



Quito 15 de agosto de 2021

**Señoras Juezas y Señores Jueces
Corte Constitucional del Ecuador**

Proceso No. 8-09-IC

Asunto: Amicus Curiae

Nosotros, Christian Paula Aguirre portador de la cédula de ciudadanía no.1711801454, domiciliado en la ciudad de Quito, mayor de edad, abogado de profesión, docente universitario; y, Mateo Ruales Espinosa, portador de la cédula de ciudadanía no.1714386016, domiciliado en la ciudad de Quito, mayor de edad y abogado de profesión. Los dos como socios de la Fundación Pakta, a través del presente Amicus Curie nos permitimos presentar argumentos jurídicos que permitan guiar la adecuada interpretación del segundo párrafo del art.68 de la Constitución del Ecuador.

I ANTECEDENTES

La Fundación Pakta al enterarse de la existencia del proceso No. 8-09-IC, el cual su objeto de análisis es la interpretación constitucional del artículo 68 de la Constitución del Ecuador (en adelante CRE), procedimos a remitir un oficio a la Dra. Teresa Nuques el 16 de junio del presente año solicitando lo siguiente:

1. Certificación del puesto del orden cronológico del Caso No. 0008-09-IC, en cuanto a su lugar en el listado de sustanciación de su despacho como el lugar de este mismo caso dentro de todas las Interpretaciones de Norma Constitucional a su cargo.
2. Certificado del Estado del proceso del Caso No. 0008-09-IC.
3. Informe de las actuaciones y diligencias realizadas en el Caso No. 0008-09-IC, desde el 13 de febrero de 2019 hasta la presente fecha (16 de junio de 2021).

La información solicitada no ha sido entregada hasta la presente fecha, por lo que nos sorprendió que el día viernes 13 de agosto de 2021 a las 16h27 llegue al correo del Ab. Christian Paula, la providencia donde se notifica del comunicado signado con fecha 04 de agosto del presente año, en donde se hace conocer al Pleno de la Corte el conocimiento del proceso para proceder a su resolución.

II BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, como parte vinculante dentro del sistema jurídico interno, se sustenta en los siguientes artículos de la Constitución de la República del Ecuador:

Tipo de norma	Número de artículo en la CRE	Descripción
----------------------	-------------------------------------	--------------------



Principios de aplicación de los derechos	Art.11 num.3	“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (...)”.
Supremacía constitucional	Art.417	“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.
	Art.424	“(...)La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”
	Art.426	“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

Fuente: Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Elaborado por: Christian Paula A.

A partir de esta construcción jurídica, los instrumentos internacionales de derechos humanos son vinculantes para el Ecuador, tanto los de *soft law*, “son principios generales del derecho Internacional, o son el fruto derivado de las organizaciones internacionales, serán también jurídicas que se presumen obligatorias para los Estados (...)”,¹ como los *hard law*, son aquellos que crean “(...)obligaciones jurídicas concretas para los Estados Partes en los mismos. Además, ponen en funcionamiento un entramado institucional que se encarga de supervisar, controlar y garantizar el buen cumplimiento de esas obligaciones por parte de los Estados”.² Este conjunto de normas internacionales es lo que la doctrina llama *Bloque de Constitucionalidad*.

Es así, que los informes y recomendaciones que generan los órganos de tratado son instrumentos internacionales de derechos humanos que resultan vinculantes para el Ecuador, en el marco de

¹ Carlos Villa Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (Madrid: Trotta, 2006), 210

² *Ibidem.*, 209



los principios del Derecho Internacional Público que se consagran en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados³ (1969), que en sus artículos 26 y 27, rezan lo siguiente:

26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.
27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.

Esto implica que la normativa nacional no puede ser excusa para el incumplimiento de la normativa internacional. En complemento de lo dicho, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 11-18-CN/19 describe que el que el bloque de constitucionalidad representa los derechos que no se encuentran de manera taxativa en el texto de la Constitución, pero que adquieren su protección por la remisión que la Carta Magna realiza a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la dignidad humana⁴. Ahora bien, si algún derecho no se encuentra reconocido de manera textual en la normativa jurídica nacional o internacional, la cláusula abierta determina que la interpretación constitucional con base a la dignidad humana relacionada con la actualidad social⁵.

En el caso sobre los derechos de la población LGBTIQ+, el *corpus iuris* internacional aparece con fuerza desde el año 2008 cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas realiza la primera resolución en contra de la discriminación hacia la población LGBTIQ+,⁶ desde entonces hasta la fecha el desarrollo normativo se ha incrementado de manera progresiva. En el marco de esta organización internacional, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales a través de la *Observación General No.20* determinó que la no discriminación por orientación sexual es parte de la protección del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales,⁷ así mismo dentro del Consejo de Derechos Humanos en 2016 se creó el mandato para el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación de las personas debido a su orientación sexual y su identidad de género.⁸

Además de este marco normativo, la vinculación nacional de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en particular en las decisiones judiciales, son otra obligación del Estado ecuatoriano a través de lo dicho por mencionada Corte en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* donde tituló a este estándar como *Control de Convencionalidad*.⁹ En aplicación de este criterio jurisprudencial todas las cortes ecuatorianas deben aplicar en los casos sobre derechos de la población LGBTIQ+, criterios desarrollados por

³ https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

⁴ Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)*, 12 de junio de 2019, párrs. 140 y 142.

⁵ *Ibid.*, 144.

⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género [2008], Resolución A/63/635.

⁷ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General 20 "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)". [2000], E/C.12/GC/20.

⁸ Noticias ONU, "Consejo de Derechos Humanos establece experto sobre la protección del colectivo LGBTIQ+?". Consulta: 18 de agosto. <<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=35371#.WiSDL5P1U8Y>>

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124



la Corte IDH contenidos en las siguientes sentencias: *Atala Riffo y niñas Vs. Chile* (2012),¹⁰ *Flor Freire Vs. Ecuador* (2016)¹¹, *Duque Vs. Colombia* (2016)¹², *Ramírez Escobar Vs. Guatemala* (2018), *Azul Rojas Marín Vs. Perú* (2020) y *Vicky Hernández Vs. Honduras* (2021). La Corte IDH en estos casos recalca que la discriminación a la población LGBTIQ+ en las Américas es histórica y estructural, además de señalar que para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no cabe la discriminación por orientación sexual o identidad de género. Además de la jurisprudencia producida, la Corte IDH en noviembre de 2017 emitió la *Opinión Consultiva No.24* en donde se clarifica la interpretación a favor de la población LGBTIQ+ sobre el goce de derechos dentro del Continente Americano.¹³

Respecto de la obligación del Ecuador de acatar la Opinión Consultiva antes citada, la Corte Constitucional ha explicado en sentencia 11-18-CN/19, lo siguiente:

“De todo lo dicho, se desprende que las opiniones consultivas son una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional: la Corte IDH, cuya competencia nace de un tratado internacional del que el Ecuador es parte, y que Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe, sin que se pueda *“invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”* Los derechos y las garantías que se derivan de la interpretación auténtica de la Corte IDH a la CADH, que constan en las opiniones consultivas, son parte del sistema jurídico ecuatoriano, y tienen que ser observados en Ecuador por toda autoridad pública en el ámbito de su competencia. **En consecuencia, los derechos y las garantías reconocidos en la Opinión Consultiva OC24/17, que interpreta con autoridad la CADH, forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad**, o, como lo denomina la Corte IDH, son parte del corpus iuris, y esto quiere decir que **tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano**”. (énfasis añadido)

En la misma línea, la Corte Constitucional, en la sentencia 11-18-CN/19 indicó que:

77. Uno de esos tratados -primordial para el razonamiento que viene desplegando la Corte es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención”). Con lo cual, lo convencional se vuelve constitucional debido a la dimensión sustantiva de la Constitución. En virtud de esto, si se aceptase que el texto de la Constitución ecuatoriana no reconoce a las parejas del mismo sexo el derecho a que el legislador instituya a su favor el matrimonio, habría que preguntarse si la Convención reconoce o no aquel derecho.

