



ADF INTERNATIONAL

Doctor

Agustín Modesto Grijalva Jiménez

Juez Constitucional Sustanciador

Corte Constitucional del Ecuador

En su despacho.-

CASO NO. 1313-19-JP

Alliance Defending Freedom International, persona jurídica sin fines de lucro, cuyo objeto consiste en la protección y defensa de derechos fundamentales alrededor del mundo, por intermedio de la abogada María de Lourdes Maldonado Jaramillo, interpone ante la Honorable Corte Constitucional de Ecuador, al amparo de lo previsto por el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, **amicus curiae**, dentro de **la causa** N. 1313-19-JP, y solicita que en definitiva se confirme la sentencia adoptada por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por motivos que a continuación se señalan.

La Sala de Selección de esta Honorable Corte Constitucional ha tenido a bien escoger la causa N. 1313-19-JP expedida por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en su sala penal, que negó la acción de protección interpuesta por los accionantes a favor de su hijo de nueve años, en contra del Registro Civil, Identificación y Cedulación, en atención a su negativa de practicar un cambio de nombre y sexo por género en los documentos de identidad del accionante.

En cuanto al fundamento de la decisión para seleccionar la presente causa, la Sala de Selección de la Honorable Corte ha expresado que ello se justifica atendiendo la novedad de la materia objeto de la decisión judicial sobre garantías jurisdiccionales; la falta de precedentes que aborden la cuestión de los derechos de los niños en lo que refiere a la identificación e intención de vivir la vida como persona transgénero, y la gravedad que se le reconoce a la materia.

Por tanto, el fondo sustantivo objeto de análisis es si los niños y niñas menores de 18 años edad —y en este caso, de tan sólo 10— ostentan y han de ejercer los derechos constitucionales que se reconocen a toda persona, de la misma manera que los mayores de edad que son plenamente capaces.

La decisión judicial de la Corte Provincial de Pichincha que acá se revisa resolvió que no existía violación de derechos fundamentales por la negativa de practicar un cambio de nombre y sexo para el solicitante fundándose en las siguientes consideraciones, sucintamente expuestas:

1. Ante todo, que el accionante del caso es un niño de 10 años, del cual no es posible señalar que haya alcanzado la madurez suficiente para tomar decisiones tan trascendentales por sí mismo. En este sentido, todo niño o niña tienen derecho a ser protegido por el Estado, a quien le corresponde promover su desarrollo integral y garantizar el ejercicio de sus derechos.
2. La Corte de Pichincha acepta, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la OC 24/17 de la Corte Interamericana tiene aplicación directa en el ordenamiento jurídico de Ecuador. Por lo mismo, en principio, es aplicable lo resuelto por la Corte en el sentido del presuntivo deber del Estado de adoptar mecanismos de modificación del nombre y sexo legalmente registrado, tomando como fundamento la auto percepción del individuo solicitante, y sin establecer trabas para ello. Con todo, la misma OC 24/17 aborda por separado la situación de los niños afirmando que el presuntivo derecho que desarrolla en cuanto a la identidad de género *“debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación. Por último, resulta importante resaltar que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada.”*
3. Por tanto, correspondería aplicar la Opinión Consultiva, la que en cualquier caso reconoce que el Estado tiene un deber de proteger al menor, atendiendo

a su edad y madurez personal, lo que en el caso concreto implica denegar la solicitud de cambio de nombre y sexo por género, al menos temporalmente, debido a que el niño no ha alcanzado siquiera la adolescencia y, con ella, la madurez necesaria para decidir sobre este asunto en particular.

4. Finalmente, ha de notarse que materialmente la decisión de la Corte de Pichincha se ajusta a lo regulado por la actual Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en el sentido que esta última admite en su artículo 94 la modificación del dato de sexo por el de género en la cédula de identidad, por una sola vez, y una vez alcanzada la mayoría de edad. Es del caso que la Corte Provincial de Pichincha estimo que dicha norma sería contraria a la OC 24/17, pero que, con todo, ella se encuentra vigente, siendo potestad del poder legislativo modificarla para adecuarse a lo concluido por la Corte.

Ante tales razonamientos, y previendo los asuntos de hecho y de derecho que entrarán a ser considerados por la Honorable Corte Constitucional, nuestra presentación se enfocará en lo sucesivo en los siguientes aspectos, que pasaremos a desarrollar:

Se pretende afirmar que la pretensión de obtener un cambio de nombre y sexo por género es directamente exigible y aplicable en atención a que ello es lo exigido por la OC 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A lo anterior se responde:

1. Las opiniones consultivas no son fuentes de derechos y obligaciones bajo el derecho internacional público. La OC 24/17 es una interpretación de una autoridad, *pero no es la interpretación autorizada* de la Convención en esta materia, y como tal no goza de fuerza vinculante directa.
2. Las opiniones consultivas no son instrumentos internacionales de derechos humanos en el sentido constitucionalmente relevante para la Constitución de Ecuador, careciendo por tanto el poder que se les pretende reconocer.
3. Una vez que se descarta que la OC 24/17 constituya o contenga una norma decisoria de la litis, cabe señalar que, a la luz de la Constitución y de los Tratados de derechos humanos vigentes, el hecho de que la legislación de Ecuador reserve el cambio de nombre y sexo por género para mayores de edad se ajusta a derecho, al consagrar una medida de

protección de los menores de 18 años, adoptada de acuerdo con los estándares relevantes de derechos humanos.

- i. En lo que concierne a la Convención de los Derechos del Niño, el derecho a la identidad no puede ser plausiblemente interpretado como inclusivo de un pretendido derecho a la identidad de género.
- ii. La Convención de los Derechos del Niño le impone al Estado un deber especial de protección a los niños.
- iii. Se trata de una medida de protección basada en evidencia sobre la madurez de los niños y las consecuencias en su desarrollo e integridad física y psíquica de la ejecución de acciones que tienden a privarles de su libertad para decidir sobre sus vidas, una vez que han alcanzado la madurez suficiente.

I. LAS OPINIONES CONSULTIVAS NO SON FUENTES DE OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL.

1. En lo que debiera ser la aseveración de una cuestión obvia, vale la pena comenzar por reiterar que, en lo que al derecho internacional público respecta, las opiniones consultivas emitidas por tribunales creados por tratados no son nunca de por sí una fuente de derechos y obligaciones.
2. Como la Honorable Corte sabe, existe acuerdo en la doctrina y jurisprudencia del derecho internacional en que las principales fuentes del derecho internacional público corresponden a los tratados y la costumbre internacional. Esta premisa se encuentra contenida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y es ampliamente aceptado que ambos elementos constituyen las fuentes primarias, sin perjuicio del papel auxiliar que otras fuentes enumeradas en dicho artículo están llamadas a desempeñar.
3. En efecto, en el mismo artículo que venimos comentando se eleva a las "**decisiones judiciales**" al carácter de fuentes del derecho, sujetas a la limitante del

artículo 59 del Estatuto, que refiere al efecto relativo de las sentencias¹. Por lo demás, el concepto de decisiones judiciales es en sí distinto y distinguible del de **opiniones consultivas**, no siendo estas últimas recogidas en el tenor literal del artículo 38 analizado.

4. A su vez, conviene recordar lo que fuera el dictamen de la Corte Internacional de Justicia sobre este preciso punto, recogido en la **opinión consultiva sobre la interpretación de los tratados de paz de 1947 entre Rumania, Hungría y Bulgaria**. En aquella oportunidad, ante la objeción de los tres Estados parte al conocimiento de la cuestión por la Corte, por cuanto ninguno de ellos había consentido con aquello, la Corte aclaró que la objeción promovida se basaba en una confusión conceptual. En efecto, *su consentimiento sólo es necesario para el ejercicio de la competencia contenciosa que los compele a respetar el resultado*. No así en el ejercicio de la competencia consultiva: **“la respuesta de la Corte [a la consulta realizada] sólo es consultiva en su carácter: en cuanto tal, carece de toda fuerza vinculante”**².
5. Siendo esta la regla general aplicable, cabe la pregunta de si no existe alguna norma especial que haga que la situación sea distinta en lo que concierne a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la competencia consultiva de la Corte Interamericana que este tratado creó. Del análisis cuidadoso de la Convención, la respuesta clara es que no existe disposición alguna que altere el sistema de fuentes general, y en particular que eleve a las opiniones consultivas a un carácter vinculante. La lectura y contraste entre los artículos 64 y 68, referidos a las opiniones consultivas y decisiones de la Corte respectivamente, es claro en ese sentido. **Los Estados dotaron exclusivamente a las decisiones de la Corte en casos contenciosos con el efecto vinculante de las mismas.**
6. Por tanto, en lo que concierne al derecho internacional público general, no existe falta de certeza sobre el hecho de que las opiniones consultivas no configuran una fuente directa de obligaciones que el Estado deba ejecutar. La situación es la misma en lo que respecta al derecho interamericano de los derechos humanos, conforme al tenor literal de la Convención Americana.
7. Con todo, la ausencia de una disposición clara e inequívoca en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que otorgara el efecto

¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 59, “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.”

² Corte Internacional de Justicia, Caso de la interpretación de los tratados de paz de 1947 entre Bulgaria, Rumania y Hungría, marzo 30, 1950, p. 10.

vinculante no ha sido obstáculo para que la Corte Interamericana lo afirme conforme a su arbitrio. Ella ha pretendido que sus opiniones consultivas adquieran el mismo valor o jerarquía jurídica que las decisiones judiciales adoptadas en el contexto de casos contenciosos. Así, por ejemplo, en la OC 23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos, al referirse al deber de los Estados de contrastar sus disposiciones de derecho interno con el texto de los tratados, la Corte afirmó que *“estima necesario que los diversos organismos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de los derechos humanos, también sobre la base de lo que se señala en el ejercicio de su competencia 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.’”*³

8. Por cierto, en términos extremadamente generales es efectivo que el objeto y propósito de la Convención Americana de Derechos Humanos es la protección y promoción de los derechos fundamentales. Pero para asentir con la falaz conclusión de la Corte sobre el efecto jurídico de sus opiniones, debiéramos permanecer en ese nivel de generalidad y obviar por completo lo que para ella es y debe ser sabido: **del fin general de proteger los derechos humanos no se sigue ni justifica el concluir que ella pueda alterar unilateralmente y por su propio arbitrio los efectos jurídicos de sus actos.** Los Estados dotaron a la Corte de poderes definidos y acotados para interpretar de manera auténtica y final la Convención sólo en los casos contenciosos y sólo entre las partes de estos, como lo expresaron en el artículo 68 del tratado.
9. En el mejor de los casos, la Corte Interamericana está dotada, por su naturaleza jurídica de tribunal, con la llamada potestad de *“competence de la competence”*, que ella ha descrito como *“el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia”*⁴. **Pero esta es una cuestión distinta e inconfundible con aquella que dice relación con establecer los efectos jurídicos y obligatoriedad de las opiniones consultivas.** La Corte Interamericana tiene, en efecto, el poder de determinar si es competente para pronunciarse sobre un asunto en el ejercicio de la jurisdicción que se le ha otorgado⁵, mas no tiene por ello la potestad de

³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/17 sobre Medio ambiente y derechos humanos, par. 28. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

⁴ Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (Competencia), 24 de septiembre de 1999, par. 31.

⁵ Recordemos que la competencia, en el derecho procesal, corresponde al “ámbito, la esfera o el campo dentro del cual un órgano de autoridad puede desempeñar válidamente sus atribuciones y funciones.” Cipriano Gómez Lara, Teoría General del Proceso, Textos Jurídicos Universitarios, Oxford (2000), p. 127.

transformar en fuente de obligaciones aquello que no ha sido establecido como tal por los Estados miembros del tratado.

