

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

El derecho a formar una familia

Conflictos de validez frente al sentido integral de la constitución

María Daniela Ayala Álvarez

Tutor: Marco Tulio Navas Alvear

Quito, 2024



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, María Daniela Ayala Álvarez, autora de la tesis intitulada “El derecho a formar una familia. Conflictos de validez frente al sentido integral de la constitución”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho, mención Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

13 de diciembre de 2021

Firma: _____

Resumen

La Constitución ecuatoriana es el fruto de un proceso eminentemente democrático que trae consigo una profunda legitimidad social que refunda el contrato social ecuatoriano; otorgando este especial énfasis al reconocimiento de los derechos humanos y sus principios. A pesar de ello, parecería *prima facie* existir normas que se contradicen con su *bloque de constitucionalidad*; que limitan y restringen o incluso impiden el ejercicio de derechos; creando una aparente tensión de origen de conformidad a su interpretación sistemática o incluso una pérdida de vigencia que se deriva de la interpretación evolutiva y dinámica que la misma norma prevé. Esta investigación intentó definir si estas tensiones implican la existencia de normas constitucionales inválidas, inaplicables, que requieren interpretación conforme o incluso inconstitucionales frente al sentido integral de la Constitución.

El análisis se centra en las normas relativas al derecho de familia en el contexto del reconocimiento de las familias en sus diversos tipos y la prohibición de adopción por parte de personas del mismo sexo. Para efecto de lo cual, se realiza en el primer capítulo una contextualización de los antecedentes históricos y socioculturales que sustentaron las discusiones y posteriores cambios constitucionales en torno al derecho a de familia. En el segundo capítulo se estudia las discusiones llevadas a cabo durante el proceso Constituyente de 2007 hasta el referendo aprobatorio de la Constitución de 2008 en torno a la familia diversa. En el tercer capítulo se estudia la doctrina y jurisprudencia relacionada con las normas principalistas, los derechos humanos y en específico los avances relacionados con el derecho de familia, para determinar si la norma constitucional objeto de estudio tiene contradicción con la interpretación evolutiva en estudio. Todo lo cual conduce a concluir si es que estas tensiones de origen o evolución acarrear contradicciones normativas constitucionales que cuestionen la validez e incluso su constitucionalidad.

Palabras clave: derecho constitucional, igualdad, discriminación, adopción, validez, constitucionalidad, interpretación evolutiva y sistemática, bloque de constitucionalidad, derechos humanos, *ius cogens*

La tierra pertenece a los vivos...una generación no puede amarrar a otra. Parece que no hemos percibido que bajo las leyes de la naturaleza, una generación es la siguiente, como una nación independiente de otra.
(Jefferson, 1789)

Esta tesis está dedicada a todas las familias diversas de nuestro país, en especial a las familias homoparentales, cuyas luchas nos han hecho un país un poco más justo y habitable.

Agradecimientos

A mi concubino Juan José, mi perrijo Llapingacho y a la Dome, la última incorporación a mi familia diversa.

A mis amigos del “I Coloquio Tesis Maestría”, por todas las risas que me siguen sacando y los encebollados que siguen pendientes.

Tabla de contenidos

Introducción	15
Capítulo primero Constitucionalismo en el Ecuador: análisis histórico de los avances, limitaciones y restricciones en el derecho de familia previos al proceso constituyente de 2008	21
1. De la mano del <i>pater</i> a la igualdad de derechos y obligaciones	22
2. Los efectos de la Crisis de 1999 sobre las familias ecuatorianas.....	27
3. Las luchas de las diversidades sexo genéricas por el reconocimiento de sus derechos.....	30
4. Las familias de diversas en el Ecuador: más que un producto de la migración .	34
4.1. La poligamia en la diversidad cultural de las familias ecuatorianas	36
4.2. Los niños, niñas y adolescentes en familias homoparentales	37
4.3. Las nuevas tecnologías de reproducción y sus efectos en la comprensión del concepto de familias diversas.....	41
4.4. La adopción en el Ecuador como mecanismo para formar una familia	45
Capítulo segundo El derecho a formar una familia: concepto y disciplinamiento de la familia, avances y restricciones a las familias diversas en el proceso constituyente ecuatoriano del 2007-2008	50
1. La discusión en torno a familia en el proceso constituyente ecuatoriano	52
2. Una Constitución garantista: avances y contradicciones de la Constitución del 2008 en relación con los principios y derechos que reconoce	65
2.1. La Constitución del 2008: una constitución regida por principios	66
2.2. El derecho a la igualdad y no discriminación como derecho y garantía	69
2.3. El derecho a la vida digna, más allá del derecho a sobrevivir	73
2.4. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes.....	76
Capítulo tercero ¿Distinción o discriminación? Tensiones constitucionales en relación al derecho a formar una familia en el Ecuador	82
1. El bloque de constitucionalidad como condicionante de la validez intraconstitucional	84
2. El jus cogens internacional como condición de validez de las normas constitucionales	93
2.1. El jus cogens en el Sistema Americano: igualdad y no discriminación y el interés superior del niño	96
2.2. El control constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador en relación con los derechos de las personas LGBTI+	103

3. Análisis de la validez o interpretación constitucionalmente válida del segundo inciso del artículo 68 de la Constitución del 2008	111
Conclusiones	118
Bibliografía	120

Introducción

La construcción de las ciencias sociales como una “ciencia” nace de la necesidad de dotar a los estudios sociales de objetividad y estabilidad en el tiempo; revestirlas de la credibilidad con la que contaban las ciencias exactas. El exponente más importante de esta tendencia en el área del derecho es, como es bien conocido, el profesor Hans Kelsen a través de su “Teoría Pura del Derecho”,¹ que sostiene, a grandes rasgos, que el derecho se puede y debe distanciar de cualquier elemento subjetivo.

Este estudio partirá de una posición bastante distante de la kelseniana, no solo porque no se identificará con las teorías positivistas – al menos no con las teorías puras, sino porque además parte del profundo convencimiento de que la objetividad verdaderamente no es posible. Como han demostrado los últimos experimentos de las teorías de la mecánica cuántica la objetividad ya no es un requisito *sine qua non* ni siquiera para las ciencias exactas, demostrándonos que el observador afecta la realidad del objeto observado, lo que es percibido por los sentidos modifica de alguna forma la realidad incluso antes de que esta sea procesada por los sentidos del observador.² Entonces, si no se puede tener objetividad en las ciencias exactas ¿por qué habría de exigírselo a las ciencias sociales?

En este mismo sentido, un análisis de las investigaciones en el campo de las ciencias sociales pone en evidencia que esta subjetividad también las afecta: la mirada del observador, sus creencias y en gran medida – aunque no debería ser así – su posición personal, incluso desde el punto mismo de partida de la investigación. Se puede afirmar que los cuestionamientos que dan origen a la investigación se encuentran plagados de subjetividad, al igual que la elección de los sujetos y objetos de estudio.

Lo dicho no busca constituirse en una crítica a la subjetividad de las ciencias sociales y en el caso específico de las jurídicas. Al contrario, lo que busca es reconocer

¹ Hans Kelsen, 1965 *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires- Argentina: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires.

² BBC Extra. 11 de marzo de 2019. *¿Existe la realidad?: el experimento que comprueba por primera vez que a nivel cuántico no hay hechos objetivos?*, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47491699>

la existencia de esta subjetividad y al reconocerla exigir que quien investiga o presenta resultados sitúe el conocimiento³ de tal forma que el conocimiento quede ligado a la subjetividad de quien investiga y su contexto. Lo que se busca es que la subjetividad quede explicitada de tal forma que el lector sea quien matice.

Desde esta postura epistemológica crítica que refiere al concepto del conocimiento situado⁴ resulta indispensable partir de una separación teórica tanto del jus positivismo como del jus naturalismo, situándome en una posición más ecléctica que parte por reconocer que si bien el derecho es una construcción social que se plasma -en nuestro caso- en la norma positivada. Esta construcción está altamente marcada por los procesos de cada sociedad así como influenciada por las construcciones y evolución del derecho en otras sociedades y su avance internacional.

En este sentido es importante el reconocimiento de la existencia de principios-valores previos al texto positivado, compartidos en cierta medida por la sociedad en la que se expide la norma, así como adoptados de otras sociedades. Principios entendidos necesariamente en un sentido más histórico-evolutivo que distancian inevitablemente del jus naturalismo, ya que implica que estos principios-valores no son connaturales a las personas, sino un producto del avance social.

Esta posición se sostiene en el hecho que, la evidencia empírica del estudio histórico del derecho, demuestran que si bien hoy existen mínimos generalizados en la mayoría de las sociedades sobre conceptos como la dignidad del ser humano y en general de los derechos humanos, estos no anteceden al desarrollo de la sociedad, sino que son como tales un constructo social⁵ como lo estudia Pérez Luño.⁶ Por tanto, se deja establecido que esta investigación parte del entendimiento del derecho como una construcción social, histórica, no estática; sea que esta se plasme en una norma positiva o no.

Lo dicho sin embargo resulta insuficiente ya que plantea un problema conceptual que se resume en una pregunta: ¿Cómo puede avanzar el derecho positivado a ritmos distintos que los imaginarios sociales siendo una construcción social? Es decir, ¿cómo se justifican reivindicaciones normativas de derechos que no

³ Donna Haraway. 1995. *Ciencia, cyborgs y mujeres: la reinención de la naturaleza*. Ediciones Catedra.

⁴ Ibid.

⁵ Peter L. Berger y Thomas Luckmann. 1996. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrotu.

⁶ Pérez Luño, Antonio E.. 2007. *Los derechos fundamentales*. Undécima edición. Madrid: Tecnos.

están socialmente reconocidos como tales en la sociedad? o por otro lado ¿cómo se sustentan estos derechos en normas anteriores construidas bajo imaginarios que históricamente no incluían la reivindicación de determinados derechos?

Esta interrogante enfrenta también con un segundo reto conceptual que se refiere a cómo se definen los mínimos sociales. Pregunta cuyo análisis pone en cuestión incluso la comprensión de democracia tradicional que se limita a pensar en los procesos democráticos como la ley de las mayorías; y obliga a pensar en una democracia material, en una democracia sustantiva.

Se inicia con una afirmación que va de la mano de la concepción del derecho como un *constructo social*, construcción de la que resulta necesario reconocer que no ha sido siempre democráticas, ni tampoco pacíficas. De hecho, los cambios más icónicos han sido el producto de revoluciones o guerras, como en el caso de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) o la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

A fin de cuentas, estos cuestionamientos planteados se enfocan en los principios del derecho que son los que hoy se reconocen como universales. Tal sería el caso del principio de la igualdad que se acompaña inevitablemente del derecho a la no discriminación. Principio del cual, por ejemplo, no se puede perder de vista que cuando se establece en 1789 no consideraba que las mujeres, los afrodescendientes, personas con discapacidad o las diversidades sexo genéricas nacían libres e iguales en derechos que los hombres, como si lo hace explícitamente ahora. Esta igualdad, en su origen se concibió como igualdad entre los hombres con ciertas características; como fue puesto en cuestionamiento casi inmediatamente con la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana⁷ en 1791 por Olympe de Gouges.

De lo dicho deviene evidente que lo que hoy se reconoce como contenido del principio de igualdad y no discriminación no es lo que los revolucionarios franceses concibieron como su contenido. De ahí que la interpretación evolutiva de los derechos humanos⁸ constituye un componente esencial en la vinculación entre la norma positivada y los avances o reivindicaciones sociales, que permite en cierta medida vivir

⁷ Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne (París: 1791).

⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido a la interpretación evolutiva en varios instrumentos, entre estos: Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83; Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, párr. 245, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 55.

en la metamorfosis legal. Metamorfosis que implica tener normas escritas que no solo que mutan en el tiempo en su significado y se reinterpretan a la luz de los tiempos y las nuevas realidades, sino que además pueden potencialmente obligarnos a expulsar del ordenamiento normas válidamente dictadas, acordadas y aceptadas socialmente, que convivían sin contradicción en jurídico positivado cuando la norma se dictó por contraponerse a su nueva interpretación, aun sin haber sufrido la norma reforma alguna.

Esto lleva a entender al derecho como un sistema vivo, como ha sido reconocido por la Corte Interamericana. Un sistema en constante evolución que no puede – y en cierta medida no debe – ser controlado por la voluntad de las mayorías. Lleva a la comprensión de que un derecho guiado por principios obliga constantemente a ampliar la comprensión de sus implicaciones, más allá de los límites con los que nacieron a los ojos de las legislaturas o la sociedad que los alumbró.

Es innegable entonces que si bien no se debe esencializar el contenido de los derechos en razón que ello implicaría dotar a estos valores de una característica estática, si se puede referir a contenidos mínimos, socialmente acordados, que evolucionan con el tiempo hacia la mayor protección posible de estos derechos. Estos contenidos que constituyen los valores que deben convertirse en los marcos de los ordenamientos jurídicos, tanto en su función de guías cuanto en su función límites de la actuación ejecutiva, legislativa y judicial.

Estos mínimos obligan a retomar el tema del acuerdo social y la interrogante democrática sobre el rol de las mayorías en la construcción de los acuerdos sociales. En consecuencia cuestionarnos es si ¿pueden ser exigibles mínimos que han sido “acordados” por las minorías? y ¿qué sucede con el concepto de la democracia de las mayorías? No pretendo solucionar este problema teórico respecto de concepto mismo de la democracia -no sé si sea posible ni aun si contara con los suficientes elementos para esbozar una solución- pero si se debe señalar que esta interrogante constituye el principal problema teórico y por tanto una de las preguntas que guiará esta investigación, como se observará.

Se parte entonces de sostener que la norma constitucional tiene un espíritu, es decir un conjunto de valores que la preceden y que no siempre responde a lo que las mayorías interpreten, sino que tiene un sentido propio que hace que se adapte en el tiempo. Un espíritu que lleva a que sin la necesidad de que se cambie en el texto positivado una sola palabra el concepto se aleje del imaginario de quien lo construyó,

tal como ha sucedido a lo largo de la historia con el principio de igualdad y no discriminación. Un espíritu garantista vivo recogido en su *bloque de constitucionalidad*.

En este contexto, la pregunta que pretende responder este trabajo es si teniendo la constitución un espíritu garantista ¿pueden existir conflictos de validez de normas con el mismo rango constitucional por el hecho de no adecuarse a lo que significaría este espíritu garantista y más aún desde una interpretación evolutiva de lo que significan otras normas de este mismo rango constitucional? Para lo cual se toma como parámetro de análisis el derecho a la igualdad y las regulaciones constitucionales en torno al derecho a formar una familia y otros principios relacionados con la familia.

Se elige el derecho a formar una familia y no cualquier otro derecho constitucional por una razón eminentemente práctica y de contexto. Esto es el hecho que se trata de un derecho que no solamente fue discutido a lo interno de la Asamblea Constituyente, sino que además enfrenta al problema antes descrito: la interpretación que minorías sociales se puede realizar respecto de este derecho y la existencia de principios de derechos humanos recogidos en la norma Constitucional con los que limitaciones al derecho estarían aparentemente en contradicción.

En este punto, como lo advertía en líneas anteriores, es necesario develar mi posición situada; por lo que señalo que al referirme en minorías me incluyo por varias razones, pero principalmente por un principio de autoidentificación. Es así como desde que se discutía en Montecristi el texto de la Constitución y el reconocimiento de las familias de diversos tipos jamás interpreté que tal articulado excluía de alguna forma a familias como las homoparentales por ejemplo. Es decir, que nunca pensé que tal norma se limitase a reconocer la realidad social de la conformación familiar generada por la migración masiva que vivió el Ecuador después de la Crisis Financiera de 1999 (en adelante Crisis del 99), por la que los progenitores se vieron obligados a migrar a países como Estados Unidos, Italia o España, dejando a sus hijos a cargo de abuelas, tíos o incluso los hermanos mayores; sino que implicaba el reconocimiento de todos los tipos de conformación familiar existentes en el Ecuador.

A pesar de haber explicitado mi posición situada, se debe señalar que la razón por la que existe si quiera la discusión que enfrenta este trabajo es precisamente el hecho que el “pacto social” fue interpretado de maneras distintas por los actores sociales, inclusive dentro de la Asamblea Constituyente mientras se trataba el concepto de *familia diversa*.

En consecuencia se señala que esta investigación busca: 1) problematizar la norma positivada, ante la posibilidad de contar con múltiples interpretaciones incluso literales, cuya interpretación dependerá -aunque los positivistas no concuerden- con la posición situada del interprete; 2) analizar el derecho dúctil, cuyas interpretaciones evolutivas permiten tener un ordenamiento jurídico no estático en el que las interpretaciones normativas se amoldan a aquellas que garanticen en mayor medida y de mejor forma los derechos humanos, en especial el derecho a la vida digna que incluye el derecho a desarrollar el proyecto de vida, así como el derecho-garantía a la igualdad y no discriminación; y, finalmente, 3) evidenciar si es que puede existir jerarquía entre normas constitucionales -partiendo del hecho que la Constitución ecuatoriana incluye normas de orden reglamentario, sin limitarse a contener en ella principios- para determinar si es que pueden existir conflictos de validez que obliguen a expulsar o declarar inaplicables normas de jerarquía constitucional, a fin de garantizar el efectivo espíritu garantista respecto del ejercicio de los derechos humanos.

Capítulo primero

Constitucionalismo en el Ecuador: análisis histórico de los avances, limitaciones y restricciones en el derecho de familia previos al proceso constituyente de 2008

El derecho de familia en el Ecuador, como en muchos otros países occidentales y, en especial, aquellos de tradición romanista, ha estado fuertemente marcado por las instituciones romanas como la figura del *pater familias* y la *patria potestas*; pudiéndose evidenciar que aun hoy constan en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al menos en nombre. Sin embargo, resulta evidente que al igual que otras figuras jurídicas romanistas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, aquellas que forman parte del derecho de familia en el Ecuador han sido reinventadas, reinterpretadas si se quiere, sufriendo modificaciones sustanciales que si fueran observadas atemporalmente seguramente llevarían a la conclusión que no se trata de la misma figura jurídica. En ese sentido Farith Simon⁹ y Alexander Barahona¹⁰ concuerdan al señalar que el concepto de familia no es estático.