78. Para ello, obviamente, es preciso interpretar el texto convencional. Lo que, por cierto, es algo que corresponde hacer a esta Corte en los casos sometidos a su conocimiento. Sin embargo, ese ejercicio debe allanarse a la interpretación que de la misma haya hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), no solo porque esta misma ha establecido la obligación de tener en cuenta, como parte del control de convencionalidad,

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, 24 de febrero de 2012.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, 31 de agosto de 2016.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Duque Vs. Colombia*, 26 de febrero de 2016.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. *Opinión Consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017.



su propia “jurisprudencia”, y sus propios “precedentes o lineamientos”, sino también por estas tres razones que actúan de manera conjunta: (i) porque la Corte IDH es la interprete última de la CADH, de acuerdo con el artículo 62.2 de esta; (ii) porque dicha Corte tiene la exigencia racional de universalizar hacia el futuro sus *ratios decidendi*, es decir, las consideraciones en que fundamenta sus actos jurisdiccionales, de manera que solo podría apartarse de ellas si consigue dar razones suficientes para ello; y (iii) porque la Corte IDH es el órgano jurisdiccional competente para establecer la responsabilidad de un Estado Parte por la violación de la Convención, de acuerdo con el artículo 63.1 de esta. (...)

81. Esta norma ha sido interpretada por la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, sobre *Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación* a parejas del mismo sexo (en adelante, OC-24/17), **cuya fuerza vinculante como fuente jurisprudencial ha sido establecida por esta Corte Constitucional en la Sentencia No. 184-18-SEP-CC de 29 de mayo de 2018 (Caso Satya)**. (énfasis añadido)

Bajo el precedente arriba expuesto, la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No.002-16-SEP-CC dentro del caso No.1334-15-EP y la sentencia No.025-16-SEP en el caso No.1816-11-EP, ha establecido que las autoridades jurisdiccionales se encuentran obligadas de manera constitucional de estar a lo dispuesto tanto en la resolución como en los argumentos centrales de esta que constituye el ratio, a fin de garantizar el cumplimiento integral de las decisiones y como consecuencia de aquello, la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, aspectos que también corresponde considerar a la ciudadanía en general. Con base a este precedente jurisprudencial, las y los jueces constitucionales deben sustanciar sus razonamientos jurídicos con base a las sentencias dictadas por la Corte Constitucional, es por ello que para el presente caso se solicita que se apliquen las siguientes sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador: No.184-18-SEP-CC, No.10-18-CN/19 y No.11-18-CN/19; en particular sobre lo que refieren a la vinculación de la OC-24/17 de la Corte IDH.

En lo que respecta a la equiparación de las instituciones del derecho de familia, como la adopción, la Corte IDH en la OC24/17, manifestó que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, **judiciales** o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.¹⁴ (énfasis y subrayado nos pertenece)

Es así que la equiparación bajo el principio de igualdad y no discriminación de las instituciones de familia, la Corte IDH en el caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala (2018), ha sido

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, párr.228.



enfática que no existe argumento válido en el cual se asuma que la orientación sexual de una persona pueda ser mecanismo de impedimento para fungir como tutor, guarda o ser adoptante, es por ello que esta jurisprudencia es vital a ser considerada para la presente interpretación. En la sentencia expuesta, la Corte IDH señaló lo siguiente:

301. La Corte constata que, en el presente caso, se descartó la posibilidad de que el cuidado de los hermanos Ramírez se transfiriera a la abuela materna, porque tenía “preferencias homosexuales [y podría] transmitir esta serie de valores a los niños que tenga a cargo” (supra párr. 98). A pesar de que la resolución judicial que declaró a los niños en estado de abandono no contiene una motivación explícita, queda establecido que dicha autoridad judicial consideró que ninguno de los familiares de los hermanos Ramírez constituía un recurso adecuado para su protección y que uno de los argumentos para fundamentar esta consideración fue la orientación sexual de la abuela materna. **La Corte reitera que la orientación sexual no puede ser utilizada como un elemento decisorio en asuntos de custodia o guarda de niñas y niños. Las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, como las utilizadas en este caso, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños no son idóneas para garantizar el interés superior del niño, por lo que no son admisibles. Tomando en cuenta que la orientación sexual de la abuela materna se tuvo en cuenta, de manera explícita, para adoptar la decisión de declarar a los niños Ramírez en estado de abandono y separarlos de su familia biológica, este Tribunal considera que ello constituyó un elemento adicional de discriminación en el presente caso.** (énfasis y subrayado nos pertenece)

302. La Corte nota que la abuela materna de los hermanos Ramírez no es presunta víctima en este caso. **No obstante, recuerda que la prohibición de discriminación en perjuicio de los niños se extiende a las condiciones de sus padres y representantes legales y, en este caso, de otras personas que hubieran podido ejercer su cuidado como su abuela, en tanto la discriminación en perjuicio de la señora Escobar Carrera privó a Osmín Tobar Ramírez de la posibilidad de crecer y desarrollarse en su medio familiar y dentro de su cultura (supra párr. 274). En consecuencia, la discriminación basada en la orientación sexual de la abuela materna también constituyó una forma de discriminación en perjuicio de Osmín Tobar Ramírez.**¹⁵ (énfasis y subrayado nos pertenece)

La Corte IDH tanto en la OC24/17 como en el caso Ramírez Escobar y otros determina una línea clara de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto al derecho de familia aplicado a las parejas del mismo sexo, pero sobre todo a la institución de la adopción. La Corte es enfática que no se puede utilizar estereotipos de género ni mucho menos aplicar argumentos discriminatorios basados por la orientación sexual para decidir la prohibición de la adopción de niños y niñas. Al contrario, la Corte determina que el escuchar a niños y niñas, el llevar un proceso claro de aparentamiento y un seguimiento psico-social sensible es el mecanismo adecuado. En este sentido, toda prohibición a la adopción con base a la orientación sexual, es claramente contraria a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Frente a esto, el bloque de constitucionalidad, el control de convencionalidad y la aplicación de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional son principios que deben ser

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ramírez Escobar o otros Vs. Guatemala*, 08 de marzo de 2018, párr.301-302.



aplicados como herramientas vinculantes y adecuadas, para derribar las reglas que expresamente son discriminatorias y limitan a las parejas del mismo sexo al acceso a las instituciones jurídicas del derecho de familia.

III LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL A PARTIR DE VALORES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La CRE en el art.427 sobre la interpretación constitucional determina que “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda se interpretarán en el sentido que mas favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”. En complemento de lo señalado, en el art.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales (en adelante LOGJCC) desarrolla los principales métodos y regla de interpretación constitucional. Tanto la CRE como la LOGJCC especifican que la interpretación adecuada es la que más garantice derechos a los sujetos de protección (principio pro persona) y que tenga mayor armonía y sentido en su integralidad (interpretación sistemática). Es por ello, que la CRE no puede interpretarse de manera fragmentada y de manera aislada de los valores y principios que se encuentran en ella. Es por eso, que el artículo 68 de la Constitución no puede analizarse de manera desarticulada del resto de valores, principios y derechos que en ella se encuentran; y de manera especial, este artículo no puede interpretarse fuera del valor-principio-derecho-responsabilidad denominada como igualdad y no discriminación.

Risieri Frondizi describe a los valores como sistemas de analizar la realidad a través de percepciones que no existen por sí mismas, sino que descansan en un depositario o sostén de orden corporal, esta condición le otorga al valor un carácter particular. Los valores no pueden vivir sin apoyarse de objetos reales, debido a que esta situación es la que permite crearlos y ordenarlos de manera jerárquica, donde existen valores inferiores y superiores.¹⁶ “El valor es objetivo si existe independientemente de un sujeto o de una conciencia valorativa; a su vez será subjetivo si debe su existencia, su sentido de validez a reacciones, ya sean fisiológicas o psicológicas, del sujeto que valora”.¹⁷

La conformación de los valores aplicada al derecho constitucional se materializa en lo que Otto Bachof conceptualiza como *Derecho Metapositivo*, siendo este la instauración de un sistema de valores por parte del constituyente soberano en la Constitución.¹⁸ En el marco de esta lógica, los derechos fundamentales y el principio de igualdad son formas de evidenciar la inclusión material de valores supremos, lo que obliga al sistema judicial el control de la aplicación de estos por encima de las reglas contenidas incluso en la misma Constitución.¹⁹

Esta plataforma doctrinaria arriba descritas se convierten en valores objetivos, que a su vez tienen que anclarse a la Constitución material, es decir, en el sistema integrado de normas que forman parte de la Carta Magna, pero también el derecho constitucional material puede existir al margen del texto constitucional.²⁰ Es por ello que “no cualquier norma formalmente constitucional tiene

¹⁶ Risieri Frondizi, *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología* (México:Fondo de Cultura Económica, 1972), 11-21.

¹⁷ *Ibid.*,27.

¹⁸ Otto Bachof, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* (Lima: Palestra, 2010), 45.

¹⁹ *Ibid.*,48.

²⁰ Bachof, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*,59



la consideración de derecho constitucional material con función integradora”.²¹ Con base a lo señalado, la CRE traduce materialmente el *Derecho Metapositivo* a través de principios, siendo estos normas ambiguas generales y abstractas que requieren ser interpretadas y recreadas, debido a que no tienen hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones.²² Los principios dentro del derecho constitucional sirven como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica; es por ello que se los identifica como criterios de optimización de las reglas.²³

Es así, que para la Corte Constitucional del Ecuador “los valores y los principios desempeñan un rol trascendental, y se imponen a las reglas, en la consolidación de la administración de justicia constitucional. La aplicación de los principios es esencial cuando la realidad exige una reacción y que se asuma posición ante esta de conformidad con ellos”.²⁴ Así, el analizar los valores y principios desde la doctrina del *Derecho Metapositivo* permite tener una lectura de la CRE respecto a la protección jurídica de los derechos humanos y de la garantía de la igualdad y no discriminación a partir de una postura alejada de la literalidad normativa de las reglas. Este concepto no ha sido ajeno a la jurisprudencia constitucional nacional²⁵ e internacional²⁶. Al

²¹ *Ibidem.*, 59.

²² Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, (Barcelona: Ariel, 1989),13

²³ Ramiro Ávila Santamaría, “Los principios de aplicación de los derechos”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, ed. Ramiro Ávila Santamaría, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 40.

²⁴ Ecuador. Corte Constitucional, [Sentencia N° 004-12-SEP-CC], 5 de enero de 2012.

²⁵ Véase también la sentencia del caso 1567-13-EP: [P]ara efectivizar el cometido de la supremacía constitucional se requiere del compromiso de todos los actores sociales, en particular, de la Corte Constitucional en tanto se instituye como el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. La supremacía constitucional encuentra sentido y debe transmitirse a través de la adecuada y eficaz protección de los derechos constitucional, en cuya misión los jueces, mediante su actividad, desempeña un rol trascendental, en aras de materializar el Estado constitucional de derechos y justicia e imprimiendo una democracia formalista o procedimental. (Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, caso N° 1567-13-EP, 25 de marzo de 2015.)

²⁶ Véase el voto salvado del caso 0020-2018-PI/TC el magistrado Eloy Espinosa Saldaña expresó que: “El principio democrático, por cierto, se encuentra expresamente reconocido en los artículos 3 y 43 de la Constitución. Entre sus contenidos o subprincipios se encuentran, entre otros, el principio mayoritario (o de respeto a la decisión o al gobierno de las mayorías); el principio pluralista (que se alude, entre otras posibilidades, a la representación proporcional, a la desconcentración del poder o a la prohibición de regímenes de partido único, etc.); el principio de respeto a las minorías (o de “respeto a los derechos de las minorías”, el cual representa un límite de innegable relevancia para el principio mayoritario y es lo que suele llamarse como “democracia sustantiva”); (...)” (Perú, Tribunal Constitucional de Perú, “Voto salvado Eloy Espinosa-Saldaña”, en caso N° 00020-2018-AI, 10 de septiembre de 2019.) Así también, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-105/13 alude que frente a las democracias procedimentales: “se habla hoy en día de “democracias sustanciales”, para las que los “contenidos mínimos”, relacionados con el reconocimiento de un catálogo relativamente amplio de derechos fundamentales, normalmente positivizados en los textos constitucionales, constituye el eje vertebral de la organización política y social. Como consecuencia de ello, mientras el modelo estándar proyecta su atención en los procedimientos mediante los cuales se identifica la voluntad popular, en éste se destaca la importancia de estos contenidos, a los cuales se debe sujetar cualquier sistema político, e incluso la voluntad popular. Además, el concurso es coherente con los postulados de la democracia sustantiva, pues las determinaciones en torno a la integración de las entidades estatales se estructuran alrededor de los derechos fundamentales a la igualdad, a la participación en la función pública y al debido proceso. La garantía de estos derechos no se deja librada al juego de las mayorías, sino que constituye el presupuesto fundamental, el referente y la finalidad de la actividad estatal. (Colombia, Corte Constitucional, “Sentencia C-105/13”, en expedientes D-9237 y D-9238, 6 de marzo de 2013.)



respecto la Corte Constitucional del Ecuador en el *obiter dictum* de la sentencia No.10-18-CN/19, del Matrimonio Civil Igualitario, manifestó:

La Constitución ecuatoriana, entonces, entraña dos dimensiones, una formal y otra sustantiva: además de ser un documento autoritativo con mayor rigidez que el de la ley (dimensión formal), **ella constituye también un tejido de principios, fines y valores de justicia, que goza de prioridad axiológica respecto de la ley, y que subyace al documento promulgado por la autoridad constituyente**, aunque, al mismo tiempo, lo trasciende (dimensión sustantiva).