10. Ahora bien, el hecho que las opiniones consultivas carezcan de efectos jurídicos vinculantes —relativos o *erga omnes*— no atenta en contra su carácter como instrumentos con potencial valor persuasivo. Ellas realizan interpretaciones sobre los derechos y obligaciones que los Estados han asumido como propias y reconocido para sus habitantes. En ese sentido, no puede haber duda de que el tratado interpretado es en sí vinculante, pero la interpretación que de aquel se realiza no lo es necesariamente. Y lo anterior es así pues dicha interpretación puede incurrir en múltiples vicios posibles. A modo de ejemplo:

- a) Puede afirmar como obligación o derecho aquello que no se deriva plausiblemente del texto del tratado;
- b) Puede elevar a la categoría de obligación determinada aquello que no es más que una de múltiples formas posibles de dar cumplimiento a las obligaciones (lo que es especialmente cierto en el caso de los derechos reconocidos mediante un lenguaje de textura abierta).
- c) Puede valerse de otras fuentes secundarias que no debieran ser aplicables a la tarea de interpretación, como lo sería considerar la práctica de Estados distintos de aquellos que son parte del tratado que está siendo interpretado.

11. Todos los anteriores ejemplos de vicios pueden materializarse en un contexto en que se afirma hacer uso de los criterios interpretativos comunes y corrientes del derecho internacional de los derechos humanos. Pero de la sola aseveración de estar haciendo uso de tales criterios, no se sigue que ello sea en efecto así, ni que las conclusiones adoptadas se sigan lógicamente de las premisas.

12. Con todo, tampoco se nos escapa que dichos posibles errores son comunes a toda tarea de interpretación de los tratados, ya sea que ella se realice en el contexto de conocer un asunto bajo la competencia contenciosa de un tribunal o bien en ejercicio de la competencia consultiva. **La diferencia fundamental es que los Estados han aceptado *a priori*, con la ratificación de la Convención Americana y aceptación de la jurisdicción de la Corte, que en los casos en que ellos son directamente partes del litigio, la decisión judicial es innegablemente vinculante en sus resultados, con o sin los potenciales vicios interpretativos o de lógica en que**

ella haya incurrido (artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

13. En concreto, es sólo en el contexto del ejercicio de la competencia contenciosa que los Estados le han otorgado a la Corte Interamericana el poder para realizar la interpretación auténtica (esto es, la interpretación autorizada y final de las normas por quien las dicta) de sus obligaciones de derechos humanos.
14. **Es un principio establecido en el derecho internacional que la interpretación auténtica de una disposición le corresponde solamente a aquel sujeto que tiene el poder para modificarla o suprimirla, a menos de que se haya dispuesto algo distinto o que dicho poder haya sido delegado**⁶. En el contexto de los tratados multilaterales como lo son los de derechos humanos— ningún Estado ostenta el poder exclusivo de modificar o suprimir las normas, pero todos tienen en igual medida el poder de interpretarlas para aplicarlas. Y por medio de la realización de ese ejercicio común pueden eventualmente modificar las normas por medio de su interpretación y práctica ulterior, creadora de nueva costumbre. Para que la Corte Interamericana pueda ser tenida como el intérprete auténtico de la Convención, es indispensable que se haya delegado en ella dicha potestad por los Estados. Pero la delegación de atribuciones o poderes siempre se ha de realizar de manera expresa —esto es un axioma del derecho público en general—, y en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados sólo han realizado tal delegación respecto de la competencia contenciosa.
15. Finalmente, cabe considerar que, el aceptar la tesis de que toda posición adoptada por la mayoría o totalidad de la Corte Interamericana es inmediatamente obligatoria para todos los Estados Parte de la Convención, incluso si ella se ha adoptado en ejercicio de su competencia consultiva, tiene la evidente deficiencia de enquistar los potenciales errores o abusos en los que incurra la Corte e impedir su corrección. Como toda institución humana, la Corte no es infalible ni ofrece garantías de que no cometerá errores o abusos en el ejercicio de sus poderes delegados⁷. Cualquier conceptualización razonable del cómo ha de

⁶ Corte Permanente Internacional de Justicia, Cuestión de Jaworzina, 6 de diciembre de 1923: 37. Se señala: “*es suficiente...observar un principio establecido de que el derecho a dar una interpretación autoritativa de una regla jurídica le pertenece exclusivamente a la persona o cuerpo que tiene el poder para modificarla o suprimirla.*” (traducción propia).

⁷ La OC 24/17 de hecho ofrece un ejemplo precisamente de aquello. Como sostiene Jorge Contesse, académico chileno y experto en derechos humanos, quien es en general partidario del trabajo y jurisprudencia de la Corte Interamericana, no duda en afirmar que ella incurrió en el vicio de actuación ultra vires. Al afirmar que todos los Estados Americanos deben redefinir el matrimonio para dar cabida a las parejas del mismo sexo la Corte fue más allá del contenido de la pregunta realizada por Costa Rica al iniciar el proceso de la opinión consultiva, transgrediendo la competencia específica que fuera determinada por la pregunta jurídica sometida a su conocimiento. Ver, Jorge Contesse, *Sexual Orientation and Gender Identity in InterAmerican Human Rights Law*, North Carolina Journal of International Law, Vol. XLIV, 2019, p. 381.

funcionar el sistema debe asumir la posibilidad de que lo anterior ocurra, y adoptar salvaguardas ante ello. Por nuestro lado, sostenemos que tales salvaguardas existen bajo el ordenamiento vigente. Antes que todo, en el hecho de que a) las opiniones consultivas no son vinculantes y b) las decisiones judiciales sólo lo son con efecto relativo a las partes del litigio. Lo anterior es lo que le permite a su vez a los Estados, a través de sus organismos competentes, asumir una de dos posibles posturas.

16. Si los Estados estiman que los fundamentos dados son correctos podrán asumir como propia la interpretación y el resultado, e incorporarla en su propia práctica interpretativa y de ejecución, por medio de los organismos competentes conforme al derecho nacional, de forma armónica con lo razonado por la Corte.

17. Si, por otra parte, concluyen que la opinión de la Corte en un asunto es errada, gozan entonces de la libertad para apartarse de ese criterio expuesto, dando las razones de aquello, y permitiendo por tanto que exista un genuino diálogo entre los Estados y la Corte para depurar el contenido y alcance de los derechos, hacia su mayor y más perfecta protección. El disputar o contestar las interpretaciones de la Corte es en ese sentido sano y necesario, y es una condición indispensable para el apropiado funcionamiento del sistema.

II. LAS OPINIONES CONSULTIVAS NO SON INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE GENEREN OBLIGACIONES PARA EL ESTADO CONFORME AL DERECHO ECUATORIANO.

18. Como venimos señalando, a menos que se esté preparado para aceptar que la mera voluntad de la Corte Interamericana es suficiente para conferir a las opiniones consultivas el carácter de fuentes de obligaciones con efecto *erga omnes* —en contravención del principio cardinal del derecho público conforme al cual las normas que confieren poderes a los órganos del Estado (o los creados por el Estado, como lo es la Corte Interamericana) son de derecho estricto y deben siempre interpretarse de manera restrictiva—, es claro que ellas carecen de tal efecto **conforme al derecho internacional público**.

19. Dicho lo anterior, y como la Corte sin duda sabe, los Estados son libres para, en el ejercicio de su soberanía, realizar actos unilaterales de reconocimiento de un efecto jurídico distinto del que sería propio bajo el derecho internacional general. Así, cabe la pregunta de si el constituyente de Ecuador tomó la decisión de otorgar a las opiniones consultivas y otros documentos no vinculantes emanados de

organismos internacionales el carácter de fuentes de obligaciones directamente aplicables.

20. Quienes suscriben conocen el alcance de la decisión No. 11-28-CN/19 (de matrimonio igualitario), emanada de la Honorable Corte Constitucional, en que el voto de mayoría sostuvo precisamente esa tesis. Ahí se afirmó la obligatoriedad para el Estado de dar lugar al reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo, basándose directamente en lo opinado por la Corte Interamericana en la OC 24/17, en cuanto aquella es presuntamente un "instrumento internacional" en el sentido constitucionalmente relevante del término. En este caso, el derrotero que se propone por los accionantes es el mismo: el Estado debe permitir y facilitar el cambio del nombre y sexo por género, por la sola expresión de voluntad del niño, porque así lo exige la OC 24/17. En aquella ocasión, el voto de mayoría sostuvo que *"En Ecuador, la distinción que hace la doctrina internacional entre tratados y otros instrumentos internacionales, para efectos de reconocimientos de derechos y desarrollo de su contenido, es irrelevante. Todos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales forman parte del sistema jurídico ecuatoriano."*⁸
21. Creemos y afirmamos, respetuosamente, por los motivos que a continuación se señalan, que dicha afirmación es incorrecta e infundada, y que por ello no es procedente llegar a la conclusión de que es necesario acceder a lo solicitado por los accionantes teniendo por fundamento una presunta obligación emanada de lo opinado por la Corte Interamericana. Lo anterior es sin perjuicio de que, como veremos, tampoco es el caso que el Estado tenga la obligación de facilitar esos cambios de sexo por género en el caso de menores de edad, en base a las obligaciones contenidas en los tratados considerados por sí solos.
22. Antes que todo, conviene comenzar por señalar que la Constitución de Ecuador, de 2008, no fue adoptada por el constituyente en un vacío. El Estado se encontraba antes y después de su adopción sujeto al derecho internacional por el sólo hecho de ser un soberano con personalidad jurídica internacional. Además, era titular de las obligaciones que libremente había asumido. Así como el poder constituyente originario tenía la opción de repudiar o reafirmar aquellas obligaciones internacionales contraídas por el Estado (los Estados pueden elegir cumplir o no sus compromisos internacionales, aún si asumiendo la responsabilidad internacional que por ello se siguiera) también es el caso que tenía la alternativa de

⁸ Corte Constitucional de Ecuador, decisión No. 11-28-CN/19 (de matrimonio igualitario), voto de mayoría, párr. 30.

reconocer o generar más obligaciones de las que ya se encontraban vigentes a ese entonces, de acuerdo con el derecho internacional público (en cuyo caso, para el derecho internacional público se trataría posiblemente de un acto unilateral del Estado, generador de obligaciones). **Pero es un principio general del derecho que las obligaciones no se presumen, debiendo ellas siempre probarse.** Por el contrario, existe una presunción fundada de que la intención del constituyente fue de plasmar en la actual Constitución el reconocimiento de las obligaciones internacionales de Ecuador que existían al tiempo de adoptar la Constitución, contraídas de acuerdo con el derecho internacional público (o que pudieran ser adquiridas a futuro conforme a las mismas normas). Quien pretenda argumentar que el Estado se obligó a más que sus acuerdos internacionales perfeccionados conforme al derecho internacional público (que incluye bajo la Convención Americana el deber de cumplir con las sentencias judiciales de los casos en que no sea parte) debe probarlo.

