apartar los sentimientos de afecto y solidaridad social de cualquier decisión política, económica, profesional y científica, así como so-

11. Pascual, *Masculinidades: ¿por qué los hombres también necesitan feminismo?*, 12-3.

ciudades también formadas para aplaudir intervenciones frías consideradas científicas ajenas de la sensibilidad.

Sin embargo, si bien el modelo del macho o de lo masculino perjudica en primer lugar a las mujeres mediante diversas expresiones de discriminación, violencia y más, también son víctimas del machismo los propios hombres. Hombres por ejemplo incapaces de conectarse sensiblemente con sus hijos u otros miembros de la familia y la sociedad debido a la falta de inteligencia emocional que lleva incluso a las rupturas matrimoniales y a problemas en las relaciones interpersonales; así, también, los hombres soportan perjuicios a la salud por efecto del machismo como los indicados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en un informe sobre Europa, que reporta que la esperanza de vida en los hombres es inferior a la esperanza de vida en las mujeres debido, entre otros aspectos, al comportamiento considerado mayoritariamente masculino de consumir alcohol y otras sustancias, el correr más riesgos laborales, e incluso ser un 40% más propensos a muertes violentas en relación a hombres de sociedades más paritarias.¹²

Ahora bien, todo lo mencionado no significa que el comportamiento masculino tanto individual como social deba ser atacado al propio estilo machista de persecución, dominación e imposición, sino, por el contrario, implica más bien que la masculinidad debe reencontrarse y reequilibrarse con lo femenino dentro de un proceso de liberación y revalorización afectiva en todos los espacios de la vida, tanto del modelo de familia dominante como de otros modelos de familia alternativos y principalmente dentro de la misma sociedad en todos sus escenarios de relacionamiento.

En este proceso, las personas que han sido formadas y preparadas para reprimir su femineidad podrán reencontrarse, redescubrir y armonizarse con los afectos hacia sí mismas y los demás; es decir, un proceso en el que cada individuo se permita y se le permita ser libre para amar y expresar sentimientos tanto a nivel personal como social, rescatando por lo tanto a los afectos de la exclusión, informalidad, desvalorización y oscuridad a la que han sido relegados y que han permitido la insensibilidad humana y la satisfacción egoísta de la mera individualidad no solo en el ámbito familiar sino también colectivo, permitiéndose la humanidad desequilibrada, e ingresar a un proceso de rearmonización social.

Entonces, con personas liberadas del modelo social de interrelaciones guiadas por y hacia la conquista sexual, se posibilita la readquisición de la capacidad humana para conformar familias entre personas sin los prerrequisitos de genitalidad, sino, más

12. Organización Mundial de la Salud, *The health and well-being of men in the WHO European Region: better health through a gender approach* (United Kingdom: OMS, 2018), 19-26.

bien surgidas del afecto y mutuo consenso entre las partes con madurez mental y emocional; por lo tanto, liberar la afectividad requiere necesariamente del reequilibrio masculino y femenino de cada individuo e institución y así mismo conlleva a un sinnúmero de espacios en liberación.

LA CONVENIENCIA DE UNA SOCIEDAD MONOGÁMICA EN UN SISTEMA DE PRODUCCIÓN PRIVADA

En muchas ocasiones a lo largo de la historia humana, diferentes movimientos y culturas han practicado o se han referido a la existencia de relaciones poliamorosas. Así por ejemplo, los Mosuo de China o el propio movimiento hippie colocaron en debate la naturalidad en la conformación de familias monogámicas y poligámicas,¹³ remembrando las experiencias de muchas comunidades y tribus que organizan el cuidado de los hijos como una responsabilidad horizontal de tipo comunitaria y solidaria, distinguiéndolas de aquellas poligámicas verticales donde solo el hombre está autorizado para tener múltiples compañeras mientras las mujeres deben mantenerse sumisas, obedientes y dependientes de la provisión masculina.

Cuando las ideas de poligamia horizontal empezaron a reforzar al mismo tiempo la posibilidad de retomar las relaciones comunitarias y tribales posibilitadas por la existencia de familias ampliadas que redistribuyeran el trabajo y sus frutos de forma colectiva y cooperativa, rescatando el espacio de lo común mediante la ocupación tanto de lo público como de lo acumulativo, empleando además desobediencia civil y no cooperación pacífica,¹⁴ le volvió a quedar muy en claro al sistema de producción privada que la poligamia y el poliamor representaban un riesgo para el modelo de dependencia industrial.

La poligamia y el poliamor colocan en cuestionamiento la imagen de familia monogámica que hace que las personas vean a la familia como una asociación minúscula de dos individuos y sus hijos que se encuentra apartada de otras familias y que, por lo tanto, posee problemas particulares y no comunitarios que debe solucionarlos individualmente, empleándose para un tercero, ya que el espacio de cooperación colectiva es inexistente o está fuertemente reducido, restringido e incluso regulado por fuerzas externas al espacio común o comunitario.

13. Diario *El Mundo* recuerda que Morning Glory Zell-Ravenheart, líder neopagana del movimiento hippy californiano hacía referencia al poliamor. Sara Polo, "Poliamor", *El Mundo*, 12 de febrero de 2016, <<https://www.elmundo.es/f5/2016/02/12/56bcb4f122601dc12b8b45db.html>>.

14. Daniel García, *Protesta y política: los movimientos antiguerra en Estados Unidos* (Bogotá: Universidad de los Andes, 1988), <file:///C:/Users/JOSE/Downloads/Dialnet-ProtestaYPolitica-2177847.pdf>.

Este modelo de la familia burguesa puesto en cuestionamiento surge al calor del capitalismo industrial, durante la segunda mitad del siglo XVIII y se vuelve protagonista en el siglo XIX, cuando pasa de las clases burguesas a las clases obreras, siendo naturalizado como si estuviera asentada en la propia biología humana, incluso gracias a los tratados de medicina, psicología y sociología del siglo XIX, en los que la mujer aparece biológicamente preparada para la reproducción y el hombre para la producción y provisión; así, la familia nuclear dio paso a la individualización y al rechazo del comunitarismo como si este último fuera propio de las sociedades no desarrolladas.¹⁵

La modernidad resultante de procesos como el racionalismo, la Revolución francesa, la industrialización, las nuevas tecnologías, el urbanismo, entre otras, generó cambios en la organización familiar que fueron consolidándose a lo largo de dos siglos, aproximadamente; entre dichas transformaciones destaca por ejemplo la asociación entre sexualidad y amor que se aparta del modelo de la familia campesina preindustrial que utilizaba a la elevada fecundidad como un recurso para la subsistencia, puesto que el urbanismo impone la nuclearización familiar y acentúa la distribución del trabajo fuera de casa, el fraccionamiento de la familia extensa y la disminución del número de integrantes, haciendo que la familia pierda conexión con la colectividad y dependa del salario para la subsistencia.¹⁶

En los años de 1960, la defensa del modelo de familia burguesa se torna imperioso para el sistema capitalista ya que, al modelo de producción privado le resultó evidente que podía enfrentar problemas si las personas, en lugar de verse como microfamilias, empezaban a considerarse familias ampliadas capaces de formar profundos lazos no solo de agrupación por necesidad, sino lazos duraderos de afecto a partir de los cuales dejan de colaborar con una producción privada y pasan a transformar sus relaciones familiares amplias en una producción comunitaria, reduciendo su dependencia del modelo industrial¹⁷ y de consumismo, ya que a la par irían incrementando sus capacidades de autosuficiencia y administración común no solo de los elementos materiales, sino también de los intangibles como el conocimiento.

Por lo tanto, los frenos no solo cultural-religiosos sino jurídicos a la poligamia debían mantenerse, y una campaña por conservar la microestructura familiar y la tradición ideológica de la monogamia requería ser impulsada con fuerza para mantener el tipo de familia que le resulta ventajoso al sistema de producción privada; de esta

15. Álvarez Mora y Monteros Obelar, *Diversidad familiar: una perspectiva antropológica*, 28-30.

16. Carlos Eroles, Héctor Angélico y Alberto L. Bialakowsky, *Familia(s), estallido, puente y diversidad: una mirada transdisciplinaria de derechos humanos* (Buenos Aires: Espacio Editorial, 2006), 37-8.

17. Claudia Mazzei, *Producción y reproducción: la mujer y la división socio-sexual del trabajo* (Chile: Universidad Central de Chile RUMBOS, 2013), 134.

manera se reducían las posibilidades de un sistema de producción social en función de una familia ampliada, pero, además de los frenos jurídicos y religiosos que fortalecían la concepción de la libertad sexual no solo como un acto pecaminoso y perverso, se difundía también el mensaje de riesgo de la libertad sexual para la misma salud física impulsándose y convirtiéndola en una dramática realidad a la presencia de virus de transmisión sexual, corroborándose así que las normas tanto jurídicas, morales, entre otras, producen realidad, modelan conductas (disciplinan) y criminalizan mediante diferentes mecanismos de control.¹⁸

Como reacción a la liberación afectiva y sexual de los años de 1960, el conservadorismo volvió a representar la sexualidad como pecaminosa y peligrosa,¹⁹ actitud que incidió en el fortalecimiento de una cultura de autorrepresión a la afectividad que tradicionalmente por la visión colonial ha sido conectada con adjetivaciones sexuadas.

La afectividad y feminidad son por tanto potenciales y potentes motores de revolución social que, puestos en libertad, pueden dar origen a diversos tipos de familia no solo ventajosas para el sistema de producción privado, sino de muchos otros tipos de colaboración y organización humana horizontal rearmonizada.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA ESTATAL DE LA DIVERSIDAD DE FAMILIAS: CONSTITUCIÓN ECUADOR

En Ecuador, el primer inciso del artículo 67 de su Constitución reconoce que la familia posee diversos tipos y que todos estos tipos de familia deben ser protegidos por el Estado, ya que todos los tipos de familia, tanto las surgidas por necesidad, las iniciadas desde el afecto, las que se conformaron desde la atracción sexual, las familias ampliadas u otras, son consideradas como núcleo fundamental de la sociedad; por ello, el Estado ecuatoriano debe garantizar todas aquellas condiciones que favorezcan no una parte sino integralmente la consecución de sus fines.

Entre otras cosas esto significa que las familias tanto monogámicas heterosexuales como las monogámicas homosexuales, las poliamorosas y muchas otras deben tener aseguradas por parte del Estado todas las condiciones para la consecución integral de sus fines; por lo tanto, la garantía de condiciones no aplica únicamente a la familia tradicional colonial o dominante que se encuentra en condiciones ventajosas frente al resto de tipos de familia.

18. Álvarez Mora y Monteros Obelar, *Diversidad familiar: una perspectiva antropológica*, 18.

19. Patricia de los Ríos, *Los movimientos sociales de los años sesenta en Estados Unidos: un legado contradictorio* (México: Universidad Autónoma Metropolitana, 1998), 26-8.

Es claro entonces que el mandato constitucional expresa implícitamente que no puede continuar teniéndose una interpretación únicamente sexuada de la familia ya que las condiciones y relaciones entre las personas en tan diversa como diversas son las familias que de esas interrelaciones emergen pudiendo o no manifestarse en ellas elementos sexuales.

Así mismo, la Constitución ecuatoriana no deja duda de que no puede continuar pretendiéndose al modelo monogámico, monoamoroso y heterosexual como el modelo único, superior, universal o natural para mantener su posición de dominio no solo social sino jurídico que perpetúa a través de las normas estatales la homogenización social respecto al modelo de familia, y que deja en segundo plano o plenamente desprotegidos ante los actos de represión a las familias que existen y se desarrollan por fuera del estereotipo.

Ahora bien, en virtud del reconocimiento de existencia y la obligación de protección estatal para el desarrollo de la diversidad de familias, debe tenerse en cuenta que al hablar el mandato constitucional de garantizar las “condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines”, está señalando la obligación y el compromiso del Estado de favorecer los fines incluso de las familias poliamorosas y comunitarias así como de aquellas que ven a la naturaleza como una madre o un miembro de la familia y que, por tanto, mantienen una relación especial de afectos y cuidados materiales mutuos con dicho miembro de la familia.

Es decir, dependiendo del tipo de familia, también los fines, las necesidades y aspiraciones de cada tipo de familia son diversos, tanto para el conjunto familiar como para cada uno de los miembros que la conforman, y cuyo bienestar hace parte del bienestar familiar, por lo que habrá familias con finalidades muy diferentes a las familias tradicionales coloniales.

Constitucionalmente, entonces, la familia tradicional colonial heterosexual monogámica no puede continuar utilizando al derecho como una herramienta de conservación del estatus para continuar arremetiendo contra las distintas formas en que la afectividad y el amor se manifiestan. Por el contrario, jurídicamente se encuentra abierto un camino para el desarrollo paulatino de reequilibrios entre la feminidad y la masculinidad capaz de comprenderse más allá del reducido esquema de dos individuos y sus hijos, ya que ha incluido la posibilidad de que las sociedades se comprendan como una gran y amplia familia que solidariamente redistribuye, frente al actual individualismo y falta de cooperación propio del esquema de pequeños grupos familiares enfrentados y destinados a competir.

En este aspecto, la Constitución ecuatoriana no es ajena a entender la manera cómo se distribuye el poder en equilibrio con el afecto con claro efecto en el ámbito socioeconómico; así se puede corroborar en el artículo 319, en el cual se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre estas las comunitarias,

cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, autónomas, mixtas y, además de ellas, las organizaciones familiares y domésticas.

Por lo tanto, una familia en donde los integrantes han logrado armonizar sus relaciones hacia la horizontalidad adquirirá la posibilidad de reproducir una organización de producción también de tipo horizontal, generándose un modelo de gestión de la economía familiar que va puliendo su oposición ante los patrones de dominación no solo en las relaciones intrafamiliares, sino también sociales, en especial si la familia se decanta por ser de tipo ampliada en lugar del modelo reduccionista y aislante de una familia monogámica.

Entonces, la protección jurídica que el Estado ecuatoriano está en la obligación de cumplir y hacer cumplir es la de garantizar todas las circunstancias y condiciones que fueren necesarias para que cualquier tipo de familia pueda lograr su desarrollo integral, que implica necesaria y forzosamente entender los objetivos del grupo social y de todos los sujetos que lo integran, así como asegurar el bienestar de todos los miembros de cada tipo de familia en un ambiente de respeto mutuo, libre de abusos o manipulaciones dominantes tanto externas como internas.

