

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

CASO N.º 95-18-EP

***AMICUS CURIAE*: ORGANIZACIÓN DIGNIDAD Y DERECHO**

Abg. María de Lourdes Maldonado

Presidenta

DIGNIDAD Y DERECHO

Correo electrónico: mlmaldonado@dignidadyderecho.org

Índice

I. Comparecencia	3
II. Antecedentes	3
III. Incumplimiento de requisitos del art. 62 de la LOGJCC	4
A. Las alegaciones de la demanda rebasan el objeto de la acción extraordinaria de protección y no pueden ser analizadas mediante esta garantía	4
IV. De la mera inconformidad con la sentencia	5
A. Para la Corte Provincial no existió vulneración de derechos	5
B. La demanda incumple el estándar del “argumento claro”	7
1. Falta de argumento claro sobre la vulneración del derecho a la seguridad jurídica	8
2. Falta de argumento claro sobre la presunta indefensión del accionante	9
3. Falta de argumento claro sobre la vulneración del principio de imparcialidad	9
4. Inexistencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva	10
V. Consideraciones en torno al proceso originario	11
A. Precedente de la Corte Constitucional en la materia: sentencia 133-17-SEP-CC	12
B. Sentencia No. 52-18-IS/22	14
C. Razones formales para evitar el control de mérito	14
D. Razones materiales para evitar el control de mérito	15
1. Desnaturalización de las protecciones especiales basadas en el sexo	16
2. Vacíos legales a la vista: por qué no apartarse del precedente de la sentencia 133-17-SEP-CC	18
3. Asociaciones conformadas por miembros de un sexo biológico exclusivo	19
4. Espacios y servicios dirigidos para un sexo biológico exclusivo	20
5. Competencias deportivas	21
6. Otros ejemplos problemáticos	22
E. Deberes estatales frente a los niños, niñas y adolescentes frente al derecho a la identidad	23
1. Deberes derivados del derecho internacional de los derechos humanos	23
2. Deberes derivados del derecho nacional	32
VI. Conclusiones y recomendaciones	33
VII. Petición	34
VIII. Notificaciones y autorizaciones	34

I. Comparecencia

1. María de Lourdes Maldonado, ecuatoriana, mayor de edad, titular de la cédula 171001295-4 y matrícula profesional 17-2001-381, en mi calidad de Presidenta y representante legal de la fundación **Dignidad y derecho**, con domicilio en la ciudad de Quito, Av. Orellana E9-195 y Av. 6 de Diciembre, Edificio Alisal de Orellana, ofs. 502-504, comparezco respetuosamente ante ustedes en el caso No. 95-18-EP, al amparo de lo previsto por el art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante “LOGJCC”), en calidad de *amicus curiae* en relación a la **causa No. 95-18-EP** presentada por Patricio Benalcázar Alarcón, adjunto de Derechos Humanos y Naturaleza; Rodrigo Fernando Varela Torres, en calidad de director general tutelar; María Alexandra Almeida Unda, en calidad de director nacional de Derechos del Buen Vivir; y, César Andrés Pérez Chacón en calidad de especialista Tutelar 1 de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, quienes comparecen a nombre de los cónyuges M.G.C. y J.A.P., en contra de las sentencia de 7 de diciembre de 2017, emitida por los jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena (proceso No. XXXXXXXXXXXXXXXX).

II. Antecedentes

2. El 17 de febrero de 2022, se resorteó la causa No. 95-18-EP, en la sesión del Pleno de la Corte Constitucional, correspondiéndole la sustanciación del proceso a la jueza Dra. Alejandra Cárdenas.
3. El 3 de febrero de 2023, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Dra. Cárdenas avocó conocimiento del caso consistente en una acción extraordinaria de protección presentada por Patricio Benalcázar Alarcón, adjunto de Derechos Humanos y Naturaleza; Rodrigo Fernando Varela Torres, en calidad de director general tutelar; María Alexandra Almeida Unda, en calidad de directora nacional de Derechos del Buen Vivir; y, César Andrés Pérez Chacón en calidad de especialista Tutelar 1 de la Defensoría del Pueblo del Ecuador.
4. Los accionantes comparecen a nombre de los cónyuges M.G.C. y J.A.P., en contra de las sentencia de 7 de diciembre de 2017, emitida por los jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena (proceso No. XXXXXXXXXXXXXXXX).
5. El caso en cuestión, proviene de una acción de protección interpuesta por la Defensoría del Pueblo a favor de los cónyuges M.G.C. y J.A.P., en contra de la XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXX y del XX, por la presunta vulneración de derechos constitucionales de L.A.G.
6. El 17 de febrero de 2023, se realizó la audiencia reservada del caso.

III. Incumplimiento de requisitos del art. 62 de la LOGJCC

A. Las alegaciones de la acción rebasan el objeto de la acción extraordinaria de protección y no pueden ser analizadas mediante esta garantía

7. En gran medida, la acción se construye sobre el rechazo a las normas legales en las que se fundamentó la decisión de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, sobre todo de aquellas de la Ley de Gestión de Datos y Registro Civil. Así, señalan que:

“(...) la argumentación de los juzgadores de primera y segunda instancia se circunscribe a revisar las normas legales que, a su criterio, se aplican al caso, sin estudiar el contenido y aplicación de las normas constitucionales que consagran los derechos alegados como violados a través de la acción de protección (...)”¹

8. Como se concluye de la cita, los accionantes basan su argumento en la presuposición de que las disposiciones legales aplicadas para resolver la apelación eran incompatibles con la CRE. Alegan que, por haberse aplicado las normas vigentes, "no se respetó la jerarquía de las normas jurídicas y no se veló por el interés superior de la niña de vivir una vida libre de violencia y de discriminación en razón de su identidad de género diversa".²
9. Ahora bien, resolver el fondo de una acción extraordinaria de protección que invoca cargos que atañen al objeto de una acción de inconstitucionalidad, provocaría una desnaturalización de la garantía jurisdiccional que nos ocupa y, además, se constituye en un posible abuso del derecho. De una simple lectura de la demanda, es evidente que la parte accionante pretende que la Corte realice un control de constitucionalidad de las normas que fueron aplicadas al caso. Ello es así, ya que la demanda se fundamenta en una supuesta incompatibilidad entre las normas legales aplicables al caso y los derechos constitucionales invocados. Es decir, la pretensión de los accionantes conllevaría a que la Corte declare la violación de derechos constitucionales dentro del acto judicial impugnado, bajo el argumento de que los jueces de la Corte Provincial debieron inaplicar una ley vigente por ser esta supuestamente inconstitucional. Nada más contrario a la seguridad jurídica.
10. Solamente la Corte Constitucional tiene competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una o más disposiciones. Motivo por el cual, ningún juez fuera del organismo antedicho sería competente para realizar lo que proponen los accionantes. Justamente para esas situaciones existe la acción pública de inconstitucionalidad o, en su defecto, la consulta de norma en caso de duda. Ninguno de los supuestos anteriores se cumplió para que podamos siquiera justificar que se han configurado los supuestos para que exista competencia para realizar un análisis de constitucionalidad. Por ende, sobra decir que el buscar que declaren que la sentencia viola los derechos constitucionales del accionante, bajo el argumento de que se aplicó una normativa que a su criterio viola la Constitución, es a todas luces improcedente.

¹ Demanda de la Acción Extraordinaria de Protección No. 95-18-EP, p. 14.

² Demanda de la Acción Extraordinaria de Protección No. 95-18-EP, p. 12.

IV. De la mera inconformidad con la sentencia

11. El art. 62.3. de la LOGJCC, prescribe que la acción no debe agotarse “solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia”. Por ello, la Corte Constitucional ha hecho bien en indicar que “la sola inconformidad con el sentido de una decisión jurisdiccional no implica necesariamente la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva”.³
12. Como se verá a continuación, los cargos efectuados en contra de la sentencia de apelación de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena se basan en meras inconformidades.

A. Para la Corte Provincial no existió vulneración de derechos

13. Según las demandantes, “se verificó que la niña afectada y sus representantes legales no contaban con ningún otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”, motivo por el cual “los señores jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de la Provincia de Santa Elena debían admitir el recurso de apelación presentado por la Defensoría del Pueblo”⁴.
14. Así, los demandantes construyen una narrativa, según la cual, el recurso se rechazó porque los jueces tenían la convicción de que la vía adecuada para ventilar la controversia no era la acción de protección. Por ello, se dedican varios pasajes de la demanda a explicar por qué de acuerdo con esta Corte la acción de protección es la vía idónea para efectivizar los derechos constitucionales.⁵
15. No obstante, la realidad es que la Sala de la Corte Provincial desestimó la apelación porque a su criterio no existió vulneración de derechos. Es decir, no es cierto que la Sala rehuyó de analizar el fondo de la controversia alegando que esa no era la vía procesal prevista por el ordenamiento jurídico para el efecto, sino que concluyó que no existían los supuestos para declarar la violación de derechos constitucionales y, por ende, la procedencia de la acción de protección. Para respaldar lo anterior, basta tomar en cuenta lo siguiente:
 - a. En el apartado cuarto de la sentencia, la Sala reconoce explícitamente que la acción de protección es la vía idónea para tutelar derechos constitucionales vulnerados.⁶ No obstante, indica que lo primero a verificar es que “efectivamente

³ Sentencia No. 839-13-EP/19, párr. 29.

⁴ Demanda de la Acción Extraordinaria de Protección, p. 11.

⁵ Demanda de la Acción Extraordinaria de Protección, pp. 10 y 12.