23. Así, a fin de concluir que el Estado quiso reconocer obligaciones adicionales o superiores a las contenidas en los acuerdos internacionales, se hace necesario que exista una voluntad clara e inequívoca en ese sentido. Sostenemos que aquella voluntad no existe y que no es posible encontrarla en la interpretación armónica y sistemática de la constitución y sus referencias a “instrumentos internacionales”. La opinión de la mayoría de la Corte Constitucional en sí incurre en un vicio de textualismo irreflexivo⁹. Ella se basa en la premisa de que la Constitución no distingue entre los distintos instrumentos internacionales para efectos de que ellos sean fuentes de derechos y obligaciones, con lo que no correspondería ni sería necesario para el intérprete distinguir. Esto es comprobablemente incorrecto. Veamos.
24. Al contrastar directamente el texto constitucional, la primera conclusión que se deriva de la sola lectura es que la mayoría de las menciones a “**instrumentos internacionales**” se encuentran recogidas dentro de la fórmula del deber del Estado respecto de “**derechos [establecidos; consagrados; garantizados; reconocidos] en la Constitución (o la ley) y en los instrumentos internacionales**” (v.gr. artículos 3, 10, 11, 41, 156, 171, 172, 384 y 398). Por lo mismo, una primera aproximación a la cuestión da a entender que “instrumentos internacionales” refiere a aquellos **continentes o recipientes que son fuentes de derechos de**

⁹ En circunstancias de que el mandato constitucional del artículo 427 llama a interpretar las normas constitucionales “por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución *en su integralidad*”. Es decir, ellas jamás han de ser tomadas en forma aislada, sin considerar su contexto y ubicación en la Constitución. Por los motivos que exploramos en este escrito, este caso es paradigmático del hecho que sólo un posible sentido y alcance de “instrumentos internacionales” es compatible con el resto del texto constitucional, y en particular con la jerarquía de normas y principio de supremacía constitucional y de tratados ratificados.

personas y de obligaciones correlativas del Estado, como lo es la Constitución. En el caso de los instrumentos internacionales, como ya vimos, su naturaleza como fuente de derecho y obligaciones se encuentra regida por el derecho internacional público, en cuanto aquel establece qué constituye una fuente de derechos y obligaciones y que no (*cf.* Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38, ya visto). **A falta de una disposición constitucional que modifique en el derecho nacional el sistema de fuentes internacional, es entonces lógico y necesario aceptar que el constituyente no hizo más que recoger este aspecto del derecho internacional, existiendo y debiendo existir concordancia entre ambos sistemas.**

25. La anterior lectura se encuentra a su vez corroborada por el hecho de que un subconjunto de las menciones de “instrumentos internacionales” se encuentra aparejado al reconocimiento del deber estatal de dar “***cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos***” y de “***impulsar la... ratificación... de instrumentos internacionales***” (artículo 416, el destacado es nuestro), así como también que “los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos” son objeto de “***suscripción o ratificación***” (artículo 418 y 423). Esto resulta ser crucial. **Todas las menciones a los instrumentos internacionales en las distintas disposiciones guardan y deben guardar coherencia sistemática.**
26. Aquellas menciones abordadas en el primer párrafo (párr. 25) refieren al deber u obligación asumido por el Estado de respetar los derechos reconocidos o establecidos en la Constitución o en los instrumentos internacionales. Las menciones abordadas en el segundo párrafo (párr. 26) complementan y especifican lo anterior en cuanto **el cumplimiento de obligaciones se debe respecto de los compromisos que se asumen mediante suscripción de instrumentos o su ratificación.** Y lo anterior es en sí concordante con el derecho internacional, en cuanto el Estado asume obligaciones mediante su consentimiento a ser obligado, expresado ya bien en acuerdos internacionales (contenidos en tratados y otros tipos de instrumentos) o mediante la práctica y aceptación de la costumbre internacional.
27. Los dos razonamientos precedentes a su vez son coherentes con el tenor de los artículos 424 y 425 de la Constitución que, en su conjunto, regulan las **condiciones bajo las cuales los tratados de derechos humanos obligan al Estado y podrían prevalecer por sobre la Constitución.** Tal condición es que deben tratarse de **tratados ratificados** por el Estado y que sean más favorables en su contenido de los

derechos a los que recoge la Constitución. De ello se sigue, como es obvio, que **aquellos que no han recibido ratificación** (ya sea porque no se ha obtenido la aprobación de la Asamblea, que habilita al Ejecutivo para ratificar, o porque no son de aquellos documentos o actos que por su naturaleza estén abiertos a ser suscritos o ratificados¹⁰) no son una fuente de obligación para el Estado, **ni entran en la jerarquía de aplicación de normas señalado en el artículo 425.**

28. En cuanto a las obligaciones contraídas en el ámbito del derecho internacional, la Constitución aborda en términos precisos la forma en que los instrumentos generadores de esas obligaciones pasan a ser exigibles al Estado, lo que ocurre con su aprobación por la Asamblea Nacional y ratificación por parte del Presidente o Presidenta. Ello excluye, por supuesto, a las opiniones consultivas de cualquier Corte.
29. Finalmente, conviene recordar que la mayoría de la Corte arribó a la conclusión adoptada en su decisión de 2019 a partir de un procedimiento iniciado al amparo del artículo 428 de la Constitución, en la consulta de norma, como medio necesario para garantizar la supremacía judicial. Este último es el principio fundamental de toda la Constitución por el cual ella es la norma suprema y, junto con **“los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ... prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”**. Desde ya debemos recalcar que la norma es clara y precisa: la supremacía es de los tratados internacionales, y no de otros instrumentos que no sean tratados.
30. Sentada la premisa anterior, es posible observar que el procedimiento de consulta de norma se caracteriza por constituir la revisión de compatibilidad entre una norma jurídica y la Constitución o *“los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución”* (artículo 428), los que además son de aplicación y cumplimiento inmediato y directo (artículo 426). **Lo que ha de notarse es que, tanto el artículo 428 como el 426 son accesorios al artículo 424, que es el principal.** Este último es el que establece la regla o principio sustantivo de supremacía constitucional y de los **TRATADOS** internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado.
31. A su vez, el artículo 426 establece el mandato a toda persona de observar la supremacía constitucional y aplicación inmediata y directa de las normas

¹⁰ Recordemos acá que la ratificación es un término jurídico y técnico propio del derecho de los tratados internacionales, definido en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados como: “el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.” Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículo 2(b).

constitucionales e internacionales de derechos humanos. Y el artículo 428, que establece el “*judicial review*” o consulta de norma, es la norma procesal que habilita la consulta como medio necesario para garantizar la supremacía referida.

32. **Ambos artículos son accesorios que siguen a la norma principal, esto es, la que establece el principio de supremacía. Ambos son medios para asegurarla.** Pero en ambos casos —artículos 426 y 428—, su redacción difiere levemente de la norma principal. Ellos refieren a los “**instrumentos internacionales** de derechos humanos que establezcan derechos más favorables”. Aquella —artículo 424— refiere a los “**tratados internacionales** de derechos humanos que establezcan derechos más favorables”. Dado que es el artículo 424 el que establece el principio rector al cual las demás **normas sirven y se subordinan (v.gr. primacía de la constitución y tratados ratificados)**, parece ser claro e ineludible que la referencia a los “**instrumentos internacionales**” en las normas accesorias no puede sino ser **tenida como un concepto idéntico o equivalente al de los “tratados internacionales”**.
33. Esta conclusión no sólo es coherente con las demás normas que regulan la adquisición de obligaciones internacionales por parte del Estado (ya vistas), sino también es la única que evita el resultado absurdo por el cual la Honorable Corte Constitucional estaría llamada a realizar su control judicial **tomando un punto de referencia distinto al que se establece en el preciso artículo que consagra el principio de la supremacía**. Si aceptamos que “instrumentos” es distinto de “tratados” para la Constitución, ello implica que la supremacía no lo es en realidad de los **tratados ratificados** —lo que señala el texto expreso del artículo 424 y que requiere la intervención del Ejecutivo y el Legislativo—, sino que de cualquier tipo de documento, **no sujeto a ratificación** (y por ello, inmune a la intervención de uno o dos poderes del Estado), y respecto de los cuales el Estado carece de todo control en su contenido obligacional o no ha manifestado intención alguna de obligarse. Y más aún, es la única que guarda coherencia con el hecho de **que el artículo 425, por su parte, establece un orden jerárquico taxativo de aplicación de normas, en el que expresamente no considera “instrumentos internacionales”, sino que sólo refiere a los “tratados y convenios internacionales”**¹¹, como inmediatamente inferiores a la Constitución, y superiores a todo lo demás.
34. Así las cosas, nos parece claramente asentado que las referencias a “instrumentos internacionales” en la Constitución de Ecuador, que constituyen junto con aquella el bloque constitucional supremo, corresponde a aquellos tratados internacionales

¹¹ Se aplica acá el aforismo jurídico de interpretación conforme al cual, quien dice de los unos, excluye a los otros. También conocido como canon de implicancia negativa, recogida en el latinazgo “*expressio unius est exclusio alterius*”

de derechos humanos que han sido ratificados por el Estado. **Esta es la única lectura que le da plena coherencia al entramado constitucional, comenzando con su piedra angular del principio de supremacía del artículo 424.** Asimismo, es la única que guarda plena coherencia con las disposiciones de derecho internacional público que son el obvio trasfondo contra el cual se adoptaron las normas constitucionales relevantes. **Así, el texto constitucional sí distingue tipos de instrumentos internacionales, en cuanto utiliza aquel concepto genérico como un sinónimo de tratados internacionales ratificados. Luego, la premisa sobre la cual se funda la conclusión de la mayoría de la Corte para afirmar que la OC 24/17 es de aplicación y cumplimiento inmediato y directo es falsa.**

35. A mayor abundamiento, y si no fuera suficiente con lo ya señalado, ha de considerarse que, por expreso mandato de la Constitución, **todos los órganos del Estado tienen un deber primordial de garantizar y defender la soberanía nacional** (artículo 3), **la que naturalmente incluye su carácter soberano ante otros soberanos y organismos internacionales.** De ello se sigue que, para resolver la duda interpretativa —si acaso ella existe— sobre lo que engloba el concepto de “instrumentos internacionales”, **uno de los parámetros fundamentales a tener en cuenta es que la cesión de soberanía de parte del Estado es la excepción, y no la regla** (esto además está unido de cerca al principio por el cual las obligaciones no se presumen). Por lo mismo ello exige una voluntad inequívoca y expresa en el sentido de obligarse. Luego, no parece legítimo ni jurídicamente correcto adoptar una interpretación por la cual se somete al Estado a la voluntad vinculante de organismos a quienes no se les ha delegado el ejercicio de soberanía¹² mediante la suscripción de tratados, o respecto de dictámenes o documentos que no han sido reconocidos como obligatorios en el mismo tratado por el cual se cede originalmente soberanía (como es de hecho el caso con la Convención Americana, según lo visto en la sección precedente).

36. En el caso concreto, la interpretación realizada por la mayoría de la Corte en el pasado conlleva **el evidente vicio de profundizar la cesión de soberanía del Estado más allá de la realizada expresamente por este, a través de los órganos competentes para ello, en el pasado o en el futuro.** Esto por cuanto acepta como vinculante todo instrumento internacional en la medida de que se refiera a

¹² Y la soberanía incluye como parte integrante el ejercicio de la jurisdicción: el decidir y declarar el derecho vigente. Thomas Hobbes, en su obra “El Leviatán” señala por su parte: “...es inherente a la soberanía el derecho de judicatura, es decir, de oír y decidir todas las controversias que puedan surgir respecto a la ley, bien sea civil o natural, en relación a los hechos.” El Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil.” (Traducción y prefacio de Manuel Sánchez Sarto, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1940), parte II, cap. 18, pág. 147.

derechos humanos, incluyendo expresamente “resoluciones y declaraciones”¹³, sin que se haya establecido, por lo demás, un principio limitativo sobre el origen y autoría de esas declaraciones o resoluciones y el rol del Estado en ellas. A su juicio, lo que prima es la materia o sustancia del instrumento, no el tipo de acto del cual se trate. Ello implica darles un carácter obligatorio a opiniones consultivas que, como ya vimos en la sección precedente, no lo poseen, sometiendo la soberanía del Estado Ecuatoriano a la Corte Interamericana no sólo en el ejercicio de su competencia contenciosa (que se ha aceptado incuestionablemente por los órganos competentes del Estado), sino también la consultiva (que no se ha aceptado en iguales términos).