Si bien no se realizará un análisis histórico profundo de los cambios que han sufrido estas instituciones familiares, se referirá de manera sucinta a estos a fin de evidenciar las modificaciones que han vivido estas instituciones en el tiempo; evolucionando para adaptarse a los tiempos y constituirse en herramientas para la protección de los derechos en la familia ecuatoriana. Para ello inevitablemente, a más de los cambios históricos y sociales, se analizarán los avances Constitucionales, limitándome a las Constituciones de 1998 y 2008. Así también se estudiarán los obstáculos que mantienen nuestro ordenamiento jurídico para permitir el pleno desarrollo del proyecto de vida de muchas de las personas que habitan nuestro país,

⁹ Farith. Simon Campaña, *Manual de derecho de familia*. (Quito: Cevallos Editorial Jurídica, 2020). Establece que “Las relaciones entre sus miembros, el concepto que tenemos de ella, etc., resulta de un proceso de evolución social que depende de condiciones históricas y sociales concretas que la van moldeando”, pg. 28.

¹⁰ Alexander. Barahona, *Igualdad familia y matrimonio en la Constitución Ecuatoriana de 2008*. En Foro Revista de derecho No. 23. (Quito:UASB, 2015). Señala que “Al hablar de familia nos referimos a una diversidad de aspectos de orden histórico, social, político y jurídico, que dan cuenta cómo a través del tiempo dicha institución ha evolucionado, y, a su vez, conserva determinados elementos constituyentes. Es indudable que la familia es el grupo primario de pertenencia de los individuos, que, en cuanto entidad viva, permite el establecimiento de relaciones dinámicas de sus miembros entre sí y para con otros, dando paso a la conformación de la sociedad y el Estado.”, pg. 70.

problematizando y matizándolos a la luz de los avances existentes en la materia tanto en la jurisprudencia como en el derecho comparado. Análisis que permitiéndonos una comprensión más amplia de los cambios normativos que ha sufrido el derecho de familia permite evidenciar el sentido integral de la protección de la familia en Ecuador y problematizar la validez de normas que limitan esta protección.

1. De la mano del *pater* a la igualdad de derechos y obligaciones

Como muchos otros países de Latinoamérica, el Ecuador adoptó en su Código Civil el modelo de Andrés Bello¹¹ inspirado en el Código Napoleónico y los principios romanos, aprobándolo el Senado y la Cámara de Representantes del Ecuador en 1860.¹² Recogiendo varias instituciones del derecho romano nuestra norma civil incluyó, entre otras vinculadas con el derecho de familia, la patria potestad. Sobre esta, establecía por ejemplo, en el caso del domicilio de la familia, que:

Art. 68.- El que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno, y el que se halla bajo tutela o curaduría, el de su tutor o curador.

Norma que pone en evidencia claramente que la figura de la patria potestad se mantenía vinculada a la autoridad del padre, levantando cualquier duda sobre ello el artículo 234, que definiendo la patria potestad señalaba de manera expresa que:

Art. 234.- La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. Estos derechos no pertenecen a la madre. [...]

Si bien en la Codificación de 1930¹³ este artículo ya se refiere a la patria potestad como el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos -reforma realizada junto con varias otras progresistas aprobadas en el periodo Alfarista, la creación del Registro Civil y la introducción del divorcio civil- no se puede obviar el hecho esta la norma mantiene la figura de los hijos “legítimos”; es decir, mantiene una distinción entre hijos nacidos en matrimonio con aquellos nacidos fuera de una

¹¹ Bernardino. Bravo Lira, *La Codificación en Chile (1811-1907), dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana*. En Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 12. (Chile: Universidad de Chile, 1987)

¹² Ecuador, Código Civil, Decreto Legislativo 0, Registro Auténtico 1860, 3 de diciembre de 1860.

¹³ Ecuador, Codificación del Código Civil, Registro Oficial Suplemento 352, 20 de junio de 1930.

relación matrimonial. Con ello, varias consecuencias jurídicas relacionadas con la filiación y la propiedad.

Evidenciándose así que ya entrado el siglo XX la figura de la patria potestad había sufrido cambios sustanciales que, en gran medida, permitiría inclusive argumentar que modifican en su naturaleza esta institución; pasando los hijos de la mano del *pater* a la mano de ambos o cualquiera de los progenitores.

Así se observa que si bien la reforma constituye una modificación estructural de dicha institución jurídica, casi un siglo después deviene indiscutible esta mutación. Nadie se le ocurriría siquiera pretender que la madre no pudiere ejercer la patria potestad bajo un argumento lexical; en la misma medida que a nadie se le ocurriría pretender que la patria potestad implicaría en este siglo que el padre pudiere disponer sobre la vida de sus hijos o su cónyuge como significaba otrora.

Ahora bien, las normas referidas ponen en evidencia que la familia ha sido reconocida como el núcleo fundamental de la sociedad, sin embargo aquella familia que se reconocía para fines legales inclusive a nivel Constitucional, era solo una, la familia nuclear conformada a través de la unión matrimonial con el fin de procrear; aquella regida por el *pater familias* quien ejercía la patria potestad respecto de los demás integrantes de esta, incluyendo la esposa. Es así que tanto el Código Civil de 1860, como la Codificación de 1930, al igual que la Codificación de 1960¹⁴ establecían que:

Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

No siendo sino hasta la Codificación del año 2005¹⁵ que consta modificada la definición del matrimonio, estableciendo simplemente que “es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

Interesante resulta observar que, si bien en el año 2005 ya no aparece la palabra “indisoluble”, llama la atención que sí se mantenga en las dos anteriores, toda vez que

¹⁴ Ecuador, Codificación del Código Civil, Registro Oficial Suplemento 1202, 20 de agosto de 1960.

¹⁵ Se debe aclarar que si bien se llaman codificaciones, muchas reformas realizadas al Código Civil se introdujeron en ellas, sea porque se encontraban ya vigentes reformas (como en el Caso de la Ley Reformatoria al Código Civil, publicada en el RO Suplemento No. 256, de 18 de agosto de 1989) o por una mala técnica legislativa. A pesar de ser una diferencia importante la de codificación o reforma, no profundizaré con un análisis de esta problemática.

ya se había introducido el divorcio civil en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a principios del siglo XX. Lo que si se mantiene inmutable en la definición del matrimonio es la referencia expresa a entre quienes se celebra tal contrato solemne: hombre y mujer. Pero en realidad lo que más llama la atención al respecto y que sería causa de discusión en la Constituyente que llevó a la Constitución de 2008, es que la Constitución no hacía distinción alguna respecto del matrimonio, estableciendo sobre la familia lo siguiente:

Art. 37.- El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas de hogar.

El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.

Es decir, que no solo se establece la protección a la familia, que podría constituirse por vínculos jurídico o de hecho, sino que además se limita a establecer que el matrimonio se funda en consentimiento libre de los contrayentes sin realizar distinción adicional alguna en cuanto se refiere al sexo de estos.

Lo dicho pone en evidencia que mientras se lograban avances en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el Código Civil se mantenía casi como una especie de reducto conservacionista; evidenciándose que los cambios sustanciales en el derecho de familia introducidos en el ordenamiento jurídico no constaban ya en el Código Civil sino en normas especiales, como sucedió con la promulgación del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia¹⁶ que en su artículo 9 reconoce la función básica de la familia como “el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente”. Agregando este Código la responsabilidad compartida del padre y madre, quienes además de deberles protección, cuidado y respeto, están obligados a la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

Así nuestra legislación transita de un sistema de “menores” en la que los progenitores ejercían derechos sobre los hijos, a un sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes en que se les reconoce derechos y obligaciones dentro de la familia y de manera expresa la responsabilidad compartida y primordial de sus progenitores, pero no exclusiva. Pasando a un sistema de protección integral, se

¹⁶ Ecuador, Ley 100, Registro Oficial No. 737, 3 de enero de 2003.

observa también que desaparecen las categorías de hijos que en suma generaban distinciones odiosas por las que se restringía derechos y se clasificaba injustamente los hijos e hijas, como aquella clasificación de ilegítimos¹⁷ o incluso peor la de adulterinos,¹⁸ entre otros avances que más que reconfiguran la familia ecuatoriana, la reconocen y garantizan derechos de sus integrantes, especialmente la protección integral a niños, niñas y adolescentes.

Para el año 2005 se observa que también se encontraba ya establecida, con rango constitucional inclusive, la unión de hecho por la que no solo se consideraba a la familia como célula fundamental de la sociedad, sino que además se reconoce que se “constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”.¹⁹ Vínculos de hecho sobre los que la Constitución de 1998 estableció:

Art. 38.- La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.

Este cambio respondió al hecho que muchas familias ecuatorianas, por diversas razones, tenían constituidas familias de hecho; es decir, sin la existencia de un vínculo matrimonial. En la práctica la falta de reconocimiento de esta realidad social generaba inseguridad jurídica, en especial en cuanto tiene relación con los bienes generados durante la relación. Inseguridad que por razones sociales e históricas ocasionaba que

¹⁷ El artículo 29 del Código Civil de 1960 (Ecuador, Codificación 16, Registro Oficial Suplemento No. 1202, 20 de agosto de 1960; última codificación Registro Oficial Suplemento No. 104, 20 de noviembre de 1970), establecía que: Los hijos son legítimos o ilegítimos.

Legítimos, los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que surta efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción.

Ilegítimos, los que han sido reconocidos voluntariamente como tales por su padre o madre, o por ambos; o aquéllos que han sido declarados tales por resolución judicial.”

¹⁸ El artículo 31 del Código Civil de 1930 (Ecuador, Codificación 0, Registro Oficial Suplemento No. 352, 20 de junio de 1930) establecía que: “Los hijos ilegítimos son, o naturales, o de dañado ayuntamiento, o simplemente ilegítimos.

Se llaman naturales los que han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o de ambos, con arreglo al título 12 de este libro.

Se llaman de dañado ayuntamiento los adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

Los que no son reconocidos como naturales, ni provienen de dañado ayuntamiento, se llaman simplemente ilegítimos.”

Mientras que el artículo 32 definía a los adulterinos de la siguiente manera: “Es adulterino el concebido en adulterio, esto es, entre dos personas de las cuales una a lo menos, al tiempo de la concepción, estaba casada con otra; salvo que dichas dos personas hayan contraído matrimonio putativo, que respecto de ellas surta efectos civiles.”

¹⁹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador-1998, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 37.

las mujeres o los hijos se quedaran desprotegidos.²⁰ Siendo así que con el reconocimiento de una realidad existente en el país se garantizaron derechos y por tanto la posibilidad de que existan diversas conformaciones de estos núcleos fundamentales de la sociedad.

Resulta evidente que el derecho de familia en el Ecuador no ha sido estático, sufriendo cambios inclusive en la naturaleza misma de los conceptos que con esta rama se relacionan. Sin embargo, en gran medida los avances referidos se han dado en consecuencia de luchas sociales, como las que me referiré más adelante, que han llevado a avances normativos internacionales, como la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos del niño o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Evidenciándose que se trata de avances que en mayor o menor medida han sido impulsados global o al menos regionalmente.

La Constitución del 2008 por otro lado presenta algunos avances en materia de familia. Avances respecto de los que si bien se podría encontrar su nexo -al menos en la región-, nacen de la discusión social en torno a dos procesos claramente locales. Procesos que, de manera sumamente interesante, a pesar de lo distinto de estos, lleva a un reconocimiento jurídico común: el reconocimiento de las familias en sus diversos tipos. Familias -en plural- que no solo son el centro de esta investigación, sino que fueron y siguen siendo el centro del debate desde el proceso constituyente que condujo a la Constitución de 2008 y que nos ponen en debate conflictos de validez de normas con este mismo rango Constitucional.

Por esta interpretación diversa de lo que implica el reconocimiento de los distintos tipos de familia es que resulta particularmente importante analizar dos fenómenos sociales: por una parte, los efectos de la Crisis de 1999 sobre las familias ecuatorianas, que junto con las luchas feministas evidenciaron la necesidad de reconocer y garantizar derechos de familias con distintas conformaciones; y por otra, las luchas de las diversidades sexo-genéricas por el reconocimiento de sus derechos. Análisis que nos pondrá en contexto las distintas interpretaciones del concepto “familia diversa” recogido en la Constitución de 2008 y su alcance para efectos de

²⁰ Carmen Diana Deere, junto con Magdalena León, realizó un estudio en 12 países, dentro de los que se incluye el Ecuador, en el que analizaron las dimensiones de género en el acceso a la tierra, evidenciando las brechas existentes en el acceso a la propiedad. Carmen Diana Deere, y Magdalena León, *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*. (México: UNAM-FLACSO, 2000).

problematizar la norma positivada en inciso segundo del artículo 68 que expresamente establece que “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”.

2. Los efectos de la Crisis de 1999 sobre las familias ecuatorianas

El Profesor Hernán Salgado considera que los procesos constituyentes en el Ecuador han estado, y agrego de mi peculio -siguen estando-, en latencia permanente al constituirse en una vía de desfogue para “los problemas políticos (cuando) parecen no tener otra solución”. Pero además de ser una válvula de escape, se han constituido en una “estrategia política” que describe como “una nueva norma de populismo”,²¹ o como refiere Navas, un “orden político []destabilizado por esta forma de publicización que presionó de forma decisiva por una salida a la crisis a través de un cambio político inmediato”.²² Tanto los procesos constituyentes que llevaron a la Constitución de 1998 como a la del 2008 son una clara muestra de ello.

La Crisis de 1999 es sin duda uno de los más marcados problemas políticos de nuestra historia reciente; sobre la cual se ha escrito ampliamente, por lo que no me referiré más que sucintamente, enfocándome en los efectos que tuvo sobre la familia y su configuración.

Si bien la Crisis de 1999 es conocida de manera general como crisis financiera en razón de la caída del sistema bancario y los posteriores efectos macroeconómicos que incluyen, pero no se limitan a la dolarización; la Crisis del 1999 ni empezó con la caída de los Bancos, ni los problemas aparecieron en el año 1999. Incluso el Fondo Monetario Internacional, al referirse a la situación del Ecuador en el contexto de la Crisis de 1999, refiere a que:

Incluso antes de la crisis económica, Ecuador era un país con un alto índice de pobreza; ha sido estimado que en 1995 alrededor del 33 por ciento de la población vivía en situación de pobreza y 10-12 por ciento vivían en extrema pobreza. Para 1999, estos porcentajes se incrementaron dramáticamente, a 40 y 15 respectivamente, con la incidencia de extrema pobreza llegando a 30 por ciento en zonas rurales. Mucho de este incremento en la pobreza fue el resultado directo de aumento en el desempleo y compresión de salarios reales y pensiones. Adicionalmente, el incremento de la

²¹ Hernán. Salgado Pesantes, *El Proceso constituyente en el Ecuador. Algunas reflexiones*. (San José de Costa Rica: IIDH., 2008), 265.

²² Marco. Navas, *Lo público insurgente Crisis y construcción de la política en la esfera pública*. (Quito: CIESPAL-UASB, 2012), 464.

pobreza en la zona costera fue el resultado directo de El Niño en relación con el daño en vivienda e infraestructura.²³

En ese sentido, Jokish y Kyle estudian los flujos migratorios del Ecuador antes de la Crisis de 1999 y los cambios que sufrió esta migración transnacional después de esta; estableciendo que:

Al experimentar Ecuador la turbulencia política y económica de finales de los años noventa, el flujo migratorio a Estados Unidos se vio eclipsado por una emigración extensa y rápida a España y otros destinos europeos –la segunda ola de emigración más importante de Ecuador–. Después de enfrentar una costosa escaramuza limítrofe con Perú, en 1995, Ecuador tuvo cinco presidentes en cinco años (1996-2000) y enfrentó además, una profunda crisis económica. [...]

El aumento de los índices de pobreza, inflación y desempleo, agravado por el “congelamiento” o pérdida de los ahorros en la banca privada de la población, obligó a miles de ecuatorianos, mujeres en su mayoría, a migrar a España. Lo hicieron en calidad de turistas, y con la ayuda de las agencias de viaje más importantes del Ecuador, en buena parte. Una reorientación radical de la migración ecuatoriana ocurrió en un período de dos años; en 1998, pocos ecuatorianos vivían en España, pero para 2002, se calculan 200.000 y otros miles en Italia, Francia, Inglaterra y los Países Bajos. Para el 2005, la población ecuatoriana se ha duplicado nuevamente en España y suman más de 400.000.²⁴

Crisis migratoria que en sus propios términos, dejaría como resultado *ciudades fantasma*, así como una mayor complejidad social, aunque agregan, con resultados heterogéneos.²⁵ Por su parte, Gioconda Herrera establece que:

El éxodo migratorio de finales de los noventa, en Ecuador, se diferencia de los flujos anteriores por su carácter nacional y multclasista, por la procedencia tanto rural como urbana de los emigrantes pero, sobre todo, por su feminización. Por un lado, la crisis económica y política de 1999 acelera los procesos migratorios de la zona sur del país hacia Estados Unidos, sobre todo aquellos de reunificación familiar. Por otro lado, las mujeres empiezan a migrar también como trabajadoras independientes o encabezando los proyectos migratorios de sus familias.²⁶

Esta intensificación y cambios en los flujos migratorios transnacionales además del hecho mismo de la pérdida de población en sectores del país, implicó modificación en las dinámicas y configuraciones familiares. En este sentido, Herrera refiere a la

²³ Fondo Monetario Internacional, *Ecuador: selected issues and Statistical Annex*, 2000. (Fondo Monetario Internacional, 18 de octubre de 2000). <https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/30/Ecuador-Selected-Issues-and-Statistical-Annex-3946>. Texto original en inglés, traducido por la autora.