Esta doble dimensión determina la naturaleza de la interpretación constitucional: **esta consiste en una argumentación sobre el significado de la Constitución tomada en su integralidad; lo que incluye, tanto al documento en que ella está escrita, cuanto al tejido axiológico que vertebra su contenido**. A la luz de esta idea rectora, la Corte abordará los problemas jurídicos planteados en este caso.²⁷ (énfasis y subrayado nos pertenece)

La Corte Constitucional del Ecuador manifestó que en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia el lugar del Estado es garantizar las situaciones diversas que viven las personas y protegerlas desde esta especificidad.²⁸ Esta afirmación se traduce en el *Derecho Metapositivo* desarrollado en el presente Amicus; es por ello que la Corte Constitucional no puede omitir la interpretación del artículo 68 de la CRE a partir de los valores y principios constitucionales.

IV LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN COMO DERECHO METAPOSITIVO

Luigi Ferrajoli cuando reflexiona respecto a la igualdad y la diferencia determina cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia: indiferencia jurídica de las diferencias, diferenciación jurídica de las diferencias, homologación jurídica de las diferencias y la valoración jurídica de las diferencias.²⁹ Este último modelo es que el autor lo conceptualiza como la “(...) Afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás”³⁰.

La valoración jurídica de la diferencia es lo que varios estándares de derechos humanos determina como *Igualdad Material*, misma que significa la equiparación y equilibrio de situaciones económicas y sociales, se desprende como una suerte de compensación a las desigualdades, por lo que el reconocimiento de esas diferencias logra que todas las personas puedan llegar a ser iguales en las condiciones mínimas de vida y supervivencia.³¹ En función de lo señalado, el Comité de Derechos Humanos de la ONU destacó que no todo trato diferenciado constituye

²⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, Caso n°: 010-18-CN/19, 12 de junio de 2019, 6.

²⁸ Ecuador. Corte Constitucional, [Sentencia: N° 309-16-SEP-CC], 21 de Septiembre de 2016

²⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías la Ley del más Débil* (Madrid: Trota, 1999), 73-76

³⁰ *Ibidem.*, 76

³¹ José García Añón, “Derechos Sociales e Igualdad” en *Derechos Sociales* (México: Fontamara, 2003), 85.



discriminación,³² por lo que la Corte IDH ha establecido que “el término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo”³³ lo que significa que “pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”.³⁴

La valoración jurídica de la diferencia se consolida en la CRE a través de la transversalidad del principio de igualdad y no discriminación, que en el caso de la comunidad LGBTIQ+ se ha traducido en cinco diferentes formas: elemento constitutivo del Estado, principio, derecho, obligación, responsabilidad y Consejos Nacionales para la Igualdad. A continuación una tabla que ejemplifica lo dicho:

Elemento Constitutivo del Estado Principio fundamental Deber del Estado	Art. 3.1.	Son deberes primordiales del Estado. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
Principio de aplicación de los derechos	Art.11.2	Nadie podrá ser discriminado por razones de (...) orientación sexual e identidad de género (...). El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.
Derecho de libertad	Art.66.4	Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación
Deberes de las y los ecuatorianos	Art.83.14	Respetar y reconocer las diferencias de género, la orientación sexual e identidad de género.
Consejos nacionales de igualdad	Art.156	(...)Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género (...) de acuerdo con la ley(...)

Fuente: CRE.

Elaborado por: Christian Paula.

La CRE reconoce a la igualdad y no discriminación de diversas formas como arriba se lo señaló, pero esto se complementa con la protección de derechos específicos sobre la diversidad sexual. Así, la categoría orientación sexual está reconocida como derecho en el artículo 66 numeral nueve y en el numeral 28 como derecho a la identidad. Adicionalmente, el mismo artículo en su numeral tres literal b garantiza el derecho a una vida libre de violencia dentro de los espacios públicos y privados brindando atención especializada a las personas en situación de vulnerabilidad o desventaja. Es por ello, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de promover medios para que esas decisiones sobre orientación sexual e identidad de género se ejerzan de manera segura y sin violencia.

³² Comité de Derechos Humanos, *Comentario general 18: no discriminación (37º periodo de sesiones)*, [1989], 0/11/89, párr.13.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, 17 de Septiembre de 2003, párr.84.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84*, 19 de enero de 1984, párr.89.



La garantía de derechos de manera específica a la población LGBTIQ+ en la CRE se fusiona con el derecho reconocido en artículo 66 numeral 4 de la misma norma, la cual garantiza el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” lo que implica la protección jurídica de las diferencias en orden de alcanzar la igualdad en consideración de todas las diversidades existentes en la condición humana. Esta percepción es tomada por la CRE ya que se complementa con otras normas y disposiciones que la misma Constitución al otorgar a la diversidad rango constitucional de la siguiente manera:

Referencia a la Diversidad	Preámbulo	Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el <i>sumak kawsay</i> ;
	Elementos Constitutivos del Estado	Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 3.Fortalecer la unidad nacional en la diversidad .
	Derechos del Buen Vivir: Cultura y ciencia	Art. 23.- Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad . El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales.
	Responsabilidades	Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 10.Promover la unidad y la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales.
	Régimen de Desarrollo	Art. 275.- (...)El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades , y de la convivencia armónica con la naturaleza.

Fuente: Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Elaborado por: Christian Paula A.

En este orden de ideas la valoración jurídica de la diferencia se evidencia en la claridad de la CRE al enfatizar que no existe ser humano único y que la perspectiva de la norma es garantizar los derechos de las personas en función de sus diversidades. Esta reflexión sobre la forma en la cual el principio de igualdad y no discriminación se materializó en la CRE cuando resalta el hecho que este principio representa un valor supremo por sobre todas las normas jurídicas existentes dentro del orden normativo ecuatoriano. La superioridad jerárquica del principio de igualdad y no discriminación se debe a que el mismo al pertenecer al *jus cogens*, sobre este se sustenta “todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”,³⁵ lo que significa que es de cumplimiento imperativo, porque debe ser aplicado en todo Estado, sin importar que sea parte o

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, Párr.101.



no a determinado tratado internacional, por lo que genera efectos con respecto a terceros, inclusive frente a particulares³⁶.

Por lo tanto, el principio de igualdad y no discriminación a través de la lógica de la valoración jurídica de la diferencia se configura en *Derecho Metapositivo* al transversalizarse en la CRE mediante la garantía de los derechos de las personas en función de sus diversidades, siendo una de estas la diversidad sexual y de género.

V LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL EN CONTRA DE LA POBLACIÓN LGBTIQ+

La LOGJCC en su artículo 3 describe al método de interpretación constitucional evolutiva o dinámica como: “Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales”. Este método de interpretación implica realizar una mirada al pasado, las estructuras jurídicas y sociales que han facilitado la limitación al acceso a derechos y la segregación a la protección jurídica a determinado sector de la sociedad. En función de lo dicho, este método de interpretación requiere siempre conjugarlo mediante el análisis de la discriminación estructural, cuando se trata de grupos de seres humanos que han vivido una forma de discriminación naturalizada por el orden social y justificada por el jurídico. Una de estas población que han vivido siglos de exclusión, violencia y discriminación social y jurídica en Ecuador, es la población LGBTIQ+, quienes recién son ciudadanxs y sujetos de derechos en nuestro país a partir del 27 de noviembre de 1997. Sin embargo, las estructuras sociales y normativas de segregación, todavía persisten.