⁶ “la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, convirtiéndose esta garantía jurisdiccional en uno de los principales mecanismo que permite la exigibilidad de derechos constitucionales dentro del sistema constitucional ecuatoriano, en una vía judicial idónea para proteger los derechos constitucionales que puedan ser amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión de órgano público o de un particular. La acción de protección de conformidad a la legislación ecuatoriana es un medio directo, ágil, sumario y eficaz de defensa de los derechos fundamentales”. Sentencia,

se trate de un tema de constitucionalidad y no de un conflicto de mera legalidad que no afecte un derecho constitucional”.⁷

- b. En el mismo apartado, señala que también se debe verificar que a) exista un acto ilegítimo; b) si con él se vulneran derechos constitucionales; c) si como consecuencia de esa actuación ilegítima se provocan daños graves.
 - c. Dedicar el apartado sexto de la sentencia al análisis de los derechos al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal (CRE, art. 66, numerales 5 y 28). Allí, reconoce la protección constitucional de la identidad de género diversa. Sin embargo, indica que la unidad educativa acogió la solicitud de los padres del menor, quienes solicitaron al DECE que se le trate de acuerdo a su alegada identidad femenina.
 - d. En el mismo apartado, se indica que el Distrito de Educación del cantón La Libertad atendió el requerimiento de los padres y emitió una resolución de la que no se observa vulneración de derechos alguna, sino que genera varias recomendaciones a fin de continuar con el proceso de acompañamiento del menor. El colegio, a su vez, reconoció la necesidad de generar espacios de diálogo para garantizar los derechos del menor en la comunidad educativa.
 - e. También en el apartado sexto, la Sala analiza las implicaciones que en el caso concreto tiene lo decidido por la Corte Constitucional en sentencia 133-17-SEP-CC. Por ello, es evidente que la decisión se tomó en apego tanto al derecho positivizado como al interpretado por el más alto órgano de justicia constitucional.
 - f. Con base en el análisis de las disposiciones y jurisprudencia vigente, la Sala juzga que la directora de la unidad educativa no sometió al menor a discriminación alguna solo por el hecho de no haber permitido su ingreso al baño de niñas, ni haber permitido su participación en actividades exclusivas para las niñas.
16. De este modo, queda demostrado que la sentencia no evita entrar al análisis de la cuestión. Al contrario, tras realizar el examen de fondo, la Sala determinó que no existe una vulneración de derechos constitucionales, por lo que la acción de protección debía ser desestimada. Es por ello que resulta por demás evidente que la demanda trata de inducir al error al afirmar que no existe análisis de los derechos presuntamente vulnerados. Lo cierto es que existe un análisis, distinto es que la decisión a la que conlleva dicho análisis le sea desfavorable al accionante. Es así que el argumento de la demanda que nos ocupa se cimenta en una mera inconformidad con el análisis que condujo a la decisión, cuestión que rebasa el objeto de la acción extraordinaria de protección y, por tanto, debe ser desechada.

p. 1. Además, en la p. 2 de la sentencia: “esta acción se busca objetivamente evitar o remediar un acto o un hecho del Estado que produzca en los accionantes un daño actual o inminente, grave e irreparable, así esta acción se constituye como un mecanismo de defensa ante la vulneración de un derecho constitucional”.

⁷ Sentencia, p. 3.

B. La demanda incumple el estándar del “argumento claro”

17. De acuerdo con el art. 62, numeral 1, de la LOGJCC, debe existir “un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso”. El estándar del argumento claro opera como un test *sine qua non* para que la Corte pueda activar su control ante presuntas violaciones de derechos constitucionales causadas por actos jurisdiccionales:
- “55. Para que esta Corte pueda emitir un pronunciamiento sobre las alegadas vulneraciones a derechos constitucionales la acción extraordinaria de protección debe necesariamente contener un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso. La existencia de dicho argumento es fundamental para que la Corte Constitucional pueda ejercer de manera adecuada el correspondiente control a la actividad de los órganos que ejercen jurisdicción y verificar que en el ejercicio de dicha jurisdicción no se produzcan vulneraciones de derechos constitucionales. La falta de argumento acerca de las presuntas vulneraciones de derechos impide que esta Corte efectúe el referido control e identifique si existe vulneración de los mismos”⁸.
18. En definitiva, la consecuencia de que una demanda no contenga un argumento claro sobre el derecho vulnerado es que la Corte Constitucional no pueda realizar ningún análisis sobre el acto jurisdiccional impugnado. Así, la ausencia de “argumento claro” conlleva a la inadmisión de la demanda.
19. Ahora bien, para que un argumento sea “claro” hace falta que se cumpla con los siguientes parámetros contenidos en la Sentencia No.1967-14-EP/20, párrs. 18 y 19:
- Que identifique el acto procesal “lesivo de un derecho fundamental”
 - Que identifique la **base fáctica**: “acción u omisión judicial” supuestamente violatoria del derecho.
 - Que identifique la **tesis**: cargos planteados contra el acto procesal o derechos presuntamente violados.
 - Que identifique la **fundamentación jurídica**: silogismo o relación de causalidad entre los hechos y los derechos vulnerados. Aquí, además se requiere una conexión directa e inmediata entre el hecho y la vulneración.
20. Como se demostrará a continuación, en el presente caso no se cumplen estos supuestos, cuestión que conlleva a que la demanda no contenga argumentos claros sobre la presunta violación de los derechos reclamados y que la Corte se vea impedida de realizar cualquier análisis adicional.

⁸ Sentencia No. 2996-17-EP/19

1. Falta de argumento claro sobre la vulneración del derecho a la seguridad jurídica

21. De acuerdo con esta Corte, el cargo de afectación a la seguridad jurídica en el marco de una acción extraordinaria de protección, se puede plantear en la medida en que se vincule directamente con el cumplimiento al debido proceso. Así, el “derecho a la seguridad jurídica tiene implicaciones procesales cuando la norma transgredida es adjetiva o su consecuencia es la afectación de un derecho con alcances procesales”.⁹
22. Los demandantes alegan la vulneración a este derecho por parte de la Sala Provincial “al no considerar en su sentencia que la acción de protección interpuesta constituye el mecanismo idóneo y eficaz para reparar la vulneración de los derechos constitucionales de la niña”.¹⁰
23. Ahora bien, el cargo no se fundamenta en la falta de aplicación de una norma adjetiva, ni en la afectación de otro derecho con alcance procesal. Se trata solamente de una mera inconformidad, situación que se evidencia en que la demanda no identifica con precisión la base fáctica, es decir, cómo el acto impugnado habría desechado la acción por considerar que no es una vía adecuada para reparar vulneraciones de derechos constitucionales.
24. En otras palabras, no existe un argumento claro porque la fundamentación jurídica es insuficiente. No se explica de ningún modo cómo el acto impugnado estaría afectando la seguridad jurídica de modo directo e inmediato, ni hay un nexo de causalidad explícito entre el acto y la supuesta vulneración. Al contrario, en la demanda se limitan a afirmar que “de mantenerse esta situación, se perdería la confiabilidad en el aparato jurídico y no habría certeza en el mismo”.
25. Solo porque la Sala Provincial resolvió no dar paso a la pretensión de la demanda, se alega un atentado a la seguridad jurídica. No obstante, la sentencia de segunda instancia no hace más que garantizar la seguridad jurídica, al haber aplicado las normas vigentes de la Ley de Gestión de Datos y Registro Civil. No se dijo que la acción de protección no es un mecanismo eficaz, sino que no se constataron violaciones de derechos, por lo cuál se debían aplicar -como en efecto se hizo- las normas vigentes.
26. Si se aceptara la teoría de la parte accionante, llegaríamos a la descabellada conclusión de que toda sentencia que rechace la pretensión de la demanda sería atentatoria contra el derecho a la seguridad jurídica.
27. Repito, el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta, de conformidad con el art. 82 de la CRE, en el respeto de la Constitución y la ley. Solo es posible argumentar una violación a este derecho cuando la sentencia recurrida ha dejado de aplicar la norma constitucional o lo ha hecho de una manera errónea.

⁹ Sentencia No. 729-14-EP/20, párr. 22.

¹⁰ Demanda de la Acción de Inconstitucionalidad, p. 12.

2. Falta de argumento claro sobre la presunta indefensión del accionante

28. De acuerdo con los parámetros de la Sentencia No. 966-17-EP/22, se vulnera el derecho a la defensa cuando se verifican los siguientes supuestos:

“23. La Corte Constitucional ha establecido que para verificar la vulneración del derecho a la defensa, reconocido en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución, se debe determinar si existe indefensión como sujeto procesal, como cuando se le haya impedido comparecer al proceso, a una diligencia determinante del mismo; o, que pese a haber comparecido, no haya contado con el tiempo suficiente para preparar una defensa técnica adecuada; o igualmente que, en razón de un acto u omisión de la autoridad judicial, el sujeto no haya tenido la oportunidad procesal de hacer uso de los mecanismos de defensa que le faculta la ley, como presentar pruebas o impugnar la resolución”.

29. Sin embargo, el accionante alega indefensión porque “al rechazar la apelación no hay posibilidad de que se rectifique la sentencia emitida por los señores Jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de la Provincia de Santa Elena”.¹¹ Es decir, se trata de una queja sobre la consecuencia natural de una apelación rechazada. Para los accionantes, la negativa a su pretensión es en sí misma una violación al derecho a la defensa. Con esa descabellada lógica, cada vez que se rechaza una apelación habría motivo suficiente para presentar una acción extraordinaria de protección.

30. Como se deriva de lo expuesto, la indefensión alegada no se fundamenta en ninguno de los supuestos desarrollados por esta Corte que podrían derivar en la vulneración del derecho a la defensa. Pero, en un claro abuso del derecho insisten los demandantes en que “al no aceptar la apelación de la acción de protección, vulneraron el derecho constitucional a la defensa de la niña y sus representantes legales y jurídicos”.¹²

31. En definitiva, se trata de un cargo que no tiene fundamentación fáctica, ni tampoco fundamentación jurídica. No constituye un argumento claro, sino más bien una mera inconformidad con la decisión, recayendo en el supuesto previsto en el art. 62, numeral 3, de la LOGJCC. Así, siendo que los jueces de la Corte Constitucional sólo tienen competencia para pronunciarse sobre violaciones de derechos constitucionales, al ser este precisamente el objeto de la acción extraordinaria de protección, este cargo debe ser desestimado.

3. Falta de argumento claro sobre la vulneración del principio de imparcialidad

32. Sobre este punto, la demanda carece nuevamente de un argumento claro que justifique el cargo. Además, fundamenta la impugnación contraviniendo el art. 62, numeral 5, de la LOGJCC.

33. En primer lugar, la demanda asegura que la sentencia de segunda instancia:

¹¹ Demanda, p. 17.

¹² Ibid.