²⁴ Brad. Jokish, y David Kyle, “Las transformaciones de la migración transnacional del Ecuador, 1993-2003”; en *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*. (Quito: FLACSO, 2005), 58.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Gioconda. Herrera, “Mujeres ecuatorianas en las cadenas globales de cuidado”; en *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*. (Quito: FLACSO, 2005), 306.

existencia de un antes y un después de la feminización de la emigración ecuatoriana en el análisis. Pasando entre la tensión, el empoderamiento y los mecanismos de control que se generaban en torno a las remesas y sexualidad a causa del impacto de la migración masculina sobre la situación de las mujeres, las rupturas y desestructuración familiar, a la posterior observación de las especificidades de la migración. Aspecto que a decir de Herrera permitió “complementar las explicaciones económicas como principal motivo de la emigración con otro tipo de factores como los conflictos familiares”.²⁷

Entre estos conflictos familiares están también considerados las personas que “se quedaron”. Analizando Lagomarsino los procesos de reunificación familiar, señala con respecto a las y los hijos que:

[E]stos chicos deben enfrentar, casi siempre, tres o más familias, tres o más casas: la inicial, constituida por la mamá, papá y los hijos con el soporte continuo de la familia extendida; una transitoria, constituida por los parientes, a cuyo cuidado se encargó al niño junto con otros hermanos, primos y niños de la familia ampliada; y aquella actual caracterizada, generalmente, por nuevas presencias.²⁸

Más allá del proceso de reunificación familiar en los casos que efectivamente existió, lo que interesa de lo señalado por Lagomarsino son los cambios producidos en la conformación familiar en el Ecuador. Es decir, el hecho que el proceso de migración transnacional ecuatoriano, intensificado por la Crisis de 1999 generó que existan hijos e hijas de familia que a causa de la migración pasaron de tener una familia nuclear a dos familias: la conformada por la familia migrante con quienes la relación, de continuar existiendo, era una relación necesariamente a distancia; y una conformada por con las y los hijos y las personas, generalmente familia ampliada, bajo cuyo cargo se quedaron. A lo cual se suman las complejidades de las familias reunificadas, sea que tal reunificación se hubiese dado en el país al que migraron como analiza Lagomarsino o a su retorno al Ecuador en el caso de los migrantes retornados. Hecho que resulta trascendental para la realidad ecuatoriana si se considera que según refiere Mónica Mancheno “al año 2006 el 43,06% de las personas que abandonaron el país dejaron a hijos menores de 18 años en el Ecuador”.²⁹

²⁷ *Ibíd.*, 285.

²⁸ Francesca Lagomarsino, “¿Cuál es la relación entre familia y migración?, El caso de las familias de emigrantes ecuatorianos en Génova”; en *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*. (Quito: FLACSO, 2005), 348.

²⁹ Mónica Mancheno, *Ecuador: efectos de la emigración en los resultados educativos*, en *Revista Historia Actual Online*, No. 22. (Historia Actual Online, Primavera 2010), 63.

Sobre los integrantes de las familias que se quedan, a quienes Carrillo denomina “comunidades fijas”,³⁰ se encuentran varios escenarios: 1) El de la migración de solo un progenitor, encontrándose que en los casos en que el padre ya había abandonado a la madre (circunstancia no excepcional) no se genera mayor cambio, versus el de la migración de la madre, que si implica un cambio en la cotidianidad de la familia, debiendo asumir “el cambio en los roles de género asignados tradicionalmente”; 2) hijos/as que se quedan a cargo de abuelas y abuelos, en los que si bien existe cercanía afectiva, también una marcada diferencia generacional, versus el caso en que se quedan a cargo de tíos en que la conflictividad se encuentra en la relación con los primos; y, 3) aquellos en que quedan a cargo de hermanos menores, asumiendo responsabilidades como la administración del dinero y del cuidado de la casa, que en ciertos casos han implicado que los mayores se vean obligados a dejar de lado sus estudios.³¹

Es precisamente la nueva conformación de la familia ecuatoriana junto con sus diversas problemáticas la que estaba en discusión en el Ecuador en el año 2006, en que los efectos de la migración ya eran bastante visibles. La migración era un tema de tal magnitud cuando se discutía el proceso Constituyente que inclusive se incorporaron entre los escaños 6 representaciones para ecuatorianos/as en el exterior: dos por Europa, dos por Estados Unidos y Canadá y dos por los países de Latinoamérica.³² Siendo así innegable que el asunto de la migración en el Ecuador, formó parte de la discusión en la Asamblea Constituyente, como se verá más adelante.

3. Las luchas de las diversidades sexo genéricas por el reconocimiento de sus derechos

Entre las Constituciones de 1978 (codificada en 1993), 1998 y la del 2008 hay una diferencia que, pareciendo menor, constituye en gran medida el reflejo de las luchas sociales vividas en el Ecuador durante cada periodo que precedió a su

³⁰ Cristina. Carrillo, “El espejo distante. Construcciones de la migración en los jóvenes, hijos e hijas de emigrantes ecuatorianos”; en *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*. (Quito: FLACSO, 2005), 361.

³¹ *Ibíd.*, 367-368.

³² El Diario, Emigrantes presentan candidaturas para la Constituyente, (El Diario, 17 de agosto de 2007) <http://www.eldiario.ec/noticias-manabi-ecuador/49254-emigrantes-presentan-candidaturas-para-la-constituyente/>

aprobación. Esto es el artículo en que se prohíbe la discriminación y enumera las categorías prohibidas.³³

Así se observa que en 1978 se establecía la prohibición de discriminación, como lo hacía la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y casi idénticamente, limitándose a las categorías prohibidas “raza, color, sexo, idioma, religión, filiación política o de cualquier otra índole, origen social o posición económica o nacimiento”; luego la Constitución de 1998 sustituye la categoría raza por etnia y agrega a las categorías prohibidas de discriminación la orientación sexual, estado de salud y la discapacidad.

¿Qué cambió en el Ecuador que llevó a la introducción de la discriminación por orientación sexual como categoría prohibida? La respuesta normativamente es bastante sencilla, ya que hasta el año 1997 el Código Penal del Ecuador establecía en el primer inciso del artículo 516 el siguiente tipo penal:

En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años.

Tipificación que daba el justificativo a la autoridad policial y al sistema de justicia en general, para irrumpir en la vida privada de miles de ecuatorianos cuyos derechos se encontraban no solo restringidos, sino que sus expresiones afectivas se encontraban elevadas a nivel de delito; prohibiéndose efectivamente a un grupo poblacional siquiera dar muestras de afectividad en público bajo riesgo de ser perseguidos penalmente, como en efecto sucedía.

El relato de Daniel Moreno recogido por Carolina Páez³⁴ es muy decidor sobre la realidad que vivían las personas LGBTIQ+³⁵ en el Ecuador antes de la despenalización, en especial durante el régimen febreescorderista:

Entre 1987 y 1988, durante el régimen de León Febres Cordero, Daniel recuerda que el SIC15 era responsable de hacer las “barridas” en El Ejido. Se paraba un bus en la Tarqui y otros dos en la Amazonas. El contingente iba desde la Diez de Agosto hasta la Seis de Diciembre. El cerco policial acumulaba a la gente hacia la Amazonas. Se podía correr hasta el parque de El Arbolito o la Casa de la Cultura porque había que

³³ Si bien me referiré indistintamente a categorías prohibidas o categorías sospechosas, debo señalar que resulta más adecuado referirse a categorías sospechosas como criterio de interpretación, ya que en la práctica, la distinción en base a una de ellas no significa necesariamente la existencia de discriminación, sino una sospecha de que tal distinción pudiere ser discriminatoria y por tanto, la exigencia de un escrutinio estricto a tal distinción.

³⁴ Carolina. Páez, *Travestismo Urbano Género, Sexualidad y Política*. (Tesis de maestría: Quito: FLACSO, 2009).

³⁵ Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transvestis, Intersex, Queer, otras identidades sexo-genéricas.

salir de la oscuridad. Hubo muchas desapariciones y al otro día contaban si alguien había muerto.³⁶

Evidenciando así no solo la existencia de una violencia sistemática por parte del Estado contra este grupo social, sino además su existencia y estrategias de supervivencia, que implicaron organizarse para la protección de sus derechos. Hechos de violencia que como refiere Judith Salgado³⁷ dieron paso a los cambios sociales:

La detención masiva de cien homosexuales en la ciudad de Cuenca en 1997³⁸ desata denuncias y solidaridades que crean el ambiente propicio para denunciar la inconstitucionalidad del Art. 516 del Código Penal.

Hecho de violencia al que Garrido califica como nuestro propio Stone Wall,³⁹ en razón que llevó a la población LGBTIQ+ a transitar sus luchas de un proceso de denuncias individuales⁴⁰ a que varias organizaciones LGBTIQ+,⁴¹ junto con activistas de derechos humanos, se organizaron para recoger las firmas necesarias y presentar ante el entonces Tribunal Constitucional una acción de inconstitucionalidad contra el citado artículo 516. Artículo que además de constituir de por sí una limitación arbitraria a sus derechos con base en prejuicios, se constituía en una fuente de extorsión y vulneración de otros derechos además de los derechos de libertad.⁴²

Es así como dentro del Caso No. 111-97-TC se declara la inconstitucionalidad de su primer inciso y se suspende sus efectos en noviembre de 1997.⁴³ Sin embargo de ello, conforme se evidencia en el documental *Reseñas de la despenalización de la homosexualidad en el Ecuador*,⁴⁴ las vulneraciones a sus derechos por parte incluso de los miembros de la Policía Nacional no cesaron. Siendo común que las transexuales que ejercían el trabajo sexual fueran arrestadas, a pesar de la prostitución no era delito.

³⁶ Paez, *Travestismo Urbano*, 59

³⁷ Judith. Salgado, *Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador*. En Revista Aportes Andinos N. 11, Aportes sobre diversidad, diferencia e identidad. (Quito: UASB, Octubre 2004).

³⁸ Detención masiva en Abanicos Bar de Cuenca, en junio de 1997.

³⁹ José. Garrido, *Informe de Investigación: La despenalización de la homosexualidad en el Ecuador: El legado de la acción colectiva LGBTIQ+*. (Quito: UASB, 2017), 27.

⁴⁰ Garrido refiere a varias denuncias sobre las vulneraciones de los derechos de las personas LGBTIQ+ que demuestran sistematicidad en las violaciones por parte del Estado y la responsabilidad estatal, pero además evidencian que existía ya una dinámica de denuncia a los abusos policiales, así como una lamentable reacción violenta a esas denuncias por parte de la Policía Nacional. Garrido, “Informe de Investigación”, Garrido, “Informe de Investigación”, 10.

⁴¹ Garrido se refiere a las siguientes organizaciones como propulsores de la acción: Fedaeaps, Amigos por la Vida, el Grupo Tolerancia, Coccinelli y Triángulo Andino. *Ibíd.*, 28.

⁴² *Ibíd.*, 12.

⁴³ *Ibíd.* 41.

⁴⁴ INREDH Digital, *Reseñas de la despenalización de la homosexualidad en el Ecuador*, video de YouTube <https://www.youtube.com/watch?v=zJqg3xEKsII>

De ahí que en 2002 naciera en Quito la Patrulla Legal que prestaba apoyo legal en los casos de detención arbitraria a las trabajadoras sexuales trans, entre otras acciones legales que forman parte del Proyecto Transgénero.⁴⁵

Quizá esta violencia se deba al hecho mismo por el que la despenalización de la homosexualidad no se estableció bajo el argumento de protección de derechos, sino en base a argumentos discriminatorios que se evidencian con absoluta claridad en la cita que Salgado recoge de la Sentencia del Caso No. 111-97-TC:

[R]esulta inoperante para los fines de readaptación de los individuos, el mantener la tipificación como delito de la homosexualidad, porque más bien la reclusión en cárceles crea un medio ambiente propicio para el desarrollo de esta disfunción.⁴⁶

Una sentencia sobre la que Salgado afirma que “el TC sostiene un conflicto de principios realmente inexistente sobre la base de prejuicios homofóbicos”.⁴⁷

Si bien una acción es discriminatoria cuando tenga tal objeto o cuando ese fuera su resultado, paradójicamente en este caso se evidencia que sucedió a la inversa; ya que si bien la sentencia del Tribunal Constitucional no se basó en el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTIQ+, la consecuencia de la despenalización lo implicó en la práctica. Siendo así que la bondad de esta sentencia reside en la oportunidad en la que fue dictada, al permitir a las organizaciones LGBTIQ+ el fortalecimiento de las luchas por sus derechos al poder ser visibles, logrando casi inmediatamente que en el proceso Constituyente se incluya como categoría prohibida de discriminación la orientación sexual.⁴⁸

Una década después, se ve que las categorías prohibidas de discriminación se amplían sustancialmente, incluyéndose en el Art. 11 de la Constitución de 2008 principios bajo los que se rige el ejercicio de los derechos, en cuyo numeral 2 se señala:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o

⁴⁵ Sobre la Patrulla Legal y el Proyecto Transgenero se encuentra información disponible en su Blog: <http://patrullalegal.blogspot.com/>

⁴⁶ J. Salgado, *Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad*, 118.

⁴⁷ *Ibíd.*, 122.

⁴⁸ La lucha por la inclusión de esta categoría prohibida se trabajó en la Constituyente a través de la coordinadora de Salud y Género; exigiéndose también la inclusión de la categoría prohibida de identidad de género, cuya inclusión no se logró. Garrido, “Informe de Investigación”, 44.

permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Pero la norma constitucional va más allá y en su artículo 66 reconoce y garantiza a las personas, entre otros, “[e]l derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual”, estableciendo la obligación del Estado de promover “el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras”. Mientras en su artículo 83 establece como deberes y responsabilidades de las y los ecuatorianos, entre otros, la obligación de “[r]espetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual”.

Verificándose así que al menos jurídicamente el Ecuador pasó de ser un Estado en el que se criminalizaba la homosexualidad a uno en el que se garantiza sin discriminación los derechos de las personas sobre sus sexualidad; aunque como se verá más adelante, lograron introducirse en esta Constitución también normas que se contraponen con este espíritu garantista.

4. Las familias de diversas en el Ecuador: más que un producto de la migración

En el proceso constituyente ecuatoriano se reconoció que las conformaciones familiares son diversas, mismas que como ya se ha analizado, se hicieron evidentes en razón de los procesos migratorios intensificados por la Crisis de 1999. Proceso social que puso en evidencia que las familias ecuatorianas no siempre estaban conformadas por la familia nuclear ni eran homogéneas como pretendían los imaginarios sociales.

Es así que se puede afirmar que inclusive antes de los intensos procesos migratorios originados por la Crisis de 1999, la familia ecuatoriana era ya diversa; sea por procesos migratorios anteriores, divorcios, fallecimientos, embarazos adolescentes, necesidades de cuidado, abandono, entre otros. Sin embargo, cuando se refiere a la familia se puede afirmar que esta siempre ha sido entendida -aunque no siempre lo sea- como el espacio seguro en que se garantiza el cuidado, protección y la crianza de los niños, niñas y adolescentes, así como el auxilio mutuo entre los adultos. Existiendo incluso una diversidad más amplia que la que se llegó a discutir en la Asamblea Nacional Constituyente.

Por lo que si bien es cierto que la intensificación de los procesos de migración hizo que exista un aumento en el número de familias en las que los y las guaguas⁴⁹ quedaron a cargo de una persona distinta a sus progenitores, generalmente de alguna persona de su familia ampliada: abuelos, tíos, hermanos; esta no es la única razón por la que tales conformaciones familiares existían. Es así que en el año 1989 Ecuavisa ya transmitía la comedia costumbrista “Mis adorables entenados”, que ponía en evidencia que había en el Ecuador más familias que las nucleares, cuya conformación respondía a distintas circunstancias. En el caso del personaje Lupita sus adorables entenados eran Pablo, Rosendo, Felipe y Stacy; hijos de su esposo Ángel con distintas parejas.

Algunas de estas realidades llevaron a que en la Constitución de 1998 ya se reconozca la existencia de familias constituidas sin matrimonio, al evidenciarse la necesidad de reconocer a la unión de hecho como una forma de constituir una familia. Reconocimiento que buscaba generar seguridad jurídica, tanto en relación a la filiación como en el patrimonio familiar, de aquellas familias que se encontraban conformadas sin la existencia de vínculo matrimonial previo. Pero también pone en evidencia que el reconocimiento legal de las familias lleva implícita una existencia anterior al momento en que son visibilizados por la norma, existen antes de que la norma les garantice sus derechos.

A pesar de ello, muchas de estas familias no han sido reconocidas dentro del ordenamiento jurídico más allá del hecho de no poder ser excluidas del enunciado *familia diversa* previsto en la Constitución del 2008. Hecho que se debe atribuir en gran medida al hecho de que en nuestro país la interacción del derecho con otras áreas como la sociología ha sido bastante limitada; no utilizando o utilizando muy escasamente las herramientas que existen para el levantamiento de información social. Aunque también se puede señalar que muchas de las investigaciones sociales, como las realizadas por el INEC, se centran de manera general en temas de preocupación social en el tiempo que las realizan, las políticas del gobierno de turno o incluso las agendas de quienes las financian.

Lo dicho sin lugar a dudas ha generado que sea común que en Ecuador exista una desconexión entre las normas que se expiden y la sociedad en las que se aplica, lo cual en más de un caso ha transformado en letra muerta las regulaciones, en casos,

⁴⁹ El término “guagua” en la región andina, especialmente en Chile y Ecuador, se refiere a las y los niños pequeños. En esta tesis se utilizará el término en razón de corresponder a un término de género neutro.

incluso antes de que se expidan. Se intentará plantar algunas de estas diversidades que han quedado por fuera de la regulación para evidenciar la necesidad de que, al menos a través de las políticas públicas, el paraguas denominado *familia diversa* reconozca a la diversidad de familias existentes en el Ecuador.

4.1. La poligamia en la diversidad cultural de las familias ecuatorianas

El Ecuador es un país intercultural y plurinacional como se reconoció desde el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador aprobada en el año 2008,⁵⁰ lo cual hace que exista una diversidad de conformaciones familiares, aunque muchas de las cuales se fueron asimilando en mayor o menor medida a la cultura occidental a través de las misiones católicas y evangélicas.⁵¹ Sin embargo, no todos se han asimilado, teniendo distintas formas de conformación social que en ocasiones van incluso más allá de lo que tradicionalmente se comprende como familia.

Entre los casos más paradigmáticos se encuentran los pueblos amazónicos que por su relativo aislamiento han logrado mantener muchas de sus costumbres y tradiciones significativamente menos occidentalizada que otros pueblos y nacionalidades. Entre los pueblos ancestrales amazónicos, los Shuar en específico, aún hoy⁵² existe poligamia.⁵³ Hecho que pone en evidencia que más allá de los procesos

⁵⁰ Ecuador Constitución de la República del Ecuador-CRE-2008-. art. 1: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.[...].”

⁵¹ Sobre esto ver: Lorenzo. García, Historia de las Misiones en la Amazonía Ecuatoriana. (Quito: Abya-Yala, 1999).