CONCLUSIONES

1. El modelo monogámico heterosexual, al haberse impuesto como único modelo jurídico y socialmente defendible, conllevó al sometimiento y a la represión de la diversidad de las expresiones afectivas, lo cual implicó un ataque incluyendo a la esfera jurídico-normativa contra la diversidad de familias que no encajaron dentro del esquema monogámico, monoamoroso y heterosexual.
2. La motivación para integrar familias es diversa y de ello deriva precisamente la diversidad de familias que se pueden originar. Estas motivaciones pueden ser sexuales, afectivas, de agremiación por necesidad, entre muchas otras, y en esta amplia diversidad incluso se puede anotar a aquellas familias amplias poliamorosas que gestionan en comunidad y cooperativamente las necesidades de sus miembros como, por ejemplo, sus descendientes y han incrementado su autosuficiencia y libre determinación. Así mismo, en esta amplia diversidad se incluyen aquellas familias que consideran la naturaleza o el ecosistema como un miembro de la familia que puede tener asignado diferente rango y valoración.
3. La relación entre los comportamientos asignados o identificados como masculinos y los identificados como femeninos se encuentra desequilibrada, priorizándose la masculinización y relegando o excluyendo la feminidad no solo en el ámbito familiar sino también en las interrelaciones sociales y en las estructuras institucionales, incluyendo los espacios científicos y profesionales. Esto ha

conllevado a una falta de sensibilidad y a un afán de dominación en la manera en cómo se ejerce la autoridad y se toman decisiones.

4. Los parámetros reduccionistas y aislantes de la monogamia han favorecido el mantenimiento e impulso de un sistema de producción privado, ya que las familias se ven como grupos humanos extremadamente reducidos que compiten entre sí por la subsistencia y la propiedad, por lo que las sociedades han perdido oportunidades de organización cooperativa, libre determinación y felicidad al no poder verse solidariamente como hermanos o familias amplias.
5. Es obligación del Estado ecuatoriano, de acuerdo con su Constitución, garantizar que todo tipo de familias y no solo las monogámicas o las heterosexuales tengan condiciones suficientes para alcanzar sus objetivos de manera integral, de tal forma que el modelo convertido en común y dominante no continúe imponiéndose como el único susceptible de ser impulsado y protegido, de manera que se fomente entre otras cosas un proceso de rearmonización endo y exofamiliar. Y, al hablar de la garantía y obligación estatal para el alcance integral de los fines de cada tipo de familia, quienes estén revestidos de potestades estatales no pueden trasladar e imponer los mismos fines de las familias monogámicas heterosexuales a otras familias diversas y alternas a dicho modelo de afectos y relaciones, puesto que sus fines, necesidades e intereses son también distintos y como tales se encuentran incluidos en los parámetros y obligaciones de garantía para su desarrollo y alcance.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Mora, Bruna, y Silvina Monteros Obelar. *Diversidad familiar: una perspectiva antropológica*. Barcelona: Editorial UOC, 2019.
- Blanco L., O. Cedre, y M. E. Guerra. *Factores determinantes del embarazo adolescente*. Venezuela: Universidad Central de Venezuela, 2015.
- Constitución de la República del Ecuador*. 2008.
- De los Ríos, Patricia. *Los movimientos sociales de los años sesenta en Estados Unidos: un legado contradictorio*. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 1998.
- Eroles Carlos, Angélico Héctor, y Alberto L. Bialakowsky. *Familia(s), estallido, puente y diversidad: una mirada transdisciplinaria de derechos humanos*. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2006.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Diez razones para poner fin legalmente al matrimonio infantil en República Dominicana*. Santo Domingo: UNICEF, 2019.
- Fong, Héctor, Dalila De la Cruz y Rocío López. *Vidas robadas: repercusiones en la salud integral en las niñas menores de 14 años embarazadas*. Guatemala: Observatorio de Salud Reproductiva, 2015.

- García Daniel. *Protesta y política: los movimientos antiguerra en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1988.
- Gastiz, Victoria. *Los hombres, la igualdad y las nuevas masculinidades*. Araba: Instituto Vasco de la Mujer Emakunde, 2008.
- Martínez William. “Matrimonios a la fuerza”. *El Tiempo* (Colombia). 5 de marzo de 2000.
- Mazzei Claudia. *Producción y reproducción: la mujer y la división socio-sexual del trabajo*. Chile: Universidad Central de Chile RUMBOS, 2013.
- Organización Mundial de la Salud. *El embarazo en adolescentes*. Washington: OMS, 2015.
- . *The health and well-being of men in the WHO European Region: better health through a gender approach*. United Kingdom: OMS, 2018.
- Pascual, Belén. *Masculinidades: ¿por qué los hombres también necesitan feminismo?* Castellón: Universidad de Jaume, 2015.
- Polo, Sara. “Poliamor”. *El Mundo*. 12 de febrero de 2016.
- Sandoval, Ana Elisa. *La licuefacción de la sexualidad: una aproximación a la pansexualidad en la modernidad líquida*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016.
- Tapia Paredes, José Ernesto. “Perspectivas para la protección normativa de los conocimientos tradicionales frente al régimen de propiedad intelectual en el comercio internacional”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014.

Prisiones transgénero como reivindicación de la libertad individual dentro del sistema de rehabilitación de penas en Ecuador

Transgender prisons as a declaration of individual freedom within the criminal justice system in Ecuador

Rodrigo Moreno

Abogado, Ecuador

rodrigo.morenoce@gmail.com

ORCID: 0000-0003-2577-8081

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.9>

Fecha de recepción: 15 de abril de 2019

Fecha de aceptación: 19 de julio de 2019

Licencia Creative Commons



RESUMEN

La lucha por la igualdad de derechos para con grupos LGBTI en el país ha dado importantes pasos en los últimos años. Sin embargo, un análisis superficial tanto de la normativa vigente, así como de las políticas públicas dentro del sistema penal y de rehabilitación de penas, induce a creer que los avances logrados han dejado de largo un tratamiento justo y diferenciado acorde a las distintas necesidades individuales dentro de las cárceles en el país. De la misma manera, los estudios académicos sobre personas transgénero dentro del sistema penitenciario son escasos, y para el caso ecuatoriano casi inexistente, realidad que escapa incluso a los entes gubernamentales. El respeto a la identidad de género y sexual promovida desde la OC-24/17 se decanta al contexto criminológico visto desde el sistema de rehabilitación de penas en Ecuador. Este ensayo intentará enfrentar dicha problemática y abrir espacio a la discusión.

PALABRAS CLAVE: Transgénero, transfobia, sistema de rehabilitación de penas, heteronormatividad, cisnormatividad.

ABSTRACT

The fight towards equality for LGBTI groups in the country has made a lot of progress in the past few years. However, a brief overview to the current legal framework, including public policies within the criminal justice system and the rehabilitation system, persuades to believe that what has been achieved so far, has longed overlooked a differential and fair treatment within prisons. Likewise, academic research about transgender people inside the prison system are scarce, and for the Ecuadorian case, it can be argued are almost inexistent. It is a realm that has escaped the government's view. Gender identity and respect towards individual sexuality have been actively promoted from the OC-24/17, which also reflects itself to the criminological context into the prison system in Ecuador. This essay will try to confront this reality and make some space to debate.

KEYWORDS: Transgender, transphobia, criminal justice system, heteronormativity, cisnormativity.

FORO

INTRODUCCIÓN

La temática LGBTI¹ en Ecuador, en los últimos años, ha dado pasos importantes en el reconocimiento y respeto de la libertad e identidad individual de las personas. No obstante esto, es innegable que los enfoques colectivos son normalmente regidos desde un enfoque de heteronormatividad y cisonormatividad.² De la misma manera, los estudios criminológicos largamente han ignorado las diversas formas del género que se dilucidan como no binarias y que, sobre todo e históricamente, se han etiquetado de manera errónea como desviaciones al comportamiento. La Opinión Consultiva 24/17 (en adelante “OC-24/17”) expedida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH) a finales de 2017 trae a consideración importantes reivindicaciones en aras de la protección de derechos innatos a dichos grupos.

La OC-24/17 tiene implicaciones directas en la interpretación del derecho a la identidad y de la libertad individual que los Estados deben garantizar a sus ciudadanos que, a su vez, plantean la reflexión sobre el umbral de ampliación e interpretación de derechos dentro de las legislaciones domésticas y el respeto a personas LGBTI. La función consultiva de la Corte es la interpretación *pro homine* de los derechos fundamentales y su aplicación vinculante constituye fuente de derecho no solo a la propia Corte, sino para los países que acuden a la misma, conminando a los Estados en acoger cambios legislativos o administrativos que erradiquen la discriminación y promuevan la igualdad de oportunidades a toda escala, incluyendo los ejes laborales, de seguridad social, a la salud (inclusive en modificaciones corporales relativas a identidad de género y sexual), entre otras.³

En este sentido, la forma de dividir grupos en cuanto a su sexo dentro de las prisiones probablemente ha sido muy poco cuestionada desde la masificación del sistema penitenciario en el mundo. Para las autoridades gubernamentales siempre ha sido muy coherente una separación masculina-femenina; nada más alejado de la realidad.

Este ensayo apunta a realizar una aproximación teórica sobre las implicaciones de la OC-24/17 en cuanto al sistema penitenciario en Ecuador refiere y el derecho a la identidad de personas trans dentro del mismo. De forma simbólica, se intentará hacer un llamado al respeto de las libertades individuales y a una sociedad más justa. Cabe

-
1. En este ensayo se usará el acrónimo LGBTI en referencia a personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex.
 2. Heteronormatividad, entendida como la imposición de la heterosexualidad como estándar social. Cisonormatividad, entendida como la presunción del sexo como elementos binarios de masculino y femenino.
 3. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Opinión Consultiva OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 2017, párrafo 196.

destacar que la bibliografía e investigaciones sobre personas transgénero es escasa en el contexto criminológico, más aún dentro del sistema penitenciario. Por tanto, invita a los investigadores a llenar este espacio para la propuesta y creación de políticas públicas y de direccionamiento estatal.

El presente trabajo está dividido en tres partes: la primera intentará hacer un análisis de los elementos fundamentales de la OC-24/17, en relación con la visibilización de grupos transgénero dentro del sistema penitenciario en Ecuador. En la segunda parte, se realizará un breve repaso sobre el sistema carcelario en el país y la implicación del reconocimiento de minorías, como lo son los grupos LGBTI dentro del mismo y se citarán ejemplos vigentes en otros sistemas. Finalmente, se abordarán las implicaciones que tiene a nivel penitenciario la OC-24/17 y la necesidad de incluir estas nuevas percepciones dentro de la prisión.

SOBRE LOS GRUPOS TRANSGÉNERO Y LAS CÁRCELES. IDENTIDAD Y AUTODETERMINACIÓN DENTRO DE UN SISTEMA OPRESIVO

El trabajo de Michel Foucault está fuertemente vinculado a las construcciones modernas de sexualidad y poder, así como del desarrollo de la prisión en las sociedades occidentales contemporáneas. El prisma en el que se aprecian dichas corrientes ha moldeado la cosmovisión en las que la academia abarca (con diversas críticas) estas nociones. El poder, concebido desde una perspectiva foucaultiana, se ve plasmado en numerosas prácticas heteronormativas y cisnormativas que exacerbando en la actualidad comportamientos discriminatorios que excluyen aún más a muchos grupos LGBTI en la sociedad. Deconstruir y reconstruir las percepciones de género en nuestra región constituye una radiografía del poder constituido de órdenes políticos y culturales que subyugan un género a otros en todas las esferas de lo cotidiano.⁴

Para esto, la Corte IDH, mediante la OC-24/17, señala la prohibición de discriminación en razón de la identidad de género, no solo de la identidad “auto percibida”; más a la que se recibe en perspectiva desde lo externo (Inter partes), sea esta real o no. Por tanto, se enmarca como un derecho protegido bajo el artículo 1.1 del Pacto de San José.⁵ Asimismo, resalta que los cambios en los registros públicos sobre la identidad autopercebida no deberán ser engorrosos, y su requisito *sine qua non* será el de un

4. Luisa Posada Kubissa, “El ‘género’, Foucault y algunas tensiones feministas”, *Estudios de Filosofía*, n.º 52 (2015): 3.

5. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 79.

“consentimiento libre e informado del solicitante”⁶ según sea la necesidad y decisión de autodefinirse.

De forma reiterada, la OC-24/17 indica que las personas LGBTI se encuentran altamente expuestas a diversas formas de discriminación, violencia y estigmatización social, tanto en lo público como en lo privado. Esto, incluyendo una suerte de “discriminación oficial” en la que los Estados no ajustan sus marcos normativos a las diversas realidades sociales, y que, por tanto, se limita únicamente a proveer una asistencia unidireccional a diversos grupos; sean estos sistemas oficiales, por ejemplo, en centros de salud públicos o dentro del andamiaje jurisdiccional y de rehabilitación de penas, o no oficiales, mediante la normalización de comportamientos discriminatorios y excluyentes. Esto, sin contar con factores sociales que agravan dicha segregación dentro del sistema penitenciario, como son la etnicidad o la situación socioeconómica. Estos últimos, ejes neurales de contra quien (en su amplia mayoría) se ejerce con más fuerza el poder punitivo del Estado.⁷

Y es que la violencia de género en Ecuador se manifiesta no solo en contra de mujeres, sino que, en mayor medida, en contra de grupos LGBTI. Son dos caras de una misma moneda. En un país donde seis de cada diez mujeres mayores de quince años han sufrido algún tipo de violencia física (38%), psicológica (53,9%), sexual (25,7%) o patrimonial (16,7%),⁸ no resulta complejo predecir que estas agresiones se expanden a otras identidades de género y sexuales. En 2013 el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) publicó la primera investigación sobre las condiciones de vida e inclusión social sobre poblaciones LGBTI en el país,⁹ con el objeto de crear un acercamiento estadístico a grupos históricamente ignorados. En el estudio se demostró como del universo de personas entrevistadas (2.805 personas de la comunidad LGBTI), el 70,9% reportó haber experimentado algún tipo de discriminación, 65,9% vivió rechazo y 61,4% padeció de alguna forma de violencia; todas las anteriores desde un entorno familiar. De la misma manera, 27,3% de la población encuestada expresó haber experimentado actos violentos por parte de agentes de seguridad. De aquellos, un 94,1% mediante abusos verbales y un 45,8% reportó detenciones arbitra-

6. *Ibid.*, párrafo 127.

7. Loïc Wacquant, *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity (Politics, History, and Culture)* (Durham, NC: Duke University Press, 2009).

8. Gloria Camacho, *La violencia de género contra las mujeres en el Ecuador: Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres* (Quito, 2014). Disponible en <https://www.unicef.org/ecuador/Violencia_de_Gnero.pdf>.

9. Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de Derechos Humanos de la población LGBTI en el Ecuador* (Quito, 2013), 30-4.

rias.¹⁰ El estudio denotó además que únicamente un 8,3% de las víctimas denunciaron estos hechos; porque hacerlo implicaba exponer su identidad, asunto que muchos prefieren no hacerlo.

La Constitución del Ecuador cuenta con un espíritu garantista de protección de derechos inherentes a la dignidad humana. Sus preceptos son armónicos con la mayoría de los instrumentos internacionales de protección ratificados por el Ecuador. Visibiliza a grupos LGBTI en un contexto constitucional y prohíbe cualquier tipo de discriminación, incluyendo la identidad sexual y de género. Empero, la normativa secundaria no define una correcta reclasificación del género acorde a la realidad. Por tanto, es necesaria una reevaluación de los conceptos de género, identidad de género y orientación sexual para proveer una protección integral de derechos a personas transgénero dentro del sistema penal. Pero ¿qué es un privado de libertad transgénero?