“viola en todos sus aspectos el principio de imparcialidad, esto se debe a que no pusieron atención a los elementos probatorios procurados por la parte accionante para que se tome en cuenta la procedencia de la apelación de la acción de protección, con lo cual no existió imparcialidad en el proceso”¹³

34. Al asegurar que "no puso atención", se formula una acusación subjetiva e inverificable. ¿Se practicaron todas las pruebas o no? ¿Cuál exactamente fue la acción u omisión lesiva de derechos? Esto no lo contestan, incurriendo una vez más en falta de fundamentación fáctica. Tanto que la demanda dedica un acápite entero a este tema, citando párrafos de doctrina solo para terminar diciendo que no se puso atención a las pruebas.
35. Sin embargo, no se vincula la supuesta falta de atención a la prueba con ningún elemento específico de la sentencia, incurriendo así en una falta de fundamentación jurídica. Entonces, se trata de una inconformidad con la decisión disfrazada de un argumento sobre la imparcialidad judicial.
36. Pero dejando a salvo estas consideraciones, el cargo fue formulado en desobediencia del art. 62, numeral 5, de la LOGJCC, que prescribe que la acción extraordinaria de protección no puede referirse “a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez”. Los accionantes pretenden que esta Corte evalúe el análisis de la prueba que realizó la Corte Provincial, cuestión que está vedada en una acción de esta índole. Por ello, no existe vulneración alguna al principio de imparcialidad, sino inconformidad con lo decidido y abuso del derecho a través de la demanda.

4. Inexistencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

37. La demanda no logra demostrar la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, sencillamente porque tal vulneración no existió. Así, la demanda trata de fabricar un argumento sobre un menoscabo inexistente. Veamos por qué.
38. En la Sentencia No. 41-21-CN/22, la Corte Constitucional ha determinado que este derecho tiene tres elementos:

“(i) el acceso a la justicia, entendida ésta a través de los mecanismos propuestos por el Estado para la resolución de controversias; (ii) el derecho a un debido proceso judicial; y, (iii) que la sentencia dictada se cumpla, esto es, la ejecutoriedad del fallo, que se traduce en el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales”.¹⁴

39. En cuanto al primero de ellos, se verifica que la parte demandante en el proceso originario vió su acción de protección admitida a trámite, pero sus pretensiones desestimadas. Así, tuvo acceso al mecanismo propuesto para proteger judicialmente a una víctima de presuntas violaciones de derechos. Ahora bien, aquel acceso al mecanismo de resolución de

¹³ Demanda, p. 18.

¹⁴ Párr. 20.

controversias no implica que se den paso a las pretensiones, pues es tarea del juzgador declarar si efectivamente existió o no vulneración de derechos constitucionales. Además, en ningún momento se dejó de garantizar el acceso a la justicia por cuanto las autoridades jurisdiccionales dispusieron que tenga lugar las correspondientes citaciones y notificaciones, así como permitieron todas las actuaciones procesales que la ley manda.

40. Respecto del segundo elemento, se alega una supuesta vulneración al debido proceso por cuanto los jueces habrían **omitido “analizar la cuestión de fondo**, es decir, la alegada vulneración de derechos. Ello, en base al (sic) criterio de que la demanda pretende que se revise una cuestión de mera legalidad”. Sin embargo, se trata de una afirmación artificial, como se demostró en el párrafo 10 de este escrito. El accionante pudo acceder a la acción y obtener una respuesta motivada. Respuesta que se fundamentó en estricto apego a la Constitución y a la ley vigente, cuya constitucionalidad se presume. En tal virtud, queda claro que la demanda alega una omisión inexistente y, por lo mismo, tampoco indica una conexión directa e inmediata entre el hecho y la supuesta vulneración.
41. Acerca del tercer elemento, el mismo no es aplicable al caso por cuanto no se dio paso a la demanda. Por todo lo expuesto, es evidente que tampoco existe violación alguna a este derecho constitucional, motivo por el cual, la acción extraordinaria de protección debe ser desestimada.

V. Consideraciones en torno al proceso originario

42. En primer lugar, señores jueces, es importante notar que no cabe realizar una valoración de los derechos del proceso de origen. Ello en virtud de que no se cumplen los supuestos para poder dictar una sentencia de mérito, toda vez que no existen ni se pueden encontrar violaciones a derechos constitucionales atinentes al debido proceso. Sin ello, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia vinculante de este Organismo, es imposible entrar al mérito del asunto.
43. Sin perjuicio de lo anterior, advertimos un punto medular frente al análisis que ha de realizar la Corte Constitucional en el presente caso. Los derechos invocados en la acción extraordinaria de protección fueron aquellos que exclusivamente analizamos en la sección anterior. De igual manera, los derechos invocados en el proceso de origen son específicamente los que pasaremos a analizar. Si bien la Corte está facultada a aplicar el principio de *iura novit curia* amplio, propio de la justicia constitucional, esto no puede suponer de ninguna manera el entrar a realizar consideraciones que no fueron materia de la *litis*, ya que la parte demandada no podría jamás ejercer su derecho a la defensa.
44. En tal virtud, la Corte Constitucional está vedada de ejercer una atribución que rompa con la Constitución. Ello supondría que este alto Organismo está por encima de la Constitución y la ley. Por lo mismo, en su análisis, la Corte debe ceñirse a resolver los puntos litigiosos, sobre

los cuales las partes hayan podido ejercer oportunamente su derecho a la defensa, presentando los elementos de cargo y descargo que consideren pertinentes.

45. Dicho esto, el proceso originario se concentra en el análisis de los derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación, así como el derecho a la identidad del menor de edad cuya identidad se mantiene en reserva. Estos derechos, según la posición de los demandantes, estarían bajo riesgo de vulneración en tanto que la institución educativa demandada no reconoce la identidad de género del menor, distinta de su identidad legal.
46. En concreto, la demanda originaria busca que al menor:
- Se le permita ingresar al baño de niñas.
 - No se le obligue a participar en actividades masculinas.
 - Se le permita participar en actividades femeninas.

A. Precedente de la Corte Constitucional en la materia: sentencia 133-17-SEP-CC

47. Ahora bien, en el evento no consentido de que esta Corte Constitucional decidiera realizar un control del mérito de la decisión impugnada y resolver sobre las pretensiones de los accionantes del proceso originario, debe tomar en consideración lo decidido por la sentencia 133-17-SEP-CC.
48. En dicha decisión, vinculante para la actual conformación de este órgano, la Corte enfatizó que:

“En esta línea, para este máximo Organismo es importante entender que cuando se inscribe el sexo en la partida de nacimiento -dato que se refleja posteriormente en la cédula de identidad- se realiza en base a la observación de los genitales del recién nacido, inscripción que se efectúa generalmente con fundamento en las expectativas del desarrollo de género que tienen los padres, para con sus hijos e hijas. Empero, **al cumplir la mayoría de edad**, las personas adquieren total independencia acerca de sus decisiones y responsabilidades, lo cual implica el ejercicio directo de sus derechos y libertades; por lo cual, **si una persona desarrolla un género distinto al sexo asignado al nacer, y esto le lleva a someterse a procedimientos médicos a fin de adecuar su cuerpo y sexo biológico al género mental, asume una identidad transexual**. Entonces, lo correspondiente es que la autoridad pública reconozca dicha libre autodeterminación de identidad personal”.¹⁵ (énfasis añadido).

49. Es decir, para realizar el cambio del dato sexo en la cédula de identidad, es necesario:
- ser mayor de edad; y,
 - haberse sometido a un procedimiento médico que adecúe el cuerpo a la vivencia interna de la identidad.

¹⁵ Sentencia 133-17-SEP-CC, p. 43.

50. Así, la Corte dejó sentado que existen dos condiciones para acceder legalmente a un cambio del dato sexo en la cédula de identidad: la mayoría de edad y el sometimiento a un proceso médico para modificar el cuerpo. En consecuencia, está zanjada la discusión respecto del cambio de sexo en el caso de menores de edad. Pues existe un pronunciamiento constitucional claro al respecto, cuyos estándares son vinculantes y de obligatorio cumplimiento.
51. Ahora bien, como se desprende de lo dicho, es importante indicar que el precedente surte efectos exclusivamente de cara al cambio de sexo en la cédula de identidad. Así se infiere con absoluta certeza del pasaje citado y también del siguiente:
- “Por tal motivo la prohibición legal de cambiar el sexo y en suma la identidad personal **en el documento de registro de personalidad jurídica** causa un efecto legal que no encuentra un fin constitucional legítimo, pues restringe en forma absoluta la libertad de desarrollo e identidad de acuerdo a dimensiones personales; además implica una medida desproporcionada ya que mantiene en permanente incertidumbre a personas transexuales quienes en la práctica poseen una doble identidad, la legal y la asumida, obligando a las personas en esta condición a justificar su identidad e intimidad en todo acto en el cual se use la **cédula de identidad** además de someterse a posibles discriminaciones”.¹⁶ (énfasis añadido).
52. En conclusión, el precedente se refiere al cambio de un dato -el sexo- en la cédula de identidad cuando el mayor de edad modifica su cuerpo y lo adecúa a su género mental.
53. Esto nos lleva a la necesidad de diferenciar 3 conceptos: sexo, sexo legal y género. El primero, ha de entenderse como las características biológicas, genéticas, anatómicas y fisiológicas que diferencian y que constituyen a un ser humano como hombre o como mujer. El segundo es un *status* jurídico, un dato legal acerca del sexo de la persona que no cambia su condición biológica. El tercero se refiere a la identidad interna de la persona que puede identificarse o no con su sexo biológico y que no involucra cambios de apariencia ni manifestación exterior alguna.¹⁷
54. Lo que la sentencia 133-17-SEP-CC plantea es que el **sexo como dato legal puede cambiarse en la cédula** cuando, a causa de su identidad de género que no coincide con su sexo biológico, la persona cumple con los requisitos señalados.
55. Lo que dicha decisión provocó fue una división entre el concepto de sexo y sexo legal. Antes, el sexo legal necesariamente se correspondía con el sexo biológico. Mientras que quienes por su vivencia interna se autoidentificaban con el sexo opuesto, tenían una identidad de género diversa, identidad transgénero. Ahora, quien se identifica con el sexo opuesto, es mayor de edad y se somete un procedimiento médico de cambio de apariencia exterior, puede legalmente cambiar su sexo legal en la cédula de identidad.

¹⁶ Ibid, p. 44.

¹⁷ Estas definiciones fueron abstraídas de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no por su fuerza jurídica sino por su utilidad instrumental.