⁵² En el año 2009 que junto con mi familia fuimos recibidos por una comunidad Shuar en el Cantón Morona (comunidad ubicada a 5 horas a pie del río Pastaza). Esta comunidad estaba conformada por una persona adulta mayor, el Shamán, quien además de ser el líder de la comunidad más amplia y junto con uno de sus hijos profesor de la escuela unidocente de la zona, era el padre o pareja de todas las personas que habitaban en el lugar: 3 mujeres adultas parejas del Shamán, la primera de ellas con quien compartía vivienda y estaba casado, según me dijo, porque los misioneros les dijeron que no casarse era pecado; pero el Estado no le permitía casarse con las otras dos conforme a su cultura. Sus otras dos parejas habitaban las casas contiguas a la principal. Las y los hijos que tenía con sus tres parejas, en total 23, de los cuales no vivían en la comunidad solamente aquellos adultos que decidieron salir a la ciudad a estudiar o trabajar, habitaban en la casa que le correspondía a cada una de sus madres.

Los niños que vivían en la comunidad se reconocían todos como hermanos, sin resultarles relevante que tenían distintas madres; ante mis insistentes preguntas sobre ello me respondían con comprensible extrañeza. No eran medio hermanos, el concepto les era ajeno, eran hermanos sin catalogación, clasificación, ni jerarquía que se relacionare con el hecho de tener distintas madres.

⁵³ El Tiempo, *Poligamia shuar vida del pueblo guerrero*, 1 de noviembre de 2017. <https://www.eltiempo.com.ec/noticias/intercultural/1/poligamia-shuar-vida-del-pueblo-guerrero>.

migratorios, en el Ecuador siempre han existido una diversidad de familias que no siempre se han encontrado reconocidas por la legislación y que escapan incluso los imaginarios occidentales relativos a la conformación de la familia como familia nuclear: papá, mamá, hijos. Falta de reconocimiento que no implica que pierden el carácter de núcleo fundamental de la sociedad, a pesar de incluso haber sido considerada la bigamia delito en un punto de la historia de nuestro país,⁵⁴ sin que se hubiese nunca reconocido la conformación de este tipo de familias en el ordenamiento jurídico, a pesar de tratarse de una conformación acorde a su cultura.

Sobre lo dicho se debe señalar también que ni las familias Shuar son las únicas familias que practican la poligamia,⁵⁵ ni son el único tipo de familia distinta a la familia tradicional (entendida como aquella conformada por papá, mamá e hijos e hijas) que existe en el Ecuador, como se verá más adelante.

4.2. Los niños, niñas y adolescentes en familias homoparentales

En el caso de las personas LGBTIQ+ sucede lo propio que en las familias Shuar; con la diferencia que hasta 1997 la homosexualidad estaba tipificada como delito. Si bien no estaba criminalizado el hecho de vivir con otra persona de tu mismo sexo, si existía excesos en el poder punitivo (ver supra) que en la práctica impedían que las personas LGBTIQ+ puedan estar “fuera del closet”; y, por tanto, impedían que las familias de quienes se atrevían a vivir con sus parejas exijan ser reconocidas socialmente como tales, por las consecuencias penales que tal reconocimiento hubiera tenido.

Si bien la despenalización de la homosexualidad en el Ecuador y el reconocimiento de la familia de diversos tipos no ha tenido por si sola la capacidad de romper con los prejuicios generados por décadas de considerarse la homosexualidad

⁵⁴ Ecuador, Código Penal, Registro Auténtico 1837, 14 de abril de 1837, establecía: “Art. 299.- Los que contrajeran nuevo matrimonio, sabiendo no estar disuelto el que antes habían contraído, serán condenados de obras públicas por seis a diez años.”

⁵⁵ Las religiones Islámicas, así como los Mormones fundamentalistas son polígamos. En el Ecuador del 91.95% de personas que practican alguna religión, 1,29% corresponden a Mormones (no específica si fundamentalistas o no) y 5,92% profesa alguna otra religión, dentro de las que se encuentra la religión Islámica. INEC. *Primeras estadísticas oficiales sobre filiación religiosa en el Ecuador*. (Ecuador: INEC, Agosto 2012).

como enfermedad⁵⁶ y delito, si ha generado que las familias homosexuales puedan conformar sus familias haciendo públicas sus relaciones.

Pamela Troya forma parte de una de estas familias diversas, quien junto con Gabriela Correa luchó por constituir su familia a través de matrimonio,⁵⁷ casándose como ella mismo lo anunció en su cuenta de Twitter⁵⁸ el 5 de agosto de 2019; esto es, 6 años después del día en que acudieron al Registro Civil y no pudieron casarse. Pero la familia de Pamela no nació cuando empezó la convivencia con Gabriela, ni fue su presencia la que la conformó como tal. Quizá podría decirse que Gabriela pasó a formar parte de la familia de Pamela que no difiere de la familia imaginada como una de las familias que se reconoce típicamente en el Ecuador, salvo por el sexo de su pareja. Esto porque cuando la mamá de Pamela falleció se hizo cargo de su hermana menor; y crio a su sobrino como madre en razón de la corta edad de su hermana cuando lo tuvo.⁵⁹

Lo interesante de esta conformación familiar, según refiere Pamela, es que cuando empezó a vivir con Gabriela su sobrino era muy pequeño y su mamá no tenía pareja, por lo que cuenta anecdóticamente de una ocasión en que el sobrino aun pequeño se sorprendió por ver a una pareja heterosexual besándose, ya que para él, la norma era las parejas del mismo sexo.⁶⁰ Lo cual constituye una muestra de que la normalidad no es más que un constructo social.⁶¹

⁵⁶ Hasta el año 1973 la homosexualidad era considerada una “perturbación sociopática de la personalidad” encontrándose incluida así en el Manual diagnóstico y estadístico de enfermedades mentales (DCM) (BBC, *Muere Robert Spitzer, el psiquiatra que desmintió que la homosexualidad fuera una enfermedad*, 28 de diciembre de 2015. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151228_ciencia_muere_robert_spitzer_psiquiatra_homosexualidad_ch); a pesar de haber sido eliminada del DCM en acuerdo de la comunidad científica, recién en 1990 la Organización Mundial de la Salud (OMS) la excluyó de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud, (OMS, *Proposed declassification of disease categories related to sexualorientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)* (*Propuesta de desclasificación de categorías de enfermedades relacionadas con la orientación sexual en la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Relacionados (CIE-11)*), Boletín de la Organización Mundial de la Salud, 2014. <https://www.who.int/bulletin/volumes/92/9/14-135541/en/>)

⁵⁷ PanV, *La pareja lesbica que lucha por una familia diversa*, 2 de septiembre de 2013. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/la-pareja-lesbica-que-lucha-una-familia-diversa>. Revisado el 15 de agosto de 2019.

⁵⁸ @PameTroya

⁵⁹ Entrevista realizada a Pamela Troya, el 17 de octubre de 2020, vía Zoom.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ Conforme resume De conceptos: “La construcción social hace referencia a que los fenómenos sociales ocurren en el ámbito de una sociedad determinada y son aceptados como naturales a ella; pero sin embargo son producto de esa cultura, como invención de la misma, que lleva a quienes la integran a tener una mirada de la realidad similar a quienes comparten esa cultura que aparece como incuestionable, aunque éticamente no habría inconvenientes de que no fuera así.”. De Conceptos, Concepto de construcción social. <https://deconceptos.com/ciencias-sociales/construccion-social>.

Diana⁶² por su parte vive con su pareja Carla y la hija de Diana en Guayaquil. Diana es una mujer bisexual, quien al igual que Pamela, luchó por el matrimonio igualitario y lucha por los derechos de las LGBTIQ+. Ella tuvo a su hija cuando estaba casada con el papá de la niña; cuando se separaron no existió mayor discusión sobre con quien se quedaba la hija; se quedó con la mamá. Fue así y se mantuvieron tranquilas las cosas hasta el día en que el papá se enteró que Diana tenía una relación con otra mujer; aparentemente interpretó la decisión de vida de Diana como una decisión que le afectaba personalmente a él.⁶³ La violencia que vivieron en ese tiempo por parte de su expareja fue insoportable, tuvo que ponerle límites ante los cuales el papá de su hija optó por desaparecer de sus vidas, viéndose obligada Diana a hacerse cargo totalmente de su crianza y los gastos que el cuidado y protección de su hija implicaban. A pesar de los esfuerzos que Diana realizó para que su hija tenga relación con la familia ampliada del lado de su padre, fue su hija quien le pidió no ir más, ya que no quería recibir los malos tratos y vejaciones en la casa de su abuela paterna, a los que no estaba acostumbrada en su hogar materno.

La historia de Pamela y Diana, al igual que la de Helen y Nicola, madres de Satya,⁶⁴ sobre cuyo caso volveré más adelante, ponen en evidencia que en el Ecuador existen incluso distintos tipos de familias LGBTIQ+ en cuya conformación hay niños, niñas y adolescentes formando parte de esos hogares. De hecho, de Primera investigación LGBTIQ+ realizada en el Ecuador por parte del INEC se establece que, de la población entrevistada, el 10,4% tienen hijos; de ellos el 85,6% han sido concebidos naturalmente,⁶⁵ como en el caso de Diana.

Pero así como hay familias LGBTIQ+ cuya conformación incluye niños, niñas y/o adolescentes, también hay familias cuyos proyectos de vida no los incluyen. Este es el caso de Ricardo⁶⁶ que con su pareja Juan, con quien vive hace más de 8 años, han decidido no tener hijos. Comenta que esta decisión no se debe a las dificultades que implicaría emplear técnicas de reproducción asistida, mucho menos por miedo a la

⁶² Entrevista realizada a Diana Maldonado, el 7 de febrero de 2019, en la ciudad de Guayaquil.

⁶³ Sobre la fragilidad masculina ha escrito ampliamente Xavier Andrade, catedrático de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-FLACSO.

⁶⁴ El Comercio, “*Satya tiene dos mamás*” gritan en la Corte Constitucional, 8 de junio de 2017. <https://www.elcomercio.com/tendencias/satya-identidad-ecuador-corteconstitucional-inseminacionartificial.html>.

⁶⁵ INEC, *Primera Investigación (estudio de caso) sobre Condiciones de Vida, Inclusión Social y Derechos Humanos de la población LGBTIQ+ en Ecuador*. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/wp-content/descargas/Presentaciones/Presentacion-LGBTIQ+.pdf>. Revisado el 17 de agosto de 2019.

⁶⁶ Entrevista realizada a Ricardo Bucaram el 15 de agosto de 2019, vía telefónica.

reacción social -quien lo conoce sabe que lo que los demás piensen de él no ocupa su mente-; sino por el hecho que no consideran que todas las personas deban tener hijos y han tomado la decisión discutida con su pareja de no tenerlos, en gran medida porque son conscientes de las responsabilidades que implican y dedicación que requiere tener hijos. La familia de Ricardo está conformada por su pareja y sus dos perros. Manifiesta, con algo de molestia, que la gente cree que por el hecho que ahora puedan casarse signifique van a salir corriendo todos a adoptar niños y es enfático en señalar que no es así.

En cambio María Rosa y Miriam⁶⁷ -a quienes entrevisté el día en que se solemnizó su Unión de Hecho -poco tiempo antes del fallo de la Corte Constitucional que les permitía casarse- sí tienen dentro de su plan de vida el tener hijos. Se refieren a que han hablado sobre esto como pareja y optarían por una técnica de inseminación asistida, estableciendo que el embarazo lo llevaría Miriam en razón que por razones médicas María Rosa no puede embarazarse. Sin embargo, están convencidas que cuando decidan tener hijos se irán a vivir a otro país, porque el Ecuador no presta las garantías que les permitan tener la tranquilidad que consideran necesaria; en especial la seguridad jurídica respecto de la maternidad de ambas y que sus hijos reciban la protección necesaria por parte del Estado respecto de actos de discriminación y *bullying*.

Si bien la preocupación jurídica de María Rosa y Miriam se encontraba superada en gran medida en la decisión dictada en el caso de Satya,⁶⁸ en la práctica se evidencia que el Registro Civil continúa poniendo trabas al reconocimiento de dobles maternidades como en el caso de Daniela A. y Belén G., quienes se han visto nuevamente obligadas a acudir a la Corte Constitucional⁶⁹ por un caso similar al de Satya. Verificándose así la legitimidad de sus temores, al seguir siendo víctimas de discriminación, inclusive cuando los descendientes sean biológicamente concebidos por ambas madres; sintiéndose por tanto forzadas a abandonar el Ecuador por esta razón.

⁶⁷ Entrevista realizada a María Rosa Cadena y Miriam Baritto el 12 de febrero de 2019, en Quito

⁶⁸ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 184-18-SEP-CC, en Acción Extraordinaria de Protección, Causa No. 1692-12-EP, 29 de mayo de 2018.

⁶⁹ Observatorio de Derechos y Justicia, tuit, 21 octubre de 2021, <https://twitter.com/ODJEcuador/status/1451192159130898439>, el Observatorio estableció: “Hoy acompañaremos a Dani y Belén en su acción extraordinaria de protección ante la @CorteConstEcu, para exigirle que garantice su derecho a registrar a su hijo AA, con los apellidos de sus dos mamás.”

Adicionalmente, se debe señalar que las familias GLBTI pueden también estar conformadas por hijos e hijas GLBTI, aun teniendo progenitores heterosexuales; por lo que estas familias también forman parte de las familias diversas, aunque no sea diversa en su conformación parental.

En un Estado en que se reconoce la familia de diversos tipos la responsabilidad primordial del Estado está en garantizar sus derechos, incluso frente a particulares que utilizan frases como “con mis hijos no te metas” para justificar que se esconda en los materiales educativos la existencia de las personas y familias LGBTIQ+ de la educación en el Ecuador.⁷⁰ Siendo primordial que el Estado combata los patrones socio culturales discriminatorios que perpetúan la violencia en razón de su orientación sexual e identidad de género que se contraponen con el principio de igualdad y no discriminación.

4.3. Las nuevas tecnologías de reproducción y sus efectos en la comprensión del concepto de familias diversas

A pesar del ser una realidad desde hace varias décadas la existencia de tecnologías relacionadas con la reproducción humana como un mecanismo para agregar descendientes a una familia, la regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha sido muy escasa; dando pie incluso para vulneraciones de derechos, sobre las cuales se ha pronunciado ya la Corte Constitucional.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) como exponen Bladilo, de la Torre y Herrera en un inicio respondieron al problema médico de la infertilidad, sin embargo consideran que:

[E]n la actualidad esta concepción es limitada o restrictiva. Sucede que la reproducción asistida representa el medio para que miles de personas y parejas en el mundo logren alcanzar la paternidad por fuera de la noción de infertilidad, es decir, sin problemas de salud de por medio.

En este contexto, las parejas del mismo sexo apelan a estas técnicas para alcanzar la maternidad o paternidad, al igual que las mujeres que desean ser madres sin tener pareja alguna. Como se puede observar, desde la perspectiva obligada de los derechos humanos, la reproducción asistida implica revisar la noción tradicional de familia en singular, la cual es interpelada por la necesidad de referirse a ellas en plural. Esto constituye una deconstrucción profunda en torno a la protección de la familia a

⁷⁰ El Comercio, *Educación desmiente a quienes hablan de “ideología de género” en el Ecuador; no hay cambios en los textos escolares de Ecuador*, 17 de julio de 2018. <https://www.elcomercio.com/actualidad/educacion-desmiente-ideologia-genero-textos.html>

la cual se refiere el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).⁷¹

La bioética es un tema de preocupación global. Con la finalidad de uniformar y armonizar, ayudar en el control de la disponibilidad, la eficacia y la seguridad de las técnicas de reproducción asistida, la Organización Mundial de la Salud (OMS) junto con el Comité internacional para el Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Asistidas (ICMART por sus siglas en inglés) publicaron en el año 2010 un Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), que incluye 87 términos de consenso,⁷² dentro de los que se define la Reproducción médicamente asistida (RMA) como:

[R]eproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante.⁷³

De igual forma el Glosario define las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) como:

[T]odos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.⁷⁴

Estas técnicas de reproducción asistida implican que tanto parejas heterosexuales con problemas de fertilidad, como parejas homosexuales o personas solas pueden tener hijos e hijas biológicos o no; sea porque se utilizó inseminación o

⁷¹ Agustina. Bladilo; Natalia de la Torre y Marisa Herrrea, *Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis*. Rev. IUS vol.11 no.39. (Puebla, ene./jun. 2017), 6-7.

⁷² Organización Mundial de la Salud (OMS), Comité internacional para el Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Asistidas (ICMART), *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010. https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf.

⁷³ *Ibíd.*, 9.

⁷⁴ *Ibíd.*, 10.

fertilización in vitro⁷⁵ o sea porque se recurrió a una gestante subrogada.⁷⁶ Es el caso de las parejas lesbianas inclusive existiendo técnicas como el Recepción de Ovocitos de la Pareja (conocido como Método ROPA⁷⁷) en el que el ovocito de la una se fecunda y la otra es la madre gestante.

En el caso del Método ROPA, incluso sin considerar ningún análisis adicional al reconocimiento de la unión de hecho de personas LGBTIQ+ que realiza la Constitución de 2008, se encuentra que la doble filiación es jurídicamente incontrovertible, considerando que la norma civil ecuatoriana tenía ya previsto respecto del establecimiento de la filiación (artículo 24), tres circunstancias por las que se establece la filiación: (1) el hecho de concebirse una persona dentro del matrimonio o dentro de la unión de hecho; (2) por reconocimiento voluntario del progenitor, en caso de no existir matrimonio entre ellos; y, (3) por haber sido declarada judicialmente. Situación en la que inclusive en caso de que la maternidad de quien no gestó a el/la hija fuera controvertida, correspondería al tercer caso, para el que es de aplicación obligatoria lo previsto en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia que respecto de la determinación de la filiación en casos de fijación de pensión alimenticia prevé que:

La prueba de ADN con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en esta ley, se tendrá por suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad. No será admitida la dilación de la causa a través de la petición de nuevas pruebas, salvo que se fundamente y pruebe el incumplimiento de las condiciones previstas en la presente ley.⁷⁸

Evidenciándose así que las Técnicas de Reproducción Asistida presentan con realidades familiares en las que cualquier persona puede formar sus familias con hijos sin tener que acudir a la adopción. Hijos e hijas que biológicamente pueden ser de ambas inclusive.