La Corte IDH en el Caso Velásquez Pais y Otros Vs. Guatemala ha señalado que la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en el tratado, el artículo 24 protege el derecho a la “igualdad ante la ley”³⁷, como a lo largo de la CRE que se incorpora como valor, derecho, principio y responsabilidad. Es por ello que el presente caso no solo se hace presente la desigualdad ante la ley, sino que demuestra como el Ecuador no ha cumplido su obligación general de no discriminación respecto del ejercicio de derechos de la población LGBTIQ+. Esta afirmación se comprueba en la omisión de adecuación normativa por todos los poderes del Estado, que a pesar que en el año 2018 y 2019 se constitucionalizó la OC24/17 a través de varias sentencias de la Corte Constitucional, la Asamblea Nacional no ha realizado los cambios normativos ni constitucionales, para que el Estado cumpla su obligación de adecuación normativa, como lo determina el art.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la misma Opinión Consultiva.

Bajo estas consideraciones, el Ecuador como parte del contexto latinoamericano presenta condiciones bastante preocupantes en lo relacionado con la discriminación y desigualdad en contra de la población LGBTIQ+. En ese sentido, atendiendo a la realidad de nuestro país, Ecuador, la principal causal para que el Estado siga discriminando a la población LGBTIQ+ es

³⁶ *Ibidem.*, Párr.100.

³⁷ Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307. párr.174



precisamente la discriminación estructural, misma que hace referencia a la “magnitud del fenómeno de la discriminación tanto *de jure* como *de facto* contra grupos en particular”³⁸. Además esta discriminación se refiere a la situación que enfrentan determinados sectores de la población (como lxs LGBTIQ+) que, por complejas prácticas sociales, culturales, entre otras, no pueden gozar y ejercer sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad, en específico: las mayorías. Se trata de los grupos que han sido históricamente marginados del acceso a la justicia, a la educación, a la participación política, a la dirección de los asuntos públicos, a la libertad personal, incluso a la igualdad formal y material, entre otros contemplados dentro de diversos ámbitos de la dinámica social. Estas exclusiones no obedecen en su totalidad a una marginación normativa (que en el presente caso del art.68 de la CRE si representa una marginación normativa); dado que, es evidente que la discriminación ha sido construida a base de los prejuicios y estereotipos que impiden que las personas LGBTIQ+ no puedan gozar y ejercer derechos³⁹, pues sobre estas personas recae permanentemente la práctica de categorías sospechosas sobre las que los Estados no se han preocupado en combatir eficientemente.

Esta estructura discriminatoria en contra de la población LGBTIQ+ en el Ecuador ya la ha podido analizar la Corte Constitucional a través de la Sentencia No.10-18-CN/19 que aborda el Matrimonio Igualitario, mediante la reflexión si la prohibición del matrimonio entre parejas del mismo sexo representa valores democráticos, sin embargo, el hallazgo de la Corte es la exposición de argumentos heteronormados y homofóbicos⁴⁰ (emitidos por los algunos Amicus Curiae el día de la audiencia oral de este caso) que reflejan la discriminación estructural que vive el Ecuador desde la colonia hasta la actualidad, pero que no expresan valores protegidos por un Estado de Derechos y Justicia. Esta serie de posiciones permitió a la Corte conectarlos con el contenido del principio-derecho a la igualdad formal y material y no discriminación a través de la interpretación progresiva y el principio pro-persona con la aplicación de la OC 24/17⁴¹.

En complemento de lo señalado, otra forma de evidenciar la discriminación en contra de la población en contra de la población LGBTIQ+ es a través de los estereotipos de género en las normas jurídicas y en las representaciones sociales. Estos estereotipos tienden a afirmar la forma de una norma “social en virtud de la cual una persona que pertenece a un determinado grupo debe realizar ciertas tareas o desempeñar un rol social específico”.⁴² Ahora bien, el peligro de los prejuicios y los estereotipos son las consecuencias nocivas, siendo la principal, la discriminación, que para el autor constituye una diferenciación injusta o ilegítima, que contraviene el principio fundamental de la justicia.⁴³ La discriminación en este sentido, en opinión de Bobbio, se configura a través de tres fases. La primera que consiste en un juicio de hecho, esto es en el caso de los prejuicios de género, en la constatación de la diferencia entre hombres y mujeres, o entre hombres

³⁸ Christian Courtis, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación” en Instituto Interamericano de Derechos Humanos: http://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XXVICurso_Interdisciplinario_en_Derechos_discursos_y_ponencias/3.%20C.Courtis.pdf, p.5

³⁹ Nash, Claudio; Davis, Valeska, “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos” en Nash, Claudio, Mujica, Ignacio (ed): Derechos Humanos y Juicio Justo. Lima: Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos. pp 158 – 212. p.173.

⁴⁰La esterilidad reproductiva de las parejas homosexuales, la inadecuación de las uniones homosexuales al molde tradicional del matrimonio, la homosexualidad como desorden psiquiátrico, el derecho de los padres a educar a sus hijos en la heterosexualidad y la homosexualidad como desorden moral.

⁴¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, Caso no: No.11-18-CN/19, 12 de junio de 2019

⁴² México Corte Suprema de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, (México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019), 48.

⁴³ *Ibid.*, 187



o entre mujeres. La segunda consiste en un juicio de valor, es decir se ofrece una valoración a esas diferencias encontradas, como cualquier juicio valorativo es “relativo, histórico o incluso subjetivamente condicionado”.⁴⁴ Finalmente la tercera fase de la discriminación consiste en la exclusión, violencia e incluso en el exterminio de personas.

El discurso jurídico ha tenido un rol preponderante en la construcción y reproducción de estereotipos y la consecuente discriminación sexual, pues como afirma Rebecca Cook y Simone Cusak, el derecho realiza un proceso simbólico de nominación.⁴⁵ La reproducción de estereotipos de género a través de los enunciados discursivos del derecho, bloquean los esfuerzos logrados, por ejemplo, a favor de los derechos de las mujeres y población LGBTIQ+.⁴⁶ Los estereotipos son ideas aceptadas como racionales y “normales”, y por ese motivo son lugares problemáticos en el derecho y presentan desafíos tanto para su identificación como para su eliminación.⁴⁷

Estos estereotipos se encargan en describir los tipos de atributos y características personales deberían asumir las mujeres, los hombres y las personas de la población LGBTIQ+ “(sus rasgos físicos, las características de su personalidad, su apariencia, orientación sexual, etcétera), los cuales tienen la forma de un estereotipo descriptivo; así como qué roles y comportamientos son los que adoptan o deben adoptar dependiendo de su sexo, los cuales tienen el carácter de un estereotipo normativo”.⁴⁸

En relación con los estereotipos de género cuando afectan a la población LGBTIQ+, la Corte IDH resalta que estos son consecuencia de la discriminación histórica y estructural, ya que desarrollo y permanencia perpetúa la discriminación contra las diversidades sexuales.⁴⁹ Estos estereotipos han limitado a estas personas el goce y ejercicio de derechos como la familia, el matrimonio, la crianza de hijos e hijas, entre otros.⁵⁰ Es por ello que este tipo de estereotipos mantienen el orden social de género hegemónico, en el cual las mujeres y la población LGBTIQ+ se encuentran relegadas a un segundo plano detrás de los hombres heterosexuales-cisgénero.⁵¹

Este tipo de estereotipos y prejuicios que socialmente se han construido en perjuicio de las personas LGBTIQ+, son los sustentos para la mayor parte de la discriminación y violencia que viven. En relación con lo mencionado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha desarrollado lo siguiente:

43. La Comisión ha enfatizado el vínculo entre discriminación y violencia contra las personas LGBT, señalando que el concepto de prejuicio por orientación sexual, identidad de género o expresión de género constituye una herramienta para la comprensión de la violencia contra las personas LGBT, ya que permite identificar el contexto social en el que se manifiesta dicha violencia. Al respecto, la CIDH expresó su preocupación por el contexto social generalizado en el continente americano caracterizado por prejuicios estereotipados contra las personas

⁴⁴ *Ibíd.*, 188

⁴⁵ Rebecca Cook y Simone Cusak, *Estereotipos de Género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá: University of Pennsylvania Press, 54

⁴⁶ *Ibíd.*, 56

⁴⁷ *Ibíd.*, 57

⁴⁸ México Corte Suprema de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, 49.