B. Sentencia No. 52-18-IS/22

56. A raíz de dicha decisión constitucional, la Corte ordenó como medida de reparación que la Asamblea Nacional “adopte las disposiciones legales necesarias para regular el procedimiento de cambio de sexo de personas transexuales, observando los criterios vertidos por esta Corte en el análisis de los derechos constitucionales al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal”¹⁸. No obstante, mediante la sentencia 52-18-IS/22, se declaró el incumplimiento de la obligación y se ordenó nuevamente que se discuta y apruebe el proyecto de ley.
57. Con independencia de la corrección de lo decidido en materia del cambio de sexo en la cédula de identidad, hay que destacar un elemento: el hecho de que la Corte Constitucional evitó regular por sí misma el asunto -haciendo las veces de legislador, función que no tiene- y lo remitió a la Asamblea Nacional.
58. ¿Por qué es un aspecto destacable? Sencillamente porque las consecuencias jurídicas que conlleva, en particular, el haber creado una categoría nueva (la de sexo legal) y, en general, el regular el fenómeno de las identidades trans, son demasiadas y muy amplias como para dejar el asunto en manos de una sentencia.
59. En tal virtud, es imperativo que la Corte Constitucional se abstenga de realizar un control de mérito en este caso. Si decide efectuarlo, inevitablemente va a llegar a decidir sobre un tema que no quedará del todo resuelto mediante sentencia y que por lo mismo puede provocar consecuencias no deseadas en el ordenamiento jurídico y lesivas de los derechos de las personas.
60. A continuación exponemos las razones formales y materiales por las que esta Corte debe abstenerse de efectuar control de mérito sobre el proceso originario.

C. Razones formales para evitar el control de mérito

61. Como se dijo, una acción extraordinaria de protección no puede fundamentarse en la mera inconformidad con la justicia o injusticia de la decisión. Al contrario, se debe demostrar que la sentencia impugnada vulnera el derecho al debido proceso u otros derechos constitucionales. El objeto de análisis de este tipo de acciones es la sentencia y no los hechos que se discutían en el proceso.
62. Ahora bien, en la demanda se efectúan cargos contra la sentencia y estos fueron analizados en la primera parte de este *amicus*. Sin embargo, la demanda finaliza argumentando sobre los hechos discutidos en el proceso originario y no en contra de la sentencia impugnada, sin que se cumplan los supuestos para que proceda el dictar una sentencia de mérito, por lo cual se desnaturaliza el objeto de la acción.

¹⁸ Sentencia 133-17-SEP-CC, p. 50.

63. Con estas consideraciones, activar el control de mérito equivaldría a legitimar dicha desnaturalización. Pues, los accionantes basaron sus últimos argumentos en la inconformidad con lo decidido, pero no porque la sentencia haya violado los derechos a la identidad, y a la igualdad y no discriminación.
64. Tal es así que, como se dijo, la demanda se queja explícitamente de que la sentencia resolvió el caso aplicando la legislación vigente. Demostrando que, mediante acción de protección, buscan activar un control de constitucionalidad.
65. Así las cosas, esta Corte debe reconocer que no se ha controvertido ni se ha puesto en entredicho que la sentencia de segunda instancia aplicó el derecho vigente. Por lo tanto, si decide hacer control de mérito, lo hará con el claro propósito de analizar la constitucionalidad de las normas vigentes. Esto, en otras palabras, significa aprovechar la acción extraordinaria de protección con el claro objetivo de reformar la legislación vigente. Lo cual, esta Corte no puede permitir.
66. Distinta fuera la situación si en la demanda no se reconocería la conformidad de la sentencia con el ordenamiento jurídico. Sin embargo, no es el caso y claramente los accionantes presentaron la acción por su inconformidad con una decisión fundamentada en derecho, pero no porque exista vulneración de derechos al debido proceso ni otros derechos constitucionales.

D. Razones materiales para evitar el control de mérito

67. Si la Corte Constitucional cambia el precedente fijado por la sentencia 133-17-SEP-CC, eliminando los requisitos para acceder al cambio de sexo legal, generará un importante vacío a la hora de definir cuándo se tiene una identidad sexual distinta de la biológica. Actualmente, como se mostró, para acceder al cambio de sexo *en* la cédula de identidad se requiere la mayoría de edad y el haberse sometido a una intervención médica. Pero, ¿qué hay de aquellos que están en proceso de transición o que simplemente tienen el propósito de transicionar?
68. Claramente, esto trae un problema de cara a la prevención de abusos del derecho. El cambio de sexo podría realizarse sobre la base de cómo uno se viste, cómo se presenta a sí mismo, o qué pronombres usa.¹⁹ No obstante, todos estos elementos son insuficientes para comprobar una transición real, pues pueden ser simulados.
69. En el evento de que se llegasen a eliminar ambos requisitos y no se incluya ningún otro, bastaría la sola solicitud para cambiar el sexo legal. Así, podría darse el caso de que un sujeto cambie su sexo legal sin tener intención alguna de transicionar social o quirúrgicamente. En cuanto a menores de edad, se podría dar el hipotético caso de que un representante legal solicite el cambio de sexo, lo obtenga y esconda así la verdadera

¹⁹ Ver Taylor v Jaguar Land Rover [2020] ET 1304471/2018, en The Scottish Gender Recognition Reform Bill por policy Exchange.

identidad del menor o lo coaccione para que adopte conductas que no corresponden a su sentir real, tratando de forzar una transición.

70. Si bien estas serían hipótesis de abuso del derecho o de una desnaturalización del propósito de las normas, no dejan de ser posibilidades legales abiertas para quien busque obtener ventajas injustas derivadas del cambio del sexo legal. Esta Corte habrá de tener cuidado de apartarse de su precedente en la materia y generar casos de injusticia, por ejemplo, favoreciendo a hombres biológicos violentos que puedan acceder al cambio de sexo legal para abusar del sistema y conseguir ser trasladado a cárceles de mujeres o evitar ser sancionados por tipos penales que protegen a la mujer como el femicidio (art. 141 COIP) o la violencia contra la mujer (arts. 155 y ss. COIP).

1. Desnaturalización de las protecciones especiales basadas en el sexo

71. El efecto de inobservar el precedente constitucional, y eliminar requisitos para acceder al cambio de sexo legal, sería el de desnaturalizar las normas que instituyen protecciones sobre la base del sexo. Estas normas de nuestro ordenamiento se construyeron sobre la premisa de que las personas suelen mantener un sexo legal -como característica que existe a nivel normativo- idéntico a su sexo biológico -característica dependiente de la biología y que existe a nivel fáctico.
72. Cuando decimos que hay un riesgo de desnaturalizar dichas normas, nos referimos a la posibilidad de que estas dejen de cumplir el fin asignado a ellas por el legislador. Así, quedarían desnaturalizadas las normas que podrían ser aprovechadas por quienes no tienen una identidad transexual, sino que la simulan para aventajarse de protecciones basadas en la razón del sexo como categoría biológica. Veamos algunas posibilidades..
73. Primer ejemplo. El art. 65 de la CRE prescribe que:
- “Art. 65.- El Estado promoverá la **representación paritaria de mujeres y hombres** en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su **participación alternada y secuencial**. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados.”
74. Esto significa que con el cambio de sexo legal, incluso en los casos en los que no existe realmente una identidad trans en quien lo efectúa, los hombres biológicos podrían beneficiarse de las normas en materia de paridad de género para el ejercicio de los derechos políticos. Dichas normas, como aquellas referentes a cuotas de género para cargos de gobierno o dirección, están pensadas para promover la equidad entre mujeres biológicas y hombres biológicos, por lo que si la Corte Constitucional no es cuidadosa podría terminar por desnaturalizarlas.
75. Segundo ejemplo. La Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, tiene por finalidad (art. 2) “transformar los patrones socioculturales y estereotipos que naturalizan, reproducen, perpetúan y sostienen la desigualdad entre hombres y mujeres”.

Pero, si abusando del derecho un hombre biológico cambia su sexo legal para beneficiarse de las medidas afirmativas -tales como incentivos socioeconómicos a favor de mujeres víctimas de violencia- que buscan terminar con la desigualdad, entonces se desnaturalizan.

76. Tercer ejemplo. El Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, en su art. 851, señala que el enfoque de género implica “la necesidad de superar y erradicar progresivamente las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres a fin de lograr la paridad de género”. Y, en el art. 261 se ordena que el Consejo de Protección de Derechos del Distrito Metropolitano de Quito estará integrado por al menos una integrante que represente los derechos de las mujeres, como categoría distinta a la de representante de las diversidades sexogenéricas. Ahora bien, con el cambio legal del sexo mediando la sola voluntad del solicitante, un hombre biológico (pero mujer legal) tendría la posibilidad legal de ocupar un puesto diseñado para las mujeres.
77. Cuarto ejemplo. La Ley Orgánica de Servicio Público contempla acciones afirmativas para asegurar que las mujeres biológicas (que no han modificado su sexo legal) accedan a cargos de nominación y designación (art. 5, literal h). Si esta Corte no toma previsiones, hombres biológicos podrán acceder a estas plazas, sin siquiera tener una identidad trans real, y generar una situación de desigualdad para las mujeres.
78. Quinto ejemplo. La Ley Orgánica de Economía Violeta busca reducir las brechas salariales y asegurar que las mujeres biológicas se incorporen a cargos directivos y ejecutivos, en los sectores públicos y privados. Se trata de mejorar la empleabilidad y la estabilidad laboral. Sin embargo, estos esfuerzos legislativos para garantizar los derechos de las mujeres estarían en riesgo si esta Corte liberaliza el cambio legal del sexo.
79. Sexto ejemplo. El Código del Trabajo contiene una prohibición de ocupar a mujeres en trabajos considerados peligrosos o insalubres.²⁰ Asimismo, manda a observar la tabla explicativa de peso máximo para mujeres en cuanto a una labor que implique carga o peso.²¹ También el mismo Código indica que se presumirá la culpabilidad del empleador cuando una mujer sufra accidente o enfermedad ocasionados por trabajos prohibidos. En todos estos casos, las protecciones legales para las mujeres, podrían ser aprovechadas por los hombres biológicos que cambien su sexo legal sin que les exija ningún requisito.
80. Como se indicó, estos son tan solo algunos de los ejemplos de desnaturalización de protecciones dirigidas a las mujeres para promover su igualdad ante los hombres. Pero los efectos de un mal manejo de este caso a través del control de mérito serían absolutamente graves. Sería una ligereza inaceptable el permitir el cambio de sexo legal sin que realmente se compruebe que el solicitante tiene una identidad trans. Caso contrario, las personas podrán alegar una identificación con el sexo opuesto solo por razones de conveniencia, e incluso podrían simular que se vive una identidad transexual para acceder a los beneficios que fueren del caso.

²⁰ Código del Trabajo, art. 138.