⁷⁵ Fecundación in vitro (FIV): “Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea.” *Ibíd.*, 6.

⁷⁶ Gestante subrogada: “mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros.” *Ibíd.*, 7.

⁷⁷ Carlos. Saus-Ortega, *La maternidad biológica compartida en parejas lesbianas. La técnica de fertilización «in vitro» con el método de recepción de ovocitos de la pareja (ROPA)*. Matronas Prof., 2018. https://www.federacion-matronas.org/wp-content/uploads/2018/07/Revision-bibliografica_Maternidad-biologica.pdf, 64-70.

⁷⁸ Ecuador, Ley No. 0, Registro Oficial Suplemento 283, 7 de Julio del 2014.

Sin embargo, de lo dicho y a pesar de haber dispuesto la Corte Constitucional en el Caso Satya,⁷⁹ como parte de su sentencia 1692-12-P de 29 de mayo de 2018 que:

3.6. Como medida de garantía de no repetición, en procura de los derechos de la tutela de las mujeres y familia a su integridad personal, libertad reproductiva, y el goce de los beneficios y aplicaciones del progreso científico; se dispone que la Asamblea Nacional en el plazo no mayor al de un año contado desde la notificación de esta sentencia, adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos de reproducción asistida en forma armónica con los preceptos constitucionales, observando para aquello los criterios vertidos por esta Corte Constitucional en el análisis del derecho constitucional al reconocimiento de las familias en sus diversos tipos.

Hasta la presente fecha no se cuenta con una normativa interna que regule las técnicas de reproducción asistida y que otorguen certezas, que garanticen los derechos de todas las personas; tanto de los niños gestantes, como de sus familias, pero también respecto de las madres subrogantes, sobre las que el Ecuador tiene graves vacíos. Debiendo manifestar que inclusive el Proyecto de Ley del Código Orgánico de Salud que se discutió en la Asamblea Nacional, en el que se establecieron regulaciones absolutamente superficiales en relación a las técnicas de reproducción humana asistida,⁸⁰ era mejor que no contar con ninguna regulación en razón del veto total Presidencial que se estableció sobre esta,⁸¹ que impide pueda volver a tratarse en la Asamblea dentro de un año conforme lo previsto en la norma constitucional.

⁷⁹ Más adelante se ampliará sobre el Caso Satya.

⁸⁰ Ecuador, Proyecto de Ley del Código Orgánico de Salud Asamblea Nacional, 25 de agosto 2020, art. 196: “Reproducción humana asistida.- Las técnicas de reproducción humana asistida, podrán realizarse en el país cumpliendo las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional y los principios bioéticos universales relacionados con el tema.

Solo se autorizará este tipo de procedimientos en establecimientos prestadores de servicios de salud que cuenten con la habilitación específica para brindar estos servicios, disponga de protocolos explícitos de consentimiento informado, sometan a la aprobación de la Autoridad Sanitaria Nacional sus protocolos de atención, y, cumplan las regulaciones que se expidan para el efecto respecto de toda la cadena de atención.

La maternidad subrogada estará permitida únicamente en los casos en los que existan circunstancias médicas que no permitan el embarazo en la mujer, se garantizará el derechos de los niños y niñas al armonioso desarrollo de su personalidad en el seno familiar. Los prestadores de servicios de salud deberán garantizar en todo momento el cuidado y atención de las portadoras gestacionales para evitar riesgos durante los procesos de fertilización, embarazo, parto y post parto.

Se prohíben realizar estos procedimientos en niñas y adolescentes, así como, las contraprestaciones económicas o compensaciones de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos, embriones o de subrogación de vientre. No se considerarán contraprestaciones económicas a los gastos derivados del proceso de donación y los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto.”
<http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1e86d9d8-6831-43aa-af9f-1b1921cc740d/Proyecto%20de%20C%C3%a9digo%20Org%20E1nico%20de%20Salud.pdf>

⁸¹ Ecuador, Veto Presidencial al Código Orgánico de Salud, 25 de septiembre de 2020.
<http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/bc90b3bc-e5c9-4653-9418-7bfaf45c333e/objecion-total-399904-moreno.pdf>

Es así que a pesar de que una de las técnicas de reproducción humana asistida como la inseminación artificial, utilizada en el mundo desde la década de los cincuentas y en el Ecuador hace más de dos décadas en casi una veintena de centros especializados en fertilidad⁸² (aunque solo 13 registrados en el Ministerio de Salud),⁸³ siguen sin existir regulaciones específicas a pesar de existir temas fundamentales relacionados con la bioética, que han sido de preocupación global.⁸⁴ Falta de regulación que deja a los derechos de estas familias a merced de la ética personal de los profesionales médicos y al reconocimiento de su filiación a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, entidad que a pesar de la sentencia de la Corte Constitucional continúa vulnerando derechos.⁸⁵

Por lo que las personas que tienen hijos a través de técnicas de reproducción asistida, en especial aquellas familias en que no contarían con una filiación incontrovertible con ambos progenitores como ocurriría con el método ROPA, se encuentran en una situación de vulnerabilidad al no existir una protección real de sus derechos.

4.4. La adopción en el Ecuador como mecanismo para formar una familia

Como ha quedado establecido, el concepto de familias diversas recogido en la Constitución del 2008 no es sino el reconocimiento de la realidad correspondiente a que la familia nuclear no es la regla de las familias ecuatorianas. Realidad que si bien se evidenció en razón del fenómeno migratorio que siguió a la Crisis de 1998, no es en consecuencia de la migración que la familia nuclear deja de ser la regla, sino que nos pone en evidencia la realidad de que en el Ecuador existía una multiplicidad de conformaciones familiares que necesitan reconocimiento y protección.

En este sentido, no se puede interpretar que el reconocimiento de la familia en sus diversos tipos que se realiza en el artículo 67 de la norma constitucional se refiera de manera exclusiva a las nuevas conformaciones familiares generadas en razón de los

⁸² El Telégrafo, *1.500 niños nacen en Ecuador con técnicas asistidas*, 26 de mayo de 2018. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/reproduccion-asistida-infertilidad-ecuador>.

⁸³ El Comercio, *En la Maternidad de la Nueva Aurora, en Quito, se trata la infertilidad*, 13 de junio de 2018. <https://www.elcomercio.com/actualidad/maternidad-nuevaaurora-quito-embarazo-infertilidad.html> Revisado el 17 de agosto de 2019.

⁸⁴ En el año 2005, la conferencia General de las Naciones Unidas proclama la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

⁸⁵ Ver supra caso ODJ Ecuador, Dani y Belén.

fenómenos migratorios, no solo porque en el artículo 40 establece de manera específica una protección especial a las familias transnacionales, sino porque la norma no realiza distinción alguna entre tipos de familias (ni podría hacerlo en razón del principio de igualdad y no discriminación), pero además porque de manera expresa se incorporaron en la discusión distintas conformaciones familiares, como se verá más adelante.

Sin embargo de esto, de manera expresa la Asamblea Constituyente excluye la posibilidad de que se conforme un tipo de familia, cuando en su artículo 68 establece que la adopción corresponderá solamente a parejas de distinto sexo. Con lo cual limita la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan incorporar a través de la adopción a miembros de su familia en el Ecuador.

Al respecto de esta norma cabe realizar una precisión respecto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, esto es que al ratificar el Ecuador la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁶ la normativa interna ecuatoriana transita de una Doctrina de Situación Irregular en que los menores ocupaban el interés del sistema solamente cuando se encontraban en condición de vulnerabilidad o en conflicto con la ley, a un Sistema de Protección Integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes cuyo componente esencial es su interés superior en todos los momentos de su vida.⁸⁷

En este contexto tanto la Convención como el Código de la Niñez y la Adolescencia se refieren a la adopción como una medida de protección y asistencia especiales para aquellos niños, niñas y adolescentes que se encuentran privados de su medio familiar, estableciendo que los sistemas de adopción de los Estados parte “deberán cuidar de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.⁸⁸ Por lo que como tal la adopción no es una forma de conformar una familia, sino una medida para la protección de los niños, niñas y adolescentes, aunque en la práctica su efecto sea el de modificar la conformación de una familia.

Como medida de protección que es la adopción la Convención no establece prohibición alguna en relación a la posibilidad de que personas LGBTI+ adopten. Aunque resulta también necesario aclarar que el artículo 68 de la Constitución del 2008 tampoco prohíbe la adopción por parte de personas LGBTI+, sino que excluye de la

⁸⁶ Fecha de ratificación por parte del Ecuador el 23 de marzo de 1990.

⁸⁷ Sobre el interés superior de los niños ver: Cevallos Tejada, Francisco (Comp), *Ensayos: Un balance crítico sobre los 30 años de la Convención por los Derechos del Niño*. Quito: Consejo Nacional para la Igualdad Generacional, 2020.

⁸⁸ Convención sobre el Derecho del Niño, art. 21.

posibilidad de adoptar a parejas del mismo sexo, es decir, parejas gays o lesbianas exclusivamente.

Retomando la norma relativa a la adopción, se establece en el Código de la Niñez y la Adolescencia únicamente como principio el que: “3. Se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas.”.⁸⁹, opciones a las que se acude únicamente después de haber agotado la familia ampliada de la persona. En la práctica, la norma constitucional estaría privando a ese niño, niña o adolescente de la posibilidad de incorporarse como hijo a la familia de un pariente con aptitud para prestarle las mejores condiciones de cuidado y protección cuando siendo gay o lesbiana tuviera cónyuge o conviviente en unión de hecho, no así si fuera soltero/a.

Ahora bien, como se señaló, la adopción es una medida que protege a los niños, niñas y adolescentes frente a un escenario en el que no puedan crecer en un entorno familiar, ya sea porque no existe aptitud en los miembros de la familia para garantizar su interés superior o porque la persona no existe o no se encuentra presente, como en el caso de fallecimiento, abandono, entre otras. Si bien Ecuador no ha logrado garantizar adecuadamente el derecho a una familia de estos niños, niñas y adolescentes, especialmente en razón de las dificultades (principalmente temporales) en las declaratorias de adoptabilidad⁹⁰, se evidencia que el artículo 68 pone una traba adicional para que puedan acceder a una familia que podría ser idónea para brindarle adecuado cuidado y protección, por lo que deviene lógico cuestionar si es que dicha norma garantiza el interés superior.

Pero además, como consecuencia de esta prohibición se restringe la posibilidad de formar una familia a través de la adopción, sobre la base de una distinción sospechosa conforme las categorías previstas en la misma Constitución en relación al derecho de igualdad y no discriminación; a pesar del reconocimiento de las familias en sus diversos tipos y la obligación de protección, sobre cuyo análisis se profundizará más adelante al ser esta la discusión jurídica que nos ocupa. Debiendo agregar solamente en este punto que al establecer la norma constitucional que únicamente

⁸⁹ Ecuador, Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, Registro Oficial No. 737, 3 de enero de 2003, art. 153.

⁹⁰ Primicias. *En Ecuador, 271 niños y adolescentes aún esperan por una familia*, refiere a que del total de niños, niñas y adolescentes con declaratoria de adoptabilidad 135 tienen entre 10 y 15 años y solamente 66 familias están en espera de adoptar un niño, 2018. <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/adopciones-ecuador-271-ninos-adolescentes-esperan-familia/>

pueden adoptar parejas de distinto sexo, no impide que existan y se conformen familias con hijos de parejas del mismo sexo, incluso por adopción como sucedería en el caso de la adopción internacional o el caso de una persona soltera que hubiera adoptado antes de tener pareja, menos en casos como el de Satya, Pamela o Diana ya referidos; particular que será considerado para efectos del análisis del segundo inciso del artículo 68 de la Constitución.

Capítulo segundo

El derecho a formar una familia: concepto y disciplinamiento de la familia, avances y restricciones a las familias diversas en el proceso constituyente ecuatoriano del 2007-2008

La Declaración Universal de Derechos Humanos⁹¹ establecía ya en 1948 que “[l]os hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia”, así como afirmaba que “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.⁹²

Si bien llama la atención que es el único de los artículos que no se refiere a los sujetos del derecho como “toda persona”, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) ha aclarado que tal diferenciación se debe a “[U]n logro de las mujeres que la redactaron con la determinación de que se precisara que ellas tienen los mismos derechos en el matrimonio, dado que la discriminación relacionada con este asunto estaba aún muy extendida en aquel tiempo”.⁹³

De igual forma agrega el artículo que además de la igualdad entre hombres y mujeres que dentro del matrimonio promueve el artículo, se incluyen algunos elementos más que fueron discutidos: (1) el libre y pleno consentimiento, así como la edad núbil, establecido para prohibir el matrimonio infantil y los matrimonios forzados; (2) la prohibición relativa a las restricciones de raza, nacionalidad o religión que supuso “superar las objeciones religiosas”, así como “una respuesta a las leyes nazis que prohibían el matrimonio interracial”.⁹⁴

Es decir que la redacción no respondió a la intencionalidad de restringir el derecho a formar una familia de las personas LGBTIQ+; lo cual concuerda con el momento histórico en el que ni siquiera se encontraba en el debate la posibilidad de que personas del mismo sexo formaren una familia por ser delito en muchos de estos países la homosexualidad. Lo cual tampoco sucedió cuando se aprobó el artículo 38

⁹¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948

⁹² *Ibíd.*

⁹³ Noticias ONU. *Artículo 16: derecho al matrimonio y a fundar una familia*, 25 de noviembre de 2018. <https://news.un.org/es/story/2018/11/1447221>

⁹⁴ *Ibíd.*

de la Constitución de 1998 en que se establece que el matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes, al que no se le atribuyó el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino hasta que se incluyó nuevamente el texto en la redacción del proyecto de articulado en la Asamblea Nacional Constituyente.

Se observa que a pesar de establecerse como un derecho el casarse y formar una familia y determinarse que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, no se define como tal a la familia; ni se establece, como ésta se conforma, ni ningún otro requisito o condiciones para su conformación. En igual sentido, se verifica que la familia como tal no es definida en la Constitución del 2008, en la que simplemente se establece que: (1) existen diversos tipos de familia, (2) que es el núcleo fundamental de la sociedad, (3) tiene un fin(es), aunque no se especifica cual es, (4) se constituye por vínculos jurídicos o de hecho y (5) se basa en la igualdad de derechos y oportunidades de todos sus integrantes.⁹⁵

Además de esto, disgregado a lo largo de la Constitución se encuentra algunos otros elementos que dan cuenta, o mejor dicho, ayudan a comprender lo que implica el término familia en el Ecuador: (1) tienen derechos y responsabilidades respecto del proceso educativo de las personas,⁹⁶ (2) tienen responsabilidades de cuidado respecto de adultos mayores⁹⁷; (3) se les prohíbe su abandono, así como debe garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y el ejercicio pleno de sus derechos,⁹⁸ respecto de quienes, tener una familia constituye un derecho;⁹⁹ (4) el vínculo familiar no depende solo del hecho de habitar juntos, no se rompe por la distancia, protegiéndose a las familias transnacionales,¹⁰⁰ (5) tiene obligación de atender e integrar a las personas con discapacidad, equiparando sus capacidades,¹⁰¹ extendiéndose a las familias las protecciones especiales establecidas para las personas con discapacidad¹⁰² y (6) se protege su intimidad y constituye parte de la identidad personal y colectiva.¹⁰³

⁹⁵ CRE, art. 67.

⁹⁶ *Ibíd.*, art. 26.

⁹⁷ *Ibíd.*, art. 38.

⁹⁸ *Ibíd.*, art. 44

⁹⁹ *Ibíd.*, art. 45

¹⁰⁰ *Ibíd.*, art. 40

¹⁰¹ *Ibíd.*, art. 47

¹⁰² *Ibíd.*, arts. 48 y 49

¹⁰³ *Ibíd.*, art. 66

Se puede decir, que más allá de las características que tiene la familia, en especial en cuanto a sus derechos y responsabilidades por su carácter de núcleo fundamental de la sociedad, esta no se encuentra definida en la norma Constitucional del 2008. Como se demostró ya con la diversidad de familias que existen en el Ecuador, familia es y será siempre un término polisémico, que va mucho más allá de la definición lexical de familia que otorga la Real Academia Española.¹⁰⁴ Porque la familia es más que personas emparentadas que viven juntas; existiendo, como lo reconoce la norma constitucional ecuatoriana, familias de diversos tipos.

Así lo estableció el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 19¹⁰⁵ que determina que:

2. El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.

Siendo así que en el Ecuador, el reconocimiento de la familia de diversos tipos otorga una definición amplísima de la familia, tan amplia que ni siquiera del análisis de la discusión habida entre las y los legisladores constituyentes da cuenta de que se hubiese reconocido un tipo de familia específico, al no haber existido siquiera acuerdo sobre estos conceptos desde el mismo debate.

1. La discusión en torno a familia en el proceso constituyente ecuatoriano

En la Constitución de 1998, así como en la legislación que se promulgó en los años que precedieron, siguiendo los compromisos adquiridos por el Ecuador con la

¹⁰⁴ Diccionario de la real Academia Española, Edición Trecentenario, Actualización 2018.

“Familia: 1. f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. f. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3. f. Hijos o descendencia. Está casado, pero no tiene familia. [...]”

¹⁰⁵ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, La Familia (Artículo 23), 39º período de sesiones, 1990.

ratificación de la Convención sobre los derechos del niño, se incluyeron ya cambios importantes en materia de familia. Sin embargo, los dos procesos sociales analizados en el primer capítulo exigían cambios adicionales para la protección de derechos, especialmente de las familias transnacionales.

En el año 2006, momento en el que luego de la rebelión de los forajidos,¹⁰⁶ el Ecuador se encontraba en el estado propicio para utilizar, en las palabras de Salgado,¹⁰⁷ un proceso constituyente como válvula de escape a los sus problemas políticos. De ahí que el lema “que se vayan todos” junto con la convocatoria a la Asamblea Constituyente para “refundar la república” fue la bandera de campaña de Rafael Correa, quien después de ganar las elecciones y como segundo acto de gobierno¹⁰⁸ cumplió su promesa de campaña convocando a consulta popular para la aprobación del inicio del proceso Constituyente.