⁴⁹ Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr.267.

⁵⁰ Corte IDH, “Sentencia de 09 de marzo de 2018 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*, 09 de marzo de 2018, párr.295 – 303.

⁵¹ México Corte Suprema de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, 51.



LGBT. Este contexto de prejuicio, sumado a la omisión de investigar adecuadamente dichos crímenes, conduce a una legitimación de la violencia contra las personas LGBT.

44. La violencia por prejuicio es un concepto que apunta a una comprensión de la violencia como un fenómeno social, en contraposición con la violencia entendida como un hecho aislado. Los crímenes por prejuicio constituyen racionalizaciones o justificaciones de reacciones negativas, por ejemplo, frente a expresiones de orientaciones sexuales o identidades de género no normativas. Tal violencia requiere de un contexto y una complicidad social, se dirige hacia grupos sociales específicos tales como las personas LGBT y tiene un impacto simbólico. Incluso cuando este tipo de violencia es dirigida contra una persona o grupo de personas, se envía un fuerte mensaje social contra toda la comunidad LGBT. La CIDH considera que el concepto de *violencia por prejuicio* resulta útil para comprender que la violencia contra las personas LGBT es el resultado de percepciones negativas basadas en generalizaciones falsas, así como en reacciones negativas a situaciones que son ajenas a las “nuestras”.⁵²

Debido a lo señalado, los estereotipos de género al igual que los prejuicios son muy peligrosos para la dinámica social. Estos naturalizan la discriminación y la violencia, que se sustenta en los sistemas históricos de discriminación (patriarcado hétero-cisnormado), que provocan que todo lo que se perciba como femenino será más vulnerable y sus derechos serán violentados sin repercusiones. Esa construcción social de la convivencia siempre está en constante cuestionamiento, es por ello que identificar a los estereotipos de género, especialmente en el derecho, facilita a cambiar el relato de los discursos jurídicos, para exponer los peligros de los sistemas sociales de poder.

La discriminación estructural en contra de la población LGBTIQ+ no es nueva para la Corte Constitucional del Ecuador, es así que a continuación se presentará una tabla de las sentencias en donde la constante de la discriminación en contra de la diversidad sexual y de género son una constante en el derecho ecuatoriano:

Derechos Vulnerados	Sentencias de la Corte Constitucional donde se ha evidenciado las vulneraciones de derechos por parte del Registro Civil
Identidad de Género de personas Trans e Interex	Sentencia No.133-17-SEP-CC de 10 de mayo de 2017
Identidad familiar y de hijxs de parejas del mismo sexo	Sentencia No.184-18-SEP-CC de 29 de mayo de 2018
Matrimonio Igualitario	Sentencias: No.010-18-CN/19 y 011-18-CN/19 de 12 de junio de 2019
Unión de Hecho parejas del mismo sexo	Sentencia No.603-12-JP/19 (acumulados) de 05 de noviembre de 2019
Unión de Hecho parejas del mismo sexo y residencia	Sentencia No.116-13-EP/20 de 18 de noviembre de 2020

⁵² CIDH, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, (Washington D.C, CIDH, 2015), 47 – 48.



En el presente caso, el art.68 de la CRE que en su segundo párrafo determina que “La adopción corresponderá sólo a parejas del mismo sexo”, es un reflejo de la materialización de la discriminación estructural en contra de la población LGBTIQ+ en Ecuador a través de la redacción normativa en la Constitución. Esta redacción sin dudas representa los prejuicios y estereotipos de género negativos en contra de este sector de la población, que la colocación de esta prohibición de manera expresa tenía el propósito que las parejas del mismo sexo no puedan criar niños y niñas. Sin embargo, desde la sentencia del caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (2012) de la Corte IDH y desde la sentencia No.184-18-SEP-CC (2018) de la Corte Constitucional del Ecuador; para el Ecuador ya no debería existir esta idea. Al contrario, la posibilidad de la opción de consolidar una familia con hijos e hijas se refuerza para el Ecuador cuando la Corte Constitucional en las sentencias de Matrimonio Igualitario insertan de manera vinculante a la OC24/17, equiparando todas las instituciones del derecho de familia, incluida la adopción.

Los estereotipos del art.68 reflejan todo lo que la sentencia del caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala (2018) de la Corte IDH prohíbe en el sistema de adopciones. En particular, colocar el obstáculo de la orientación sexual como condición para restringir el acceso a la adopción de niños y niñas, bajo el supuesto “interés superior de los niños”, representa la discriminación estructural, histórica y sistémica que ha vivido a lo largo de los años la población LGBTIQ+.

Por lo tanto, la Corte Constitucional del Ecuador a partir de la interpretación evolutiva debe analizar las estructuras históricas discriminatorias en contra de la población LGBTIQ+ a partir de la criminalización de la homosexualidad en nuestro país desde 1871. Siendo el art.68 de la CRE una consecuencia de la idea que pertenecer a la población LGBTIQ+ significa una forma de perversión en contra de la niñez y la adolescencia (incorporación normativa de estereotipos de género), cegándose a la realidad que las parejas del mismo sexo vienen criando y protegiendo niños, niñas y adolescentes desde siempre, en la conformación de sus familias en diversidad, como así lo representó el caso Satya (sentencia No.184-18-SEP-CC).

VI COLISIÓN ENTRE EL PRINCIPIO-DERECHO DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE ADOPCIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO

El segundo inciso del art.68 de la Constitución manifiesta que “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”, lo que implica una restricción directa basada en la orientación sexual al acceso a la institución de la adopción que la CRE la coloca como derecho de libertad.

Frente a esta norma constitucional se debe confrontar con la protección del derecho-principio de igualdad y no discriminación que la misma CRE garantiza de manera transversal en los siguientes artículos: Art.3.1 (elemento constitutivo del Estado), Art.11.2 (Principio de aplicación de los derechos), Art.66.4 (derecho de libertad), Art.83.14 (Responsabilidades ciudadanas) y Art.156 (Consejos nacionales de igualdad)

La colisión de estos principios debe analizarse a través de dos líneas, siendo estas las siguientes: la discriminación estructural de la población LGBTIQ+ y la orientación sexual como categoría sospechosa para la aplicación del examen de proporcionalidad reforzada.

El análisis de la Categoría Sospechosa desde la perspectiva de la igualdad material permite evidenciar que existen criterios de discriminación que ameritan un examen de constitucionalidad



más riguroso.⁵³ La Corte Constitucional Colombiana determinó un estándar de análisis para la configuración de las Categorías Sospechosas, siendo estas las siguientes: (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen per se, criterios que permitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.⁵⁴

(i) Sobre este elemento la OEA ha señalado que la orientación sexual está bajo el criterio de inmutabilidad que significa que es una “característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”⁵⁵. Esta condición humana representa las varias formas de existencias sexuales y de género, las diversas formas de relacionamiento amoroso y de construcción de familias;⁵⁶ mismas que superan las construcciones heteropatriarcales que la sociedad ha impuesto como mecanismo de dominación.