37. Otro vicio claro de la interpretación adoptada por la mayoría de la Corte es que introduce con carácter de fuentes de obligaciones y derechos no sólo instrumentos que carecen de fuerza obligatoria para el Estado bajo las normas de derecho internacional público (los cuales se han suscrito por Ecuador bajo la convicción de que no son vinculantes), **sino que incluso abarca otros instrumentos que el Estado no ha suscrito, y cuya existencia tal vez ni siquiera conoce**. Ello lleva a la consecuencia absurda de que el Presidente o Presidenta pueden burlar a la Asamblea Nacional por la vía de adoptar o realizar declaraciones que, no siendo tratados, no requieren de ratificación, y por ello precluyen la intervención de la Asamblea. **Pero bajo la lectura de la Corte, ellas gozarían del mismo nivel de obligatoriedad que los tratados dotados de supremacía, los que, por abordar cuestiones de derechos humanos, siempre debieran ser aprobados por el Poder Legislativo**. En términos simples, y para ejemplificar, una resolución política de la Organización de Estados Americanos que verse sobre derechos humanos, adoptada por la Asamblea General a la que pertenece Ecuador, tendría el mismo valor jurídico que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y además no tendría por qué sujetarse a lo establecido por la Constitución (cfr. artículo 417). Se propiciaría, por ello, un posible fraude a la ley, por la exclusión del proceso de uno de los dos poderes del Estado llamado a mediar en la cuestión.

38. Finalmente, **la conclusión de la mayoría de la Corte puede llegar aún más lejos, hasta el punto de excluir no sólo al poder legislativo del proceso de reconocimiento de derechos y obligaciones, sino que al poder ejecutivo también**. En efecto, si fuera cierto que el sistema jurídico ecuatoriano incluye todos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales además de los tratados que el Estado ha suscrito, *por el solo hecho de ser instrumentos de derechos humanos*¹⁴,

¹³ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N. 11-18-CN/19, par. 25

¹⁴ Ídem.

¿se aplican también aquellos que el Estado no ha suscrito? ¿los que han sido creados en sistemas jurídicos de los cuales el Estado no es parte como el africano o europeo? ¿es vinculante una declaración de derechos humanos a la cual Ecuador se opuso, en la minoría, pero que fue adoptada de todas formas? Si las respuestas a las interrogantes son afirmativas, entonces ni siquiera estamos en presencia de instrumentos internacionales suscritos por el Estado y, aun así, las determinaciones de otros agentes soberanos tendrían injerencia directa en el derecho doméstico de Ecuador, en cuyo caso se hace irrefutable la cesión total de la jurisdicción como atributo de soberanía estatal.

III. EL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO DE ECUADOR HA DADO CUMPLIMIENTO A LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO ADOPTANDO UNA LEGISLACIÓN PROTECTORA DE LOS NIÑOS, COHERENTE CON LOS MANDATOS DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

39. Despejado lo anterior, y habiendo zanjado que la OC 24/17 no es por sí una fuente de derechos y obligaciones directamente aplicable que mandate al Estado el facilitar que niños y niñas accedan a un cambio de nombre y sexo por género en sus documentos de nacimiento e identificación, corresponde abordar si es el caso que la decisión de la Corte de Pichincha, y la legislación más reciente del Estado sobre esta materia, son acordes a la Constitución y los tratados de derechos humanos ratificados.

a. EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO NO CONLLEVA UN DEBER DEL ESTADO DE FACILITAR CAMBIOS DE NOMBRE Y SEXO REGISTRAL.

40. A estos efectos, conviene comenzar por analizar los términos de la Convención de los Derechos del Niño, que por su especialidad es siempre la primera fuente aplicable en lo que concierne a todos los individuos que no han alcanzado los 18 años.

41. El tratado en cuestión no contiene ninguna mención o garantía de un derecho a la identidad de género como tal, y del cual pueda desprenderse un deber estatal de acceder al cambio de nombre y sexo por género que se solicita.

42. Los errores en esta materia se fundan en la existencia de un derecho a la identidad, que ha sido recogido en el tratado en cuestión, pero que no por ello hace plausible el anclar ahí la pretensión jurídica del presente caso.
43. Tenga presente la Honorable Corte que el artículo en cuestión señala: *"Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas."*¹⁵.
44. La historia del establecimiento del artículo desmiente en forma clara que este sea el sentido y alcance de la norma. El objetivo de la consagración de este artículo en el tratado fue evitar la repetición de situaciones como las ocurridas durante la dictadura militar argentina, en que un número importante de niños fueron removidos de sus familias y reasignados a otras sin tener conocimiento de su verdadero nombre, nacionalidad y relaciones familiares. Esto es esencial pues el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁶ exige que los términos del tratado (v.gr. "identidad") sean interpretados a la luz de su objeto y propósito. Conocemos el objeto y propósito, y aquel era el de evitar que los niños se vieran privados del conocimiento de los elementos objetivos de su identidad.
45. Por otra parte, si revisamos el contexto del derecho a la preservación de la identidad en el tratado (cuestión obligatoria conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el mismo artículo ya citado) se percibe de forma clara que la expresión de **"incluidos"** del artículo 8.1 más que dejar el listado de elementos abiertos busca dejar en claro que la protección del artículo alcanza a los tres elementos por igual, sin que los Estados puedan excluir alguno de ellos. En efecto, hay una progresión lógica en los artículos del 7 al 9 del tratado. El artículo 7 obliga a los Estados a que los niños sean **registrados al nacer con un nombre y una nacionalidad** (con la finalidad de evitar existencia de niños apátridas) **y que sean cuidados, en la medida de lo posible, por sus padres**. El artículo 8 consagra el **derecho a preservar la identidad**, que no puede dejar fuera ninguno de los tres elementos recogidos en forma inmediatamente previa por el artículo 7. Y el artículo 9 ordena a los Estados el asegurar que los niños no sean separados de los padres contra su voluntad. Todo esto es plenamente coherente por lo demás con la razón de ser de la inclusión de este derecho en el listado, como ya vimos.

¹⁵Naciones Unidas, Convención de los Derechos del Niño, artículo 8.

¹⁶ Naciones Unidas, Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31.1: "Regla general de interpretación 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin."

46. Con todo, si la expresión “incluidos” fuere indiciaria de que el derecho a la identidad contempla más elementos que los enunciados en el texto, esto de todas formas no conduce a la inclusión de la “identidad de género” como parte del derecho a la identidad, que impone al Estado el deber de resguardar registros al respecto.
47. El derecho reconocido es la preservación de la identidad, pero no a secas. No se trata del derecho al libre desarrollo de la identidad o personalidad (desarrollado de forma separada en la Constitución del Ecuador, lo que abordamos de manera separada). El concepto de la identidad se encuentra calificado por los elementos que lo acompañan y que fueron escogidos deliberadamente por los Estados contrayentes para circunscribirla. **El elemento común denominador entre todos ellos es que se trata de características objetivas y no subjetivas.** Nombre, nacionalidad y relaciones familiares son recibidos por los niños y no dependen de su propia autonomía o voluntad (al menos en su primera infancia). Además, ellos pueden ser verificados mediante criterios objetivos y ciertos, y sometidos a registro desde el nacimiento (apellidos familiares vienen dados por el hecho de quienes son sus progenitores; nacionalidad depende de los criterios para conceder nacionalidad en el Estado en el que nace o al que pertenecen sus padres; relaciones familiares son objetivas y se determinan por el hecho biológico de la concepción y nacimiento). Esto los distingue radicalmente de la “identidad de género” que por sus propios términos es un elemento subjetivo y sujeto en mayor o menor medida de la voluntad del individuo.
48. Lo anterior sigue además el principio o canon general de interpretación conocido como “**ejusdem generis**”, es decir, de un mismo tipo. Aún si el uso de la voz “incluidos” comunica que la lista de elementos que le siguen no es taxativa, la determinación de cuáles otros elementos se entienden incluidos no es arbitraria. Ellos son, lógicamente, **otros del mismo tipo**. Si la frase fuera “incluidas grapas, clavos, agujas, fijadores y estacas”, resulta evidente y lógico que el conjunto al cual se refiere no contempla globos. En este caso sucede algo similar. Los elementos incluidos en el artículo 8 están tomados de los artículos 7 y 9 del mismo tratado. El elemento común denominador de nacionalidad, nombre y relaciones familiares es que se trata de elementos objetivos y sujetos a registro y reconocimiento legal, por lo que malamente se puede considerar que el término “incluidos” debiera contemplar elementos subjetivos, que difieren en el tipo de características. De hecho, este es el corolario del artículo 8.1 que, leído en su totalidad, se refiere a los

elementos de la preservación de la identidad y sus elementos, **en cuanto reconocidos por la legislación de los Estados.**

49. Concediendo a fin de argumentar que los textos de los tratados de Derechos Humanos pueden tener un carácter evolutivo, queda la pregunta de cómo es que ellos evolucionan. La respuesta es que su contenido se expande en la medida de que los mismos Estados avanzan en esa dirección expansiva (en virtud del artículo 31.3(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁷ que considera la práctica posterior de los Estados en la aplicación de los tratados como una forma de establecer el acuerdo entre los Estados con respecto de la interpretación). Pero desde su adopción en adelante, las acciones de los Estados han sido claras en circunscribir el contenido de la norma a los elementos mencionados. Esto se desprende, por ejemplo, del hecho que el único otro tratado posterior que hace referencia a la expresión “género” aclara en forma inequívoca que ella se refiere a hombre y mujer y no lo vincula con la identidad (ver, Estatuto de Roma¹⁸, del cual Ecuador es parte).
50. Por otra parte, la conducta de los Estados en cuanto a su legislación doméstica no apunta a entender un derecho autónomo a la identidad de género subjetiva como integrante de la costumbre internacional. Por lo pronto, son tan sólo un puñado de Estados —incluyendo Ecuador— los que han regulado los cambios de sexo y nombre registral de mayores de edad. **El Estado ecuatoriano tiene una posición distinta, la que fue plasmada por el órgano legislativo en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, que resguarda el derecho a la identidad de los niños, sin expandirlo o reconocer como parte de ello la potestad de obtener un cambio de sexo por género. Y ha hecho esto (a menos de que se pruebe lo contrario) cumpliendo a la vez con su deber de obrar conforme a la Constitución y su mejor interpretación de las obligaciones de Ecuador conforme al derecho de los tratados.** Con todo, con tan bajo número de Estados actuando de esta forma, es imposible sostener por lo demás que esto sea parte de la costumbre internacional. Luego, no es posible afirmar que el derecho internacional reconozca como parte del artículo octavo de la Convención de los Derechos del Niño lo que aquí se pretende.

¹⁷ Id., artículo 31.3: “3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.”

¹⁸ Naciones Unidas, Estatuto de Roma que Crea la Corte Penal Internacional, artículo 7.3: “A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.”

b. EL ALCANCE DEL DEBER DE RESPETAR EL EJERCICIO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS DE ACUERDO CON LA EVOLUCIÓN DE SUS FACULTADES NO LLEVA A CONCLUIR QUE LA PRETENSIÓN DEL CASO DEBE SER SATISFECHA. EL ESTADO TIENE IGUALMENTE EL DEBER DE PROTEGER AL NIÑO, BUSCANDO SU INTERÉS SUPERIOR.