Saltando unos cuantos meses y varias aristas del proceso -sobre las que no interesa adentrarnos para los fines de este análisis- y se llega a la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, se aprueba el Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente¹⁰⁹ que en su artículo 12 conforma 10 Mesas. La primera de ellas, la Mesa de Derechos fundamentales y garantías constitucionales, en la que se trataría los temas relativos a derechos humanos, incluidos los relacionados con los derechos de familia.

Los informes presentados por parte de la Mesa Constituyente No. 1 de Derechos fundamentales y garantías constitucionales para el debate de los textos constitucionales en el Pleno de la Asamblea Nacional Constituyente, dan cuenta de un debate centrado en relación a la familia tanto en torno de los efectos de los procesos de migración sobre esta, como de las luchas por los derechos de las personas LGBTIQ+, fortalecidas a raíz de la despenalización de las relaciones homosexuales, como ya se ha señalado. Este segundo componente de lucha social, como se verá más adelante, en una pugna con las posiciones de grupos que con base en creencias evidentemente religiosas se oponían al reconocimiento de sus derechos.

¹⁰⁶ Movimiento ciudadano nacido a causa de la crisis política y de gobierno del país, autodenominado así por una apropiación del apelativo utilizado por el entonces presidente Lucio Gutiérrez contra los ciudadanos que protestaban contra su gobierno.

¹⁰⁷ Salgado Pesantes. *El Proceso constituyente en el Ecuador*, 265

¹⁰⁸ Ecuador, Decreto No. 002, 15 de enero de 2007.

¹⁰⁹ Ecuador, Decreto Legislativo No. 2, Registro Oficial Suplemento 236, 20 de diciembre de 2007.

Conforme se desprende de la revisión de los archivos históricos de la Asamblea Nacional Constituyente en el Acta No. 077 de 5 de julio de 2008¹¹⁰ se conoce los informes de mayoría y minoría dictados por la Mesa Constituyente No. 1 correspondientes a los derechos fundamentales y garantías constitucionales para el primer debate de los textos constitucionales referentes a: de la familia y derechos de los grupos de atención prioritaria, denominado “parte b”, en razón que en el punto previo se trató derechos colectivos, de los jóvenes, movilidad humana, derecho al ambiente sano y derechos culturales.

A los 10 días de esta sesión, conforme consta en el Acta No. 086 de 15 de julio de 2008¹¹¹ se conoció en segundo debate los informes de mayoría y minoría presentados por la referida mesa referentes a: derechos colectivos, movilidad humana, derecho al ambiente sano, derechos culturales, de los consumidores, de la familia y derechos de los grupos de atención prioritaria.

De la revisión de estas actas y su comparación con el texto efectivamente aprobado da cuenta fácilmente de los cambios que fueron dándose en la norma en torno al derecho de familia, conforme se ve a continuación:

¹¹⁰ Ecuador, Asamblea Constituyente, Acta No. 077, 5 de julio de 2008, Biblioteca Digital de la Asamblea. link: <http://archivo.asambleanacional.gob.ec/index.php/actas-asamblea-constituyente>

¹¹¹ Ecuador, Asamblea Constituyente, Acta No. 086, 15 de julio de 2008, Biblioteca Digital de la Asamblea. <http://archivo.asambleanacional.gob.ec/index.php/actas-asamblea-constituyente>.

Tabla 1
Cambios en los artículos relativos a la familia entre debates y la publicación de la Constitución de la República del Ecuador de 2008

Informe de Mayoría Mesa No. 1- primer debate	Informe de Mayoría Mesa No. 1- segundo debate	Texto Constitucional publicado ¹¹²
Artículo 1. El Estado reconoce y protege a las familias como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y la sociedad de bienes.	De las familias. Artículo 1. El Estado reconoce la familia, en sus diversos tipos, y la protege como célula fundamental de la sociedad y garantiza las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.	Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.
Artículo 2. La unión de hecho de una pareja libre de vínculo matrimonial, bajo las condiciones y circunstancias que señala la ley, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las uniones constituidas mediante matrimonio. El derecho de adopción corresponde solo a las parejas de diverso sexo.	Artículo 2. La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.	Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.

Fuente: Actas de la Asamblea Constituyente No. 55 y 86 de 5 de julio y 15 de julio de 2008, respectivamente y Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Elaboración propia

Del artículo 1 constante en los informes conocidos en 5 y 15 de julio de 2008, respectivamente, por la Asamblea Nacional Constituyente se verifica que en ninguno de ellos se refiere al matrimonio como la “unión entre un hombre y una mujer”, conforme se hizo constar en el artículo 67 de la Constitución. El primer texto lo único que establece es que las familias se constituyen tanto por vínculos jurídicos como de hecho, limitándose a establecer sobre sus integrantes que se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de estos. Mientras que la prohibición de la adopción por parte de parejas del mismo sexo si constaba desde el primer informe:

¹¹² CRE

Respecto al derecho a la familia, se mantienen los estándares de la Constitución de 1998, con importantes avances solicitados por la ciudadanía en el marco del respeto de la diversidad y la libertad de opción en el ejercicio de la sexualidad. Por ello, se ha reconocido la unión de hecho a parejas que no tengan vínculo matrimonial, generándose los mismos derechos que tiene una pareja casada, exceptuando el derecho a la adopción para parejas del mismo sexo.¹¹³

Se observa que al pasar al segundo debate, el texto que presenta la Mesa No. 1 no solo reconoce y protege a la familia como célula fundamental de la sociedad, sino que empieza por el reconocimiento de la *familia en sus diversos tipos*, cosa que constituye un avance que no es fortuito sino producto de un consenso mínimo. Pero también se observa que a pesar de que el texto relativo al matrimonio correspondía a la copia literal de lo que constaba en la Constitución de 1998, este termina siendo objeto de modificación, incluyéndose la definición prevista en el Código Civil que se refiere específicamente a que se forma entre un hombre y una mujer. Hecho que pone en evidencia la lucha que interna y socialmente existió para no avanzar en el reconocimiento pleno de estos derechos, dejando la dualidad con la que la Mesa No. 1 reconoce la conformación de las familias diversas, admitiendo la unión de hecho pero no el matrimonio para las familias homosexuales pero negando el matrimonio, al tiempo de restringirles el derecho a la adopción.

Ahora bien, se observa que los textos citados arriba corresponden a los Informes de Mayoría presentados por la Mesa No. 1; pero en ambos debates se presentaron también informes de minoría que en gran medida aportan mucho más para entender las discusiones producidas a lo interno de la Mesa No. 1 al recoger los desencuentros entre los miembros. Así, en el caso de la sesión del Pleno de 5 de julio de 2008 se observa que el Informe de minoría discute ampliamente el asunto relativo al reconocimiento de las familias diversas; partiendo por, me atrevo a decir, minimizar el impacto de la migración en las familias ecuatorianas, estableciendo que:

[E]n el mundo, se han producido varios fenómenos y hechos sociales que afectan directamente al concepto de familia, pero esto no implica que se hayan generado nuevos modelos o tipos de familia [...] todas estas formas de convivencia familiar habrán siempre y las han habido desde hace mucho tiempo.¹¹⁴

Luego los Asambleístas que suscribieron el informe de minoría continúan argumentando sobre este punto, estableciendo que “Decir que una familia es solo padre madre e hijos es tan equívoco y absurdo como decir que, una familia es un grupo de

¹¹³ Ecuador, Asamblea Constituyente, Acta No. 77, 23.

¹¹⁴ Ecuador, Asamblea Constituyente, Acta No. 77, 141.

mejores amigas que viven solas desde hace 3 años y se dicen ñañas”;¹¹⁵ cosa que de por sí pone en evidencia el hecho que quienes suscribieron el informe de minoría, al hablar de familias de distintos tipos tenían en mente únicamente las nuevas conformaciones familiares producto de la migración, y no familias LGBTIQ+. A pesar de lo dicho, el informe de minoría devela que en realidad su oposición a la inclusión del reconocimiento de las familias diversas en la Constitución no es un asunto jurídico, sino que:

[L]amentablemente somos presa del tiempo, de las épocas, de los estigmas y roles sociales pre-asignados, pero son aquellos los que determinan la validez y realidad de la norma. Es de fundamental importancia por tanto el responder al principio de temporalidad en el contenido de las normas constitucionales, pues es esa misión de la norma el revisar las realidades sociales y acoplarse a ellas para poder regularlas y dirigir las de manera certera, no es la realidad social la que debe hacerse a la norma, de ser así correspondería a una norma incompatible socialmente y, por tanto, jurídicamente inexigible. Ilógico es pensar que la nueva Constitución debe inventar soluciones a problemas que aún no aparecen como primordiales en la sociedad y que además son contrarias a posiciones sociales que actualmente pueden identificarse como mayoritarias. De ahí que, la unión de hecho de una pareja del mismo sexo puede generar conflictos que como sociedad son difíciles de resolver [...].¹¹⁶

Es así que se observa que la posición que la minoría de integrantes presentan se debe al hecho que, la norma sería supuestamente contraria a las posiciones sociales mayoritarias; justificando con ello el hecho de no avanzar en el reconocimiento de derechos de minorías. Sin embargo, y de manera sumamente confusa el informe sigue:

Es necesario que las parejas del mismo sexo tengan garantizadas condiciones que los beneficien y colaboren en su desarrollo; es fundamental determinar (y así se ha hecho) la imposibilidad de discriminar por sexo en lo laboral, educativo, de salud y demás espacios de participación. Los derechos patrimoniales y sucesorios deben ser garantizados, no solo porque cuando vinieron los grupos GLBT así lo solicitaron, sino porque es por demás justo para resolver graves desigualdades.¹¹⁷

Argumentos que sirven para establecer que su propuesta es modificar el artículo relativo a la unión de hecho para que se establezca:

Propuesta: Número 1. Unión de hecho entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, bajo las condiciones y circunstancias que señala la ley, genera los mismos derechos y obligaciones que se generan mediante el contrato de matrimonio. Las parejas del mismo sexo podrán exigir derechos patrimoniales y sucesorios, previa declaración juramentada sobre el lazo de unión.

Número 2. La unión estable y monogámica de personas del mismo sexo, libres de vínculo matrimonial, les dará los derechos y obligaciones patrimoniales que

¹¹⁵ Ecuador, Asamblea Constituyente, Acta No. 77, 143.

¹¹⁶ *Ibíd.*, 145.

¹¹⁷ *Ibíd.*, 145.

corresponden a la sociedad de bienes, estas parejas no tendrán derecho de adopción o crianza. (Propuesta tomada de la propuesta de Constitución del doctor Marcos Albuja).¹¹⁸

Evidenciando así la existencia de posiciones divididas incluso en el informe de minoría, en las que, por un lado se propone reconocer la unión de hecho solo para parejas conformadas por hombres y mujeres, sin establecer nada sobre la adopción; mientras que la segunda propuesta reconoce la unión de hecho para las parejas del mismo sexo, pero no solo limita la adopción, sino también la crianza. Ninguno de ellos presenta siquiera argumentos, mucho menos argumentos sólidos para regular las figuras jurídicas relativas a las familias en uno u otro sentido.

Sobre estos debates constituyentes Marjorie Espinoza¹¹⁹ realiza un prolijo y profundo análisis de las problemáticas referidas en la discusión en el proceso constituyente en torno a estos temas. Análisis dentro del cual se refiere a un acuerdo que fue denunciado por el Movimiento Nacional de Mujeres del que se verifican dos documentos; por un lado un comunicado de acuerdo del Bloque de Acuerdo País¹²⁰ emitido después de la reunión que estos Asambleístas mantuvieron con el Presidente de la República que estableció lo siguiente:

COMUNICADO ACUERDO PAIS:

El bloque de Acuerdo País aclara a la ciudadanía:

1. El respeto absoluto e irrestricto a todas las convicciones y creencias del pueblo ecuatoriano.
2. El carácter laico del Estado como garantía de libertad e independencia de la organización de la sociedad frente a las convicciones religiosas.
3. El preámbulo de la Constitución incorporará de manera ecuménica el nombre de Dios y las diversas formas de religiosidad, espiritualidad y creencias de los ecuatorianos.
4. La nueva Constitución garantizará la vida. Y la reconocerá y protegerá en todas sus etapas, incluidos el cuidado y la protección desde la concepción.
5. El matrimonio se mantendrá como la unión de un hombre y una mujer.¹²¹

Comunicado que se emitió después de las declaraciones realizadas por Rafael Correa en las que estableció que él mismo votaría en contra de la Constitución de

¹¹⁸ Ecuador, Asamblea Constituyente, Acta No. 77, 145.

¹¹⁹ Marjorie. Espinoza, *El espejismo laico del Ecuador. Los debates constituyentes sobre el aborto, la adopción homosexual y el nombre de Dios en el preámbulo de la Constitución*. FORO Revista de Derecho, No. 29. (Quito: UASB, Enero-junio de 2018).

¹²⁰ Acuerdo País, corresponde al acuerdo entre movimientos de izquierda del Ecuador (Alianza País, Ciudadanos Nuevo País y Alternativa Democrática) que se produjo para aunar esfuerzos para “transformar radicalmente las actuales condiciones de inequidad e injusticia.”, conforme señala Fernando. Cordero, *Acuerdo País’: una opción ciudadana radical*. La Tendencia. Revista de Análisis Político. Quito: Editorial Tramasocial, 2007, 36. Este acuerdo se resquebrajaría durante el mismo proceso constituyente.

¹²¹ Ibid., Comunicado citado en el texto de Espinoza, *El espejismo laico del Ecuador*, 146.

incluirse en esta la aprobación del aborto.¹²² Es decir, un comunicado que de por sí develaba las tensiones existentes más allá de lo interno de la Asamblea, así como, conforme se verificó en los años que siguieron los mecanismos a través de los que Rafael Correa influenciaba -por no decir imponía- a los otros órganos de gobierno para lograr que su propia posición sea la que prevalezca.

El segundo, y mucho más preocupante, un correo electrónico presuntamente enviado por el asesor jurídico de la Presidencia de la República a la Mesa 1, publicado por el Diario El Universo;¹²³ cuyo contenido, por su relevancia me permito transcribir:

Contenido. De la carta de Mera a la mesa 1, según grupos de MUJERES
Estimado Galo:

Como recordarás, aquel desagradable e indignante día en que se fueron del bloque la (Rossana) Queirolo y la (Diana) Acosta, resolvimos tres cosas, que inclusive constaron por escrito:

1. Que se garantice el derecho a la vida desde la concepción. (recuerda que la pelea con las ahora desleales opositoras es que querían que se incluya “sin excepciones”, lo cual no aceptamos).
2. Que se incluya el nombre de Dios en la Constitución.
3. Que se deje el tema de los derechos de los gays para normas secundarias, y no elevarlo a norma constitucional.

En lo que respecta al primer punto, que es fundamental para que no tengamos el rechazo oficial de la Iglesia, la Mesa 1 cambió la redacción –contrariando lo que habíamos acordado– y puso, con respecto a los derechos de los niños, lo siguiente: “El Estado les asegurará la protección y cuidado desde la concepción”. Cuando lo que habíamos convenido era: “El Estado garantizará la vida desde la concepción”.

Por lo que el Presidente se siente una vez engañado cuando lo que convenimos no se cumple. Se lo hizo con el voto de María Soledad Vela, Aminta Buenaño, María Palacios y María José de Luca.

Este tema es FUNDAMENTAL para que no tengamos a la Iglesia pidiendo el No en el referéndum, como ya lo insinuó en todos los púlpitos del país el domingo pasado y que sería políticamente desastroso.

Como este tema está para primer debate en la Asamblea, habría que incluirlo como moción para primer debate e incluirlo como propuesta en el segundo debate de la mesa.

Favor copiar a María Molina...

Saludos,

¹²² La Hora. Asamblea del Ecuador aprueba los cinco primeros artículos de nueva Constitución, 2 de abril de 2008. <https://lahora.com.ec/noticia/702238/home>.

¹²³ El Universo. *Mujeres denuncian injerencia de asesor de Correa en Asamblea*, 5 de julio 2008. <https://www.eluniverso.com/2008/07/05/0001/8/B3FDB9509D18444F9665B92BD75F59F2.html>

Alexis Mera Giler¹²⁴

Carta que según refiere Espinoza,¹²⁵ fue leída en el Pleno de la Asamblea por el Asambleísta Pablo Lucio Paredes¹²⁶ en el primer debate, bajo protesta de que se tomen decisiones en la Asamblea en base a intereses políticos en lugar de principios sólidos¹²⁷. Es decir, que se evidencia la existencia de presiones por parte de grupos interesados en el mantenimiento del *status quo*, bajo concepciones de orden evidentemente vinculadas con creencias religiosas. Lo dicho, sin que se pueda desconocer el hecho que dentro de la Asamblea Constituyente, como en todo proceso democrático, en el que sin lugar a dudas iba a existir y efectivamente hubo posiciones ideológicas enfrentadas.

Espinoza recuerda que de los 130 asambleístas, 80 pertenecían al partido oficialista (entonces denominado Acuerdo País), que a su vez se encontraba conformado por movimientos que teóricamente compartían objetivos. Mas, al tratar los temas como el aborto, matrimonio homosexual y la inclusión de Dios en el preámbulo de la Constitución, aparecieron tensiones que generarían “una división irreconciliable en el seno de Acuerdo País” que implicó además el abandono del bloque oficialista de las asambleístas Rosana Queirolo y Diana Acosta, quienes se alinearon con “facciones conservadoras de la Asamblea Constituyente”.¹²⁸

De igual forma, Espinoza refiere a que entre las facciones enfrentadas, a las que denomina “conservadoras” y “progresistas”, contaban las primeras con apoyo de la Conferencia Episcopal y grupos autodenominados “pro-vida”, mientras la segunda, se apoyaba, entre otras organizaciones de la sociedad civil como la coalición política “Movimiento de Mujeres del Ecuador”; quienes, conjuntamente el entonces Consejo Nacional de Mujeres (CONAMU), habían presentado la siguiente propuesta de articulado:

Su propuesta de articulado respecto del Estado laico fue la siguiente: Art. XX. El Ecuador se proclama como Estado laico. Ninguna religión es o puede ser la del Estado. Se establece la separación entre Estado e Iglesia como esferas autónomas, el Estado

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ En el Acta de la Asamblea No. 77, 153, se encuentran omitidos los nombres que aparecen publicados en el Diario El Universo. El Asambleísta Paredes dio lectura en el pleno a los nombres constantes en la misiva como “equis” conforme el mismo señala, luego de dejar establecido que la lee por ser pública y luego de haber verificado que los correos de entrada y salida efectivamente corresponden al receptor y remitente.