(ii) El análisis de la *Categoría Sospechosa* amerita que se vincule con la noción de *discriminación estructural*, entendida como las “desigualdades de derecho (de jure) o de hecho (de facto), como “resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de [grupos vulnerables] por otros, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias”.⁵⁷ Es así que este tipo de discriminación en el caso de la población LGBTIQ+ se reproduce por los patrones patriarcales que a su vez han construido la heteronormatividad. La *heteronormatividad* hace referencia a esta noción cultural sobre lo “natural” de las relaciones heterosexuales, motivo por el cual la sociedad y el derecho generan reglas que obligan a las personas a actuar conforme a los patrones heterosexuales dominantes e imperantes.⁵⁸

El reconocimiento de la situación de la violencia estructural de la población LGBTIQ+ la realiza la Corte IDH en su primera sentencia sobre el tema (año 2012) en donde se manifiesta lo siguiente:

(...)la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.⁵⁹

⁵³ José L. Caballero y Marisol Aguilar, “Nuevas tendencias del derecho a la no discriminación” en *Hacia una razón antidiscriminatoria Estudios analíticos y normativos sobre la igualdad de trato*, coord. Teresa González Luna Corvera y Jesús Rodríguez Zepeda (México D.F: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2014), 174

⁵⁴ Colombia. Corte Constitucional, [Sentencia No. C-101/05 sobre igualdad de derechos patrimoniales en parejas del mismo sexo]. 08 de febrero de 2005.

⁵⁵ Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos y Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes*, [2012] en OEA/Ser.G CP/CAJP/INF. 166/12. Párr.16.

⁵⁶ Guillermo Núñez Noriega, *¿Qué es la diversidad sexual? Reflexiones desde la academia y el movimiento ciudadano*, (Quito: CIAC y ABYA YALA, 2011), 75

⁵⁷ Paola Pelletier Quiñones, “La Discriminación Estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Revista IIDH. Vol.60 (Costa Rica: IIDH, 214),207

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, (Washington D.C: CIDH, 2015), párr.41-43

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr.92.



El criterio que la Corte IDH desarrolla en el caso *Atala Riffo Vs. Chile* para sustentar la matriz discriminatoria hacia la población LGBTIQ+ dentro del continente ha sido incorporado también en el caso *Duque Vs. Colombia*⁶⁰, *Flor Freire Vs. Ecuador*⁶¹ y en la *Opinión Consultiva 24/17*⁶²; para evidenciar la existencia de una condición estructural e histórica de segregación y violencia que vive la población LGBTIQ+, misma que afecta el ejercicio y goce de derechos dentro de las sociedades americanas, es por ello que este reconocimiento convierte a la población LGBTIQ+ en una población en situación de vulnerabilidad.

(iii) Alexy manifiesta que la ponderación de principios es aplicable en normas del mismo rango que una tendrá mayor peso que otra en el caso concreto⁶³. Para el presente caso se debe analizar si el segundo párrafo del art.68 de la CRE pasa por el test de proporcionalidad riguroso.

La Corte IDH ha determinado que discriminar es cuando no existe una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Ahora bien, en el caso de la prohibición de discriminación en función de una categoría sospechosa como la orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, esto significa que las razones utilizadas para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva, sin que dicha fundamentación recaiga en la aplicación de estereotipos⁶⁴.

Objetividad: este elemento representa si la decisión persigue la consecución de un fin legítimo, es decir, que exista una diferencia sustancial y no meramente formal⁶⁵. “Un fin será legítimo cuando no se halle constitucionalmente prohibido de manera clara, en cuyo caso sería francamente inadmisibles y no habría necesidad de examinar más”⁶⁶. En el presente caso la CRE en el art.11 num.2 expresa de manera clara la prohibición de discriminación por orientación sexual que se complementa con el art.66 num.4. Adicionalmente, se protege la orientación sexual como un derecho de libertad en el art.66 num.9 y se protege a la misma promoviendo su respeto en el art.84 num.14. Es por ello que unos de los fines legítimos claros en la CRE es la no discriminación por orientación sexual, situación que de manera expresa lo realiza el segundo párrafo del art.68, motivo por el cual esta norma carece de objetividad por contravenir un fin legítimo de la CRE.

Dentro del parámetro de objetividad se debe dimensionar la idoneidad y la necesidad de la restricción del derecho. La idoneidad refiere a la aptitud de la intervención para contribuir en la

⁶⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Duque Vs. Colombia*, 26 de febrero de 2016, párr.103

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, 31 de agosto de 2016., párr.124

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. *Opinión Consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017, párr.61-80

⁶³ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 90

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, Op.Cit., párr.125.

⁶⁵ Hernán Salgado, “*Voto Concurrente*”, en Corte IDH “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, *Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de Septiembre de 2003, Serie A No 18., párr.6.

⁶⁶Matthias Klatt y Mortz Meister, *La Proporcionalidad como Principio Constitucional Universal*, (México D.F, Universidad Autónoma de México, 2017), XXIII



realización del fin legítimo, si la medida no tiene esa capacidad carece de justificación. Por su parte, la necesidad exige la demostración de imprescindibilidad, ya sea porque es la única medida disponible para alcanzar el fin legítimo, o porque entre varias medidas resulta ser la menos lesiva al afectar en menor medida el derecho⁶⁷. En el caso concreto, la restricción de la adopción de parejas del mismo sexo no cumple el fin legítimo de no discriminación de la CRE, además, es la medida más lesiva porque genera un trato diferenciado que no responde al fin legítimo. Es por ello que la distinción del artículo 68 tampoco es idóneo ni necesario.

Razonabilidad: implica que las diferencias deben ser relevantes y poseer una importancia suficiente para justificar un que una de ellas resulta más fuerte, para justificar así un trato distinto, y ser necesarias y no únicamente conveniente o útil⁶⁸. En el caso analizado se tiene por un lado a parejas del mismo sexo frente a parejas de distinto sexo, las dos reconocidas como familia, las dos con posibilidades de casarse o unirse de hecho bajo la legislación ecuatoriana, las dos con capacidades de cuidar. Adicionalmente, la existencia de una pareja heterosexual no garantiza que puedan reproducirse (existencia de infertilidad o la decisión de no reproducirse) al igual que una pareja del mismo sexo. Entonces, no existe una diferencia relevante que justifique la prohibición de las parejas del mismo sexo a adoptar.

Proporcionalidad: este parámetro implica la ponderación en sentido estricto, lo que implica la valoración de la importancia de los principios constitucionales en el caso concreto para definir cual requiere de mayor protección. En este sentido, la teoría le otorgará mayor peso al principio que recoja de manera más eficiente el fin legítimo de la norma constitucional en su conjunto, frente al principio que se encuentra mayor limitado a dicho fin, al cual se le otorga un menor peso. En el caso particular, el principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual es un fin legítimo de la CRE, este se encuentra en colisión con la prohibición de adopción a las parejas del mismo sexo. Así, el primer principio tendrá el mayor peso, mientras que el segundo el menor, debido a que este no pasó el examen de objetividad ni razonabilidad.