51. Entendemos que los padres accionantes en este caso afirman que la pretensión jurídica cuya satisfacción se pide sería acorde con el deseo e intención de su hijo, en ejercicio de su autonomía progresiva. Que estaría haciendo valer con ello los derechos que se han reconocido y protegido ya en otras oportunidades para individuos que han alcanzado la mayoría de edad. Conviene por lo mismo detenerse a considerar esta cuestión y preguntarse por ello si es que es jurídicamente necesario que los niños sean tratados como adultos en el ejercicio de sus derechos, sean cuales sean ellos.
52. En la doctrina especializada sobre derechos de la niñez e infancia ha surgido la crítica contra el llamado “adulto centrismo”, la que tiene por objeto poner de relieve el pretendido trato injusto que la sociedad da a los niños y niñas atendiendo a su edad, lo que se concibe como una actitud arbitraria. Se defiende que la correcta aproximación o conceptualización de los niños y adolescentes no es una de “pequeños adultos” o de personas *en preparación para ser adultos*, sino que **“una forma de ser persona hoy, válida y respetable...una etapa de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica”**¹⁹. Se afirma a menudo que antes de la existencia de la Convención de los Derechos del Niño, el paradigma imperante a nivel mundial era aquel por el cual los niños no eran considerados como sujetos de derecho sino “objetos” sobre los cuales los adultos ejercen derechos²⁰. Así, el gran mérito de la Convención sería el haber generado un cambio de paradigma desde aquel del menor objeto de derecho al niño sujeto de derechos.
53. Dejando de lado el hecho que la anterior crítica no se ajusta a la realidad de la tradición jurídica europea continental de la cual nuestros Estados son tributarios²¹, vale detenerse en la conceptualización de los niños y adolescentes como **“una**

¹⁹UNICEF, Cuadernillo: “superando el adultocentrismo”, Santiago, Chile (2013), p. 9.

²⁰Ídem, p. 8

²¹ A modo de ejemplo, el Código Civil chileno redactado por Andrés Bello en 1856, y replicado de forma extendida a lo largo de nuestro continente, contemplaba desde su inicio la personalidad de todo individuo de la especie humana, cualquiera fuere su edad, sexo, estirpe o condición (artículo 55). Todo individuo de la especie humana que es persona es por tanto titular de todos los derechos. En efecto, toda persona tiene como atributo de la personalidad capacidad de goce de sus derechos. Esto ha sido reconocido así al menos durante toda la historia republicana de los Estados americanos. La única diferencia entre personas conforme a su edad consiste en el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de derechos, pero no la capacidad de goce. Dicho en términos simples y directos: los niños siempre han sido tenidos como sujetos de derecho. Es falso pretender que esta sea una innovación jurídica propia de los modernos tratados de derechos humanos.

forma de ser persona hoy". Ante aquello, no cabe más que manifestar el acuerdo con el concepto dado, y enfatizar aún más que, como lo señala la UNICEF, **los niños no son pequeños adultos**. En consecuencia, no debiéramos tratarlos como tal, y más aún, sería enormemente injusto hacerlo, considerando la formulación clásica del principio de igualdad de trato, que exige dar igual trato a los iguales y distinto trato a los distintos.

54. Existe sin embargo una constante tentación de hacer precisamente aquello. Dicha tentación ciertamente se encuentra presente en este caso, y es común detectarla en circunstancias de que se argumenta la necesidad de propiciar para los niños el ejercicio de derechos de libertad²² que se le reconocen a los adultos, esperando que ellos los ejerzan del mismo modo que aquellas personas que, por su edad, se encuentran en estado distinto de desarrollo físico, psicológico y cognitivo.
55. Vale detenerse a considerar que, por más que exista conciencia de la necesidad o conveniencia de no concebir y tratar a los niños o niñas como adultos pequeños, nuestra forma de pensarlos en el derecho no parecer ser capaz de escapar del hecho que los derechos, en cuanto artefactos que sirven para procurar lo justo, presuponen un ser humano adulto como su titular. Incluso en la Convención de los Derechos del Niño, que supuestamente consagra el nuevo paradigma de como se ha de tratar a quienes no han alcanzado los 18 años, encontramos este sesgo, por el cual, en general²³, los derechos de libertad o autonomía consagrados en el tratado no hacen más que replicar la conceptualización de los derechos humanos pensados para y respecto de adultos.
56. Si las consideraciones en torno a esto se limitaran a revisar la formulación adoptada para los derechos sustantivos reconocidos no sería difícil pensar, entonces, que todo niño debiera de gozar de sus derechos de libertad de igual manera que un ser humano que ha alcanzado la mayoría de edad. Pero esa lectura no sería correcta, en cuanto apartada del texto de la Convención.
57. El punto se salva en atención a la cláusula contenida en el artículo 5 —el fundamento del llamado principio de autonomía progresiva—, que opera como

²² Nos referimos a derechos de libertad para describir aquellas libertades fundamentales reconocidas por el ordenamiento de los derechos humanos (v.gr. derecho a contraer matrimonio, libertad de expresión, libertad de religión, libertad de información, etc.), en distinción de los derechos prestacionales (v.gr. a la educación, a la salud, a un medio ambiente libre de contaminación, etc.) y de integridad personal (v.gr. el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas, etc.)

²³ No es esta la ocasión de realizar un análisis exhaustivo del texto del tratado. Con todo, como observación general, vale apuntar que se contemplan algunos derechos específicamente pensados en la condición de niños, como lo son el no ser separados arbitrariamente de los padres, o las obligaciones del Estado ante las solicitudes de entrada o salida del Estado para efectos de la reunificación familiar. Sin embargo, fuera de estos casos puntuales, el resto de los derechos usa, grosso modo, la misma formulación que los derechos reconocidos en general para las personas.

una regla o principio general que conecta con todas las disposiciones del tratado, conforme al cual los niños (todo individuo que no ha cumplido 18 años) son dirigidos y orientados por sus padres en el ejercicio de sus derechos, en consonancia con la evolución de sus facultades²⁴. **Existe acá, por lo mismo, un reconocimiento de que no todos los niños ejercerán de igual manera y en un mismo momento los derechos de los cuales son titulares** (que no se limitan a los derechos de la Convención, pues nada los excluye como sujetos de derechos de los demás tratados). **Ello dependerá de que sus facultades se lo permitan, y esta última cuestión no es una de derecho sino que de hecho, y susceptible de valoración empírica** (cuestión que abordamos más abajo).

58. Así, la Convención reconoce —no podría ser de otra forma sin apartarse irremediamente de la realidad sensible acerca de los niños— que sus facultades evolucionan. La pregunta indispensable a este respecto es si el punto de partida de todo niño o niña es de estar en posesión de las facultades necesarias para deliberar y decidir, de forma racional y responsable, en vista a los riesgos y consecuencias previstas o previsibles de sus actos. Nos inclinamos a responder que no. Por supuesto, todo quien ha sido padre o madre sabe que puede preguntarle a un niño sobre sus preferencias o pedirle que escoja entre alternativas que se le presentan. Desde el momento que el niño o niña tiene el mínimo uso de razón y es capaz de hablar para darse a entender puede manifestarse ante la disyuntiva de alternativas²⁵. Pero el hecho que pueda seleccionar una opción por sobre otras no es lo mismo que afirmar que tiene la facultad de deliberar conscientemente sobre las opciones que se le presentan; en otras palabras, manifestar una voluntad por una alternativa no es lo mismo que actuar prudentemente. Y es el actuar prudente —aquel que se basa en la memoria del pasado, el conocimiento del presente y en la previsión de las probables consecuencias de las decisiones— es el que distingue al capaz del incapaz en el derecho.

59. El concepto de evolución implica literalmente el paso de un estado a otro distinto²⁶. Ese estado original de los niños es uno en que carecen de facultades para ejercer por sí sus derechos. Su paso, entonces, es a un estado en que sí las tienen. Ejercerán por tanto sus derechos a la par del desarrollo de esas facultades; pasarán

²⁴ Naciones Unidas, Convención de los Derechos del Niño, Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, **en consonancia con la evolución de sus facultades**, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

²⁵ Lo que además está avalado por los conocimientos científicamente afianzados de las neuro ciencias. La habilidad de expresar una elección está presente en el ser humano desde que se es capaz de comunicarse con otros, vinculada principalmente al lenguaje verbal, que se inicia en la temprana infancia, alrededor de los 5 años. Ver, Grootens-Wiegers, P., Hein, I. M., van den Broek, J. M., & de Vries, M. C. (2017). Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. *BMC pediatrics*, 17(1), 120. <https://doi.org/10.1186/s12887-017-0869-x>, p. 3

²⁶ Evidencia del uso corriente del término puede encontrarse en el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Evolucionar: “Dicho de un organismo o de otra cosa: **Desenvolverse o desarrollarse, pasando de un estado a otro.**”

de la potencia al acto. **De la incapacidad a la capacidad.** Y en el ínterin, no se puede afirmar que no gozarán de sus derechos o no los ejercerán. Más correcto es entender que no los ejercerán por sí mismos y personalmente, lo que no obsta a ejercerlos por medio de sus representantes. En todo, y conforme al texto expreso del tratado, siempre han de ser escuchados si es que se puede concluir su facultad de formarse un juicio propio²⁷ —**es decir, que es capaz de deliberar y discernir por sí solo, sin que las opiniones o voluntad de terceros, incluidos sus padres, determinen su razón y voluntad**—, pero en ningún sentido es correcto afirmar que del derecho a ser escuchado se sigue que la opinión manifestada deba ser tomada como dispositiva siempre y en cualquier caso. Ello es de hecho claramente así conforme a lo dispuesto en el artículo 12(1) de la CDN, que expresa que **las opiniones del niño se tendrán debidamente en cuenta “en función de la edad y madurez del niño”, es decir, no siempre y en términos absolutos.**

60. Dicho de otra manera, del tenor literal de las normas, y en apego al conocimiento público y notorio del desarrollo de los niños que son los sujetos de ella, se desprende que han de ser escuchados si es que se concluye que son capaces de formar un juicio propio. A contrario, si no es ese el caso, no hay tal obligación. Y aun siendo capaces de formar un juicio propio, y debiendo ser escuchados, su opinión no es necesariamente dispositiva si no se concluye además que poseen la facultad de sopesar correctamente la gravedad de las elecciones que enfrentan²⁸ ²⁹. Si el niño o niña no ha alcanzado una edad y evolución suficiente de facultades para formarse un juicio propio, con mayor razón no se encuentra en posición de ejercer por sí mismo derechos como si se tratase de un adulto plenamente capaz.

61. Llegado este punto, concedemos que puede haber espacio a la discusión sobre cuál es el límite superior en que entendemos que los niños y niñas han alcanzado tal facultad de decidir (v.gr. adolescentes capaces de considerar de manera

²⁷ Naciones Unidas, Convención de los Derechos del Niño, Artículo 12, respecto del derecho del niño de formar su propio juicio y expresar su opinión libremente, “Los Estados Partes garantizarán al niño **que esté en condiciones de formarse un juicio propio** el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”

²⁸ No es difícil concebir un ejemplo de circunstancias en que los niños expresan una opinión o intención cuya gravedad no comprenden y que no sería aceptada. La educación es, recordemos, un derecho que se goza y que se ejerce. Es perfectamente plausible, y hasta cierto punto común, que un niño o niña exprese la intención de no querer ir a la escuela, ya sea de forma temporal o permanente. Pero nos atrevemos a plantear que nadie consideraría como dispositiva la intención del niño en orden a abandonar sus estudios en tal caso, pese a que esa es la opinión y voluntad que expresa. Es más, los Estados suelen ir más lejos al establecer la obligatoriedad de su asistencia a la escuela (es parte de las obligaciones de derechos humanos de los Estados: establecer la educación primaria obligatoria) en lo que es de hecho escolarización forzada, como una cuestión común a todos los menores de edad, independiente de sus circunstancias u opiniones, porque se considera que es parte de su interés superior el asistir a la escuela, lo quieran o no.