Tradicionalmente se definiría como transgénero a una persona que no se identifica con el género biológico asignado al nacer en una mera concepción binaria,¹¹ comúnmente dicho como “nacer en el cuerpo equivocado”. Pero esta expresión no abarca la totalidad del tema. Connel¹² menciona que no toda persona trans siente esta discordancia en su cuerpo, así como muchos no sienten la necesidad de alterar su anatomía, sea mediante procesos quirúrgicos o químicos. Muchos de ellos albergan esta sensación en su fuero interno sin ser expresada a lo largo de sus vidas, otros acaban con esta. En reiterados estudios se ha demostrado mayor riesgo de suicidios en poblaciones trans.¹³ Las personas transgénero se aprecian fuera de su género asignado al nacer para ser vistas con el género con el que se autoidentifican de forma temporal o permanente.¹⁴ Es un término “paraguas” que abarca una variedad de apreciaciones propias sobre los estudios de género.¹⁵ La identidad de género, como reflejo de la libertad individual, debe permitir una autodefinición fuera de un esquema par que permita una reclasificación a nivel estatal del mismo y atenciones focalizadas a tan diversos grupos.

Por otra parte, la imposición de un género estrictamente binario desde una perspectiva legal resulta un peso injusto a aquellos que se encuentran bajo la tutela del

10. *Ibid.*, 29.

11. Douglas Routh, Gassan Abess, David Makin, Mary Stohr, Craig Hemmens y Jihye Yoo, “Transgender Inmates in Prisons: A Review of Applicable Statutes and Policies”, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 61, n.º 6 (2015): 645-66.

12. Raewyn Connell, “Transsexual Women and Feminist Thought: Toward New Understanding and New Politics”, *Signs* 37, n.º 4 (2012): 857-81.

13. *Ibid.*, 12.

14. Daniela Jauk, “Gender Violence Revisited: Lessons from Violent Victimization of Transgender Identified Individuals”, *Sexualities* 16, n.º 7 (2013): 807-25.

15. Laura Jones y Michael Brookes, “Transgender Offenders: A Literature Review”, *Prison Service Journal* 206 (2013): 56.

sistema de rehabilitación de penas. Este trato desequilibrado no solo será una carga durante el tiempo imputado como castigo; constituirá además un doble estatus de segregación posterior al cumplimiento de esta al existir en nuestros sistemas públicos el libre acceso al (plenamente inconstitucional) certificado de antecedentes penales. La lucha por una igualdad de derechos resulta desequilibrada en perjuicio de personas trans al punto de apreciarse como una “ciudadanía reducida”.¹⁶ En consecuencia, los movimientos feministas en aras de la igualdad son importantes para los grupos trans con el fin de llegar a entornos de equidad de género e igualdad de oportunidades. Empero, dichos esfuerzos se tornan insuficientes.

En repetidas ocasiones ha expresado el Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas su preocupación por la violencia y actos discriminatorios ejercidos “en todas las regiones del mundo” por razones de orientación sexual y/o identidad de género.¹⁷ Gentlewarrior y Fountain señalan la desproporcionada tasa de violencia sexual en contra de personas identificadas como LGBTI, lo que conduce a un ostracismo social a muchos de ellos frente al públicamente exponer su orientación sexual, dificultando la creación de una estadística confiable de grupos LGBTI en diversos ambientes.¹⁸ Al mismo tiempo, estos hechos violentos se encuentran ligados al desarrollo de condiciones psicológicas negativas, así como a la propensión al abuso de sustancias; sin contar con la revictimización a la que son expuestos luego de las agresiones al intentar denunciar estos delitos. De ahí la imperante necesidad de crear conciencia en la población y sobre el respeto a grupos identificados como LGBTI una adecuada capacitación a los servidores públicos en general (profesionales de la salud, funcionarios judiciales, guías penitenciarios, etc.).

En este sentido, uno de los elementos consustanciales del derecho a la identidad abarca un amplio abanico de protección de derechos conexos, entres los cuales se entiende la dignidad humana, la autonomía individual, el derecho a la vida y de su integridad física, sexual y psicológica.¹⁹ El rol que cumplen los Estados en precautelar el ejercicio pleno de los derechos incluye la protección de las personas transgénero, así como el acceso a servicios y prestaciones estatales sin ser víctimas de discriminación. Concretamente, servicios diversos como la seguridad social, el empleo, la red de

16. Surya Monro y Lorna Warren, “Transgendering Citizenship”, *Sexualities* 7 (3), (2004): 345-62.

17. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR), *Resolución 17/19, A/66/53. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género* (2011).

18. Sabrina Gentlewarrior y Kim Fountain, “Culturally Competent Service Provision To Lesbian, Gay, Bisexual And Transgender Survivors Of Sexual Violence”, *National Online Resource Center On Violence Against Women*, 2009, 19. Disponible en <https://vawnet.org/sites/default/files/materials/files/2016-09/AR_LGBTSexualViolence.pdf>.

19. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 36.

salud pública, la educación, así como un trato diferenciado (de requerirse) dentro del sistema de rehabilitación de penas.

En este punto confluye, muchas veces, una doble calidad de protección bajo grupos de atención prioritaria; esto es, como personas privadas de la libertad, así como las víctimas de violencia sexual, pues se estima que las personas identificadas como LGBTI están expuestas a un riesgo mayor de victimización sexual con relación al resto de la población, además de las barreras inherentes del sistema debido a fobias arraigadas y construidas socialmente como son la homofobia y la transfobia.²⁰ La disconformidad propia con el género en personas trans trae consigo un alto riesgo de depresión y/o tendencias suicidas.²¹ El Estado, en su posición de garante, debe asegurar la coexistencia de las diversas individualidades e identidades, de género o sexuales, promoviendo el respeto y resguardando su integridad.²²

Siguiendo esta misma línea, los Principios de Yogyakarta, que recogen la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre su orientación sexual e identidad de género, conmina a los Estados al respeto de los derechos de los privados de libertad de forma independiente a la identificación propia en grupos LGBTI (Principio Noveno). Además de intentar garantizar un trato digno, se promueve a que los países opten a que “en la medida que sea posible, todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género”.²³

Con relación al contexto nacional, la categoría prohibitiva de no discriminación no solo es establecida por la Constitución del Ecuador, sino que, a su vez, se recoge en los diversos instrumentos de derechos humanos que el país es signatario. Además, el Código Orgánico Integral Penal incluye el “Delito de odio” como tipo penal sancionatorio de actos de violencia física o psicológica por razones de identidad de género u orientación sexual. Por el contrario, y más allá de la punitividad, es necesario promover la aceptación hacia identidades distintas en la sociedad para poder reducir cualquier acto de violencia; lo que a su vez implicaría que las personas que se autoidentifican dentro de grupos LGBTI puedan acceder en equidad de oportunidades al mercado laboral, lo que contribuye a disminuir el riesgo de adicciones y problemas de salud mental, entre

20. National Sexual Violence Resource Center (NSVRC), *Research Brief: Sexual violence and individuals who identify as LGBTQ*, 2012. Disponible en <https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications_NS-VRC_Research-Brief_Sexual-Violence-LGBTQ.pdf>.

21. Jones y Brookes, “Transgender Offenders: A Literature Review”, 12.

22. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párrafo 40.

23. “Principios De Yogyakarta-Principio 9”, *Yogyakartaprinciples.Org*, 2007, <<http://yogyakartaprinciples.org/principle-9-sp/>>.

otros.²⁴ Por otro lado, la normalización de formas de violencia directa (mediante abusos físicos o psicológicos), violencia estructural (bajo construcciones sistémicas que merman el acceso igualitario a oportunidades y de bienes a los grupos LGBTI) o de violencia cultural²⁵ (representada por la prevalencia de la heteronormatividad de la sociedad) en contra de grupos LGBTI, arraigan la problemática en la sociedad, la cual muchas veces se resiste a brindar un trato igualitario.

El sistema binario sobre el sexo que social y culturalmente se ha cimentado en una gran cantidad de países en el mundo ignora o desconoce construcciones fuera de esta paridad y esto se refleja en diversos ámbitos de la cotidianidad. La definición propia de género y sexo representan aspectos inseparables de la libertad individual y la autodeterminación.

Jennes,²⁶ en su investigación *Agnes Goes to Prison*, recopiló la información extraída de entrevistas a 315 prisioneros transgénero alrededor de 27 prisiones en California, Estados Unidos. Este trabajo dentro de uno de los sistemas penitenciarios más grandes del mundo, con diversidad de microcosmos dentro de cada prisión, hizo un recuento de las interacciones de prisioneros trans con los no trans, describiendo un sistema eminentemente heteronormativo; en donde lo visto como masculino cuenta con especiales privilegios y lo femenino es muchas veces denigrado. No obstante, describió los mecanismos mediante los cuales los prisioneros trans ocupan un lugar dentro del sistema y cohabitan con otros internos. Los primeros, buscando una “autenticidad de género”; esto es, mantener su identidad propia expresándose acorde a su autodefinición con el fin de adquirir respeto o evitar violencia física o sexual (lo que no siempre resulta sencillo o productivo). Los segundos, pretendiendo mantener jerarquías patriarcales, cumpliendo un rol de “protectores y proveedores” cuando cohabitan en una relación sentimental con una persona trans.

24. Natalia Kappos, “The Perceived Treatment of Transgender People in The Norwegian Criminal Justice System” (Postgraduate Dissertation, London School of Economics and Political Science, 2018).

25. Basado en la tipología de la violencia de Johan Galtung, quien describe el cómo diversos factores confluyen en momentos históricos y culturales como mecanismos para perennizar la violencia. Tomado de Diane Moore, “Harvard Divinity School: Johan Galtung: Direct, Structural, And Cultural Forms of Violence and Peace”, *HarvardX*, 2015. Disponible en <https://courses.edx.org/courses/course-v1:HarvardX+HDS3221.1x+1T2016/courseware/40b76083106948b6b7f663f6e15a6b7d/b3f787dbb3ac4477b41175dbcb445f90/5?activate_block_id=block-v1%3AHarvardX%2BHDS3221.1x%2B1T2016%2Btype%40html%2Bblock%407b12a39322ea4e33beec018cecf3069b>.

26. Valerie Jenness y Sarah Fenstermaker, “Agnes Goes to Prison: Gender Authenticity, Transgender Inmates in Prisons for Men, and Pursuit of ‘The Real Deal’”, *Gender & Society* 28 (1) (SAGE Publications, 2013): 5-31.

¿CUÁL ES LA SITUACIÓN DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN ECUADOR?

El debate normativo y criminológico acerca de las tendencias de la punitividad dentro del sistema de rehabilitación alrededor del mundo es variado. Pese al rápido giro hacia un mundo globalizado en las últimas décadas, no existe una política sancionatoria unidireccional en las “sociedades occidentales”. Foucault, Durkheim o Garland²⁷ las explicaron como un entramado de normas socioculturales y económicas que rigen a los Estados; fuertemente influenciadas por la historia propia de cada país, miedos sociales o grupos de poder. A su vez, el neoliberalismo, entendido como la liberalización del mercado y la libre competencia, ha sido inevitablemente señalado como nexo causal entre castigo e índices de poblaciones carcelarias. Si bien es cierto que este análisis no pretende profundizar en el debate neoliberalismo-penalidad, la tesis resulta útil al esbozar la imagen del sistema penitenciario en el país. Sozzo²⁸ defiende la postura en que la expansión del neoliberalismo en América Latina desde los años de 1970 es el origen de la masificación de la punitividad en la región. Iturralde,²⁹ por su parte, menciona que la tesis de ingreso económico por persona vs. el incremento de privados de libertad es menos predecible de lo que se cree. Ejemplo de esto es que, pese a la reducción consistente de los índices de inequidad durante la ola de izquierda en la región, las cifras de privados de libertad se radicalizaron de forma altamente notable en casi todos sus países.

Downes y Hansen³⁰ alegan que, pese a la necesidad de mayor investigación, no se puede pasar por alto que los Estados que más fondos destinan (en relación con su Producto Interno Bruto (PIB)) en proyectos de inversión social cuentan con índices de privados de libertad mucho menores que los países que no invierten de igual medida. En el caso del Ecuador, el estado calamitoso social e históricamente aceptado de las cárceles requería un profundo análisis e intervención. Al inicio del período gubernamental 2007-2017, la declaratoria de emergencia al sistema penitenciario y el indulto a las mulas del narcotráfico (otorgado por la Asamblea Nacional Constitu-

27. David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* (Oxford: Clarendon, 2001).

28. Máximo Sozzo, comp., *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur* (Buenos Aires: CLACSO, 2016).

29. Manuel Iturralde, “Neoliberalism and Its Impact on Latin American Crime Control Fields”, *Theoretical Criminology* (2018), <doi:10.1177/1362480618756362>.

30. David Downes y Kirstine Hansen, “Welfare and punishment in comparative perspective”, en Sarah Armstrong y Lesley McAra, *Perspectives on Punishment: The Contours of Control* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 133-55.

yente) que benefició a cerca de 2.300 personas dentro del sistema carcelario redujo significativamente la población penitenciaria por un corto tiempo y puso en contexto la crisis vivida dentro de las cárceles. No obstante, el balance al final del mandato no es alentador. Entre 2008 y mayo de 2018, el número de personas privadas de libertad se triplicó de 12.067 a la cifra de 37.798; esto significa un índice de 332 personas por cada 100.000 habitantes.³¹ Y se cree que cada mes se incrementa dicho número en 400 personas adicionales.³²

Es de notar que, durante este tiempo, el Ecuador redujo en casi diez puntos porcentuales el coeficiente de Gini,³³ atenuando las brechas de inequidad en su población. En contraste, la “paradoja de la penalidad neoliberal”³⁴ en la que, pese a reducción de la pobreza, brechas de inequidad y alta inversión social en Ecuador; se vio maximizada una agresiva política estatal con un aumento indiscriminado de las tasas de reclusión en todo el país.

El Ecuador no tiene registros de grupos LGBTI dentro del sistema carcelario. La categorización de un privado de libertad transgénero, de forma casi inevitable para los agentes penitenciarios y funcionarios estatales, será bajo la etiqueta de “gay”. Lo cual crea un desacierto al atender y poner de manifiesto las necesidades individuales y de respeto a la individualidad de quienes se autodefinen como trans, debido a que conviven en sistemas designados únicamente para hombres, adoptando su identidad como no-normativa a la visión estatal y su asignación dentro de sus infraestructuras. En efecto, constituyen minorías dentro del aparato punitivo del Estado que los obliga a ser invisibles y renunciar a su autodefinición. En comparación, Jennes³⁵ indica que una persona trans en una prisión de California es trece veces más propensa de ser víctima de violencia sexual que otros prisioneros no-transgénero.