²¹ Código del Trabajo, art. 139.

81. Esta situación devendría en el incumplimiento del deber constitucional del Estado acerca de adoptar “medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.²² Porque, si la igualdad real implica que las mujeres biológicas sean protegidas como un grupo, la posibilidad de beneficiarse de esas protecciones mediante el cambio de sexo legal puede privar a las mujeres de las oportunidades que las acciones afirmativas pretenden concederles.
82. En definitiva, al permitir cambiar el sexo legal sin una regulación adecuada (que ya existe) se estaría cambiando la forma en que parte del ordenamiento jurídico (en lo que respecta a las normas que buscan la igualdad entre los sexos) se relaciona con el sexo como una característica protegida de la persona. Entonces, si bien las normas no serían reformadas en su sustancia, sí que generarían efectos diferentes e injustos al modificarse su alcance (ámbito de aplicación y sujetos protegidos por la norma).

2. Vacíos legales a la vista: por qué no apartarse del precedente de la sentencia 133-17-SEP-CC

83. En atención a las consideraciones previas, es evidente que se debe crear un mecanismo para evitar la posibilidad de cambiar el sexo legal con fines fraudulentos o sancionar a quienes actúen de tal forma. Ahora bien, si se eliminan los requisitos para cambiar el sexo legal, resulta prácticamente imposible juzgar quién realizó el cambio para beneficiarse injustamente y quién lo hizo porque realmente se percibe con una identidad transexual.
84. La ausencia de requisitos para el cambio de sexo legal implicaría que para el efecto baste la sola voluntad del sujeto. Ahora bien, en ese sentido no sería posible hacer control alguno para evitar abusos del derecho como los descritos en la sección anterior. Pues la persona tiene el derecho de cambiar de opinión y podría revertir su sexo legal en cualquier momento. Más aún, si no hay requisitos para cambiar de sexo legal, ni siquiera podría exigírsele alguna prueba o demostración exterior que compruebe que existió un proceso de transición. Todo quedaría en el fuero interno del sujeto y se tornaría en irrefutable.
85. Pero hay otras preguntas pendientes de resolución, que van en la siguiente línea: ¿Qué va a pasar cuando la madre de una persona se cambia de sexo legal? ¿Se mantendrá como madre en los registros o la persona tendrá legalmente dos padres?
86. ¿Qué sucederá con relación a la comisión de delitos dependientes del sexo, en casos donde se comete uno en calidad de sujeto activo calificado o se es la víctima en calidad de sujeto pasivo calificado?
87. Así, por ejemplo, tenemos el delito de femicidio, tipificado desde el año 2014 en el Código Orgánico Integral Penal:

²² CRE, art. 11, numeral 2, inciso 2.

Art. 141.- Femicidio.- La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

88. Como se ve, este delito no implica un sujeto activo calificado. En cambio, sí tiene a la mujer como sujeto pasivo calificado. Si se da muerte a un hombre biológico que es también mujer legal, ¿se tratará de un femicidio?
89. Nuevamente, la complejidad del asunto es suficiente como para que la regulación no deba ser realizada mediante la activación del control de mérito. Esto es así, porque hay un gran riesgo de dejar imprevisibles vacíos jurídicos que hacen que el asunto deba resolverse no a través de actos jurisdiccionales, sino mediante la activación del proceso legislativo.

3. Asociaciones conformadas por miembros de un sexo biológico exclusivo

90. Existe una asociación cuando un grupo de personas se juntan para facilitar la consecución de un fin común. Ella permite “producir mediante la concentración el crecimiento de las fuerzas individuales y, por consiguiente, la posibilidad de conseguir un resultado que de otro modo sería irrealizable, o por lo menos, conseguirlo con más eficacia y facilidad”.²³ Así, el derecho de asociación implica una pluralidad de personas vinculadas, jurídicamente o no, para la consecución de sus fines comunes.²⁴
91. Dicho esto, notemos que un tipo de asociación es aquel de asociaciones de un solo sexo, como es el caso de algunas unidades educativas o clubes deportivos. En las asociaciones exclusivamente de mujeres o de hombres, la membresía está condicionada por una aceptación en la que se verifica que el candidato cumple con ciertas reglas internas y ha culminado un proceso de admisión satisfactoriamente. No obstante, el derecho de admisión y la regulación interna (que inevitablemente produce la aceptación de unos y la no-aceptación de otros) no constituyen discriminación *per se*.
92. Así, asociaciones exclusivas para mujeres no incurren en discriminación cuando no admiten a los hombres biológicos. Sin embargo, esta situación nunca disputada en nuestra historia constitucional, se torna en problemática a partir de la creación de la categoría del sexo legal diferenciado del sexo biológico. La división conceptual nos lleva a preguntar qué pasará cuando una asociación de mujeres excluya a un hombre biológico que también es mujer legal, o si no admite a una mujer biológica que es un hombre legal. ¿Será discriminación o no? De hecho, esta cuestión, por su importancia, está siendo ampliamente discutida actualmente en distintos países con ocasión de comités deportivos y otros similares.
93. Por ello, si en nombre de un control de mérito se modifica el ordenamiento jurídico, la consecuencia será el incremento de la ambigüedad. Es decir, el no saber el alcance de las

²³ Francesco Ferrara, Teoría de las personas jurídicas, trad. Ovejero. Madrid, Reus, 1929. p. 6.

²⁴ Para los fines de este *amicus*, no es necesario entrar a la discusión sobre la naturaleza del vínculo ni de la finalidad común de los asociados (ej. si es lucrativa o no).

disposiciones normativas, genera inseguridad jurídica. En este caso, las asociaciones perderían la certeza sobre las reglas de juego que determinarán la constitucionalidad de su actividad e inevitablemente podrán ser juzgados por situaciones que nunca antes habían sido problemáticas y ni siquiera cuestionadas.

94. Cuando asuntos de esta índole se regulan a través de sentencia -aún mediante “parámetros mínimos”- inevitablemente se producen los vacíos jurídicos que, a su vez, crean colisiones entre normas y -según se las interprete- posibles conflictos entre derechos.
95. La ambigüedad otorgaría al juzgador el poder de justificar cualquier decisión arbitraria bajo el pretexto de estar interpretando el derecho. Pero, se trataría de un derecho que podría significar cualquier cosa y, por lo tanto, un derecho sumamente maleable.
96. Actualmente, las escuelas para personas de un mismo sexo existen para personas de un mismo sexo biológico. Esto porque en los menores de edad no existe la categoría de sexo legal como diferenciada del sexo biológico.
97. Pero, si mediante control de mérito la Corte decidiera bajar la edad mínima para acceder al cambio de sexo, las **unidades educativas** de un sexo exclusivo se hallarían en el limbo. Pues, toda unidad educativa de este tipo realiza distinción entre personas en 3 momentos: al admitir nuevos miembros, al momento de condicionar la admisión o permanencia de los miembros, al inadmitir a un estudiante. Al realizar estas distinciones, el primer criterio es el sexo biológico del aspirante a integrar la asociación.
98. Con la creación de la categoría de sexo legal, las escuelas para un solo sexo seguirían permitidas. Sin embargo, quedaría en duda si pueden continuar admitiendo exclusivamente a personas de un sexo biológico; si deben admitir también a personas del mismo sexo legal, pero con diferente sexo biológico; o, si deben admitir a personas del mismo sexo biológico pero con distinto sexo legal.
99. Planteado de otro modo, quedaría la duda sobre:
 - a. Si la creación del sexo legal en menores modifica el grupo de personas que pueden ser excluidas de las escuelas para un solo sexo.
 - b. Si es justo modificar el grupo de personas que pueden ser excluidas de las escuelas para un solo sexo.

4. Espacios y servicios dirigidos para un sexo biológico exclusivo

100. Otro de los problemas que pueden estar aparejados con la liberalización desordenada del cambio de sexo legal es el de la pérdida de la posibilidad de tener espacios y servicios destinados exclusivamente para uno de los sexos biológicos. Eliminar dichos espacios y servicios sería una medida ilegítima y desproporcionada, como se demostrará a continuación. Y, *a contrario sensu*, mantener espacios y servicios exclusivos para un sexo

biológico es en muchos casos una medida proporcionada, idónea y necesaria, que busca un fin legítimo.

- 101.El impedir que dichos espacios sean ocupados unicamente por personas del sexo biológico para el cuál fueron creados, podría incluso constituir una violación al derecho a la igualdad y no discriminación.
- 102.Si los casos de esta clase no son atendidos adecuadamente por esta Corte, el cambio del sexo legal generará situaciones de discriminación cuando se excluya a alguien del acceso a un servicio o espacio destinado a personas de otro sexo biológico. Llegará el momento en que surjan controversias constitucionales cuando a un sujeto se le excluya de un espacio destinado para un sexo biológico que no coincide con el propio, aún cuando sí coincida con su sexo legal.
- 103.Por ejemplo, si “X” es un niño biológico pero una niña legal, “X” podría alegar discriminación cuando se le impida entrar al baño de niñas biológicas. Sin embargo, nadie en la sociedad ecuatoriana duda que los baños están divididos en razón del sexo biológico. De hecho, si un niño entra a un baño de niñas, ellas están en su derecho de solicitar su exclusión de dicho espacio. Ahora bien, una mala regulación sobre este punto podría convertir dicha exclusión en un acto discriminatorio.
- 104.O imaginemos un servicio destinado a mujeres abusadas sexualmente o con traumas provocados por la prostitución. En dichos espacios, es posible que las víctimas requieran compartir exclusivamente con otras mujeres biológicas a fin de superar los episodios de trauma y recuperar progresivamente su salud mental. Si a ese espacio entra alguien que se identifica legalmente como mujer pero es un hombre biológico, estaría generando un perjuicio directo a las mujeres destinatarias del servicio. De hecho, en este hipotético caso, mas de una se autoexcluiría del lugar o dejaría de recibir el servicio por causa de la presencia de una persona con un sexo biológico diferente. No por discriminación, sino por necesidad.
- 105.Como se colige, sin duda hay situaciones en donde se manifiestan condiciones de vulnerabilidad en las que excluir a los miembros del sexo biológico opuesto está plenamente justificado y no constituye discriminación.