¹²⁷ Ecuador, Asamblea Constituyente, Acta No. 77, 152-155.

¹²⁸ Espinoza, *El espejismo laico.*, 11.

no debe auspiciar, proteger, financiar ni favorecer a una religión en particular. Sus decisiones no pueden ser justificadas en determinado dogma creencia religiosa. Tampoco le corresponde desarrollar acciones contra ninguna expresión religiosa”.

En relación con el matrimonio proponía: Art. XX. La unión estable y monogámica de dos personas libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio o casamiento, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, sociedad conyugal y derecho de sucesión”.¹²⁹

Si bien se hablaba como tal del reconocimiento de la unión de hecho de manera general para todas las personas, en contraposición a esto los grupos “conservadores” si propugnaron la inclusión de Dios, la prohibición del aborto y la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo;¹³⁰ para lo cual no solo que organizaron marchas sino que además recogieron firmas.¹³¹

Por su parte el Asambleísta Chacón, cuya propuesta ya fue referida, luego de argumentar en torno al porque el reconocimiento de la unión de hecho para personas del mismo sexo no debería asimilarse a la de personas de distinto sexo establece:

En este sentido, a mí me parece que lo único que falta establecer de modo categórico en la Constitución, es la prohibición del derecho de adopción y de crianza a personas del mismo sexo, y eso creo que se debe hacer en el capítulo relativo a la niñez y adolescencia, mas no acá en el segmento que está dedicado a regular esta institución fundamental del ordenamiento jurídico ecuatoriano, como es la familia.¹³²

Sobre lo que, siguiendo la tónica ya referida, no plantea ningún argumento que ayude a comprender las razones por las que considera que tal prohibición deba incluirse en la norma constitucional, siendo además contradictorio con su propio argumento, toda vez que en líneas anteriores se refiere a la inclusión de la prohibición de discriminación por orientación sexual.

Del análisis realizado por Espinoza se determina que en torno a estos temas se esgrimieron 4 tipos de argumentos, tres de ellos religiosos y un cuarto jurídico.¹³³

a) El mito de la mayoría católica: este se esbozó como uno de los principales argumentos a la hora no solo de incluir el nombre de Dios sino de prohibir cualquier artículo que habilitara la posibilidad del aborto o del matrimonio o unión homosexual.

¹²⁹ Conforme cita Espinoza, esta propuesta se entregó a la Asamblea Constituyente, en la sesión constante en el Acta No. 25, de 7 de marzo de 2008, a propósito del 8 de marzo, día de la mujer. *Ibíd.*, 44.

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ La Hora. *Alianza País: Dios, aborto y matrimonio homosexual no deben ir en la Carta Magna*, 26 de marzo de 2008. <https://lahora.com.ec/noticia/699408/alianza-pas-dios-aborto-y-matrimonio-homosexual-no-deben-ir-en-la-carta-magna>.

¹³² Ecuador, Asamblea Constituyente, Acta No. 77, 157.

¹³³ Espinoza, “El espejismo laico.”, 15.

Este razonamiento indica que la mayor parte de la población ecuatoriana es católica, y por tanto los valores católicos, como la sacralidad de la vida, de la familia, del matrimonio y la centralidad de Dios, deben ser considerados en la Constitución. Un argumento de esta naturaleza supone la imposición de un tipo de moral que se considera mayoritaria: la moral católica. El contraargumento sería el carácter laico del Estado, y por tanto el respeto a la libertad de conciencia y a toda manifestación religiosa y/o filosófica.

b) La Biblia como fuente de Derecho: este argumento fue igualmente utilizado en los tres temas señalados, pero sobre todo en lo que concierne a la invocación de Dios en la Constitución y a la prohibición del aborto. A partir de este razonamiento se hacen afirmaciones tales como que solo Dios tiene la potestad sobre la vida, y que como tal la vida es un don divino. Al utilizar estos argumentos los asambleístas leían versículos de la Biblia y en esa medida pretendían dotar de normatividad jurídica los mandatos religiosos de la Biblia.

c) Falacia naturalista: este razonamiento fue muy utilizado a la hora de argumentar en contra del matrimonio o unión libre homosexual, y a favor de la prohibición absoluta del aborto. Para ese efecto, basaban sus argumentos prescriptivos: el matrimonio debe ser solo entre un hombre y una mujer, basándose en razonamientos descriptivos: hombre y mujer pueden procrear. El salto argumentativo de uno (lo normativo) a otro (lo descriptivo) viene acompañado por un “así lo quiso Dios”.

d) Argumento jurídico: estos razonamientos, aunque marginales, aludían a derechos consagrados en los instrumentos internacionales y a su supremacía en el derecho interno.

Es decir que a lo interno de la Asamblea no se esgrimieron argumentos por los que se pudiera establecer y sostener, razonablemente, que el matrimonio no corresponda a las personas LGBTIQ+, ni que las parejas por ellos conformadas puedan adoptar. Evidenciándose que se trataría de normas incluidas en la Constitución en base a creencias religiosas que, a pesar de corresponder a la religión mayoritaria, no tienen lugar en la Constitución de un Estado laico y plural; así como en falacias y prejuicios derivadas de estas creencias religiosas,¹³⁴ que difícilmente pueden ser contrargumentados al tener como sustentarse dogmas de fe. Lo que si se debe señalar sobre estos es que encuentran su sentido en el hecho que el texto final debía someterse a referéndum, considerándose en consecuencia deseable evitar temas que podrían generar polémicas que eviten la aprobación del texto, como claramente queda establecido en la misiva. Aun a sabiendas que esto, la inclusión de estas prohibiciones

¹³⁴ La intervención del Asambleísta Estancio Balerio en el segundo debate (Acta No. 86, de 15 de julio de 2008, pg. 56-59) da clara cuenta de ello. Intervención que inicia citando la bíblica (Proverbios 16:2) aunque manifestando que se trata de un proverbio, y luego, nuevamente refiriéndose a lo que “Jesús dijo” (Mateo 11:15); para con eso sostener que la unión de hecho debe establecer “entre un hombre y una mujer”; la intervención del Asambleísta Fernando Alarcón quien establece que la unión debe ser entre un hombre y una mujer, caso contrario se estaría dando paso a “hechos antinaturales”(Pg. 131), mientras que el Asambleísta Guido Rivas, sostiene que el matrimonio es solo entre un hombre y una mujer con sustento en que “hombre y mujer los hizo”, “id y multiplicaos”, entre otras referencias bíblicas, 140.

implicaba no solo no avanzar en el reconocimiento de derechos, sino dificultar el avance posterior en las normas inferiores.

Así se evidencia que la Asambleísta Queirolo fervientemente se opone a estos artículos evidenciando por un lado que la familia diversa no solo era la conformada por la migración, sino por personas LGBTIQ+, a cuyo reconocimiento se opone:

¿Cuáles son entonces los diversos tipos de familia? Acaso no existe un solo tipo de familia formada por la unión de un hombre y una mujer, si no es así, cuáles son estos otros tipos de familia que ahora gracias a este artículo el Estado deberá reconocer. Estas interrogantes quizás se resuelvan con las siguientes acotaciones. El artículo transcrito reconoce la familia y especifica que éstas se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, y a continuación aseveran que el matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes. Como se ve, el artículo no especifica que el matrimonio, como lo dije, está conformado por un hombre y una mujer que establecen una comunidad de vida y de bienes, con el fin de procrear y educar a sus hijos. Al no hacer estas especificaciones se abre la puerta para que como ya ha sucedido en países europeos se legalice el matrimonio entre homosexuales y la familia homosexual, así que no nos vengan acá a pretender engañar al pueblo ecuatoriano al decir que los diversos tipos de familia son las de los migrantes, por favor, no se está hablando de eso.¹³⁵

Luego Queirolo sigue argumentando que la familia es *antropológicamente* heterosexual y que una unión entre personas homosexuales no da origen a una familia y que estas “no pueden ser fomentadas desde la Constitución”; siguiendo con la adopción, sobre lo que expresa:

Algo excesivamente preocupante en este artículo es la declaración lírica que reza: “El derecho de adopción corresponde solo a parejas del mismo sexo”, pero quién impide que un individuo homosexual adopte a un niño como padre soltero o madre soltera, quién impide que luego de formalizar la adopción el padre adoptivo se una con otra persona del mismo sexo, la respuesta es sencilla, nadie lo puede impedir. De igual gravedad sería en el caso de un matrimonio que procrea hijos, luego deciden divorciarse, si uno de ellos en un futuro decide hacerse homosexual y vivir con una persona del mismo sexo, qué pasará con esos niños, en qué clase de hogar crecerían estos niños, y bajo qué ejemplos y valores. Entonces, gracias al reconocimiento jurídico de la unión de hecho de personas del mismo sexo y el reconocimiento de la familia en sus diversos tipos se está formalizando a su vez la familia homosexual, sin pensar en el derecho de los niños a crecer dentro de una familia natural con los roles definidos de padre y de madre. No caigamos en el error, entonces, de reconocer la unión de hecho entre homosexuales y darles un estatus de familia. De seguro estaríamos actuando en contra de los valores de la sociedad ecuatoriana.¹³⁶

¹³⁵ Ecuador, Asamblea Constituyente, Acta No. 86, 95.

¹³⁶ *Ibíd.*, 95-96

Criterio que fue rebatido inmediatamente por Asambleístas como Marisol Peñafiel,¹³⁷ quien además de ejemplificar las familias diversas a través de su propia familia diversa,¹³⁸ cuyo reconocimiento exige la sociedad en el proceso constituyente, manifiesta que la norma planteada no solo está garantizando la inviolabilidad de la vida, sino que se está garantizando el derecho a la vida digna; reconocimiento esencial para entender la naturaleza garantista que el país exigía.

A pesar de ello, se evidencia que el articulado terminaría restringiendo el matrimonio solamente a aquel celebrado entre personas del mismo sexo, aunque sin excluir la posibilidad de que se constituya la unión de hecho entre parejas del mismo sexo; al tiempo en que mantiene la limitación de la adopción a personas del mismo sexo pero ignora u omite considerar las realidades en torno a la crianza.

Es decir, se evidencia que el texto constitucional resultante, más que el producto de un debate profundo y sustentado, fue un compromiso entre las posiciones más progresistas sustentadas en el reconocimiento de derechos, tanto pensadas desde las diversidades sexo-genéricas como de las realidades de las familias migrantes y la normativa internacional de derechos humanos y aquellas posiciones conservadoras que luchaban por el mantenimiento del *status quo* con sustento principalmente en preceptos religiosos o, en muchos casos, simplemente prejuicios y temor a la otredad, estas también reconociendo a las familias migrantes, aunque bajo protesta en relación al hecho que detrás de las familias diversas se estaba incluyendo más que aquellas.

¹³⁷ Peñafiel señala “Esta identificación de familia como un modelo expuesto provoca que cualquier cambio o transformación en la misma se tienda a ver como una situación de crisis; sin embargo, esta sensación no es más que producto del desconocimiento de la realidad compleja y diversa que siempre ha sido la familia y que refleja una visión unidimensional de la misma,[...] ahí quiero sentirme incluida, ahí queremos millones de mujeres y de familias que no somos comunes y corrientes también sentirnos incluidos, por eso quiero sugerir a la Mesa que el Estado reconozca las familias, porque esta familia también necesita garantías constitucionales, políticas públicas que beneficien a estos sectores que por mucho tiempo seguimos siendo invisibilizados y ahora, peor aún, estigmatizados, o es que acaso mi familia no es moral, acaso mi familia no es ética, acaso mi familia no tiene principios, esa es mi familia, esa es la familia que existe, el de millones y millones de ecuatorianos”, Asamblea Constituyente, Acta No. 86, 99.

¹³⁸ La Asambleísta Marisol Peñafiel ejemplificó la familia diversa con su propia familia: “Desde hace aproximadamente treinta años mi familia está integrada de la siguiente manera: Mí madre, quién les habla y dos sobrinas, y me queda una duda, y decir que el objetivo fundamental de una familia es procrear, no hemos procreado, pero si sabemos de principios fundamentales, del respeto, y no precisamente es aludir al derecho de que una mujer tiene que ser madre para constituir una familia.” Asamblea Constituyente, Acta No. 86, 98.

2. Una Constitución garantista: avances y contradicciones de la Constitución del 2008 en relación con los principios y derechos que reconoce

El proceso Constituyente ecuatoriano pone en evidencia las diversas posiciones presentes en la Asamblea, que como reflejo de la sociedad, confluyeron entre otros asuntos de relevancia en el reconocimiento de la *familia en sus diversos tipos*, aunque no haya significado lo mismo para todos.

Es así que se ratifica el reconocimiento de la familia como el *núcleo fundamental* de la sociedad; y al igual que lo hizo en la Constitución de 1998¹³⁹ establece que esta se constituye por *vínculos jurídicos o de hecho*; aunque diferenciándose de la precedente ya que si bien mantiene la definición del vínculo jurídico denominado matrimonio exclusivamente para las parejas constituidas por un hombre y una mujer, al referirse a la unión estable y monogámica que de manera general se conoce como unión de hecho, no se distingue el sexo de los contrayentes:

Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

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

La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.

Es así que las familias reciben una protección estatal, siempre que estén conformadas por dos adultos libres de vínculos, es decir que mantiene invisibilizados los vínculos familiares como los de las familias Shuar; al tiempo que define al matrimonio como una figura excluyente, un club al que solo pueden pertenecer los heterosexuales. Pero también establece otra limitación que parecería ser *prima facie* arbitraria y por tanto discriminatoria, esto es, limita la adopción estableciendo que *la adopción corresponderá solo a parejas del mismo sexo*.

¹³⁹ Constitución de 1998: “Art. 37.- El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. [...]”

Como se observa, por un lado la Constitución reconoce derechos y por el otro lado limitó el reconocimiento de estos mismos derechos, a pesar de que por la naturaleza de la Unión de Hecho, esta genera los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio. De igual forma incluye el segundo inciso del artículo 68 como límite para las parejas del mismo sexo a la adopción; sobre lo cual, de haber existido un debate profundo acompañado de un análisis de información, los Constituyentes hubiesen podido tener una mejor lectura de las necesidades sociales, más allá de sus propias circunstancias y prejuicios personales.

Pero de la mano de estas contradicciones y restricciones en torno al derecho a la familia, se encuentra que se presentan algunas otras contradicciones que dificultan la conciliación de la norma constitucional en general, como se verá a continuación.

2.1. La Constitución del 2008: una constitución regida por principios

Para realizar cualquier análisis de los derechos reconocidos en la Constitución en relación con el reconocimiento de las familias diversas, resulta necesario empezar analizando los mandatos que esta norma establece respecto de la interpretación de las normas constitucionales.

Recogiendo muchos de los avances internacionales en la interpretación de los derechos, se encuentra previsto en el artículo 427¹⁴⁰ que “se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”, así como que “en caso de duda, deberá interpretarse en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos”. Dicho esto, deviene evidente que una interpretación de la norma constitucional no puede hacerse de manera aislada a sus demás articulados ni restrictiva respecto de interpretaciones que pudieran ser más favorables y las razones para esto es precisamente el espíritu garantista de la Constitución.

En el caso de la Constitución del 2008 Ávila¹⁴¹ afirma que los primeros artículos de las normas marcan las cualidades de las que su constitución dota al Estado. En el caso ecuatoriano, lo define como un “Estado constitucional de derechos y justicia

¹⁴⁰ CRE

¹⁴¹ Ramiro. Avila, *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia, en Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*. (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 19.

[...]”. Analizando los tres componentes que forman parte de esta definición que marca el camino por el que deberá transitar el Estado ecuatoriano Ávila afirma que:

[L]a constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tienen derechos que serán protegidos con particular importancia, que a su vez serán el fin del Estado [...] En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medios. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias [...].¹⁴²

Es así que con la definición contenida en cuatro palabras, la Constitución lleva inevitablemente a la conclusión de que los derechos humanos son la punta de flecha que guían y al mismo tiempo limitan a todo el ordenamiento jurídico. Con esto en mente, se analizará algunas normas contenidas en la Constitución, a fin de intentar develar los elementos que constituyen este espíritu garantista de la Constitución del 2008 y sus implicaciones.

En primer lugar se encuentran los principios de aplicación de los derechos, respecto de los cuales, luego de establecerse quienes son sujetos de derechos, el artículo 11 de la Constitución enumeran 9 principios por los que se rige el ejercicio de los derechos¹⁴³:

- El ejercicio, promoción y exigibilidad individual o colectivo de los derechos y la obligación estatal de garantizarlos.
- La igualdad de todas las personas en derechos, deberes y oportunidades. Incluyéndose entre las categorías por las que está prohibida la discriminación el sexo, identidad de género, estado civil, orientación sexual.
- Directa e inmediata aplicabilidad de los derechos y garantías constitucionales, así como los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- Prohibición de que normas jurídicas restrinjan el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales.
- Aplicación de la norma e interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia de los derechos.

¹⁴² *Ibíd.*, 22.

¹⁴³ CRE, Artículo 11.

- Inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía de los principios y los derechos.
- No exclusión de otros derechos derivados de la dignidad de las personas comunidades, pueblos y nacionalidades.
- Desarrollo progresivo de los derechos, no regresividad.
- Obligación de reparación.

Conforme se observa, principios que establecen un amplio paraguas garantista de derechos, con el que queda demarcada la cancha por la que rigen no solo los derechos sino todo el quehacer estatal y social ecuatoriano. Principios que se podría afirmar que constituyen un núcleo duro de la Constitución con el que las demás normas del ordenamiento jurídico no pueden entrar en contradicción. Pero que además, en palabras de Carbonell son “[l]as normas constitucionales que mejor representan la continuidad del pasado hacia el presente y del presente hacia el futuro”.¹⁴⁴

Es así que una norma principalista permite a los ordenamientos jurídicos evolucionar en el tiempo hacia la mayor garantía de los derechos que reconoce, aun cuando este no haya sido el sentido con el que nacieron. Es así que Ávila, teniendo en mente el análisis que Alexy realiza en relación a los principios como *mandatos de optimización*¹⁴⁵-sobre lo que volveremos, sostiene que:

El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. [...] El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción. [...] Los principios de aplicación son de carácter general y tienen que leerse en conjunto para todos y cada uno de los derechos. Los principios sustantivos se refieren al enunciado y desarrollo de los derechos. Por ejemplo, el principio de igualdad y no discriminación (principio de aplicación) se aplica para los derechos del buen vivir, la participación, la protección y para todos los derechos (principios sustantivos).¹⁴⁶

De ahí que se puede afirmar que la Constitución del 2008 presenta una doble dimensión de principios, por una parte los principios de aplicación que establecen

¹⁴⁴ Miguel. Carbonell, “La constitución en el tiempo: una nota”, en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. (México: Universidad Autónoma de México, 2005), 108.