Por otra parte, el debate sobre la creación de unidades transgénero dentro de las cárceles no deja de ser altamente contencioso. En Reino Unido, tras la apertura de la primera unidad transgénero en marzo de 2019, en una cárcel femenina, movimientos sociales alzaron su voz considerando que podría ser contraproducente el admitir la sola declaración de autodefinición de género por parte de las personas para su tras-

31. Rodrigo Moreno, “The archetype of punitiveness in the Ecuadorian penal system: Neoliberalism and Punishment?” (Postgraduate Dissertation, London School of Economics and Political Science, 2018).

32. Diario El Universo, “Hay 36 mil privados de libertad en el Ecuador”, *ElUniverso.com*, 2017. Disponible en <<https://www.eluniverso.com/noticias/2017/09/30/nota/6406747/hay-36-mil-privados-libertad-pais>>.

33. World Bank, “GINI Index (World Bank Estimate)”, *Worldbank.Org*, 2019. Disponible en <<https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?locations=EC>>.

34. Jorge Paladines, “La ‘mano dura’ de la Revolución Ciudadana”, en *Posneoliberalismo y penalidad en América del Sur*, comp. por Máximo Sozzo (Buenos Aires: CLACSO, 2016), 149-88.

35. Jennes y Fenstermaker, “Agnes Goes to Prison”, 22-5.

lado; alegando que un considerable porcentaje de la población penitenciaria cumple sentencias por delitos sexuales.³⁶ El Ministerio de Justicia de ese país reporta que el 19% de sus prisioneros cumplen condenas bajo esta categoría de delito³⁷ y reconoce el claro peligro que implica el no asignar a los prisioneros transgénero según la identidad con la que se reconocen. Igualmente, al ser injusto un aislamiento por su identidad, es importante el desarrollo de unidades especializadas con personal debidamente preparado.³⁸ De forma comparativa, el Ministerio de Justicia del Ecuador reporta que un 3% del universo carcelario responde al cometimiento de abuso sexual y un 7% al delito de violación.³⁹ El ejemplo del Reino Unido es práctico para este estudio, porque reconoce la dificultad inherente al entorno carcelario que, en razón del alto riesgo en contra de la integridad física y psicológica de los grupos transgénero, optó por la creación de unidades especializadas sin acceso a la población carcelaria femenina dentro de la misma prisión.

El poder alcanzar sistemas reales implica no solo voluntad gubernamental, sino que resulta importante la aceptación y participación por parte de la ciudadanía en la adopción de políticas inclusivas en clave de género. En Canadá, antes de la implementación de medidas inclusivas dentro del sistema penal y después de la publicación del *Canadian Human Rights Act*, el 84% de sus habitantes apoyaban reformas que aumenten y promuevan la protección de personas trans en todas las esferas posibles.⁴⁰ En 2016 Ontario se convirtió en la primera provincia canadiense en admitir a sus privados de libertad basados en la identidad autopercebida, a ser llamados según el pronombre elegido.⁴¹ En 2018 el sistema canadiense implementó una revisión profunda de sus políticas para reasignar a sus prisioneros, permitiendo que personas transgénero sean ubicadas según su preferencia “sin tener en cuenta su anatomía (sexo) o género en sus documentos de identificación, a menos que existan problemas de salud

36. Reality Check team, “How many transgender inmates are there?”, *BBC News*, 2018. Disponible en <<https://www.bbc.com/news/uk-42221629>>.

37. Ministry of Justice, *Offender Management Statistics Bulletin, England and Wales* (London, 2018). Disponible en <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/750698/omsq-bulletin-2018-q2.pdf>.

38. Jaqueline Beard, “Transgender Prisoners”, *House of Commons Library*, 2018. Disponible en <<http://www.parliament.uk/commons-library | intranet.parliament.uk/commons-library>>.

39. Moreno, “The archetype of punitiveness in the Ecuadorian penal system”, 24-6.

40. Justin McElroy, “Transgender Rights Supported by Most Canadians, Poll Finds”, *Canadian Broadcasting Corporation*, 2016. Disponible en <<https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/canada-transgender-rights-1.3750829>>.

41. Kathleen Harris, “Canada’s Prison System Overhauls Transgender Inmate Policy”, *Canadian Broadcasting Corporation*, 2018. Disponible en <<https://www.cbc.ca/news/politics/transgender-inmates-csc-policy-1.4512510>>.

o seguridad que no se puedan resolver”.⁴² Entre los lineamientos adoptados dentro del sistema correccional canadiense se contemplan: una comunicación con lenguaje inclusivo hacia los prisioneros; confidencialidad relativa a la identidad de género, que solo será compartida con las personas a cargo del interno y exclusivamente cuando hacerlo sea necesario; utilizar el pronombre elegido por la persona privada de libertad; elaboración de protocolos direccionados en facilitar el día a día de las personas transgénero dentro del sistema como lo son la expresión de su identidad, áreas de aseo diferenciadas, vigilancia personal, entre otras; la posibilidad de que los internos puedan acceder a bienes de consumo de catálogos tanto de hombres como de mujeres, así como el uso de indumentaria y accesorios personales según su identidad.⁴³

En el contexto europeo, la tesis de la “excepcionalidad nórdica” –en cuanto a su sistema penal refiere– describe a estos países como un modelo global del respeto a los derechos humanos y su capacidad real de reinsertar a las personas en la sociedad luego del cumplimiento de una sentencia privativa de libertad.⁴⁴ No obstante, muchas críticas surgen respecto al tratamiento dentro de sus paredes hacia diversos grupos. Suecia, pese a sus bajos niveles de encarcelación, es criticada por la severidad hacia los migrantes dentro del sistema penal, siendo un sistema menos represivo para los nacionales. Por su parte, Noruega, además del tratamiento diferenciado en perjuicio de los migrantes,⁴⁵ es blanco de observaciones al destacarse la vulnerabilidad de grupos transgénero dentro del sistema de rehabilitación de penas. Una de las causas principales consiste en la falta de investigación académica sobre poblaciones trans en ese país, así como el desconocimiento estatal sobre la población numérica LGBTI dentro de las prisiones.⁴⁶

Ahora bien, según el World Prison Brief,⁴⁷ hasta marzo de 2018 y bajo datos oficiales por parte del extinto Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, la población carcelaria femenina en Ecuador oscila el 7,8% del total de privados de libertad. Por consiguiente, el restante 92,2% corresponde a población masculina, en apego al conteo binario estatal. Esto es importante porque refleja la exacerbada vulnerabilidad en el grupo mayoritario dado que, la transfobia y homofobia, con su consiguiente

42. *Ibíd.* Traducido por el autor.

43. Correctional Service Canadá, *Interim Policy Bulletin 584 Bill C-16 (Gender Identity or Expression)*, 2018. Disponible en <<https://www.csc-scc.gc.ca/acts-and-regulations/584-pb-en.shtml>>.

44. Vanessa Barker, “Nordic Exceptionalism Revisited: Explaining the Paradox of a Janus-faced Penal Regime”, *Theoretical Criminology* 17, n.º 1 (2013): 5-25.

45. Thomas Ugelvik, Jane Dullum y ProQuest, *Penal Exceptionalism? Nordic Prison Policy and Practice* (London: Routledge, 2012).

46. Kappos, “The Perceived Treatment of Transgender People in The Norwegian Criminal Justice System”, 4-9.

47. Institute for Criminal Policy Research, “World Prison Brief”, *Prisonstudies.org*, 2018. Disponible en <<http://www.prisonstudies.org/country/ecuador>>.

riesgo de ser víctimas de abuso físico y sexual por parte de sus pares, es considerablemente mayor en las personas trans en su transición de masculino a femenino.⁴⁸ Adicionalmente, el vínculo entre transfobia y misoginia no resulta tan oscuro en sociedades en donde, desde una perspectiva masculina y femenina, el rol de la mujer ha sido histórica e injustamente degradado: “las mujeres transgénero enfrentan una doble desventaja porque decidieron ser femeninas en un mundo en que mujeres y hombres devalúan la feminidad”.⁴⁹ Las fobias hacia los grupos LGBTI podrían entonces ser apreciadas desde la estructura patriarcal y heteronormativa de la sociedad, siendo necesario expandir el entendimiento de cómo las formas en que la violencia de género se manifiesta y recurrir a los medios idóneos para sensibilizar a la población en general sobre estos hechos tan gravosos.

Si bien es cierto que la OC-24/17 no menciona expresamente la implicación de esta dentro de las prisiones, el paraguas de protección que conlleva obliga a reconsiderar su umbral de aplicación en los regímenes carcelarios. Lamentablemente, la adopción de políticas inclusivas (alrededor del mundo) suelen olvidar a las instituciones penales. Mientras las autoridades gubernamentales y los políticos de turno sean más proclives al endurecimiento de las penas frente a los delitos de odio (populismo penal), el resultado más probable será el acentuar las características homofóbicas y transfóbicas en la sociedad. Por el contrario, el endurecimiento de las sanciones no contribuirá en nada si no se tiene la capacidad de ir a las razones fundamentales de estos comportamientos reprochables, entendiéndose estas, principalmente, el machismo y la violencia de género en todas sus manifestaciones.

El debate aún tiene muchas aristas en Ecuador. A pesar de que en la actualidad apenas se empieza a discutir dentro de la jurisdicción constitucional el matrimonio igualitario, la intolerancia hacia la igualdad formal y material para con grupos LGBTI es palpable dentro de la sociedad. Karl Popper y su paradoja de la tolerancia describe cómo las sociedades, en la búsqueda de entornos más tolerantes, deben ser intolerantes con la intolerancia. En definitiva, se necesita promover el respeto y la protección a la identidad de género y sexual que cada individuo desea para sí mismo. No es utópico, es un sistema alcanzable.

48. Jauk, “Gender Violence Revisited”, 813-5.

49. *Ibid.*, 816. Traducido por el autor.

CONCLUSIONES E IMPLICACIONES PARA EL DESARROLLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

La OC-24/17 invita a reevaluar las apreciaciones y rezagos sobre género e identidad sexual que contiene la legislación ecuatoriana vigente. Ello constituye un importante reconocimiento a nivel regional en la búsqueda de una protección igualitaria de derechos a grupos LGBTI. Además, llama a cuestionar los espacios hacia donde se decanta dicho resguardo, incluyendo el sistema penal y de rehabilitación de penas en el país.

Las definiciones actuales de género son múltiples, mas no binarias. En este sentido, la reasignación a unidades especializadas debe ser exclusivamente bajo petición voluntaria de la persona transgénero, de forma excepcional bajo criterios normados. Por ejemplo, una amenaza a la integridad física o sexual de una persona trans, en cuyo caso el traslado podría ser no voluntario. Quizá la forma más justa y legal por parte del Estado, como punto de partida, es adoptar medidas focalizadas en respeto a la identidad personal dentro del sistema de rehabilitación de penas. El obligar a una persona a vivir en un ambiente en el cual no puede autoexpresarse ni asumir su género es una doble pena dentro del sistema carcelario.

Adicionalmente, la literatura existente indica la necesidad de las personas transgénero de recibir terapia o consejería para el proceso de autodefinición, lo que facilitaría el proceso y/o transición dentro del sistema penitenciario,⁵⁰ lo que a su vez implica funcionarios mejor capacitados en materia de género e identidad.

Por otra parte, es necesaria una correcta preparación y entrenamiento a guías penitenciarios y personal dentro del sistema de rehabilitación de penas que resguarden la protección a personas transgénero, que puedan efectivamente precautelar el respeto y la seguridad individual. Es imperativo entonces que las personas dentro (y fuera) del sistema penal eviten realizar juicios de valor, hagan suposiciones de género y creen estereotipos sobre la población LGBTI.

El resultado nocivo de actitudes discriminatorias es preocupante dada la vulnerabilidad de las poblaciones transgénero en las cárceles. La afectación a la salud física y emocional de prisioneros trans es exacerbada en este entorno, lo que desemboca en enfermedades mentales y proclividad en autoinfligirse daño. Por si fuera poco, además del cumplimiento de la pena, el estigma es doble debido a ser trans y tener antecedentes penales. Es preciso una reinserción social focalizada en grupos LGBTI;

50. Jones y Brookes, "Transgender Offenders: A Literature Review", 12-6.

de lo contrario (y como muestran las cifras de reincidencia en el país), el regreso a este entorno puede ser altamente probable.

Finalmente, si bien es cierto que el universo de personas transgénero dentro del sistema de rehabilitación de penas en el país, de forma comparativa con estudios efectuados en los Estados Unidos, Reino Unido o Noruega, debe de ser poco numerosa en relación al total de privados de libertad, es necesario un levantamiento de información demográfica con la finalidad de crear políticas acordes a cada realidad. Además, la escasa literatura sobre la temática planteada a lo largo de este análisis dificulta el poder brindar una opinión concluyente del tema, pero puede ser un punto de partida para futuras investigaciones dentro del sistema penitenciario. Es necesario que el Estado elabore una política pública partiendo de realizar un levantamiento de información estadística de grupos LGBTI dentro del sistema penitenciario, de modo que sus necesidades e historias individuales sean expuestas y escuchadas, en lugar de agudizar aún más las condiciones adversas inherentes a la cárcel y su alarmante marginalización e invisibilización.

BIBLIOGRAFÍA

- Barker, Vanessa. “Nordic Exceptionalism Revisited: Explaining the Paradox of a Janus-faced Penal Regime”. *Theoretical Criminology* 17, n.º 1 (2013).
- BBC News. “First UK Transgender Prison Unit to Open”. *BBC.com*. 2019. Disponible en <<https://www.bbc.com/news/uk-47434730>>.
- . “Do Trans Rights Affect Women’s Rights?”. *BBC.com*. 2017. Disponible en <<https://www.bbc.com/news/uk-40713645>>.
- Beard, Jaqueline. “Transgender Prisoners”. *House of Commons Library*. 2018. Disponible en <<http://www.parliament.uk/commons-library | intranet.parliament.uk/commons-library>>.
- Camacho, Gloria. *La violencia de género contra las mujeres en el Ecuador: Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres*. Quito, 2014. Disponible en <https://www.unicef.org/ecuador/Violencia_de_Gnero.pdf>.
- Connel, Raewyn. “Transsexual Women and Feminist Thought: Toward New Understanding and New Politics”. *Signs* 37, n.º 4 (2012).
- Correctional Service Canada. *Interim Policy Bulletin 584 Bill C-16 (Gender Identity or Expression)*. 2018. Disponible en <<https://www.csc-scc.gc.ca/acts-and-regulations/584-pb-en.shtml>>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, 2017.