²⁹ La literatura científica en el campo sugiere que, para actuar con real autonomía, al menos en el campo de las decisiones médicas (que representan algunas de las decisiones de mayor trascendencia que puede tomar un individuo), **no basta con poseer la facultad de tomar decisiones, en cuando al desarrollo de sus capacidades personales. Esto sería una condición necesaria pero no suficiente. Se requiere además de la competencia de toma de decisiones en un contexto situacional determinado en que factores externos pueden impedir o negar la competencia, como lo sería la presión de pares, el estrés u otros.** Ver, Grootens-Wiegers, P, et. al, Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects, p. 2.

apropiada los riesgos y consecuencias de sus decisiones), **pero de lo que podemos estar seguros es que un niño de tan sólo 10 años no las posee**³⁰. Por lo mismo, en estricto rigor ni siquiera era indispensable para la resolución de este asunto por parte de los tribunales inferiores de justicia que fuera escuchada la opinión del niño, sin que existiera antes una determinación de hecho de que era capaz de formarse su propio juicio, de forma independiente a terceros, lo que muy probablemente no era del caso.

62. Asentado el punto de que no es justo ni exigible conforme a derecho que los niños sean tratados como individuos adultos plenamente capaces de ejercer todos sus derechos como si fueran mayores de edad, ha de considerarse que, además, el Estado tiene un deber explícito de adoptar las medidas necesarias para proteger a los niños y su interés superior.
63. Otro principio rector de la Convención de los Derechos del Niño es la consideración y protección del interés superior del niño, el que se deduce del tenor literal del artículo 3 del tratado que reza: *"1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas."*
64. Se trata, antes que todo, de una obligación de todo Estado parte de adoptar todas las medidas que sean adecuadas a la protección y cuidado del bienestar de los niños. En este sentido, la CDN exige y deja espacio para que el Estado adopte las decisiones que sean conducentes a la protección y cuidado de los niños. Ello incluye el protegerlos de las decisiones de sus padres en aquellas circunstancias en que, ostensiblemente, están actuando en representación del niño en el ejercicio de sus derechos, dado que él o ella no tiene la edad y madurez suficiente para hacerlo por su cuenta.

³⁰ Los conocimientos científicamente afianzados de la neuro ciencia permiten concluir que los niños de 10 años se encuentran en una fase crítica del desarrollo de las habilidades que constituyen la capacidad de toma de decisiones, sin que ellas hayan terminado de desarrollarse. El proceso de desarrollo no finaliza sino hasta cerca de los 13 años, tiempo en el cual las habilidades han evolucionado en forma suficiente para la toma de decisión. Con todo, *"esta edad coincide con la llegada de la adolescencia. El desarrollo temprano del sistema de recompensa del cerebro combinado con el desarrollo tardío del sistema de control disminuye la competencia de toma de decisión de los adolescentes en contextos específicos"*, como lo son situaciones en que se ven afectados por la presión de pares, presión de sus padres, u otros que alteran la competencia. Ver, Grootens-Wiegers, P, et. al, Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects, p. 8.

65. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene un mandato similar en su artículo 19, por el cual se establece que **“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”**, siendo relevante tener en cuenta que, a través de los tratados de derechos humanos, sólo el Estado es capaz de establecer obligaciones para sí, como la de este caso.

66. A lo que apuntamos, en consecuencia, es que no existe nada inusual o inapropiado en el hecho de que el Legislador, que es parte integrante del Estado llamado a dar ejecución del tratado, adopte legislación que contiene medidas protectoras del bienestar de los niños haciendo uso de normas que les impiden desplegar una autonomía irrestricta, en base a criterios generales de edad y nivel de desarrollo comúnmente encontrados en aquellos que comparten la misma edad³¹, como de hecho ha ocurrido en este caso.

67. **Siendo lo anterior así, ¿Cuáles son las medidas de protección y cuidado de los niños adoptadas por el Estado ecuatoriano en lo que concierne a las pretensiones de cambio y nombre de sexo?**

68. La primera y más general medida de protección es la existencia de un régimen de capacidad jurídica diferenciado según la edad de las personas, que tiene como fundamento la realidad de los niños y niñas y sus capacidades en la toma de decisiones. A fin de proteger la integridad personal y patrimonial de los menores de edad, y en atención a su falta de juicio suficiente, el derecho considera incapaces absolutos de ejercer por sí mismos sus derechos, sean cuales sean, a los niños menores de 14 años y las niñas menores de 12 años e incapaces relativos a todos los menores de 18 años.

69. Otra medida de protección, que es por lo demás la más atingente en la materia, es el hecho de haber reservado la posibilidad de acceder a la modificación de los cambios de nombre y sexo por género exclusivamente para quienes hayan alcanzado la mayoría de edad. Es esto lo plasmado en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles³², en su artículo 94, al señalar que **“Voluntariamente, al cumplir la mayoría de edad y por una sola vez, la persona por autodeterminación podrá sustituir el campo sexo por el de género que puede ser: masculino o femenino. El acto se realizará en presencia de dos testigos que**

³¹ Algunos de los posibles ejemplos de lo anterior son la edad mínima para la adquisición y consumo de alcohol o tabaco o el establecimiento de una edad mínima para contraer matrimonio.

³² Dicha ley ha sido adoptada por la Asamblea Nacional de forma reciente, entrando en vigencia el 04 de febrero de 2016. Este hecho es relevante pues la actual legislación que permite el cambio voluntario de nombre y sexo por género se ajusta a lo anteriormente resuelto por la Corte Constitucional en su sentencia N. 133-117-SEP-CC de 2017, que a su vez resolvía de una situación suscitada bajo la vigencia de la antigua ley que precedió al texto normativo vigente.

acrediten una autodeterminación contraria al sexo del solicitante y por al menos dos años, de acuerdo con los requisitos que para el efecto se determinen en esta Ley y su reglamento. Este cambio no afectará los datos del registro personal único de la persona relativos al sexo. De darse esta situación, el peticionario podrá solicitar el cambio en los nombres a causa de la sustitución del campo sexo por el de género."

70. En otras palabras, de forma relativamente reciente, el órgano legislador contempló la cuestión de la identidad de género y la intención de las personas que se identifican como trans de modificar sus registros personales, la Asamblea Nacional tuvo a bien establecer una regla general por la cual requiere que estos cambios sólo se realicen una vez alcanzada la edad que generalmente se acepta como aquella en que la personas tienen madurez para comprender, en una medida suficiente, las consecuencias de sus acciones.
71. La pregunta que queda por responder es, por supuesto, de qué deben ser protegidos los menores de edad, que justificaría el reservar el ejercicio de dicha atribución legal para aquellas personas que han alcanzado la mayoría de edad. A la respuesta de esa pregunta es que dirigimos la última sección de este amicus curiae.

c. LA DECISIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS MENORES DE 18 AÑOS SE HA ADOPTADO TENIENDO A LA VISTA LA REALIDAD EMPÍRICAMENTE CONOCIDA ACERCA DE LOS INDIVIDUOS HUMANOS DE ESA EDAD.

72. La decisión del órgano legislativo se funda en una visión particular del interés superior de los niños que toma en consideración distintos elementos. Por un lado, se obra desde la premisa de la incapacidad general de los niños para formar sus juicios y tomar decisiones que comprendan a cabalidad los riesgos que ellas conllevan —y por esa razón, no son capaces de ejercer el derecho o facultad jurídica de autodeterminación que se reconoce a los mayores de edad. Por otro, se considera que la expresión y afirmación de una identidad de género masculina o femenina que es discordante con el sexo personal del individuo, a esa edad, suele ser a menudo una condición transitoria y que, a fin de que el niño o niña puedan continuar con su desarrollo de la manera más libre y no coaccionada posible, es necesario evitar que se adopten medidas drásticas y permanentes que los priven de su libertad de espíritu.
73. Como es indiscutible, el Estado no se encuentra en posición de actuar con paternalismo respecto de las personas que han alcanzado su mayoría de edad, ni

se pretende que así sea. Por lo mismo, desde que se adquiere la plena capacidad de ejercicio, si un individuo pretende afirmar y vivir su vida bajo una identidad de género que no guarda coherencia con su sexo, no existe medida alguna que se lo impida. Y, es más, se le permite incluso disponer de su dato de sexo para modificarlo por el de género. Pero del hecho que esto sea la regla respecto de los mayores de edad no se sigue que sea igual para los niños. Ya explicamos latamente por qué ellos no han de ser tratados, en justicia, como si fueran adultos, en cuanto las facultades de unos y otros son objetivamente distintas. Y a ello se le agrega, como también se ha visto, que el Estado tiene un deber especial de protección de los niños, que es distinto y más intenso que el deber general de protección de las personas.

74. Siendo los niños, entonces, distintos de los adultos, para efectos del trato que han de recibir de parte del Estado, y debiendo procurar en todo momento atender a su interés superior, se habrá de atender a la evidencia empírica sobre la manifestación de la identidad de género discordante en la infancia, y consideraciones en torno a ella, para entender cuál curso de acción es el que objetivamente resguarda de mejor manera dicho interés.

¿Cuál es esta evidencia y consideraciones?

75. En primer lugar, que no existen pruebas o exámenes objetivos que permitan identificar o distinguir con precisión y certeza los “verdaderos casos” de identidad de género discordante de aquellos que son meramente transitorios o falsos positivos. Dado que la identificación como transgénero es auto declarada, no existe ningún tipo de *scanner* o examen que pueda ser administrado por profesionales de la salud para diagnosticar u observar una identidad de género. De hecho, con el pasar del tiempo, y debido al empuje de la comunidad de personas que se identifican como transgénero, los movimientos o cambios en esta materia se han dirigido a abandonar la “patologización”, favoreciendo en cambio la auto identificación. La condición de transgénero ya no es de suyo una cuestión que se considere como apropiadamente diagnosticable, de acuerdo con la mayoría de la comunidad de profesionales de la salud mental. Cuando mucho, hoy en día las guías de referencia diagnóstica llaman a identificar la condición de angustia o sufrimiento ocasionado por la identificación de género discordante con el sexo, y enfocar el tratamiento en eliminar la angustia, pero no la discordancia entre identificación de género y sexo³³. Nuestro punto es, en definitiva, que si se acepta en gracia que existe tal situación como “verdadero transgénero” para identificar a quien definitiva e inmutablemente ostenta esa condición, los conocimientos y

³³ Véase como referencia: <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/gender-dysphoria/symptoms-causes/syc-20475255>

técnica humana no han concebido un medio que permita probarlo de forma acertada.

76. Por otra parte, los niños y niñas que manifiestan o expresan un interés en reclamar para sí una determinada identidad de género discordante con su sexo a menudo lo hacen atendiendo a **nociones o conceptos estereotípicos sobre el significado y posibilidades de vida constrictivos asociados al sexo masculino y femenino**³⁴. Este impulso por repudiar el propio sexo e identificarse con el opuesto suele ser conceptualizado por los niños, niñas y jóvenes en general como un deseo de hacerse de aquellos marcadores o elementos de género que comúnmente se asocian con el sexo opuesto. La comunidad de profesionales de la salud mental que participan de la elaboración de los manuales de diagnóstico claramente reconocen lo anterior. Los **criterios para diagnosticar la disforia de género en la infancia están fuertemente asociados a estereotipos en torno a la vestimenta, las fantasías, los juegos preferidos, y los juguetes o actividades típicamente asociados a uno u otro sexo**³⁵. Así, por ejemplo, un niño que le gustan muchísimo el jugar con muñecas y el color rosa se le presenta la idea de que debe ser un miembro del sexo femenino para justificar su gusto, antes que aceptar que es un varón que gusta de los mismos juegos y colores que comúnmente asociamos a las féminas. **El conocimiento y entendimiento que puede poseer un niño pequeño respecto de estos tópicos es bastante limitado, y tampoco posee la perspectiva suficiente para comprender que la incomodidad con su propio cuerpo y sus percepciones sobre el rol social que se espera de él no es un fenómeno nuevo en la historia; lo que es nuevo es la opción de canalizar dichos sentimientos en la alternativa de afirmar una identidad como una persona transgénero.**

77. ¿Por qué un niño o niña llegan a sentir tales deseos intensos de pertenecer al sexo opuesto a aquel que les es propio? No existe certeza sobre las causas exactas de esto. Con todo, no podemos descartar de forma absoluta que exista una conexión con otras comorbilidades que gatillen o determinen tales sentimientos e ideación³⁶. En efecto, un número significativo de niños y niñas que manifiestan el identificarse como transgénero presentan a la vez algún tipo de desorden psiquiátrico

³⁴ S. Levine (2017), Ethical Concerns About Emerging Treatment Paradigms for Gender Dysphoria, J. OF SEX & MARITAL THERAPY at 7, DOI: 10.1080/0092623X.2017.1309482 ("Ethical Concerns").