Es por ello que el segundo párrafo del art.68 al no pasar por el test de proporcionalidad, donde no se justifica la distinción respecto a la prohibición de adopción a las parejas del mismo sexo, se produce una invalidez⁶⁹ de la norma bajo la lógica de la interpretación conforme. El principio de igualdad y no discriminación al ser absoluto obliga a ceder a la prohibición de adopción a parejas del mismo sexo del art.68 de la CRE, motivo por el cual Alexy determina que este tipo de principios deben quedar fuera del ordenamiento jurídico⁷⁰.

En complemento de lo argumentado, Ronald Dworkin expresa que la utilización de los principios tiene una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Es así que los principios representan el estándar que ha de ser observado debido a que es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad; es por esto que las juezas y jueces en los casos difíciles deben acudir a los principios.⁷¹ El problema de los principios es su carencia de jerarquía por lo que las y los jueces en función de sus construcciones personales deciden cuáles utilizar. Sin embargo, estos al ser dinámicos exigen que su interpretación práctica se sustente en un razonamiento teórico.⁷²

⁶⁷ *Ibidem*, XXIV - XXV

⁶⁸ Hernán Salgado, “*Voto Concurrente*”, párr.7.

⁶⁹ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 105.

⁷⁰ *Ibidem*, 106.

⁷¹ Dworkin, *Los Derechos en Serio*, 14.

⁷² *Ibidem*.



En el caso de la CRE, el *Derecho Metapositivo* (igualdad y no discriminación) basa su implementación en teorías jurídicas que privilegian la protección de los derechos por sobre las restricciones legales o de reglas, es así que la Carta Magna al desarrollar los principios de interpretación de los derechos dentro del artículo 11, condiciona que la protección, garantía y ejercicio de los derechos debe realizarse de manera amplia. Así, encontramos en esta sección al principio de igualdad y no discriminación (num.2), bloque de constitucionalidad (num.3), no restricción normativa (num.4), principio pro homine (num.5), igual jerarquía (num.6) y desarrollo progresivo (num.8). Estos principios muestran que la garantía de los derechos de las personas en su diversidad es superior cualquier tipo de limitación legal y esto sin duda refleja la materialización de valores supremos en la CRE.

Ahora bien, el *Derecho Metapositivo* resulta importante su análisis teórico para fundamentar que existe la posibilidad de examinar “la constitucionalidad de las normas constitucionales” por parte de los órganos competentes, que en el caso ecuatoriano sería la Corte Constitucional. Bachof determina que el *Derecho Metapositivo* permite que la Corte Constitucional del Ecuador asuma la “competencia de control jurisdiccional en lo que se refiere a la adecuación de una norma constitucional con otras normas constitucionales de ‘superior rango’”.⁷³ Es decir, que existe la posibilidad teórica para utilizar los principios para cargarles de valor y generar superioridad de unas normas constitucionales sobre otras, que esto se traduce en la “Inconstitucionalidad de normas constitucionales por contradicción de normas constitucionales de rango superior”.

En este orden de ideas, la construcción del *Derecho Metapositivo* (igualdad y no discriminación) representan esos valores superiores, al ser parte del *jus cogens*⁷⁴, que se han materializado en la CRE y que si imprimen esta interpretación jurídica de superioridad frente a otras normas de la misma Constitución. Bajo esta noción puede existir una norma constitucional formal, que infrinja disposiciones constitucionales materiales, positivizadas o no,⁷⁵ lo que da como resultado de estas contradicciones es establecer la existencia de la inferioridad de norma constitucional, es decir que estas puedan llegar a ser declaradas como inconstitucional e inválida.⁷⁶ Es así que Bachof manifiesta que si la norma constitucional positiva refleja el *Derecho Metapositivo* será válida, superior y material; por el contrario, si no cumple la norma constitucional esta condición esta deberá ser declarada como inválida, inferior y formal.⁷⁷

En el caso del Ecuador, el artículo 68 si bien se encuentra positivizada, sin embargo, esta no materializa el espíritu del *Derecho Metapositivo* debido a que son expresamente discriminatorias a la diversidad sexual y de género, además de no ser coherentes con la integralidad del corpus iuris sobre derechos humanos vinculante para el Ecuador. Es así, que si bien estas normas constitucionales existen formalmente, materialmente no responden a los valores de la CRE y son claramente contradictorias al *Derecho Metapositivo*, lo que se traduciría en un correcto control constitucional con la declaratoria de estas normas como inválidas, inferiores y formales.

⁷³ Bachof, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, 50

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, Párr.101.

⁷⁵ *Ibidem*, 77

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.



Por lo tanto, la importancia del análisis del *Derecho Metapositivo* permite que la interpretación constitucional sobre los derechos de la población LGBTIQ+ no se enfoque en la literalidad de la norma constitucional, sino que se puedan realizar interpretaciones integrales, sistemáticas y evolutivas que respondan a los valores materiales de la CRE, que sin duda uno de ellos es la protección de la dignidad humana a través de la valoración jurídica de la diferencia (valor, principio y derecho de la igualdad y no discriminación) en el marco del bloque de constitucionalidad.

VII Petitorio

Las medidas de reparación sugeridas son las siguientes:

- Que en el proceso No. 8-09-IC se interprete el art.68 de la CRE a partir de los métodos de interpretación constitucional sistémico y evolutivo mediante del principio de igualdad y no discriminación que se encuentra en la CRE como: derecho (art.66 num.4 CRE), como valor del estado del art.3 num.1, como principio de aplicación de derechos del art.11 num.2 y como responsabilidad ciudadana en el art.83 num.14.
- Que se interprete el art.68 de la CRE a partir de los estándares de la OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde la vinculación de la misma a nivel constitucional como lo realizó esta corte en las sentencias: No.184-18-SEP-CC, No.10-18-CN/19 y No.11-18-CN/19.
- Que el art. 68 de la CRE se interprete bajo el Control de Convencionalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aplicando las siguientes sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH:
 - (1) Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
 - (2) Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile de 24 de febrero de 2012.
 - (3) Caso Duque Vs. Colombia de 26 de febrero de 2016.
 - (4) Caso Flor Freire Vs. Ecuador de 31 de agosto de 2016.
 - (5) Caso Azul Rojas Marín o Otros Vs. Perú de 12 de marzo de 2020.
 - (6) Caso Ramírez Escobar y Otros Vs. Guatemala de 6 de marzo de 2018.
 - (7) Caso Vicky Hernández Vs. Honduras de 26 de marzo de 2021.



- Que se declare al segundo párrafo del art.68 de la CRE como inválido e inferior frente al valor, principio y derecho de igualdad y no discriminación que se encuentra transversalizado en la CRE.
- Que se ordene a la Asamblea Nacional del Ecuador cumpla con las modificaciones legislativas pertinentes que obligó la Corte Constitucional a través de las siguientes sentencias:
 - Sentencia No.133-17-SEP-CC de 10 de mayo de 2017.
 - Sentencia No.184-18-SEP-CC de 29 de mayo de 2018.
 - Sentencia No.001-17-SIO-CC de 27 de abril de 2017.
 - Sentencias No.11-18-CN/19 y No. 10-18-CN/19 de 12 de junio de 2019.

VIII NOTIFICACIONES

Las notificaciones que me correspondan las recibiré por medio de mi correo electrónico: christian.paula16ec@gmail.com y mruales@agr.com.ec

Atentamente.

Ab. Christian Paula. Msc.
MAT. 17-2011-1059

Ab. Mateo Ruales Espinosa
Mat. 17-2015-607