5. Competencias deportivas

- 106.Conceptualizar el sexo con la categoría biológica y no sobre una ficción legal es importante en el mundo de los deportes, para garantizar los derechos de las mujeres. Este argumento se construye sobre la premisa de que permitir a los hombres biológicos participar en competencias para mujeres es una medida que no tiene respaldo científico, convirtiéndola en manifiestamente injusta.
- 107.Cuando se permite a un hombre participar en competencias o actividades deportivas de mujeres, se destruyen sus oportunidades atléticas y la noción misma de competitividad se

anula. En definitiva, esto apartaría a las mujeres de sus propios espacios deportivos, creando una nueva discriminación y retroceso en la búsqueda de la igualdad material entre ambos sexos. Por cada hombre que participa en una competición femenina, se quita un cupo a una mujer que lo hubiera merecido.

108.No obstante, la razón fundamental por la que nunca se debería permitir la participación de hombres biológicos en competencias deportivas femeninas es que estos tienen una ventaja causada por las características biológicas que les son propias. Es decir, no se trata de un tema de identidad, sino de biología. De hecho:

“El rendimiento deportivo está fuertemente influenciado por una variedad de factores fisiológicos, que incluyen la fuerza muscular y la capacidad de producción de potencia, las características antropométricas, la capacidad cardiorrespiratoria y los factores metabólicos. Muchos de estos factores fisiológicos difieren significativamente entre hombres y mujeres biológicos como resultado de las diferencias genéticas y el desarrollo de características sexuales secundarias dirigido por los andrógenos. Esto confiere grandes ventajas de rendimiento deportivo a los hombres biológicos sobre las mujeres”.²⁵

109. Por ello, y de acuerdo con el mismo estudio citado, los hombres biológicos pueden tener una ventaja de hasta el 50% sobre las mujeres en las competencias deportivas.

110. Por ejemplo, veamos el caso de la corredora norteamericana Allyson Felix, quien tiene más medallas en los campeonatos mundiales que ninguna otra mujer, y está empatada con Usain Bolt en la mayor cantidad de medallas de oro jamás conseguidas. Su mejor tiempo en los 400 m es 49,26 segundos. Pero, solo en 2018, 275 estudiantes varones de secundaria corrieron más rápido que ella 783 ocasiones. No obstante, la disparidad entre sexos es aún mayor en deportes con saltos. Así, Vashti Cunningham, también de Estados Unidos, tiene un récord de salto alto para chicas de secundaria: 6 pies, 4 y medio pulgadas. Pero, solo en California, 50 estudiantes de secundaria saltaron más alto en el año 2018. La diferencia no se debe a la identidad, recursos, entrenamiento o disciplina, sino a las diferencias biológicas de los cuerpos.²⁶

6. Otros ejemplos problemáticos

111.Citando la investigación de Michael Foran, experto en discriminación y docente de la Universidad de Glasgow, una deficiente regulación del cambio de sexo legal o de la reasignación de género puede traer problemas como los siguientes²⁷:

²⁵ Ver Hilton, E.N., Lundberg, T.R. Transgender Women in the Female Category of Sport: Perspectives on Testosterone Suppression and Performance Advantage. *Sports Med* 51, 199–214 (2021). <https://doi.org/10.1007/s40279-020-01389-3>.

²⁶ Ver

https://www.washingtonpost.com/opinions/pass-the-equality-act-but-dont-abandon-title-ix/2019/04/29/2dae7e58-65ed-11e9-a1b6-b29b90efa879_story.html

²⁷ Ver Michael Foran. Ministers must grasp the nettle on equality law. Disponible en: <https://thecritic.co.uk/Ministers-must-grasp-the-nettle-on-equality-law/>

112. **Embarazo y maternidad:** si cuando la ley dice sexo este término se refiere a la categoría legal y no a la biológica, entonces una persona trans que es legalmente hombre y biológicamente mujer podría perder la protección ante la discriminación por embarazo, mientras que un hombre trans que no cambió su sexo legal no la perdería. Foran resalta que esto trae confusiones graves a la hora de saber qué obligaciones se tiene frente a las personas trans, hayan o no cambiado su sexo legal. En cambio, si por sexo la ley se refiere a la categoría biológica, la ambigüedad se reduciría considerablemente.
113. **Libertad de asociación para personas lesbianas y gays:** si el término sexo se refiere a la categoría legal, entonces al cambiar de sexo se modifica inevitablemente la orientación sexual. Así, el elemento constitutivo de una identidad lesbiana o gay sería la atracción hacia una categoría legal y no hacia una condición biológica. Pues la definición de lesbiana pasaría a ser la de una mujer legal que está atraída por otra mujer legal, lo mismo con el caso de quien es gay. Así las cosas, sería lesbiana quien está atraída por un hombre que cambió su sexo legal al de mujer. Por ello, Foran sostiene -lo cuál es preciso desde un análisis puramente lógico- que los grupos de apoyo a mujeres lesbianas no podrían limitar el acceso solo para las mujeres biológicas que sienten atracción por otras mujeres biológicas.
114. **Requisitos de contratación de personal:** Existen posiciones de empleo que están restringidas o dirigidas exclusivamente para personas de un sexo biológico. Por ejemplo, se puede necesitar una mujer para prestar servicios de enfermería para cuidados íntimos. O cuando una paciente pide expresamente ser atendida por una doctora. En estos casos, dice Foran, si el término sexo se refiere a una categoría legal, entonces los empleadores no podrían restringir estos puestos de trabajo sobre la base del sexo biológico, sino que tendrían la obligación de incluir a las mujeres legales que son hombres biológicos.

E. Deberes estatales frente a los niños, niñas y adolescentes frente al derecho a la identidad

1. Deberes derivados del derecho internacional de los derechos humanos

115. Debido a su especialidad, la Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento internacional más importante en materia de derechos humanos de todos aquellos que no han cumplido los 18 años de edad. En él no se incluye ninguna referencia explícita de que el derecho a la identidad de género pueda implicar una obligación estatal de permitir el cambio de nombre y sexo en menores de edad.
116. Tenga presente la Honorable Corte que el artículo 8 de la Convención señala que:

“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.”²⁸

²⁸ Naciones Unidas, Convención de los Derechos del Niño, artículo 8.

117. El relato sobre la incorporación del artículo desmiente de manera evidente que el propósito y alcance de la regulación fomenten la modificación del sexo en menores. El propósito de este artículo en el tratado era evitar la repetición de sucesos similares a los ocurridos durante la dictadura militar en Argentina, cuando numerosos niños fueron separados de sus familias y reasignados a otras sin conocer su verdadero nombre, nacionalidad y lazos familiares.
118. Esto es esencial, pues el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁹ 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.
119. Si examinamos el contexto del derecho a preservar la identidad en el tratado (una cuestión obligatoria según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tal como se mencionó anteriormente), se hace evidente que la frase "incluidos" en el artículo 8.1 no busca dejar la lista de elementos abierta, sino más bien deja en claro que la protección del artículo se aplica por igual a los tres elementos, sin permitir a los Estados excluir ninguno de ellos. De hecho, hay una progresión lógica en los artículos del 7 al 9 del tratado. El artículo 7 exige que los Estados registren a los niños al nacer con un nombre y una nacionalidad (para prevenir la apatridia) y que, en la medida de lo posible, sean cuidados por sus padres. El artículo 8 consagra el derecho a preservar la identidad, el cual no puede dejar fuera ninguno de los tres elementos mencionados inmediatamente en el artículo 7. Y el artículo 9 instruye a los Estados a asegurar que los niños no sean separados de sus padres en contra de su voluntad. Todo esto es coherente con la razón por la cual este derecho fue incluido en la lista, como ya se mencionó.
120. Sin embargo, incluso si la palabra "incluidos" sugiriere que el derecho a la identidad abarca más elementos que los mencionados en el texto, esto no implica necesariamente la inclusión de la "identidad de género" como parte de dicho derecho, lo cual requeriría que el Estado garantizara registros relacionados con este aspecto específico.
121. 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. El concepto de identidad está definido por los elementos que lo acompañan, los cuales fueron seleccionados de manera deliberada por los Estados involucrados para delimitarlo. El denominador común entre todos estos elementos es que se refieren a características objetivas en lugar de subjetivas.
122. Los nombres, la nacionalidad y las relaciones familiares son atribuidos a los niños y no dependen de su autonomía o voluntad, al menos durante su primera infancia. Además, estos elementos pueden ser verificados de manera objetiva y precisa, y se registran desde el momento de su nacimiento (los apellidos familiares son determinados por la identidad de sus progenitores; la nacionalidad está sujeta a los criterios de concesión de nacionalidad del

²⁹ 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."

Estado en el que nacen o a los que pertenecen sus padres; las relaciones familiares son objetivas y se establecen mediante el hecho biológico de la concepción y el nacimiento). Esto los diferencia de manera significativa de la "identidad de género", la cual, por su propia naturaleza, es un elemento subjetivo y está sujeto, en mayor o menor medida, a la voluntad individual.

123. De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados signatarios están obligados a respetar los siguientes principios en materia de protección de menores: no discriminación (art. 2.1); interés superior (art. 3.1); respeto del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (Art. 6); y, opinar y ser escuchado (art. 12). La única manera de observarlos es mantener el estado actual de la legislación en materia de cambio de sexo de menores. Así:

124. **Principio de no discriminación:** la discriminación se produce por el trato injustificado entre dos iguales. Ahora bien, las medidas de protección enfocadas hacia las niñas y niños tienen que ser especiales y específicas, lo que implica que no deben ser idénticas que aquellas dirigidas a las personas adultas.³⁰

125. En la literatura especializada sobre los derechos de la infancia, ha surgido la crítica al enfoque conocido como "adultocentrismo", que busca destacar el supuesto trato injusto que la sociedad brinda a los niños y niñas basado en su edad, lo cual se considera como una actitud arbitraria. Se defiende que la correcta aproximación o conceptualización de los niños y adolescentes no consiste en considerarlos como "adultos pequeños" o como personas en proceso de convertirse en adultos, sino como "una forma de ser persona hoy, válida y respetable...una etapa de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica".³¹

126. Por lo tanto, permitir que los menores accedan al cambio de sexo legal sin consideraciones adicionales sería discriminatorio, ya que, debido a sus necesidades de desarrollo, requieren protecciones especiales. Esta afirmación se respaldará más adelante con argumentos.

127. En cuanto al **derecho a ser escuchados**, es claro según el artículo 12, numeral 1, de la CDN, que las opiniones del niño se tendrán debidamente en cuenta "en función de la edad y madurez del niño". De aquí también se desprende que sus opiniones no se deben acatar siempre ni en términos absolutos.