³⁵ American Psychiatric Association, "What is Gender Dysphoria?", <https://www.psychiatry.org/patients-families/gender-dysphoria/what-is-gender-dysphoria>

³⁶ Riittakerttu Kaltiala-Heino, et al., "Gender dysphoria in adolescence: current perspectives. Adolescent health, medicine and therapeutics," Adolescent Health, Medicine and Therapeutics 9, (Marzo, 2018): 31-41, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5841333/>.

preexistente que puede contribuir al deseo de incurrir en una transición³⁷. En efecto, la prevalencia de la disforia de género como condición es mayor entre los niños y niñas que ostentan alguna forma de inhabilidad asociada a su desarrollo mental³⁸, incluyendo a los niños y niñas en el espectro autista (con tasas que son 7 veces mayores a las de la población en general³⁹); y entre los niños y niñas que poseen un historial de padecimientos psiquiátricos⁴⁰.

78. Desde la perspectiva del desarrollo de la personalidad, es necesario considerar que todas las vidas humanas son influenciadas por los procesos y eventos pasados. Los niños y niñas que se consideran trans no son una excepción a este axioma. El paradigma del desarrollo de la personalidad reconoce que, con la excepción del sexo genético, todos los aspectos de la identidad individual evolucionan -a menudo de forma acentuada- a lo largo de la vida. Esto incluye el género. A pesar de que hay quienes han insinuado que la identidad transgénero tendría un sustento biológico y sería por ello inmutable, al igual que el sexo, no existe evidencia científica que sustente la afirmación.

79. Además de no conocer las causas precisas de por qué lo anterior ocurre, también se hace necesario tener a la vista que la disconformidad con el propio sexo o género o la identificación de género discordante en la temprana infancia **no suele ser un estado permanente**. Existe abundante evidencia de que, en una mayoría de los niños o niñas que manifiestan una identidad de género discordante con su sexo antes de la pubertad, ella no persiste en el tiempo durante o después de esa última etapa, **en ausencia de intervenciones como la llamada transición social (ejecutada en parte con cambios de nombre y sexo legal) o terapias de reemplazo hormonal**.

³⁷ Entendiendo acá transición como el proceso por el cual una persona realiza un esfuerzo consciente para ser reconocido como un miembro del sexo o género opuestos o género distinto de aquel que se correspondería a su sexo personal, por medio de vías sociales, legales y/o médicas.

³⁸ D. Shumer & A. Tishelman (2015), The Role of Assent in the Treatment of Transgender Adolescents, INT. J. TRANSGENDERISM at 1, DOI: 10.1080/15532739.2015.1075929

³⁹ D. Shumer et al. (2016), Evaluation of Asperger Syndrome in Youth Presenting to a Gender Dysphoria Clinic, LGBT HEALTH, 3(5) 387 at 387.

⁴⁰ L. Edwards-Leeper et al. (2017), Psychological Profile of the First Sample of Transgender Youth Presenting for Medical Intervention in a U.S. Pediatric Gender Center, PSYCHOLOGY OF SEXUAL ORIENTATION AND GENDER DIVERSITY, 4(3) 374, en p. 375 (“Psychological Profile”); R. Kaltiala-Heino et al. (2015), Two Years of Gender Identity Service for Minors: Overrepresentation of Natal Girls with Severe Problems in Adolescent Development, CHILD & ADOLESCENT PSYCHIATRY & MENTAL HEALTH 9(9) 1, en p. 5. (En 2015, de acuerdo con las estadísticas del servicio de identidad de género de Finlandia, el 75% de los adolescentes evaluados “estaban bajo tratamiento psiquiátrico o habían pasado por dicho tratamiento en el pasado, por razones distintas a la disforia de género.”); L. Littman (2018), Parent Reports of Adolescents & Young Adults Perceived to Show Signs of a Rapid Onset of Gender Dysphoria, PLoS ONE 13(8): e0202330, p. 13 (encuesta a los padres respecto de adolescentes que exhiben Disforia de Género de Aparición Repentina reporta que 62.5% de los adolescentes con disforia de género han tenido un ‘desorden psiquiátrico o discapacidad del neurodesarrollo anterior a la aparición de la disforia de género.’)

80. Para los profesionales de la salud mental no existe consenso⁴¹ sobre un curso de acción único e incuestionable ante un niño o niña preadolescente que presente una disconformidad de género, sea o no que ella sea diagnosticable como disforia de género. Existen, *grosso modo*, dos escuelas: el enfoque trans afirmativo y el enfoque de espera atenta o “*watchful waiting*”.
81. La primera se caracteriza por asumir que el bien del niño es mejor servido al aceptar que su pretensión de identidad transgénero es definitiva y que toda su vida ha de reorganizarse para afirmarla, a fin de evitar sufrimiento presente y futuro. La segunda sugiere en cambio un curso de acción de mayor prudencia y discernimiento sobre si la identificación del niño o niña es permanente y arraigada, antes de seguir un curso de acción que derive, eventualmente, a cambios permanentes en su cuerpo y estatuto jurídico.
82. La segunda escuela se apoya fuertemente en el hecho de que, conforme a la evidencia empírica existente hasta hoy, se sabe con certeza que la identificación de género cruzada que surge en la infancia no suele persistir después de la pubertad. Los trastornos de la identidad de género infantil son superados mayoritariamente (en el orden del 80-95%⁴²) durante la adolescencia, de forma que la gran mayoría de los niños que presentan síntomas de disforia de género los superan en la pubertad sin necesidad de intervención de ningún tipo. Otros sostienen en forma similar que sólo 23% de los niños y 12-27% de las niñas persisten en mantener dicha pretensión hasta después de la adolescencia⁴³. Un reciente artículo revisó todos los estudios de seguimiento que su autor pudo identificar sobre niños diagnosticados con disforia de género (para un total de 11), y reportó que **“todos los estudios de seguimiento de niños con Disforia de Género, sin excepciones, encontraron lo mismo: al tiempo de la pubertad, la mayoría de los niños Disfóricos de Género dejaron de desear la transición.”**⁴⁴ Otro autor revisó la literatura existente y reportó que; **“en el caso de niños prepuberales con**

⁴¹ En lo que refiere al diagnóstico, el DSM – V de la *American Psychiatric Association* denomina disforia de género al malestar que experimenta la persona por su rechazo al propio sexo. No se le denomina patología, y se acepta que el solo hecho de que la persona experimente esa identificación discordante entre sexo y género no es el problema que atender, sino la sensación de malestar concomitante. **Pero los manuales de diagnóstico no prescriben cuál es el tratamiento único o incluso el mejor ante dicha situación.** En esto los profesionales de la salud mental pueden discrepar, como de hecho lo hacen.

⁴² Antonio Becerra-Fernández, M. Jesús Lucio-Pérez José Miguel Rodríguez-Molina, Nuria Asenjo-Araque, Gilberto Pérez López, María Frenzi Rabito, Miriam Menacho Román, “Transexualidad y Adolescencia”, *Revista Internacional de Andrología*, Volume 8 Issue 4, (Octubre-Diciembre 2010), pp. 165-171. Ver también, P. T. Cohen-Kettenis, H. A. Delemarre-van de Waal et al. (2008), *The Treatment of Adolescent Transsexuals: Changing Insights*, *J. SEXUAL MEDICINE* 5(8), p. 1895.

⁴³ Jack Drescher y Jack Pula, “Ethical Issues Raised by the Treatment of Gender-Variant Prepubescent Children”, *The Hastings Center Report* 44 Suppl 4 (septiembre de 2014): S17–22, doi:10.1002/hast.365.

⁴⁴ Cantor, J., *Transgender and Gender Diverse Children and Adolescents: Fact-Checking of AAP Policy*, *J. OF SEX & MARITAL THERAPY*, p. 1, DOI: 10.1080.0092623X.2019.1698481.

discordancia de género... los deseos de género cruzado usualmente se disiparon con el tiempo y no persistieron hasta la adultez, con tan solo 2.2% a 11.9% continuando con su experiencia de discordancia de género.⁴⁵

83. Así, el enfoque de “espera atenta” invoca correctamente a su favor que en la abrumadora mayoría de los casos los niños abandonarán su pretensión de vivir sus vidas conforme al género distinto al correlativo con su sexo corporal. Y dado que no tenemos ninguna forma de saber con mínima y aceptable exactitud cuáles serán esos niños que persistirán en su identificación como transgénero, **es razonable impedir medidas de transición permanentes antes de que esto se haya discernido, a fin de no incurrir en un error que pueda ser dañino para el desarrollo de los niños o niñas, lo que suele coincidir con la mayoría de edad y el término de la pubertad y adolescencia.**
84. Ante aquello, anticipamos la réplica de quienes no comparten este juicio, quienes probablemente responderían que lo anterior sólo tiene sentido bajo el entendido de que la concordancia entre sexo y género es generalmente normativa y deseable, lo que negarían. Si todas las combinaciones son iguales, diría el argumento, entonces es fácil replicar que no existe mal o perjuicio alguno en la transición temprana, bajo el entendido de que el niño o niña es una hoja en blanco, y cualquier identidad de género, sea discordante o no con el sexo, es deseable y buena por sí misma, o al menos neutra. No existe, en otras palabras, una decisión correcta o incorrecta. Luego, no sería posible afirmar que sea un error la transición de los niños.
85. Pero lo anterior choca frontalmente con la retórica usualmente desplegada por sus partidarios, que defienden como **necesaria** la transición a fin de que la persona sea fiel a su **verdadera identidad**. Lo anterior supone, obviamente, que existe tal cosa como la “verdadera identidad” de las personas y otras que son, por el contrario, falsas; debiendo perseguir la primera y evitar la segunda. Y si es que existe una verdadera identidad para quienes se identifican como transgénero, ello sería igualmente cierto para quienes no lo son (los “cisgénero”, en la jerga propia de estas teorías). **Si se deriva un mal para el niño transgénero por no poder desplegar su condición trans, es igualmente cierto que se deriva un mal para los niños no trans que personifican y realizan una vida como transgénero, sin serlo realmente.**

⁴⁵ S. Adelson & American Academy of Child & Adolescent Psychiatry (2012), *Practice Parameter on Gay, Lesbian, or Bisexual Sexual Orientation, Gender Nonconformity, and Gender Discordance in Children and Adolescents*, J. AM. ACAD. CHILD ADOLESCENT PSYCHIATRY 51(9) 957, p. 963.