- Diario El Universo. “Hay 36 mil privados de libertad en el Ecuador”. *ElUniverso.com*. 2017. Disponible en <<https://www.eluniverso.com/noticias/2017/09/30/nota/6406747/hay-36-mil-privados-libertad-pais>>.
- Downes, David, y Kirstine Hansen. “Welfare and punishment in comparative perspective”. En Sarah Armstrong y Lesley McAra, *Perspectives on Punishment: The Contours of Control*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Garland, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Clarendon, 2001.
- Gentlewarrior, Sabrina, y Kim Fountain. “Culturally Competent Service Provision to Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Survivors Of Sexual Violence”. *National Online Resource Center On Violence Against Women*. 2009. Disponible en <https://vawnet.org/sites/default/files/materials/files/2016-09/AR_LGBTSexualViolence.pdf>.
- Harris, Kathleen. “Canada’s Prison System Overhauls Transgender Inmate Policy”. *Canadian Broadcasting Corporation*. 2018. Disponible en <<https://www.cbc.ca/news/politics/transgender-inmates-csc-policy-1.4512510>>.
- Institute for Criminal Policy Research. “World Prison Brief”. *Prisonstudies.org*. 2018. Disponible en <<http://www.prisonstudies.org/country/ecuador>>.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. *Estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de Derechos Humanos de la población LGBTI en el Ecuador*. Quito, 2013.
- Iturralde, Manuel. “Neoliberalism and Its Impact on Latin American Crime Control Fields”. *Theoretical Criminology*. 2018. <doi:10.1177/1362480618756362>.
- Jauk, Daniela. “Gender Violence Revisited: Lessons from Violent Victimization of Transgender Identified Individuals”. *Sexualities* 16, n.º 7 (2013).
- Jennes, Valerie, y Sarah Fenstermaker. “Agnes Goes to Prison: Gender Authenticity, Transgender Inmates in Prisons for Men, and Pursuit of ‘The Real Deal’”. *Gender & Society* 28 (1) (SAGE Publications, 2013).
- Jones, Laura, y Michael Brookes. “Transgender Offenders: A Literature Review”. *Prison Service Journal* 206 (2013).
- Kappos, Natalia. “The Perceived Treatment of Transgender People In The Norwegian Criminal Justice System”. Postgraduate Dissertation, London School of Economics and Political Science, 2018.
- McElroy, Justin. “Transgender Rights Supported by Most Canadians, Poll Finds”. *Canadian Broadcasting Corporation*. 2016. Disponible en <<https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/canada-transgender-rights-1.3750829>>.
- Ministry of Justice. *Offender Management Statistics Bulletin, England and Wales*. London, 2018. Disponible en <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/750698/omsq-bulletin-2018-q2.pdf>.
- Monro, Surya, y Lorna Warren. “Transgendering Citizenship”. *Sexualities* 7 (3), (2004).

- Moore, Diane. "Harvard Divinity School: Johan Galtung: Direct, Structural, And Cultural Forms of Violence and Peace". *HarvardX*. 2015. Disponible en <https://courses.edx.org/courses/course-v1:HarvardX+HDS3221.1x+1T2016/courseware/40b76083106948b6b7f663f6e15a6b7d/b3f787dbb3ac4477b41175dbcb445f90/5?activate_block_id=block-v1%3AHarvardX%2BHDS3221.1x%2B1T2016%2Btype%40html%2Bblock%407b12a39322ea4e33beec018cecf3069b>.
- Moreno, Rodrigo. "The archetype of punitiveness in the Ecuadorian penal system: Neoliberalism and Punishment?". Postgraduate Dissertation, London School of Economics and Political Science, 2018.
- National Sexual Violence Resource Center (NSVRC). *Research Brief: Sexual violence and individuals who identify as LGBTQ*. 2012. Disponible en <https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications_NSVRC_Research-Brief_Sexual-Violence-LGBTQ.pdf>.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR). *Resolución 17/19, A/66/53. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. 2011.
- Paladines, Jorge. "La 'mano dura' de la Revolución Ciudadana". En *Posneoliberalismo y penalidad en América del Sur*, compilado por Máximo Sozzo. Buenos Aires: CLACSO, 2016.
- Posada Kubissa, Luisa. "El 'género', Foucault y algunas tensiones feministas". *Estudios de Filosofía*, n.º 52 (2015).
- Principios de Yogyakarta-Principio 9*. Yogyakartaprinciples.Org. 2007. Disponible en <<http://yogyakartaprinciples.org/principle-9-sp/>>.
- Reality Check team. "How many transgender inmates are there?". *BBC.com*. 2018. Disponible en <<https://www.bbc.com/news/uk-42221629>>.
- Routh, Douglas, Gassan Abess, David Makin, Mary Stohr, Craig Hemmens y Jihye Yoo. "Transgender Inmates in Prisons: A Review of Applicable Statutes and Policies". *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 61, n.º 6 (2015).
- Sozzo, Máximo, compilador. *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO, 2016.
- Ugelvik, Thomas, Jane Dullum y ProQuest. *Penal Exceptionalism? Nordic Prison Policy and Practice*. London: Routledge, 2012.
- Wacquant, Loïc. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity (Politics, History, and Culture)*. Durham, NC: Duke University Press, 2009.
- World Bank. "GINI Index (World Bank Estimate)". *Worldbank.Org*. 2019. Disponible en <<https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?locations=EC>>.

El procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de conformidad con la identidad de género. Reflexiones desde el derecho fundamental a la protección de datos

The procedure for requesting adequacy of the data in conformity with gender identity. Considerations from the fundamental right to data protection

Luis Ordóñez Pineda

Docente de la Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador

loordonez@utpl.edu.ec

ORCID: 0000-0002-0262-2212

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.10>

Fecha de recepción: 30 de abril de 2019

Fecha de aceptación: 25 de septiembre de 2019

Licencia Creative Commons



RESUMEN

En la actualidad el derecho fundamental a la protección de datos personales se considera como un instituto de garantía de otros derechos fundamentales. Asimismo, con referencia a la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad de género comparte con este derecho fundamental una serie de principios y garantías que desde el ámbito constitucional fortalecen el respeto de la igualdad y no discriminación. Sobre esta base, este artículo trata de poner de manifiesto la importancia de establecer medidas responsables y pertinentes que aseguren que el procedimiento de solicitud de adecuación de los datos, de conformidad con la identidad de género, corresponda con la protección de datos sensibles o especialmente protegidos.

PALABRAS CLAVE: Hábeas data. Datos Personales. Datos sensibles. Derechos fundamentales. Identidad de género.

ABSTRACT

Nowadays, the fundamental right to the protection of personal data is considered as an institution guaranteeing other fundamental rights. Moreover, with respect to Advisory Opinion OC-24/17 of the Inter-American Court of Human Rights, the right to gender identity shares with this fundamental right a series of principles and guarantees that, from the constitutional point of view, strengthen respect of the equality and non-discrimination. Under these considerations, this article tries to highlight the importance of establishing accountability and pertinent measures that guarantee that the procedure for requesting the adaptation of the data in accordance with the gender identity corresponds to the protection of sensitive or specially protected data.

KEYWORDS: Hábeas data. Personal Data. Sensitive Data. Fundamental Rights. Gender Identity.

FORO

INTRODUCCIÓN

Sobre la base del respeto de la dignidad humana y de los límites que se imponen al poder público y privado, la aplicabilidad de los derechos fundamentales como una regla de decisión forma parte de las características que desarrollan la construcción de un Estado constitucional de derechos.

Así pues, cualquiera sea el fundamento filosófico de la inherencia de los derechos humanos a la persona, el reconocimiento de la misma por el poder y haber quedado plasmada en instrumentos legales de protección en el ámbito doméstico y en el in-

ternacional han sido el producto de un sostenido desarrollo histórico, dentro del cual las ideas, el sufrimiento de los pueblos, la movilización de la opinión pública y una determinación universal de la lucha por la dignidad humana han ido forzando la voluntad política necesaria para consolidar una gran conquista de la humanidad, como es el reconocimiento universal de que toda persona tiene derechos por el mero hecho de serlo.¹

El actual Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano se sostiene sobre un sistema jurídico que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades. No solamente en el respeto de las garantías normativas y jurisdiccionales previstas en la Constitución, sino también en el reconocimiento de convenios internacionales y de decisiones de organismos del sistema interamericano o universal para la protección de derechos humanos.²

A diferencia del marco europeo, aun cuando se han aprobado algunos instrumentos comunitarios, en la región se evidencia un carente desarrollo de normativa transnacional que posibilite la integración latinoamericana en términos de armonizar jurídicamente la protección y tutela del instituto de garantías que comprende el derecho fundamental a la protección de datos personales.³ En todo caso, conviene resaltar que la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante OC-CIDH, significa un avance no solamente en derechos relativos a la

-
1. Pedro Nikken, “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Seminario de Derechos Humanos* (San José: IIDH, 1997), 23.
 2. La Corte Constitucional explica que por normas “ecuatorianas” se entienden “aquellas que tienen vigencia y fuerza obligatoria en jurisdicción ecuatoriana, incluyendo aquellas establecidas en tratados y convenios internacionales, decisiones de organismos del sistema interamericano o universal de protección de derechos humanos, u otras fuentes de derecho, reconocidas en la Constitución de la República como parte del ordenamiento jurídico del Ecuador”. Cfr. Resolución de la Corte Constitucional 184-18-SEP-CC, Caso n.º 1692-12-EP.
 3. Sobre la necesidad de promover un marco latinoamericano, hemos señalado que el informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales de la OEA en 2015 (Guía Legislativa para los Estados Miembros fundamentada en Doce Principios) “debe desembocar en la implementación de una Ley o Reglamento Interamericano que permita desarrollar en el ámbito regional y régimen jurídico interno de sus Estados Miembros un marco equilibrado y homogéneo que asegurare, en la práctica, su protección integral”. Cfr. Luis Ordóñez Pineda, “La protección de datos personales en los estados que conforman la Comunidad Andina: estudio comparado y precisiones para un modelo interamericano de integración”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 27 (2018). En todo caso, si bien en el contexto latinoamericano aún no se ha desarrollado una Ley Modelo, la REDIPD concretó en 2017 la aprobación de otro instrumento regional importante denominado “Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos”. Este instrumento, puede considerarse como un modelo por cuanto se exponen disposiciones relativas a los principios; derechos y obligaciones; ejercicio de los derechos arco; medidas proactivas; autoridades de control; y, reclamaciones y sanciones.

identidad de género, sino que además representa un importante precedente jurídico internacional en materia de protección de datos personales.

Así, en primer término, la OC-CIDH señala que:

La Convención contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todas las personas deben ser tratadas como iguales, en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida. Además, la Convención Americana también reconoce la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas, ha sostenido la Corte, se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.⁴

Considerando que el derecho a la protección de datos personales tiene el carácter de autónomo e independiente respecto a otros derechos fundamentales —el derecho a la intimidad, desarrollo de la personalidad e identidad, por ejemplo—, debe recordarse que todos ellos comparten dentro de su instituto de garantía el respeto hacia la dignidad humana en todas sus dimensiones. Como señala la Corte Constitucional del Ecuador:

El derecho a la identidad ha sido determinado por la Corte Constitucional como inherente a la personalidad de cada individuo y esencia misma de la dignidad humana. De igual forma, implica el reconocimiento de las facultades de cada sujeto, que a su vez se traducen en las características individuales de su condición de persona. Por tal motivo, el efectivo goce del derecho a la identidad es un prerequisite para la materialización de otros, pues a través del mismo cada ente se relaciona jurídica y socialmente con el Estado y entorno.⁵

Precisamente, el derecho a la protección de datos personales emerge del respeto a la dignidad como base fundamental para la protección, entre otros derechos, de la intimidad de la información personal, del nombre, de la identidad y de la propia imagen frente a los abusos que puede ejercerse en su tratamiento dentro del ámbito público y/o privado. En todo caso, considerado como un instituto de garantía de otros derechos, “esta relación del derecho a la protección de datos con el resto de derechos fundamentales fortalece su vinculación con la dignidad de la persona”.⁶ Además, como señala la OC-CIDH, la protección del derecho a la vida privada “no se limita al

4. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 86.

5. Cfr. Resolución de la Corte Constitucional 184-18-SEP-CC, Caso n.º 1692-12-EP.

6. Antonio Troncoso, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 75.

derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales”.⁷

Desde esta perspectiva, el derecho a la protección de datos supone que la persona sea tratada conforme a su ser. Implica una condición que limita el ejercicio del poder público y privado a partir del respeto de la dignidad personal. En suma, pretende concretar en beneficio de los ciudadanos –no como un ente aislado, sino como un ser social que vive en comunidad– seguridad jurídica como una condición necesaria para el libre desarrollo de la personalidad y determinación de su identidad.⁸

Como sabemos, en Ecuador la protección de datos personales goza de reconocimiento constitucional. Naturalmente, junto a la garantía de hábeas data constituyen mecanismos de protección y tutela de los bienes jurídicos que comprende el derecho a la autodeterminación informativa.⁹ No obstante, a pesar de la inexistencia de una ley general que desarrolle el contenido del derecho a la protección de datos, su reconocimiento como un derecho de libertad (art. 66.19) y como una garantía jurisdiccional (art. 92) es esencial toda vez que dentro del Estado constitucional de derechos, la justiciabilidad de las libertades reconocidas en la Constitución exige “la prevalencia de su normativa y la obligación de satisfacción de sus postulados, pues en base a ellos se sustenta el carácter mismo de un Estado constitucional”.¹⁰

Con estos antecedentes, tomando en cuenta que la Constitución precisa la protección de los derechos sobre la base de la dignidad humana y aplicación directa e inmediata de estos,¹¹ dentro del modelo neoconstitucional tiene pleno sentido asumir que el

7. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 87.

8. Al respecto, la Corte Constitucional llama a que las entidades públicas y privadas deben priorizar “el principio de igualdad y no discriminación en la adopción de medidas legislativas, administrativas, así como en el diseño de políticas públicas. Adicionalmente, la Corte Constitucional recuerda la obligación que adquieren los servidores públicos, en ejercicio de sus funciones de aplicar en forma directa los derechos constitucionales sin que se pueda invocar la falta de norma para maximizar su materialización”. Cfr. Resolución de la Corte Constitucional 184-18-SEP-CC, Caso n.º 1692-12-EP.

9. En el caso del Ecuador el derecho a la protección de datos personales se reconoce como un derecho de libertad (art. 66.19) “que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección”; y, como una garantía jurisdiccional (art. 92) por la cual el titular de los datos personales “tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos”. Además, respecto a los datos especialmente protegidos, la garantía jurisdiccional de hábeas data señala que “en el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias”.

10. Cfr. Resolución de la Corte Constitucional 184-18-SEP-CC, Caso n.º 1692-12-EP.

11. El Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador refiere la fundamentación del Estado Constitucional de Derechos sobre “Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”.

derecho fundamental a la protección de datos emerge tanto del respeto de la dignidad personal como del reconocimiento de un conjunto de derechos que se le atribuyen como instituto de garantía. Sobre esta base, este estudio tiene como objetivos examinar el efecto vinculante de la OC-CIDH en lo relativo a los datos sobre la identidad de género, y, además, valorar la aplicabilidad del derecho a la protección de datos a través de las garantías a la igualdad y no discriminación.

EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: LA GARANTÍA DE LOS DATOS RELATIVOS A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Los cambios sociales y tecnológicos llevaron a instituir sobre este derecho varias denominaciones que pretenden desarrollar no solamente su fundamento sino también el instituto de garantía que comprende. Puede decirse que “la modernidad no solo ha significado el más radical y antes insoñado salto tecnológico y científico de género humano, sino la consolidación de valores nuevos, y el derrumbe de otros”.¹² Desde nuestra perspectiva, el acceso a las tecnologías es una de las características y prioridades de la sociedad moderna. No obstante, se han desvalorizado los riesgos que suponen la sobreexposición de la persona y de su información personal.

Por ello, particular importancia tiene el estudio de la naturaleza de este derecho fundamental, bien, frente al desarrollo de las tecnologías, bien, a partir de los cambios sociales.

En primer término, el derecho a la protección de datos se fundamenta en que “quien trata datos personales trata datos ajenos, no propios, que debe utilizar con estricto respeto a los derechos del interesado. Esta construcción nos reconduce al respeto a la dignidad de la persona, base fundamental de la protección de datos”.¹³ Así, a partir del fenómeno tecnológico, a juicio de la OC-CIDH:

El sistema jurídico, debe evolucionar a la par de la sociedad y no puede desconocer los cambios que en esta se operan, so pena de tornarse ineficaz. En este orden de ideas, respecto a los derechos humanos, la ley debe mantener vigentes el alcance de las garantías y libertades reconocidas por la Convención y por el derecho interno. Así, corresponde a la ley, regular nuevas maneras de ejercicio de los derechos humanos, estrechamente ligadas a

12. Nikken, “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, 46.

13. Pablo Lucas Murillo de la Cueva y José Luis Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa* (Madrid-México: Fontamara, 2011), 102.

los avances y desarrollos tecnológicos [...] Un ejemplo de ello sería el alcance de la libertad de expresión y el habeas data los cuales no eran imaginables hace 50 o 100 años atrás.¹⁴

Ahora bien, frente a los cambios sociales, el derecho a la protección de datos implica un límite en el tratamiento de la información, principalmente, sobre aquella que la doctrina considera como “sensibles” o “especialmente protegida”, y que hacen referencia a “aspectos más privados de la personalidad, como por ejemplo las relativas a su origen racial o étnico, a las opiniones políticas, a las convicciones religiosas o filosóficas, a la salud y a la sexualidad”.¹⁵ Al respecto, la OC-CIDH agrega que:

En relación con este tema, el Comité Jurídico Interamericano, indicó en su Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales, que “[a]lgunos tipos de datos personales, teniendo en cuenta su sensibilidad en contextos particulares, son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos. Los controladores de datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los individuos sujetos de la información.”¹⁶

Tomando en cuenta que un dato personal constituye cualquier información concerniente a una persona que la identifique o la puede hacer identificable, este derecho fundamental se orienta a garantizar que el tratamiento de información sensible (relativa a su identidad sexual o de género, por ejemplo) se haga bajo un régimen de principios como el de secreto, de seguridad y de confidencialidad. Naturalmente, como se verá más adelante, el objeto de estos principios es impedir que la persona sea objeto de actos discriminatorios, y, así también, demandar en el ámbito público y privado niveles adecuados de protección.

Como expone la OC-CIDH, frente a datos que se desprenden de la personalidad y que pueden acarrear algún tipo de discriminación:

Es ineludible que el Estado y la sociedad, respeten y garanticen la individualidad de cada una de ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas. Es por ello que el afianzamiento de la individualidad de la persona ante el Estado y ante la sociedad, se traduce por su facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones. Del mismo modo, uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es precisamente la identidad de género y sexual.¹⁷

14. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto.

15. Ramón Oró Badía, *La protección de datos* (Barcelona: Editorial UOC, 2015), 54.

16. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 136.

17. *Ibíd.*, párr. 91.

Si bien en nuestro país uno de los principios constitucionales que rige el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 11.8) establece que “el Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”, no debe pasar por alto que es deber de todos los ecuatorianos (art. 83.14) “respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual”.¹⁸ En todo caso, desde el reconocimiento constitucional a la protección de datos como un derecho fundamental que protege otras libertades, hasta la aplicación de instrumentos internacionales (la OC-CIDH, por ejemplo), el aseguramiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación en el tratamiento de datos relativos a la identidad de género representa uno de los principales desafíos jurídicos a que la administración pública y particulares nos enfrentamos en la actualidad.

Si bien, a juicio de la OC-CIDH, el derecho a la identidad se desprende “del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada”; que, “posee también un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos”; y que, al desarrollar principios para la no discriminación, su reconocimiento implica protección “contra la violencia, tortura malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación”, puede decirse que la identidad se considera como un dato especialmente protegido que –derivado del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada– requiere de medidas especiales de seguridad con el objeto de asegurar la igualdad y la no discriminación.¹⁹

De ahí que, con el reconocimiento de los derechos a la identidad personal, sexual y de género “se busca lograr que cada persona posea un signo distintivo y singular fren-

18. Al respecto, un precedente importante sentó la Corte Constitucional del Ecuador en el caso emblemático denominado “Satya”. Así, con relación al tratamiento de información sensible relativa a la identidad, la Corte advirtió que “el Registro Civil debió inscribir los datos relativos a su identidad, incluidos los de la procedencia familiar, conforme su interés superior lo exigía, pues el reconocimiento legal de la relación filial de una persona es parte fundamental de la personalidad de cada sujeto, sin el cual queda expuesto a una situación gravosa que atenta contra sus derechos. El acto de inscripción no implica un escrutinio potestativo de los datos que a discrecionalidad de la autoridad pública considere como registrables o no; dado que el efecto de registro de nacimiento no solo implica que el Estado toma conocimiento de la existencia de una persona, sino que implica el vínculo jurídico por el cual la persona se ve reconocida de la calidad de nacional, y a través de ello puede ejercer plenamente sus derechos y obligaciones”. Cfr. Resolución de la Corte Constitucional 184-18-SEP-CC, Caso n.º 1692-12-EP. Reforzando el criterio de la Corte, la OC-CIDH señala que “la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para la realización del mismo, colocan a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, además de ser un obstáculo frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica”. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 99.

19. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 101.

te a los demás, con el cual pueda identificarse y reconocerse como tal”,²⁰ esta misma resolución destaca que, como consecuencia de lo anterior:

La falta de acceso al reconocimiento a la identidad de género constituye un factor determinante para que se sigan reforzando los actos de discriminación en su contra, y también puede erigirse en un obstáculo importante para el goce pleno de todos los derechos reconocidos por el derecho internacional, tales como el derecho a una vida digna, el derecho de circulación, a la libertad de expresión, los derechos civiles y políticos, el derecho a la integridad personal, a la salud, a la educación, y a todos los demás derechos.²¹

En este contexto, el hábeas data se manifiesta como garantía que desarrolla el contenido del derecho a la protección de datos, y por la cual se concretan una serie de” derechos y deberes que operan en el marco objetivo ofrecido por los principios de calidad de los datos”.²² Entre sus objetivos están, por un lado, tutelar el derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el tratamiento de la información personal; y, por otro, garantizar que el accionante conozca qué tecnologías se usan para almacenar la información y así también qué seguridades ofrecen los responsables del tratamiento de la información.²³ Precisamente, como señala la Corte Constitucional –en adelante CCE– frente al tratamiento de datos sensibles o especialmente protegidos el hábeas data “sirve para proteger al ciudadano en caso de que el Estado o los particulares hagan uso de una información incorrecta, inexacta u obsoleta y que, al difundir tal información, se produzcan discrimenes, calificaciones deshonrosas, etc.”.²⁴

De lo expuesto, suponiendo que en la sociedad moderna la tipología de datos personales es diversa, es necesario establecer la importancia de la eficacia directa de los derechos frente al tratamiento de la información a efecto de garantizar en la práctica, por ejemplo, derechos relacionados con la identidad de género y desarrollo de la personalidad. Por tanto, como garantía para la igualdad y no discriminación, especial referencia debe hacerse a la categoría de datos personales que se consideran como sensibles o especialmente protegidos.

20. *Ibíd.*, párr. 106.

21. *Ibíd.*

22. Murillo de la Cueva y Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*, 18.

23. Como señala la OC-CIDH, “los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. En esa línea, lo expresado implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal”. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 115.

24. Cfr. Resolución de la Corte Constitucional 9, Registro Oficial 18, 3 de septiembre de 2009. Sentencia n.º 019-09-SEP-CC. Caso: 0014-09-EP.

LOS DATOS SENSIBLES: CATEGORÍAS ESPECIALMENTE PROTEGIDAS SOBRE LA BASE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Líneas atrás, hemos desatacado una tipología de datos que corresponde a la esfera más íntima de la persona y que supone un régimen especial de garantía y protección. En efecto, se hace referencia a los datos sensibles. Este tipo de datos pertenece al ámbito íntimo de la persona y por consiguiente “es una información que se reserva para uno mismo o para los más cercanos y su conocimiento afecta gravemente a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, teniendo un enorme potencial discriminador”.²⁵

En realidad, reforzando el criterio que describe el tipo de datos que se incluye en esta categoría, se considera aquella información personal “que revelan origen racial y étnico, opiniones públicas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”.²⁶ Conviene subrayar que, bajo la condición de ocasionar un daño más grave a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, “existen datos en apariencia inocuos o irrelevantes que, de modo súbito, se convierten en extremadamente sensibles mediante un sencillo cambio del fin que se persiguiera al momento de su recolección”.²⁷

Tal como señala la OC-CIDH, dentro esta categoría se enmarcan los datos relativos a la identidad de género. Al respecto, la resolución precisa que:

La falta de reconocimiento de la identidad de género o sexual podría resultar en una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares cisnormativos, o heteronormativos con lo cual se envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares “tradicionales” no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos.²⁸

En este sentido, los datos personales pueden clasificarse según su mayor o menor relación con el concepto de dignidad y con el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el respeto a la igualdad y no discriminación, por ejemplo. Así, bajo la categoría de datos sensibles, existe cierta información que no puede ser objeto de

25. Troncoso, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, 782.

26. Víctor Bazán, “El hábeas data y el derecho a la autodeterminación informativa en perspectiva de Derecho Comparado”, *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 2 (2005): 85-139.

27. *Ibid.*, 116.

28. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 97.

injerencia u otras intromisiones por comprometer un alto grado de afectación a la dignidad, intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad.²⁹

Precisamente, respecto a los datos de identidad de género, la OC-CIDH considera que “el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona”.³⁰ Al describir el derecho a la identidad convicciones morales que se revelan a través del libre desarrollo de la personalidad, es importante considerar que esta tipología de datos afecta derechos relacionados con la igualdad y no discriminación. En efecto, la CCE advierte que “se reconoce el derecho que tienen todas las personas a vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación, y gozar en condiciones de igualdad de los mismos derechos y obligaciones sin ningún tipo de discriminación”.³¹

Por otra parte, hemos señalado que la garantía del derecho a la protección de datos personales se encuentra incardinada al hábeas data. Esta garantía permite no solamente ejercer los derechos relacionados con el control sobre el tratamiento de la información personal, sino también demandar mecanismos de protección que, en el caso de los datos sensibles, exige la adopción de medidas proactivas. Lógicamente, la garantía de estas facultades es esencial con el fin de fortalecer los principios de seguridad jurídica, confianza ciudadana y estricta legalidad en el Estado constitucional de derechos y justicia.

Al respecto, la OC-CIDH señala que:

Las medidas implementadas para hacer efectivo el derecho a la identidad no debe menoscabar el principio de seguridad jurídica. Este principio garantiza, entre otras cosas, estabilidad en las situaciones jurídicas y es parte fundamental de la confianza que la ciudadanía tiene en la institucionalidad democrática. Dicho principio se encuentra implícito en todos los artículos de la Convención. La falta de seguridad jurídica puede originarse por aspectos legales, administrativos o por prácticas estatales que reduzcan la confianza pública en las instituciones (judiciales, legislativas o ejecutivas) o en el goce de los derechos u obligaciones reconocidos a través de aquellas, e impliquen inestabilidad respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, y de situaciones jurídicas en general.³²

Por ello, si bien el derecho a la protección de datos reconoce el derecho a la decisión sobre información y datos de ese carácter, conviene destacar que es la garantía de hábeas data la que permite que el titular de la información personal pueda controlar

29. Cfr. Troncoso, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, 781, 782.

30. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 90.

31. Cfr. Resolución de la Corte Constitucional 184-18-SEP-CC, Caso n.º 1692-12-EP.

32. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 118.

el tratamiento y finalidades sobre el uso de la información personal o datos sensibles como la identidad de género.

No obstante, en este fin es esencialmente importante el papel que desarrollan quienes se encargan del manejo y tratamiento de datos. Como señala la CCE, en lo que respecta al tratamiento de información, las instituciones públicas tienen la obligación de “velar por la exactitud y fidelidad de los datos registrados, sea en medio manual o informático, por la legalidad en su recolección, por el seguimiento y su constante actualización, por la implementación de dispositivos que impidan accesos no autorizados”.³³

En todo caso, nótese que, si bien la Corte hace referencia a la actividad de las instituciones públicas, en nuestro concepto este criterio es plenamente aplicable en todos los ámbitos puesto que el tratamiento inadecuado de datos sensibles puede ocurrir tanto en el ámbito público como privado. Por ello, no solamente es importante estimar las facultades de control que desarrolla el hábeas data, sino que, además, conviene abordar el problema del conocimiento y concienciación que se atribuye a quienes son responsables del tratamiento.

EL (DES) CONOCIMIENTO SOBRE EL CONTROL DE LA INFORMACIÓN PERSONAL Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS “ARCO”

El derecho a la protección de datos se fundamenta en “garantizar a los ciudadanos unas facultades de información, acceso y control de los datos que le conciernen [...] en el seno de sus relaciones con los demás ciudadanos y con el poder público”.³⁴ Precisamente, uno de los principales problemas que enfrenta la protección de datos es el desconocimiento de este fundamento. Al respecto, la doctrina precisa:

El desconocimiento no es algo exclusivo de los ciudadanos. Se extiende a instituciones públicas y privadas que disponen de amplios volúmenes de información personal y, a veces, va acompañado por un escaso celo, cuando no despreocupación, en la aplicación de las normas legales y reglamentarias que la protegen.³⁵

33. Cfr. Resolución de la Corte Constitucional 9. Sentencia n.º 019-09-SEP-CC.

34. Antonio Pérez Luño, *Manual de informática y derecho* (Madrid: Ariel, 1996), 44.

35. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, “La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010”, *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, n.º 2 (2009): 131-42.