128. Sin embargo, incluso si son capaces de formar su propio juicio y deben ser escuchados, su opinión no necesariamente tiene un poder decisivo. Además, no se puede concluir que poseen la capacidad de evaluar correctamente la seriedad de las decisiones que enfrentan. Si un niño no ha alcanzado una edad y desarrollo suficiente para formar su propio juicio, es aún menos capaz de ejercer por sí mismo derechos como si fuera un adulto plenamente capaz.

³⁰ Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 66. y Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 150.

³¹ UNICEF, Cuadernillo: "superando el adultocentrismo", Santiago, Chile (2013), p. 9.

129. De hecho, la investigación científica en este campo sugiere que, para actuar con verdadera autonomía, especialmente en el ámbito de las decisiones médicas (que son algunas de las decisiones más importantes que un individuo puede tomar), no es suficiente tener la capacidad de tomar decisiones sobre el desarrollo de las propias capacidades personales. Si bien esta capacidad es necesaria, no es suficiente por sí sola. También se requiere tener competencia para tomar decisiones en un contexto específico, donde factores externos como la presión de los pares, el estrés u otros pueden obstaculizar o negar esa competencia.³²
130. 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.
131. Así, es momento de analizar las exigencias del **principio del interés superior** en el caso que nos ocupa. El artículo 3 de la Convención establece la obligación para todos los Estados parte de implementar todas las medidas adecuadas para proteger y cuidar el bienestar de los niños. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) exige y permite al Estado tomar decisiones que contribuyan a la protección y cuidado de los niños. Esto implica protegerlos de las decisiones de sus padres en situaciones en las que estos actúan en nombre del niño en el ejercicio de sus derechos, ya que el niño no tiene la edad y madurez suficiente para hacerlo por sí mismo.
132. 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?
133. La principal medida de protección, general y primordial, consiste en establecer un sistema de capacidad jurídica que varía según la edad de las personas. Este sistema se basa en la realidad de los niños y niñas y en sus habilidades para tomar decisiones. Con el fin de salvaguardar la integridad personal y patrimonial de los menores de edad, y considerando su falta de madurez suficiente, la ley considera que los niños y niñas menores de 14 años son incapaces absolutos de ejercer por sí mismos todos sus derechos, mientras que los menores de 18 años son considerados incapaces relativos.
134. Otra medida de protección, que es particularmente relevante en este contexto, es que en el Estado ecuatoriano se ha establecido que la posibilidad de realizar cambios de nombre y sexo por género está reservada exclusivamente para aquellos que hayan alcanzado la mayoría de edad.
135. Por un lado, esto se basa en la premisa de que los niños, en general, no tienen la capacidad de formar juicios y tomar decisiones que comprendan plenamente los riesgos que conllevan. Por lo tanto, no son capaces de ejercer el derecho o la facultad jurídica de autodeterminación

³² Ver, Grootens-Wiegers, P, *et. al*, Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects, p. 2.

que se reconoce a los adultos. Por otro lado, se considera que la expresión y afirmación de una identidad de género masculina o femenina que difiere del sexo biológico de la persona suele ser una condición transitoria a esa edad. Con el fin de permitir que los niños continúen su desarrollo de manera libre y sin coacción, es necesario evitar la adopción de medidas drásticas y permanentes que limiten su libertad de expresión y autenticidad.

136. Dado que los niños son diferentes de los adultos y deben recibir un trato distinto por parte del Estado, y considerando que siempre se debe velar por su interés superior, es necesario tomar en cuenta la evidencia empírica sobre la manifestación de la identidad de género discordante en la infancia, así como consideraciones relacionadas con ella. Esto nos permitirá determinar cuál curso de acción objetivamente protege mejor dicho interés.
137. ¿Cuál es esta evidencia y consideraciones? En primer lugar, es importante destacar que no existen pruebas o exámenes objetivos que permitan identificar o distinguir con precisión y certeza los casos de identidad de género discordante que son genuinos de aquellos que son transitorios o falsos positivos. Dado que la identificación como transgénero es algo que una persona declara sobre sí misma, no hay ningún tipo de examen médico que pueda ser administrado por profesionales de la salud para diagnosticar u observar una identidad de género.
138. En realidad, con el transcurso del tiempo y debido a la influencia de la comunidad de personas que se identifican como trans, ha habido un movimiento para abandonar la idea de "patologizar" esta condición, favoreciendo en su lugar el enfoque de la auto-identificación. La condición de ser transgénero ya no se considera apropiadamente diagnosticable según la mayoría de los profesionales de la salud mental.
139. Cuando mucho, hoy en día las guías de referencia 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 sexo.³³
140. En resumen, el punto clave es que si se acepta la existencia de una categoría de "verdaderos trans" para identificar a aquellos que poseen esta condición de manera definitiva e inmutable, hasta el momento no se ha desarrollado un medio preciso y confiable para probarlo.
141. Además, los niños y niñas que muestran interés en adoptar una identidad de género discordante con su sexo, a menudo lo hacen basándose en nociones o conceptos estereotipados sobre las limitaciones y roles asociados a los sexos masculino y femenino.³⁴ Las niñas, niños y adolescentes suelen interpretar su deseo de rechazar su propio sexo, e identificarse con el sexo opuesto, como una búsqueda de los rasgos o elementos de género que suelen asociarse con ese sexo opuesto. Esta percepción es reconocida por la comunidad

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

³⁴ Ver 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").

de profesionales de la salud mental que contribuyen en la elaboración de los manuales de diagnóstico. Los criterios utilizados para diagnosticar la disforia de género en la infancia están estrechamente relacionados con estereotipos relacionados con la vestimenta, fantasías, preferencias en los juegos, y los juguetes o actividades típicamente asociados a cada sexo.³⁵

142. Por ejemplo, un niño que disfruta jugar con muñecas y le gusta el color rosa puede llegar a creer que debe ser una niña para justificar sus preferencias, en lugar de aceptar que es un niño que simplemente disfruta de los mismos juegos y colores que comúnmente se asocian con las niñas. La comprensión y conocimiento que un niño pequeño puede tener sobre estos temas es limitada, y tampoco tiene la perspectiva suficiente para entender que la incomodidad con su propio cuerpo y las expectativas sociales que recaen sobre él no son fenómenos nuevos en la historia. Lo que sí es nuevo es la opción de canalizar estos sentimientos hacia la afirmación de una identidad como persona trans.

143. ¿Cuál es la razón detrás de los intensos deseos que algunos niños y niñas experimentan de pertenecer al sexo opuesto al que les corresponde biológicamente? No se puede afirmar con certeza cuáles son las causas exactas de este fenómeno. Sin embargo, no podemos descartar por completo la posibilidad de que exista alguna conexión con otras condiciones o comorbilidades que puedan desencadenar o influir en estos sentimientos e ideas.³⁶ De hecho, un grupo significativo de niños y niñas que se identifican como transgénero también presentan algún trastorno psiquiátrico previo que puede contribuir a su deseo de realizar una transición de género. Es importante destacar que la prevalencia de la disforia de género es más alta entre aquellos niños y niñas que tienen alguna forma de discapacidad relacionada con su desarrollo mental³⁷, incluyendo a aquellos en el espectro autista (con tasas hasta 7 veces mayores que la población general).³⁸ Además, se observa una mayor incidencia de la disforia de género en aquellos niños y niñas con antecedentes de trastornos psiquiátricos.

144. Para los profesionales de la salud mental no existe consenso³⁹ sobre la única y absoluta acción a seguir cuando se enfrentan a un niño o niña preadolescente que experimenta una incongruencia de género, ya sea o no diagnosticada como disforia de género. En términos generales, existen dos enfoques principales: el enfoque trans afirmativo y el enfoque de espera atenta o *watchful waiting*.

³⁵ <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/>.

³⁷ Ver 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

³⁸ Ver D. Shumer et al. (2016), *Evaluation of Asperger Syndrome in Youth Presenting to a Gender Dysphoria Clinic*, *LGBT HEALTH*, 3(5) 387 at 387.

³⁹ 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.

145. El enfoque trans afirmativo se caracteriza por aceptar que el bienestar del niño se ve favorecido al reconocer su identidad transgénero como definitiva, y promueve la reorganización de su vida para afirmarla y evitar sufrimiento presente y futuro. Por otro lado, el enfoque de espera atenta sugiere un curso de acción más cauteloso y reflexivo, buscando determinar si la identificación del niño o niña es permanente y arraigada antes de tomar decisiones que podrían conducir a cambios permanentes en su cuerpo y estatus jurídico.
146. La segunda corriente de pensamiento se basa principalmente en la evidencia empírica existente hasta la fecha, la cual demuestra de manera concluyente que la identificación de género cruzada que se manifiesta en la infancia tiende a desaparecer antes de la pubertad. La mayoría de los casos de trastorno de identidad de género infantil son superados durante la adolescencia, con un porcentaje que oscila entre el 80% y el 95%. Esto significa que la gran mayoría de los niños que experimentan síntomas de disforia de género superan esta etapa sin necesidad de intervención alguna. Además, se argumenta que sólo alrededor del 23% de los niños, y entre el 12% y el 27% de las niñas, persisten en mantener esta pretensión más allá de la adolescencia⁴⁰. 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”⁴¹. Otro autor revisó la literatura existente y reportó que; “en el caso de niños prepuberales con 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.”⁴²
147. Por lo tanto, el enfoque de "espera atenta" argumenta de manera válida que la gran mayoría de los niños abandonarán su deseo de vivir de acuerdo con un género distinto al que se corresponde con su sexo biológico. Dado que no podemos determinar con precisión cuáles serán los niños que mantendrán su identificación como trans, es prudente evitar medidas de transición permanentes antes de que esto se haya establecido, con el fin de evitar cometer un error que pueda perjudicar el desarrollo de los niños. Normalmente, esto se produce cuando alcanzan la mayoría de edad y concluye la pubertad y adolescencia.
148. Anticipando la respuesta de aquellos que no comparten este punto de vista, es probable que argumenten que lo mencionado anteriormente solo tiene sentido si se asume que la concordancia entre sexo y género es en general normativa y deseable, lo cual ellos

⁴⁰ Ver 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.

⁴¹ Ver 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.