Aceptando en gracia lo anterior, **¿Cómo reconocer la que es verdadera? Como ya mencionamos, no existe ningún examen objetivo y preciso que permita identificar y distinguir con certeza al llamado “verdadero trans” del que no lo es.**

86. Una posible respuesta puede ofrecerse desde una perspectiva puramente empírica. **Para la generalidad de las personas, su identidad de género, con la cual se vive cómodamente, es aquella coherente con su sexo.** Si tomamos esto como punto de partida, entonces es ella la verdadera identidad de la inmensa mayoría de las personas. Los niños pueden experimentar una disconformidad transitoria con su género o sexo durante su infancia, y ello no conduce ni ha de llevar a la inmediata conclusión de que se debe ejecutar una transición, pues ello pone en peligro al niño o niña de verse privado de su verdadera identidad.
87. Ante la ausencia de criterios objetivos y de absoluta certeza, es razonable que el Estado, bajo el deber de garantizar la protección del niño o niña y de resguardar su derecho a la identidad, postergue hasta la mayoría de edad la posibilidad de ejecutar cambios profundos y permanentes, como lo es la modificación del nombre y del sexo por género. Sólo una vez que se alcanza la mayoría de edad es que la persona es, generalmente, plenamente capaz de comprender y asumir las consecuencias de sus actos, y legalmente responsable de sí mismo. Llegada esa edad, en uso de su autonomía, la persona podrá valerse de esta particular alternativa del ordenamiento jurídico para profundizar en su transición personal, si así lo desea. **Esta es de hecho la actual respuesta normativa del Estado de Ecuador a la situación de los individuos menores de edad que manifiestan una identidad de género trans.**
88. La transición legal, consistente en el cambio de nombre y sexo por género para los niños y niñas es por sí sola una decisión y curso de acción que acarrea importantes y potencialmente perjudiciales consecuencias para los mismos niños. Sobre estas consecuencias nos referiremos a continuación. Pero no debe dejar de tomarse en cuenta que esta es una de las medidas o cursos de acción de otras varias, las que a menudo van todas juntas y que tienden a retroalimentarse y reforzarse mutuamente.
89. Los cambios legales generalmente van precedidos por la llamada **transición social** (cambio en el uso de nombre, pronombres, ropa, juegos y demás hábitos personales) y se unen a las intervenciones biomédicas en el cuerpo, las que incluyen un tratamiento de reemplazo hormonal para bloquear la precipitación de la pubertad; el uso de hormonas para modificar los caracteres sexuales secundarios

para que ellos se asemejen al sexo al cual la persona aspira a pertenecer; y las cirugías estéticas para modificar torsos y genitales, además de remover parte de los órganos sexuales. La aplicación de tales regímenes hormonales acarrea consecuencias que van más allá de los cambios físicos más evidentes, y existe certeza de que ellos impactan la fertilidad, la salud cardiovascular, y la capacidad sexual y orgásmica⁴⁶. Las intervenciones quirúrgicas son medidas irreversibles, y ninguna de ellas debe ser tomada a la ligera.

90. Las medidas de transición legal pueden operar como una puerta de entrada a otras intervenciones, respecto de los cuales los niños simplemente no se encuentran en posición de consentir en forma válida y consciente, y respecto de los cuales sus padres, aún con las mejores intenciones, no tienen cómo obtener información suficiente y necesaria para garantizar que ella será la decisión correcta. Entre otros potenciales riesgos asociados a la transición exclusivamente legal (lo que es poco común), encontramos:

- a) **Riesgos para la vida romántica-afectiva por la decisión de transicionar.** Es posible observar, como de hecho lo hacen los profesionales con experticia en el trato de pacientes que manifiestan identidades de género discordantes, que la decisión de vivir la vida como transgénero reduce significativamente la cantidad de potenciales compañeros románticos o sexuales, siendo decididamente bajo el número de individuos cuya orientación sexual –la que se basa en la atracción por el sexo opuesto o el mismo– los dispone favorablemente a iniciar y continuar una relación con una persona transgénero, precisamente porque ellas proyectan una imagen de pertenencia a un sexo distinto del que realmente los constituye⁴⁷.
- b) **Impacto por las expectativas desmedidas de la transición.** Las personas que se embarcan en el camino de la transición de identidad de género suelen depositar sus esperanzas en que el solo hecho de llevar adelante la transición será la solución para las distintas formas de estrés social que comúnmente experimentan todas las personas en el curso de su maduración personal, o en su defecto, a consecuencia de las demás condiciones de salud mental que se presenten en sus casos. La transición opera como un mecanismo de escape por el cual la persona omite el confrontar sus problemas o desafíos, bajo la impresión errada de que ellos se solucionarán

⁴⁶ Levine, S. (2018), *Informed Consent for Transgendered Patients*, J. OF SEX & MARITAL THERAPY, at 6, DOI: 10.1080/0092623X.2018.1518885 (“*Informed Consent*”), p. 6.

⁴⁷ Levine, S. (2017), *Ethical Concerns About Emerging Treatment Paradigms for Gender Dysphoria*, J. OF SEX & MARITAL THERAPY at 7, DOI: 10.1080/0092623X.2017.1309482 (“*Ethical Concerns*”), p. 5 y 13.

con la transición⁴⁸. La realidad es distinta, y los problemas mentales persisten, aumentados a su vez por el estrés de mantener una vida acorde a un género discordante con el sexo.

- c) **Percepción de presión parental para persistir en la identidad de género discordante, incluso si el niño o niña se arrepiente.** No es una afirmación controversial que los niños, niñas y adolescentes son especialmente vulnerables a las presiones de pares o de quienes ven como autoridades a la hora de tomar sus propias decisiones. Como ha sido reportado en los medios de comunicación masiva, los padres que abrazan la identidad de género trans de sus hijos o hijas se vuelven “campeones de su causa” frente a profesores, padres y otros, y defienden los postulados teóricos detrás de la identificación⁴⁹. Tomando en consideración que en el caso de un menor de 10 años es claro que su criterio y personalidad no se encuentran plenamente formados -todos sabemos que parte importante del proceso de maduración en la pubertad y adolescencia incluye lo anterior-, no es inverosímil pensar que en caso de que exista arrepentimiento por la transición, la intención de revertir curso a lo anterior se vea dificultado por la percepción del niño o niña que hacerlo conllevaría una desilusión para sus padres, que han trabajado activamente por promoverla, sea ello real o no.

91. Finalmente, también se ha de hacer notar que el Estado no incurre por una decisión como aquella en una injerencia arbitraria en la vida privada de las personas, o en una restricción de su libre desarrollo personal. Tales afirmaciones surgen de un error conceptual. **Como es el caso de las libertades personales, el deber fundamental del Estado consiste en no interferir con su ejercicio de manera de coartarlas injustificadamente.** Para determinar si ello ocurre es necesario definir a su vez en qué consiste el ejercicio de la libertad y su alcance. En el caso de las personas que se identifican y presentan como transgénero, el despliegue de su libertad personal comienza por apropiarse de ciertos elementos distintivos del sexo opuesto en su conducta personal (v.gr. vestir y actuar como un miembro del sexo opuesto de acuerdo con los patrones de género imperantes) y de comunicar a terceros —mediante lenguaje verbal y no verbal— la pertenencia al sexo opuesto.

⁴⁸ Levine, S. (2018), “*Informed Consent*”, p. 9.

⁴⁹ “*Si la disforia empieza a desaparecer, el niño se encuentra con un dilema: ‘o persevera con la identidad de género que ya no se siente particularmente cómoda o grata o decirle a sus padres que, como lo relata el médico, ‘que toda esta vida que han creado para ustedes como promotores, ya no es una de la cual yo quiera ser parte’... Iniciar la transición demasiado temprano puede por tanto ‘limitar las opciones futuras de un niño debido al costo social y familiar de tener que realizar una transición inversa’.* Y el problema se ve magnificado cuando los procedimientos médicos de mayor magnitud interfieren con el proceso de desarrollo del niño”. Anderson, Ryan T., When Harry Became Sally. Responding to the Transgender Moment. Encounter Books (2018), p. 124, citando a Singal, J., How the Fight Over Transgender Kids Got a Leading Sex Researcher Fired, The Cut, New York Magazine, febrero 7, 2016.

En muchos casos (pero no necesariamente en todos) ello será acompañado de intervenciones en el propio cuerpo mediante cirugía o tratamiento hormonal. **El Estado no impide o interfiere en nada de lo anterior si no existe prohibición al despliegue de cualquiera de esas conductas.**

92. La cuestión específica sobre si el Estado acepta modificar sus sistemas registrales y ceder control sobre la fidelidad de sus registros a las personas, como para que modifiquen a su arbitrio su nombre⁵⁰ o el sexo (que es una característica inmutable), no es una de libertad individual. Se trata en realidad de una prestación que el Estado ha decidido otorgar (y así lo estableció en la más reciente Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles). **En cuanto prestación, ella debe otorgarse sin discriminación arbitraria entre personas, lo que es efectivo para los mayores de edad. Pero no es arbitrario, en línea con lo que venimos argumentando, el no otorgar dicha prestación a los menores de edad considerados como categoría de individuos, en el entendido de que ello puede ser perjudicial para su desarrollo personal.** Las formas de despliegue de la libertad personal mencionadas siguen siendo lícitas y están disponibles para los niños y adolescentes. La prestación consistente en el cambio de nombre y sexo registrales se encuentran a su disposición al tiempo de alcanzar la mayoría de edad. Y nada de lo anterior coarta ilícitamente, por lo mismo, su libre desarrollo personal o vida privada hasta que esa edad se haya alcanzado.

CONCLUSION.

Mediante todas las consideraciones precedentes, hemos demostrado a la Honorable Corte que:

1. Las opiniones consultivas de los tribunales internacionales no son fuentes de obligaciones en el derecho internacional público general.
2. Nada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos conlleva un efecto distinto al general para las opiniones consultivas.
3. La Constitución de Ecuador no reconoce a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos un efecto vinculante que las haga directa e inmediatamente aplicables como fuente formal de derecho. En este sentido, lo razonado por la mayoría de la Honorable Corte en la decisión No. 11-

⁵⁰ Recordemos que el derecho al nombre ha sido reconocido con un contenido específico, consistente en el gozar de un nombre propio y apellidos de sus padres, o al menos uno de ellos (artículo 18, Convención Americana sobre Derechos Humanos), y no en disponer libremente de él en términos absolutos.

28-CN/19 incurre en un error interpretativo, siendo esta una oportunidad propicia para revisar dicha conclusión.

4. Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, y en particular la Convención de los Derechos del Niño, no existe un derecho autónomo al reconocimiento de la identidad de género. El derecho a la identidad posee deslindes claros, y no se extienden a ello.
5. El Estado tiene un deber especial de protección de niños y niñas, lo que incluye otorgar protección a su verdadera identidad e integridad personal, inclusive respecto de sí. En concreto, dicha protección se traduce en la adopción de un régimen de capacidad de ejercicio de derechos diferenciado del de adultos, y del impedimento para obtener un cambio de nombre y sexo por género antes de alcanzar la mayoría de edad.
6. La protección otorgada por el Estado es razonable y razonada, y se basa en la evidencia existente sobre la identificación de género cruzada en los niños y niñas, la que da cuenta que, en su abrumadora mayoría, aquellos que experimentan estos sentimientos no persisten en ellos una vez alcanzada la pubertad. Lo anterior justifica el impedir que se adopten decisiones de carácter permanente respecto de situaciones eminentemente transitorias, en atención al riesgo que ello conlleva para sus derechos e integridad.

IV. PETICIÓN

En atención a lo anterior, solicitamos que se acoja el razonamiento jurídico expuesto en este amicus curiae y se confirme la sentencia judicial adoptada por la Corte Provincial de Pichincha dentro de la Acción de Protección No. XXXXXXXX , seguida por XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX , en contra del Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación.

V. NOTIFICACIONES

Me reservo el derecho de ser escuchado y exponer mis argumentos oralmente en caso de su Autoridad decida convocar a una audiencia dentro del presente caso.

Notificaciones las recibiré en el correo electrónico mlmaldonadoj@gmail.com y en el casillero judicial número 4312.

María de Lourdes Maldonado
**Alliance Defending
Freedom International**
Abogada Mat 17-2001-381 CNJ