Como sabemos, la garantía de este derecho implica no solamente la voluntad individual sino también un pacto colectivo. Desde el titular de los datos hasta quienes ejercen la responsabilidad de tratar información tienen la obligación de cumplir una serie de principios y deberes que merecen una necesaria aclaración con el objeto de garantizar integralmente el respeto de este derecho fundamental. Al respecto, la OC-CIDH advierte:

La seguridad jurídica se ve garantizada –entre otras cosas– en tanto exista confianza en que los derechos y libertades fundamentales de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado parte de la Convención Americana serán respetados plenamente. Para el Tribunal, esto implica que la implementación de los procedimientos descritos a continuación, deben asegurar que los derechos y obligaciones respecto de terceros sean efectivamente tutelados sin que ello implique un menoscabo en la garantía plena del derecho a la identidad de género.³⁶

Por ello, es importante centrar el debate en la preocupación sobre el desconocimiento del contenido de este derecho fundamental –sobre todo, en los datos relativos a la identidad de género– y las facultades que se atribuyen a los titulares de la información personal. En todo caso, si bien “la protección de datos personales debe acompañarse atendiendo a la mayor o menor cercanía con otros derechos fundamentales”,³⁷ es fundamental conceptualizar las garantías que comporta el control de la información personal. Por ello, si queremos que en la práctica la Constitución se aplique como una regla de decisión conforme al principio de eficacia directa, la importancia del conocimiento de estas garantías es esencial para el principio y derecho a la seguridad jurídica.³⁸

En este plano, nos referimos a las garantías que deben considerarse en el tratamiento de los datos relativos a la identidad de género. Por ejemplo, la confianza, la seguridad, la intimidad, la privacidad y confidencialidad constituyen presupuestos orientados a garantizar la igualdad y no discriminación a partir del tratamiento de datos. Así, con base al Estado constitucional de derechos es inexcusable que frente a contradicciones normativas o falta de ley no pueda aplicarse –por desconocimiento– de modo directo e inmediato las garantías que se desprenden del derecho a la protección de datos y, en suma, de los datos relativos a la identidad de género.

36. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 119.

37. Troncoso, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, 781.

38. Como señala la OC-CIDH, si bien “los efectos de los referidos procedimientos son oponibles a terceros, los cambios, adecuaciones o rectificaciones de conformidad con la identidad de género no debe alterar la titularidad de los derechos y de las obligaciones jurídicas”. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 119.

Por otro lado, conviene precisar que la OC-CIDH dispone que los Estados “deberán desplegar sus esfuerzos para que las personas interesadas en que se reconozca su identidad de género auto-percibida en los registros, así como en los documentos de identidad, no tengan que emprender varios trámites ante una multiplicidad de autoridades”.³⁹ Así, con el objeto de evitar multiplicidad de trámites, recordemos que el deber de los poderes públicos —extendido a los ciudadanos— exige la aplicación de la Constitución e instrumentos internacionales como una regla de decisión que garantice, en este caso, los derechos relativos a la protección de datos. No obstante, frente a su incumplimiento, el mecanismo jurisdiccional para exigir su justiciabilidad es el hábeas data que reconoce un conjunto de facultades destinadas a garantizar el ejercicio, control y poder de disposición de los datos personales a través de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Como señala la doctrina:

El control del titular de los datos personales no es abstracto, sino concreto, con una capacidad real de informarse, exigir el consentimiento, acceder, rectificar, cancelar y oponerse al tratamiento de sus datos de carácter personal. Este derecho fundamental equivale a conocimiento y control. Este control se desarrolla en dos momentos: el primero, en la decisión de entregar los datos personales; el segundo, durante todo el tratamiento de los mismos a través de los derechos de acceso, oposición, rectificación y cancelación, que permiten seguir la vida del dato personal.⁴⁰

Al concretarse los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dentro de la naturaleza del hábeas data, es preciso conceptualizar esta garantía con relación al procedimiento de adecuación integral de la identidad de género. Tomando en cuenta que el hábeas data se traduce como “un proceso constitucional o un recurso protectorio del derecho de autodeterminación informativa o derecho a la protección de los datos personales frente a posibles excesos del poder de registración precisamente de la información de carácter personal”,⁴¹ la protección de datos sensibles relativos a la identidad de género se constituye como un recurso protectorio frente a los excesos del poder de registración, actualización o difusión de la información.

39. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 124.

40. Troncoso, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, 138.

41. Bazán, “El hábeas data y el derecho a la autodeterminación informativa en perspectiva de Derecho Comparado”, 90.

EL HÁBEAS DATA COMO GARANTÍA DE CONTROL DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: EL PROCEDIMIENTO ENFOCADO A LA ADECUACIÓN INTEGRAL DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO AUTOPERCIBIDA

Las garantías constitucionales consisten en mecanismos de protección jurídica que disponen los ciudadanos para tutelar y asegurar el cumplimiento de los distintos derechos fundamentales que se consagran en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, como señala la doctrina, “la idea de las garantías es establecer mecanismos para prevenir y reparar las violaciones de derechos que se puedan producir por cualquier acto u omisión del estado o de sujetos con poder”.⁴²

Es de apreciación generalizada que el problema de las garantías no está en su fundamento ni en el reconocimiento de los Estados en el ordenamiento jurídico. El principal problema al que se enfrentan es su tutela y su ejercicio en la práctica.

Sobre el tema que nos ocupa, el problema del reconocimiento de los derechos vinculados a la identidad de género en el caso “Satya” en Ecuador tuvo una evidente limitación de libertades relacionadas con la protección de datos sensibles. La CCE fue enfática en considerar que para la tutela de la identidad y del desarrollo integral de los derechos de la personalidad, las entidades públicas deben “desvirtuar toda clase de barreras que impidan materializar los derechos en condiciones de una adecuada infancia, así como toda etapa de desarrollo posterior”.⁴³ En este mismo sentido coincide la OC-CIDH al considerar que:

Es una obligación del Estado asegurarse de que las modificaciones sobre los datos de la persona que se perfeccionen ante los registros civiles sean actualizadas en los demás documentos e instituciones a que haya lugar sin que se requiera la intervención del requirente, de manera que no se someta a esa persona a cargas irrazonables para que la adecuación de su identidad de género auto-percibida tenga vigencia en todos los registros que sean relevantes para tales efectos.⁴⁴

42. Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 187.

43. La Corte agrega que “la entidad pública, frente a su deber de garantía del derecho constitucional de niños y niñas a tener identidad, nombre y ciudadanía, estuvo obligada a emplear en forma preferente el principio del interés superior del niño en armonía con el principio de trato prioritario a fin de sobreponer el efectivo goce de los derechos de Satya Amani por sobre cualquier otra consideración en atención a la satisfacción de sus necesidades primordiales”. Cfr. Resolución de la Corte Constitucional 184-18-SEP-CC, Caso n.º 1692-12-EP.

44. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 124.

Frente a esta realidad, las garantías constitucionales suponen mecanismos jurisdiccionales de tutela bajo las cuales “todos los poderes del estado y los funcionarios y funcionarias que lo representan y conforman son garantes de los derechos humanos y de la naturaleza”.⁴⁵ Desde esta perspectiva, la garantía de los derechos enfrenta nuevas realidades e importantes desafíos. Como se ha expuesto, un nuevo paradigma representa la garantía del derecho a la protección de datos. Más aún, si se hace referencia a la tutela de datos sensibles relativos a la identidad de género por cuanto, como señala la doctrina, “tales datos merecen una garantía reforzada, para evitar decisiones discriminatorias o especialmente perjudiciales para sus titulares”.⁴⁶

En todo caso, la Corte Constitucional expone que:

Se subraya, además, la necesidad de armonizar las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a fin que su aplicación guarde correspondencia con los preceptos constitucionales, en tanto la norma suprema del Estado brinda seguridad jurídica a todas las personas quienes se ven amparadas por el pacto constitucional dispuesto democráticamente para la tutela de sus derechos.⁴⁷

Ciertamente, hay que posibilitar un sistema armónico y equilibrado de protección de los derechos fundamentales sobre la base del Estado constitucional de derechos. Naturalmente, en materia de datos sensibles, “todo este sistema garantista presupone para su eficaz ejercicio el reconocimiento del habeas data, ya que sin la previa posibilidad del acceso a los datos sería inviable el ejercicio de todo el ulterior sistema de garantías y derechos”.⁴⁸ Como advierte la OC-CIDH, el procedimiento enfocado a la adecuación integral de la identidad de género exige que:

Los Estados deben respetar la integridad física y psíquica de las personas reconociendo legalmente la identidad de género auto-percibida sin que existan obstáculos o requisitos abusivos que puedan constituir violaciones a los derechos humanos. Desde esta perspectiva, esos órganos recomiendan que el proceso de reconocimiento de la identidad de género no debe imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos tales como la presentación de certificaciones médicas o pruebas de estado civil de no casados.⁴⁹

45. Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, 188.

46. Enrique Pérez-Luño Robledo, *El procedimiento de Hábeas Data: el derecho procesal ante las nuevas tecnologías* (Madrid: Dykinson, 2017), 228.

47. Cfr. Resolución de la Corte Constitucional 184-18-SEP-CC, Caso n.º 1692-12-EP.

48. Pérez-Luño Robledo, *El procedimiento de Hábeas Data: el derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, 220.

49. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 129.

Si bien el hábeas data tradicionalmente se asocia como una garantía que permite el conocimiento y/o acceso de la información personal, en la actualidad esta garantía se orienta a proteger los derechos de los ciudadanos frente al tratamiento ilícito de la información, y que esencialmente “hace referencia al conjunto de los denominados derechos o facultades ARCO, es decir, a los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición. Estas facultades conjuntamente constituyen el núcleo del derecho a la libertad informática o derecho de autodeterminación informativa”.⁵⁰

Bajo estas consideraciones, nos parece importante aclarar brevemente el contenido que, según la doctrina, desarrolla el hábeas data con el objeto de enfocar el procedimiento adecuado en el tratamiento de información relativa a la identidad de género.

Por ejemplo, Gozaíni refiere que el hábeas data se afirma en la defensa “de la privacidad, o de la dignidad humana, o el derecho a la información, o bien la tutela del honor, o de la propia imagen o perfil personal, o derecho a la identidad, o simplemente acotado a la autodeterminación informativa”.⁵¹ Se concibe como un mecanismo de garantía con carácter instrumental, por cuanto, si bien garantiza el control sobre el tratamiento de la información personal, debe recordarse que también protege otros derechos derivados de la autodeterminación informativa, como los relativos a la identidad de género.

Así, también Pérez Luño advierte que esta garantía se fundamenta en el “interés de las personas concernidas para tener acceso a los datos personales que les afecta. De ahí la posibilidad de ordenar el acceso a los registros o archivos de datos para constatar la autenticidad o corrección de lo expresado”.⁵² Al caso, Puccinelli agrega:

El *hábeas data* o protección de datos personales, establece garantías mínimas de calidad y confiabilidad de los datos nominativos o personales que se recojan; el derecho de las personas a exigir que sus datos personales le sean exhibidos; el derecho a que sean rectificadas y el derecho a excluir los datos privados mantenidos sin autorización.⁵³

En consecuencia, el hábeas data constituye una garantía respecto al derecho a la autodeterminación informativa, frente al uso ilícito, disposición arbitraria, desigualdad y discriminación de la cual puede ser objeto la información relativa a la identidad

50. Pérez-Luño Robledo, *El procedimiento de Hábeas Data: el derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, 115.

51. Osvaldo Gozaíni, *Derecho procesal constitucional: Hábeas Data-Protección de datos personales* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001), 13.

52. Pérez-Luño Robledo, *El procedimiento de Hábeas Data: el derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, 114.

53. Oscar Puccinelli, *El Hábeas Data en Indoiberoamérica* (Santa Fe de Bogotá: Temis S.A., 1999), 351.

de género. Ahora bien, como señala la Constitución, el hábeas data frente al tratamiento de datos sensibles exige “la adopción de las medidas de seguridad necesarias”.

Precisamente, la doctrina afirma que esta garantía permite que el titular de la información personal se pueda informar “con qué garantías está almacenando esas informaciones y qué aplicaciones tecnológicas usa para conservar adecuadamente la información; es decir, qué seguridades ofrece el titular del archivo o base de datos para prevenir daños, manipulaciones o usos indebidos de los mismos”.⁵⁴ A esto se añade que “la tarea de control de la existencia y funcionamiento de los bancos de datos, no solo debe quedar en manos del poder político [...] sino que debe recaer también en los particulares”.⁵⁵

Tal como señala la OC-CIDH:

El carácter reservado de los procedimientos de cambio del nombre de pila y en su caso, género o sexo e imagen de acuerdo a la identidad de género auto-percibida, se encuentran en armonía con lo dispuesto por los principios de Yogyakarta cuando estos estipulan que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho a la vida privada, sin injerencias arbitrarias o ilegales en la misma, esto incluye el derecho a optar por revelar o no la propia orientación sexual o identidad de género.⁵⁶

Sobre esta base, en una sociedad moderna, debemos considerar que el tratamiento de la información personal exige la adopción de medidas proactivas que previenen desde el diseño y por defecto la protección de la intimidad y privacidad de datos personales. Esto es lo que la doctrina denomina como principio de responsabilidad proactiva o demostrada. La cuestión se vuelve más importante si se trata de información sensible relativa a la identidad de género. Por ello, en el ejercicio de las actuaciones administrativas, los procedimientos de adecuación de datos conforme a los ámbitos ligados con el desarrollo de la personalidad merecen especial atención y protección con el objeto de garantizar seguridad jurídica del instituto de garantía que comprende el derecho a la protección de datos.

54. Pérez-Luño Robledo, *El procedimiento de Hábeas Data: el derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, 23.

55. Luis Castillo Córdova, *Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas data* (Lima: ARA, 2003), 371.

56. Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 138.

CONCLUSIONES

El derecho a la protección de datos personales, el derecho a la identidad de género y la garantía de hábeas data tienen un elemento instrumental que, a través del denominado instituto de garantía de otros derechos fundamentales, desarrolla una protección de libertades vinculadas con el libre desarrollo de la personalidad, igualdad y no discriminación. Atribuyen, con base al principio de eficacia directa, protección constitucional no solamente frente al tratamiento de cualquier tipo de información sino, además, sobre aquella que se considera como sensible o especialmente protegida.

En el marco del Estado constitucional de derechos y justicia, la exigibilidad y el reconocimiento de los datos de conformidad con la identidad de género tienen origen en el respeto de las garantías previstas para el derecho a la protección de datos y hábeas data reconocidas en la Constitución e instrumentos internacionales como la Opinión consultiva OC-24/17. Esto demanda de los poderes públicos y también particulares –bajo el principio de eficacia directa y seguridad jurídica– observar el cumplimiento de una serie de principios, entre ellos el de secreto, de seguridad y de confidencialidad de los datos relativos a la identidad de género. Por ello, Estado y sociedad tenemos el imperativo de reconocer el carácter normativo superior de la Constitución bajo el cual los datos personales no pueden utilizarse para fines que promuevan la desigualdad y/o discriminación en razón de la identidad de género.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Bazán, Víctor. “El hábeas data y el derecho a la autodeterminación informativa en perspectiva de Derecho Comparado”. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 2 (2005): 85-139.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión consultiva OC-24/17 relativa a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 2017.
- Gozáini, Osvaldo. *Derecho procesal constitucional: Hábeas Data-Protección de datos personales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001.
- Murillo de la Cueva, Pablo Lucas. “La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010”. *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, n.º 2 (2009): 131-42.
- Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, y José Luis Piñar Mañas. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid-México: Fontamara, 2011.
- Nikken, Pedro, “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Seminario de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: IIDH, 1997.