⁴² Ver 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.

rechazarían. Según este argumento, si todas las combinaciones son igualmente válidas, entonces se podría replicar que no hay ningún mal o perjuicio en la transición temprana, ya que se considera que los niños y niñas son como una hoja en blanco, y cualquier identidad de género, sea discordante o no con su sexo biológico, es deseable y buena por sí misma, o al menos neutra. En otras palabras, no se puede afirmar que haya una decisión correcta o incorrecta. Por lo tanto, no sería posible considerar un error la transición de los niños.

149. Sin embargo, esta postura choca directamente con la retórica comúnmente utilizada por los defensores de la transición, quienes argumentan que es necesario que la persona sea fiel a su verdadera identidad. Esto presupone, evidentemente, que existe una "verdadera identidad" para las personas, mientras que otras identidades serían consideradas falsas, y que se debe buscar y seguir la primera mientras se evita la segunda. Si existe una verdadera identidad para aquellos que se identifican como transgénero, entonces esto también sería cierto para aquellos que no lo son (conocidos como "cisgénero" en la terminología relacionada). Si se considera que los niños transgénero experimentan daño al no poder expresar su condición de género, también sería cierto que los niños no transgénero que viven y encarnan una vida como transgénero, sin serlo realmente, también sufren un perjuicio.
150. Tomando en consideración lo mencionado anteriormente, surge la interrogante de cómo determinar cuál es la identidad verdadera. Como se ha señalado, no existe ningún examen objetivo y preciso que permita identificar y diferenciar con certeza a aquellos que son considerados como "verdaderos trans" de aquellos que no lo son.
151. Desde una perspectiva basada en la evidencia empírica, se puede plantear una posible respuesta. Para la mayoría de las personas, su identidad de género, que coincide con su sexo biológico, es la que les brinda comodidad y coherencia en su vida. Si partimos de esta premisa, entonces esa identidad de género es considerada como verdadera para la gran mayoría. Es importante tener en cuenta que los niños pueden experimentar una disconformidad transitoria con su género o sexo durante la infancia, pero esto no implica necesariamente que deba realizarse una transición inmediata. Tomar esa decisión prematuramente puede poner en riesgo al niño o niña, privándolos de su verdadera identidad.
152. Ante la falta de criterios objetivos y certeza absoluta, es comprensible que el Estado adopte una postura cautelosa al garantizar la protección y el derecho a la identidad de los niños y niñas. En este sentido, es razonable que se pospongan cambios profundos y permanentes, como la modificación del nombre y del sexo legal, hasta que alcancen la mayoría de edad. Generalmente, cuando una persona alcanza la mayoría de edad, tiene la capacidad de comprender las implicaciones de sus decisiones y asumir la responsabilidad legal de sí misma. A partir de ese momento, en ejercicio de su autonomía, la persona puede utilizar las disposiciones legales existentes para llevar a cabo una transición personal más profunda, si así lo desea. Esta es la respuesta normativa actual del Estado de Ecuador ante la situación de los individuos menores de edad que manifiestan una identidad de género trans.

153. La decisión de realizar una transición legal, que incluye el cambio de nombre y sexo por género para niños y niñas, conlleva consecuencias significativas y potencialmente perjudiciales para ellos. A continuación, mencionaremos estas consecuencias. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta es solo una de las medidas o cursos de acción entre varias, que a menudo se llevan a cabo de manera conjunta y que tienden a influenciarse y fortalecerse mutuamente.
154. La implementación de cambios legales generalmente se lleva a cabo después de la denominada transición social, que implica cambios en el nombre, pronombres, vestimenta, actividades y otros hábitos personales. Estos cambios legales se combinan con intervenciones biomédicas en el cuerpo, que incluyen terapia hormonal para bloquear la pubertad temprana, el uso de hormonas para desarrollar características sexuales secundarias del sexo deseado y cirugías estéticas para modificar el torso y los genitales, incluyendo la extirpación de parte de los órganos sexuales. Es importante tener en cuenta que la administración de terapia hormonal tiene consecuencias más allá de los cambios físicos visibles, y se sabe con certeza que afecta la fertilidad, la salud cardiovascular y la función sexual y orgásmica.⁴³ Las cirugías son procedimientos que no pueden revertirse, y es importante considerarlas con seriedad y cuidado antes de tomar una decisión.
155. Las medidas legales de transición pueden abrir la puerta a otras intervenciones para las cuales los niños no están en condiciones de dar un consentimiento válido y consciente. Incluso los padres, a pesar de tener las mejores intenciones, pueden no contar con suficiente información para asegurar que estas intervenciones sean la decisión correcta. Algunos de los posibles riesgos asociados exclusivamente con la transición legal incluyen:
156. La transición de género puede presentar **desafíos en el ámbito de las relaciones amorosas y afectivas**. Los expertos en el tratamiento de personas con identidades de género discordantes han observado que vivir como persona transgénero puede limitar considerablemente las oportunidades de encontrar parejas románticas o sexuales. Hay un número relativamente bajo de individuos que se sienten atraídos por personas transgénero, ya sea por su orientación sexual hacia el mismo sexo o hacia el sexo opuesto. Esto se debe en gran medida a que las personas transgénero proyectan una imagen que difiere de su sexo biológico.
157. Además, **las expectativas excesivas** en la transición de identidad de género tienen un impacto significativo. Existe una creencia generalizada de que la transición de género resolverá de forma automática el estrés social y los problemas de salud mental experimentados durante el desarrollo personal. Sin embargo, esta percepción errónea de la transición como una solución rápida evita que las personas confronten adecuadamente los desafíos que enfrentan. Los problemas de salud mental persisten y a menudo se ven

⁴³ Ver 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.

agravados por el estrés asociado con vivir de acuerdo a un género que difiere de su sexo biológico.⁴⁴

158. La **presión parental** para que los niños persistan en una identidad de género discordante, incluso si se arrepienten, es una preocupación real. Los niños y adolescentes son especialmente influenciados por sus pares y figuras de autoridad al tomar decisiones. Ha habido casos reportados en los medios de comunicación en los que los padres defienden y promueven activamente la identidad de género trans de sus hijos, presentándose como defensores destacados de esta causa frente a maestros y otros padres, respaldando las teorías subyacentes a esta identificación. Dado que los niños aún están en proceso de desarrollo de su capacidad de discernimiento y personalidad, es plausible considerar que, en caso de arrepentimiento de la transición, puedan enfrentar dificultades para revertir el proceso debido a la percepción de que esto decepcionará a sus padres, quienes han estado involucrados en promoverlo, independientemente de si esta percepción es real o no.⁴⁵

159. A partir de estas reflexiones, se hace evidente que el Estado no puede asegurar la protección de los derechos a la no discriminación, al respeto al desarrollo y al interés superior del niño al legalizar el cambio de sexo en menores de 18 años.

160. Ahora, es necesario mencionar la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual tiene efecto en la legislación de Ecuador. Por consiguiente, en principio, se aplica lo establecido por la Corte en relación al supuesto deber del Estado de implementar mecanismos para cambiar legalmente el nombre y el sexo registrado, basándose en la autopercepción del individuo solicitante, sin imponer obstáculos para ello.

161. No obstante, 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 art. 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

⁴⁴ Levine, S. (2018), Informed Consent for Transgendered Patients, J. OF SEX & MARITAL THERAPY, at 6, DOI: 10.1080/0092623X.2018.1518885 (“Informed Consent”), p. 9.

⁴⁵ “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.

como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada.⁴⁶

162. En consecuencia, sería apropiado considerar la Opinión Consultiva, la cual, no obstante, reconoce que el Estado tiene la responsabilidad de proteger al menor considerando su edad y nivel de madurez personal. En este caso específico, esto implicaría rechazar la solicitud de cambio de nombre y sexo por género, al menos de manera temporal, debido a que el niño aún no ha llegado a la etapa de la adolescencia y, por ende, no ha alcanzado la madurez necesaria para tomar decisiones sobre este tema en particular.

2. Deberes derivados del derecho nacional

163. De conformidad con el art. 44 de la CRE, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes (en adelante “NNA”). Además, deberá asegurar el ejercicio de sus derechos, atendiendo al principio del interés superior.

164. El inciso segundo del artículo define al desarrollo integral como proceso “de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones”, a fin de satisfacer sus diversas necesidades.

165. En tanto que el art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia define al principio del interés superior como aquel que está “orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento”. No obstante, indica en su segundo inciso que se deberá “mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías”.

VI. Conclusiones y recomendaciones

166. La presente acción incumple los requisitos para la procedencia de la acción extraordinaria de protección previstos en el art. 62 de la LOGJCC.

167. En efecto, las alegaciones de la demanda rebasan el objeto de la acción extraordinaria de protección y no pueden ser analizadas mediante esta garantía. La mera inconformidad con la sentencia, no permite que prospere una acción extraordinaria de protección como así se ha pronunciado esta H. Corte Constitucional.

168. No existe vulneración de los derechos constitucionales invocados por la parte accionante y esto fue debidamente motivado en la sentencia recurrida.

169. Existe Precedente de la Corte Constitucional en la materia que establece claramente que existen dos condiciones para acceder legalmente a un cambio del dato sexo en la cédula de

⁴⁶ Párr. 154.

identidad: la mayoría de edad y el sometimiento a un proceso médico para modificar el cuerpo. En consecuencia, la legislación ecuatoriana no permite el cambio de sexo en el caso de menores de edad.

170. Existen graves consecuencias derivadas de un control constitucional sobre la materia, que además debe ser resuelto a través de una acción de inconstitucionalidad y no a una acción extraordinaria de protección.
171. Esta Corte, debe abstenerse de realizar un control de mérito en el presente caso, sobre la base de las siguientes razones:
 - a. El caso originario versa sobre un menor de edad, por lo que sería imposible realizar un control de mérito sin verse obligados a regular cuales son los derechos que se adquieren con el cambio de sexo y cuales son los deberes de terceros al respecto. Esto, bajo ningún concepto, debería hacerse mediante sentencia, sino que es el Legislativo quien tiene que generar un tratamiento adecuado de la materia.
 - b. Como se demostró, una deficiente regulación de los efectos del cambio de sexo legal puede traer un sin número de problemas prácticos, cuya prevención debería hacerse por ley.
 - c. Puesto que para proteger a las personas trans no se necesita resignificar el término “sexo”, sino simplemente enfatizar en que tienen protecciones especiales por razón de su identidad diversa, impetramos a esta Corte a que realice una distinción entre las categorías de sexo legal y sexo biológico. Además, que disponga que cuando el término "sexo" aparezca en la ley, este sea interpretado en su significado biológico.
 - d. 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.
 - e. 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.