- Ordóñez Pineda, Luis. “La protección de datos personales en los Estados que conforman la Comunidad Andina: estudio comparado y precisiones para un modelo interamericano de integración”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 27 (2018).
- Oró Badia, Ramón. *La protección de datos*. Barcelona: UOC, 2015.
- Pérez Luño, Antonio. *Manual de informática y derecho*. Madrid: Ariel, 1996.
- Pérez-Luño Robledo, Enrique. *El procedimiento de Hábeas Data: el derecho procesal ante las nuevas tecnologías*. Madrid: Dykinson, 2017.
- Puccinelli, Oscar. *El Hábeas Data en Indoiberoamérica*. Santa Fe de Bogotá: Temis S. A., 1999.
- Troncoso, Antonio. *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Colaboradores

Ana Isabel Cobo Ordóñez: ecuatoriana, abogada. Asistente de cátedra. Ha participado en concursos internacionales y nacionales de arbitraje. En el año 2019 se desempeñó como editora en jefe de la revista *USFQ Law Review*. <acobo@pbplaw.com>.

Camila Cruz García: ecuatoriana, abogada. Finalista del concurso de Derecho Internacional Humanitario Jean-Pictet, llevado a cabo en Obernai, Francia, en marzo de 2019. Ha realizado publicaciones de DIH en la *Revista USFQ Law Review* y en la *Revista de Investigación Académica y Educación de la Cruz Roja Ecuatoriana*. Fue vicepresidenta del Gobierno Estudiantil de la Universidad San Francisco de Quito en 2018. <cacruz@ferrere.com>.

Marcelo Guerra Coronel: ecuatoriano, abogado por la Universidad de Cuenca. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y candidato a doctor por la Universidad Simón Bolívar. Docente en Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Cuenca y docente en posgrado en varias universidades. Ha realizado varias publicaciones en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. <mguerrac@ucacue.edu.ec>.

Mateo Guevara Ruales: ecuatoriano. Obtuvo el título de abogado de la Universidad San Francisco de Quito en mayo de 2019 con los honores *magna cum laude*. Durante los años 2016-2018 se desempeñó como representante nacional de la rama juvenil de la Fundación CISV Ecuador, organización vinculada con la defensa de derechos humanos y la solución pacífica de conflictos. En la actualidad se desempeña como asistente de cátedra de la materia de Derecho Tributario en la Universidad San Francisco de Quito. <mguevara@pbplaw.com>.

María Augusta León Moreta: ecuatoriana. Abogada por la Universidad Internacional SEK; ingeniera en Finanzas por la Universidad Internacional del Ecuador; magíster en Gerencia Empresarial por la Escuela Politécnica Nacional. Magíster en Derecho Comparado y doctora en Derecho, Rheinische Friedrich Wilhelms Universität, Bonn. Docente investigadora de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. <mariaa.leon@uasb.edu.ec>.

- María Paula Mesías Vela:** ecuatoriana y estudiante de la Universidad San Francisco de Quito. Actualmente es asistente de cátedra en las clases de Teoría de la Norma Jurídica, Conceptos Jurídicos y Derecho de Familia, y de Teoría del Contrato. Ha participado en concursos internacionales y nacionales de arbitraje, y en 2018 ocupó el cargo de editora en jefe de la revista *USFQ Law Review*. <mmesiasv@estud.usfq.edu.ec>.
- Rodrigo Moreno:** ecuatoriano. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. MSc. en Criminal Justice Policy por la London School of Economics and Political Science. <rodrigo.morenoce@gmail.com>.
- María Dolores Núñez Ávila:** ecuatoriana, abogada. Doctoranda de la Universitat de Valencia; investigadora asociada en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Estudiante en el programa de doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia de la Universidad de Valencia; máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de Valencia y máster en Derecho de la Empresa con Asesoría Mercantil, Laboral y Fiscal por la Universidad de Valencia. Abogada, licenciada en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca. <madonua@alumni.uv.es>.
- Luis Ordóñez Pineda:** ecuatoriano, abogado y docente-investigador por la Universidad Técnica Particular de Loja en la cátedra de Derecho Informático y Protección de Datos Personales desde mayo de 2009; coordinador de la carrera de Derecho por la UTPL (2014-2016). Candidato a doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Cádiz-España; maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; y especialista en Derecho Procesal Penal por la Universidad Técnica Particular de Loja. <loordonez@utpl.edu.ec>.
- María Inés Orellana Ramírez:** ecuatoriana, abogada de los Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad del Azuay y egresada de la maestría de Investigación en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogada y asesora legal junior y al libre ejercicio profesional. <marines_orellana22@hotmail.com>.
- Pedro Páez Bimos:** ecuatoriano, abogado e investigador por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Abogado en Derecho Penal por la Universidad San Francisco de Quito y especialista superior en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Programa de estudios avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la AU. Máster en Derecho Penal Económico y candidato a doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la URJC. Abogado en libre ejercicio y consultor en temas de corrupción. <ppaez@corp-defense.com>.
- Gissela Cristina Paredes Erazo:** ecuatoriana, abogada y supervisora en temas constitucionales en el Consejo de la Judicatura. Abogada por la Univer-

sidad de las Américas (UDLA); magíster en Derecho con mención en Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; máster y doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de Valencia (España). <gissela.paredese@funcionjudicial.gob.ec>.

Richard Fernando Quezada Zambrano: ecuatoriano. Investigador independiente y capacitador. Artista plástico, gestor cultural y de procesos artísticos y defensor de derechos humanos: DESC (Derechos económicos, sociales y culturales) y DCP (Derechos civiles y políticos). <rifer10@outlook.com>.

Daniela Salazar Marín: ecuatoriana. Abogada, docente de la Universidad San Francisco de Quito. Actualmente es vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador, donde ejerce como jueza desde febrero de 2019. Fue vicedecana del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ) y se desempeñó como codirectora de la Clínica Jurídica de la USFQ. Recibió el título de abogada de la USFQ y el título de maestría (LL.M.) de Columbia University en Nueva York. Obtuvo una beca Fulbright y una beca Rómulo Gallegos. <dsalazar@usfq.edu.ec>.

Vicente Manuel Solano Paucay: ecuatoriano. Abogado y docente de la Universidad de Cuenca. Diplomado en Igualdad y no Discriminación por la Universidad de Buenos Aires; magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Estudiante del máster in Global Rule of Law and Constitutional Democracy por el Instituto Tarello de la Universidad de Génova, Italia, y estudiante del máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Doctorando en Responsabilidad Jurídica y Estudio Multidisciplinar por la Universidad de León, España. <vicente.solano@ucuenca.edu.ec>.

Claudia Storini: italiana. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Directora del Área de Derecho (e), directora del doctorado en Derecho y coordinadora de la maestría internacional en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. <claudia.storini@uasb.edu.ec>.

José Ernesto Tapia Paredes: ecuatoriano, abogado y comunicador social. Docente titular de la Universidad Central del Ecuador, magíster en Derecho Internacional y Económico. Consultor, experiencia profesional, investigativa y de campo en las áreas de Derechos Humanos, Conocimientos Tradicionales, Derecho Administrativo, Constitucional y Ambiental, Regulación y Control del Poder de Mercado, Propiedad Intelectual, Comercio, Inversiones e Integración. <jose.tapia@uasb.edu.ec>.

Nathaly Yépez: ecuatoriana, abogada y asesora de la Corte Constitucional del Ecuador. Fue asesora legal de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH y de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos. Fue asistente de Investigación del Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Recibió el título de abogada de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Quito, y cursa su maestría en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. <nayp24@yahoo.com>.

Normas para colaboradores

1. La revista *FORO* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, publica únicamente trabajos inéditos que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *FORO*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
3. *FORO* edita resultados de artículos académicos y jurisprudencia.
4. El artículo debe ser remitido a través de la plataforma OJS de la revista: <<https://bit.ly/2t4CDxT>>.
5. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
 - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara, interlineado simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
 - Extensión máxima: entre 6 mil a 8 mil palabras, considerando el cuerpo del artículo como las citas al pie y la lista de referencias.
 - El título del trabajo deberá ser conciso pero informativo, en castellano en primera línea y en inglés. Se aceptan como máximo dos líneas (máximo 80 caracteres con espacios).
 - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha, debajo del título.
 - Nombre y apellidos completos de cada uno de los autores por orden de prelación. En caso de más de tres autores es prescriptivo justificar sustantivamente la aportación original del equipo, dado que se tendrá muy presente en la estimación del manuscrito. Junto a los nombres, se debe registrar la filiación institucional, correo electrónico de cada autor y número ORCID. Es obligatorio indicar si se posee el grado académico de Doctor (incluir Dr./Dra. delante del nombre).
 - Resumen en español de 210/220 palabras, describe de forma concisa el motivo y el objetivo de la investigación, la metodología empleada, los resultados más destacados y principales conclusiones, con la siguiente estructura: justificación

del tema, objetivos, metodología del estudio, resultados y conclusiones. Debe estar escrito de manera impersonal: “El presente trabajo se analiza...”.

- *Abstract* en inglés de 180/200 palabras. Para su elaboración, al igual que para el título y los keywords, no se admite el empleo de traductores automáticos. Los revisores analizan también este factor al valorar el trabajo y nuestros revisores analizan el nivel lingüístico y estilo si es necesario.
 - 6 palabras clave en español / keywords en inglés. Se recomienda el uso del *Thesaurus* de la UNESCO. Solo en casos excepcionales se aceptan términos nuevos. Los términos deben estar en español/inglés científico estandarizado.
 - Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados. Además, los autores certificarán expresamente que cuentan con las habilitaciones correspondientes para el uso de las imágenes, gráficos, tablas, cuadros, ilustraciones, etc., obtenidas de otras publicaciones.
7. Estilo, citas y referencias: *FORO* se acoge al *Manual de estilo Chicago Deusto* 16, y dentro de este, al Subsistema de Notas y Bibliografía (SNB).

Proceso editorial

- *FORO* acusa recepción de los trabajos enviados por los autores e informa sobre el proceso de estimación/desestimación y de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición.
- En el período máximo de 30 días, después del cierre de la convocatoria, cada autor recibirá notificación de recepción, indicando si se desestima o si se estima preliminarmente el trabajo para su evaluación por los pares científicos. En caso de que el manuscrito presente deficiencias formales o no se incluya en el enfoque temático de la publicación, el Consejo Editor desestimaré el trabajo sin opción de vuelta. No se mantendrá correspondencia posterior con autores de artículos desestimados. Por el contrario, si presenta carencias formales superficiales, se devolverá al autor para su corrección antes del inicio del proceso de evaluación.
- Los manuscritos serán evaluados de forma anónima por dos expertos en la temática bajo la metodología de pares ciegos (*double blind peer review*). El protocolo utilizado por los revisores de la revista es público. El proceso de revisión de doble ciego toma un máximo de 100 días.
- Todos los autores recibirán los informes de evaluación de forma anónima, para que puedan realizar (en su caso) las mejoras o réplicas oportunas. Los trabajos que sean

evaluados positivamente y que requieran modificaciones (tanto menores como mayores), se devolverán en un plazo de 7 días como máximo. En caso de discrepancias en los resultados, el artículo es enviado a un tercer experto anónimo, cuya evaluación define la publicación del artículo.

- Los autores de artículos aceptados, antes de la edición final, recibirán las pruebas de imprenta para su corrección orto-tipográfica por correo electrónico en formato PDF. Únicamente se pueden realizar mínimas correcciones sobre el contenido del manuscrito original ya evaluado, con un máximo de 3 días para hacerlo.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

RECTOR

César Montaña Galarza

DIRECTORA DEL ÁREA DE DERECHO

Claudia Storini

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <claudia.storini@uasb.edu.ec>, <revista.foro@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIÓN ANUAL
(dos números)

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12

<ventas@cenlibrosecuador.org> • <www.cenlibrosecuador.org>

Precio: US \$ 33,60

	Flete	Precio suscripción
Ecuador	US \$ 6,04	US \$ 39,64
América	US \$ 59,40	US \$ 93,00
Europa	US \$ 61,60	US \$ 95,20
Resto del mundo	US \$ 64,00	US \$ 97,60

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

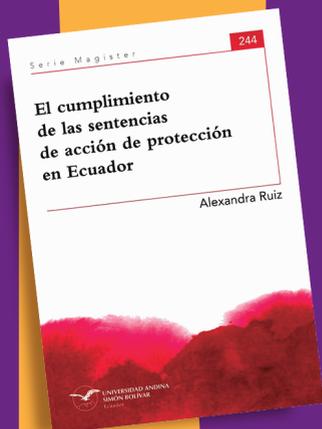
Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>



Elsa Guerra Rodríguez, *La mujer como fin en sí misma. Desentrañando las implicancias del aborto clandestino en Ecuador*. Vol. 224. Serie Magister. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2018.

Este libro pretende dibujar el rostro del aborto clandestino desde sus consecuencias irreparables en la vida de las mujeres diversas, hasta sus implicaciones sociales, políticas y jurídicas en Ecuador. En el campo del derecho, busca visibilizar el carácter anacrónico e inconstitucional de la penalización de esta práctica, ya que, además de constituirse en un instrumento patriarcal sobre el cuerpo de las mujeres, no protege la vida potencial del no nato y ha generado serias violaciones a los derechos constitucionales y humanos, evidenciando la clara inoperancia estatal frente a este problema de salud pública, a pesar del marco constitucional ecuatoriano denominado garantista. A través de un enfoque de género, el trabajo permite reconocer el acceso a un aborto seguro como un derecho emancipador y transformador.



Alexandra Ruiz C., *El cumplimiento de las sentencias de acción de protección en Ecuador*. Vol. 244. Serie Magister. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019.

El presente trabajo surge del afán de que se ejecute de forma íntegra toda sentencia que proteja derechos constitucionales. Se parte de la idea de que los derechos consagrados en las constituciones deben ser protegidos por medio de diferentes garantías y que luego los ordenamientos jurídicos contemplan mecanismos tendientes a materializar estos derechos. En este contexto, surge la inquietud de por qué en algunos casos son los responsables de ello. Esta investigación presenta una clasificación de los posibles factores que obstaculizan, impiden o dilatan el cumplimiento de las sentencias de acción de protección, garantía jurisdiccional escogida por acción de incumplimiento –durante el período comprendido entre noviembre de 2008 y marzo de 2014– y que versan sobre la garantía de protección mencionada.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