¹⁴⁵ Robert. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Cuarta Reimpresión de la 2da edición. (Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2017), 68 y 119.

¹⁴⁶ Ávila, *Ecuador Estado constitucional*, 40-42

como se deben aplicar los derechos y, por otro lado, los principios sustantivos que se refieren al contenido de los derechos y que son en donde estos encuentran su contenido. En el caso de la igualdad y no discriminación se encuentra recogido en estas dos dimensiones, al ser un derecho en su mismo el derecho a no ser discriminado, como en su calidad de principio de aplicación al constituirse en una guía de aplicación para todos los demás derechos.

2.2. El derecho a la igualdad y no discriminación como derecho y garantía

Es precisamente este principio de igualdad y no discriminación en su doble faceta, de aplicación y sustantivo, que constituye el centro de interés de esta investigación. Este principio por su propia naturaleza de tal no siempre ha sido entendido de igual forma ya que en sus orígenes que se trataba de un principio por el que se exigía igualdad entre iguales, lo cual difiere radicalmente de su actual significado e implicaciones jurídicas.

La igualdad y no discriminación ha superado su faceta de igualdad formal, entre iguales, pasando por la comprensión de esta como la igualdad de todas las personas ante la Ley, hasta llegar a la igualdad material. Esta última que en palabras de Boaventura Sousa Santos corresponde al derecho a ser iguales cuando la diferencia inferioriza y a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza¹⁴⁷. Por lo que a pesar de no haberse originado con la interpretación que actualmente se lee el principio de igualdad y no discriminación, resulta innegable que actualmente implica el derecho a que todas las personas tengan igualdad de condiciones para acceder y ejercer derechos, al tiempo que se reconocen y garantizan sus necesidades diferenciadas.

En esta lógica de garantizar nuestros derechos incluso en las diferencias se observa que la Constitución presenta una adición importante en las categorías sospechosas de discriminación frente a aquellas constantes a mediados del siglo anterior, incluyéndose¹⁹ categorías sospechosas, sin perjuicio de otras distinciones personales, temporales o permanentes que pudieran constituir discriminación. Enumeración que si bien amplía el abanico de protección de derechos y que conforme

¹⁴⁷ Frase expresada en varias conferencias y textos por Boaventura Sousa Santos, como “La reinención del estado y el estado plurinacional”, (Santa Cruz, 2007). http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/Boaventura_deSouza_Santos_Del_Estado_Plurinacional.doc.

refiere Luis Pasara,¹⁴⁸ estas enumeraciones no pueden ser consideradas como las únicas causas de discriminación que existen; tampoco significa que “todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio”;¹⁴⁹ cosa que se ha distinguido por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

Es decir, que el principio de igualdad y no discriminación conduce a distinguir entre trato diferenciado y trato discriminatorio,¹⁵⁰ ya que existen hechos que sin ser discriminatorios conducen necesariamente a realizar diferencias en pro de la igualdad; lo que regresa automáticamente al concepto del enunciado de Boaventura al que ya fue referido. Es así que la importancia de la delimitación de las categorías prohibidas reside en poner bajo sospecha cualquier distinción basada en dichas categorías, para requerir un *escrutinio estricto*¹⁵¹ que permita determinar cuando el trato diferenciado oprime.

Dicho esto, el principio previsto en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de 2008, esto es el principio de igualdad, tiene algunos elementos importantes que justifica detenernos a analizarlos: (1) es de aplicación general, refiriéndose a *todas las personas* sin distinción alguna; lo cual guarda coherencia con la naturaleza de principio; (2) no restringe la igualdad a los derechos, sino que además la amplía a los deberes y oportunidades; (3) incluye 19 categorías prohibidas, reconociendo por un lado la existencia social de discriminación por las causas enumeradas, además de poner bajo sospecha jurídica cualquier distinción que se genere sobre la base de dichas diferencias; (4) se encuentra prohibida la acción u omisión discriminatoria sea que sea su objeto o lo tenga tal resultado; (5) constituye discriminación, el menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos; (6) dispone que la ley sancione toda forma de discriminación; (7) exige al estado adoptar medidas de acción afirmativa, estableciendo así que no solo se vulnera los derechos cuando el Estado participa activamente de la discriminación, sino también cuando no cumple con su obligación de promover la igualdad real.

¹⁴⁸ Luis. Pasara, *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*. (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Naciones Unidas, 2008), 80 y s.s.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 82.

¹⁵⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva 4/84, 19 de enero de 1984.

¹⁵¹ El escrutinio estricto implica generar un parámetro más exigente parámetros para la valoración de una diferencia cuando esta diferencia tenga como base una de las categorías sospechosas; es decir, aplicar un test más estricto que el de la igualdad formal.

Este principio debería ser suficiente para que no exista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano norma alguna que genere un trato discriminatorio para ninguna de las categorías prohibidas. Pero la Constitución va más allá en su carácter garantista y además de establecer la igualdad como principio, la establece también expresamente como derecho, incluyéndose como derecho autónomo así como transversalizándose en relación con varios otros derechos.¹⁵²

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Quedando así establecido, sin lugar a dudas, que la Constitución del 2008 no solo reconoce a la igualdad como un derecho, como ya lo hacía la Constitución de 1998,¹⁵³ sino que además deja manifiestamente establecido que la igualdad que se reconoce y garantiza no solo es la igualdad formal sino también la igualdad material; que es transversal a otros derechos.

Pero además, la norma Constitucional ecuatoriana va más allá de las obligaciones a las que se obligó al ratificar la Convención Americana bajo el principio *pacta sunt servanda*¹⁵⁴ y reconoce, además de la obligatoriedad de los avances jurisprudenciales de la Corte IDH, la directa e inmediata aplicación de los derechos humanos y la obligatoriedad de los informes de los organismos internacionales de derechos humanos:

Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

Siendo esto relevante, tanto más porque de constituir estos la interpretación que más favorezca al ejercicio de los derechos es la interpretación que el Ecuador tiene

¹⁵² A lo largo de la Constitución del 2008 se repite la igualdad en el acceso al derecho, como en el caso de la comunicación (Art. 16), la cultura (Art. 23), la educación (Art. 26), entre otros.

¹⁵³ El artículo 23 de la Constitución de 1998 establecía que: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: [...] 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.”

¹⁵⁴ El principio *pacta sunt servanda* establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados implica que: “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

la obligación de adoptar, conforme lo prevén los principios de interpretación de derechos ya referidos; convirtiéndose esta interpretación en derecho positivado de directa e inmediata aplicación.

Por tanto, el Estado ecuatoriano está obligado a adaptar su legislación a las sentencias, pero también los informes de organismos internacionales que de otra forma podrían constituir recomendaciones. Entre estos informes, se encuentra la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017 emitida por la Corte Interamericana, que respecto de la igualdad y no discriminación manifiesta:

65. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

66. Ahora bien, la Corte recuerda que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido[...].¹⁵⁵

Por lo dicho se puede afirmar que la Constitución del 2008, en el contexto de la Opinión Consultiva OC-24/17 no permite ningún trato diferenciado que tenga por fin o por resultado la discriminación de una persona en razón de su orientación sexual, cuando esta diferencia no *se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables*. En contraposición admitiéndose una distinción en caso de que esta tuviera: 1) fin legítimo; y, 2) es proporcional.

De ahí que *prima facie* resulte ser incompatible desde el punto de vista de principio y derecho de la igualdad y no discriminación la existencia de una norma que expresamente prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual de la persona, mientras otras dos expresamente restringen para “parejas de distinto sexo” (Art. 68). Por lo que deviene evidente que siendo estas distinciones que tienen como base una categoría sospechosa, su aplicación debería pasar por un *escrutinio estricto*, que permitan determinar si existen razones por las que se justifique esta diferenciación o, como ya sucedió con el matrimonio igualitario, si su existencia debe condicionarse a una interpretación, u otra consecuencia jurídica.

¹⁵⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-24/17, 24 de noviembre de 2017.

2.3. El derecho a la vida digna, más allá del derecho a sobrevivir

Las obligaciones del Estado van más allá que la sola abstención de violar los derechos, esto aplica respecto de la igualdad y no discriminación, así como también respecto de todos los derechos, en especial respecto de los derechos económicos, sociales y culturales. De ahí que se deben tomar acciones tanto para alcanzar la igualdad material como para garantizar los demás derechos, estableciendo¹⁵⁶ para ello mecanismos como los Consejos nacionales para la igualdad¹⁵⁷ cuyas funciones incluyen la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de políticas públicas relacionadas, entre otros, con las temáticas de género; así como el Sistema nacional de inclusión y equidad social;¹⁵⁸ estableciendo como obligación del Estado que:

Art. 341.- El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad. [...]

Por un lado, la Constitución de 2008 establece la obligación de proteger integralmente los derechos y por otro refiere que tal protección debe darse a lo largo de la vida de sus habitantes, lo cual introduce directamente al derecho a la vida; que se encuentra reconocida en el artículo 66 de la Constitución, en los términos que siguen:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.
2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.

No es fortuito que además de reconocer la inviolabilidad de la vida como lo hacía la Constitución de 1998¹⁵⁹ se haya avanzado al reconocimiento del derecho a la vida digna y sus implicaciones tampoco son menores.

El derecho a la vida tradicionalmente ha sido entendido como el derecho a existir, implicaba la abstención por parte del Estado de atentar contra la vida, de ahí

¹⁵⁶ Sería más correcto utilizar el verbo “transforma” ya que existían varios consejos de derechos que conforme lo previsto en la disposición transitoria SEXTA se transforman en este Consejo..

¹⁵⁷ Ecuador, Constitución 1998, Artículo 156.

¹⁵⁸ Ecuador, Constitución 1998, Artículo 340.

¹⁵⁹ Numeral 1 del Art. 23.

que a esta inviolabilidad le sigue la afirmación categórica que dice que “[n]o hay pena de muerte”. Pero el derecho a la vida va mucho más allá del simple hecho de que se garantice la existencia de las personas. Implica, conforme ha sido reconocido por la Corte IDH, la garantía de condiciones que permitan a las personas cumplir con su proyecto de vida. Así, en la sentencia de fondo dictada en el Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala la Corte establece:

144. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.¹⁶⁰

Mientras que en relación al proyecto de vida la Corte IDH se pronuncia dentro de la sentencia de reparaciones y costas del Caso Loayza Tamayo, estableciendo que:

147. Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante” [...] el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

148. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.¹⁶¹

Introduce así en el año 1999 el concepto de vida digna y proyecto de vida, ampliando por tanto la comprensión del alcance del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se plasma en el numeral 2 del Art. 66 de la Constitución ecuatoriana. Reconocimiento que obliga a los Estados parte a adecuar su legislación para garantizar condiciones que permita a las personas vivir con dignidad.

¹⁶⁰ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia Fondo, 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 631

¹⁶¹ Corte IDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia. Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 1998.

No bastando entonces la abstención por parte del Estado como se entendía en las primeras jurisprudencias de la Corte IDH, sino además incluyendo obligaciones de hacer para garantizar efectivamente este derecho.

En este contexto se observa que al reconocer el Estado ecuatoriano el derecho a la vida no solo está garantizando el derecho a existir, sino que además, garantiza el derecho tener acceso a condiciones de vida que garanticen la dignidad, así como el derecho a desarrollar el proyecto de vida en los términos reconocidos por la Corte IDH en el caso Loayza Tamayo.

En esta misma línea, en la Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte manifiesta sobre la protección de las familias diversas:

191. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención.

192. Por estas razones, la Corte coincide con su par Europeo en cuanto a que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual[...].¹⁶²

Siendo un elemento consustancial al proyecto de vida de las personas el conformar una familia, los Estados tienen la obligación de garantizar a todas las personas, incluidas las personas LGBTIQ+, la posibilidad de desarrollar su proyecto de vida conformando una familia; y, aunque la Corte no se refiere en específico a la conformación de las familias a que las personas LGBTIQ+ puedan adoptar, no es a la Corte a quien le corresponde definir el proyecto de vida, sino a cada persona.

Por lo que deviene evidente que respecto de las parejas que desean tener hijos como parte de su proyecto de vida y que no pueden tenerlos por razones de orden biológico o simplemente no desean tener hijos biológicos por ser este su proyecto de vida, se observa que la Constitución presenta un trato diferenciado entre las personas que heterosexuales o bisexuales que tienen una relación con una persona de sexo distinto al suyo, frente a aquellas que son homosexuales o que siendo bisexuales tienen una pareja del mismo sexo. Trato que tiene como base una categoría prohibida constitucionalmente, como es la orientación sexual; por lo que jurídicamente esta

¹⁶² Corte IDH, OC-24/17.

distinción relativa al proyecto de vida que las personas pueden tener, genera sospecha y obliga a valorarla a través de un *escrutinio estricto*.

2.4. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes

Además del reconocimiento de la familia diversa y del derecho garantía a la igualdad y no discriminación y a la vida digna, la Constitución del 2008 establece un cúmulo de derechos de protección relacionados con la familia y sus integrantes; con especial énfasis en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Es así como recoge y eleva a rango constitucional algunas de las normas que ya se encontraban previstas y ratificadas en la Convención sobre los derechos del niño, la Constitución de 1998 y recogidas en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, estableciendo:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

De lo que se desprende que todas las personas que conforman la sociedad ecuatoriana estamos obligados a asegurar el desarrollo integral y el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; sin distinción alguna. Así como se desprende de este artículo la obligación como sociedad de garantizar estos procesos que aseguren su desarrollo, tanto en el entorno familiar como fuera de este.

También establece la Constitución que entre los derechos específicos a los que tienen derechos niños, niñas y adolescentes se encuentra el derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar:

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria [...].

De igual forma, establece que las y los guaguas son titulares de los derechos comunes a todo ser humano, además de aquellos específicos a su edad,¹⁶³ enumerando varios de ellos; así como estableciendo obligaciones de protección que le corresponden al Estado para garantizar sus derechos.¹⁶⁴

Además establece que la igualdad y no discriminación corresponde a un derecho-principio. Entre los derechos de la niñez también se encuentra un principio específico sobre cuya base se deben desarrollar todos sus derechos, el principio de interés superior. Principio que podría resumirse en que todas las personas están obligadas a satisfacer en la mayor medida de lo posible los derechos de los niños niñas y adolescentes para garantizar su desarrollo integral, en todos los ámbitos en que se desenvuelvan.¹⁶⁵ De manera expresa, el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia explica que:

El interés superior del niño es un principio 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.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de 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.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.¹⁶⁶

Entre los elementos sustanciales que se desprenden de este artículo se encuentra: (1) la opinión del niño, niña o adolescente es esencial para cualquier decisión que verse en torno a sus derechos; (2) puede invocarse en contra de norma expresa, es decir que si una norma viola sus derechos debe primar la garantía de los derechos, lo cual es importante considerando que es un principio establecido previo a la Constitución de 2008; (3) se encuentra constituido por el justo equilibrio entre sus derechos y obligaciones; (4) las acciones que se realicen para garantizar sus derechos deben ser las que mejor convengan a la garantía y protección de todos sus derechos; y, (5) prevalece frente a otros principios como el de interculturalidad e incluso frente a los derechos de las demás personas.

¹⁶³ CRE Art. 44.

¹⁶⁴ CRE Art. 46

¹⁶⁵ En la Observación General No. 14, el Comité de los derechos del niño se pronuncia sobre la necesidad de que el interés superior sea una consideración primordial.

¹⁶⁶ Ecuador, Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia-CONA. Artículo 11

Prima facie queda claro que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de las demás personas; pero de ello no se puede inferir que el derecho de los niños a tener una familia se encuentre contrapuesto con el derecho de las parejas LGBTIQ+ a formar una familia. La aplicación de este principio no siempre es fácil. En el caso de los niños, niñas y adolescentes que por diversas razones terminan en casas de acogida, todos ellos vienen de realidades en que sus derechos de una u otra forma han sido vulnerados. Encontrándose en estos espacios de protección temporal hasta poder reinsertarse nuevamente en sus hogares o en nuevas familias adoptantes; proceso que enfrenta múltiples dificultades por las que el derecho de estos niños como el de tener una familia no siempre se logra garantizar. Es así que a 2018 alrededor de 3000 niños vivían en casas hogares¹⁶⁷¹⁶⁸ y que en a junio de 2021 hayan aumentado un 102% el ingreso a albergues.¹⁶⁹

En el caso de la adopción, es decir, el derecho de aquellos niños, niñas o adolescentes que no tienen una familia a que se les asigne una familia “idónea, permanente y definitiva”¹⁷⁰ para que se declare judicialmente la adopción, existen requisitos previos. En la fase administrativa previa,¹⁷¹ además de estudiar la situación de la persona que va a adoptarse, se debe declarar la idoneidad de los candidatos adoptantes. Idoneidad sobre la que De La Iglesia dice:

La idoneidad de los adoptantes, no es un concepto estático sino dinámico y relacional, pues ha de ponerse en relación a una concreta familia con un concreto menor por lo que dependiendo de las peculiaridades del niño habrá solicitantes que por sus características, circunstancias y capacidades serán adecuados y otros que no.¹⁷²

¹⁶⁷ El Comercio. *Alrededor de 3 000 niños viven en casas hogares en Ecuador*, 1 de junio de 2018. <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-ninos-hogar-guayaquil-leninmoreno.html>

¹⁶⁸ Se debe aclarar que no todos los y las niñas, niños y adolescentes que se encuentran en casas hogares se encuentran en condición de adoptabilidad, ya que para ello se deben seguir procesos previos; sin embargo, si da una medida del número de niños, niñas y adolescentes que viven sin una familia en el Ecuador, sea porque encontrarse en situación de orfandad o porque han sido retirados de su familia de origen por no prestar esta la garantía para la protección de sus derechos y no existen familiares bajo cuidado puedan quedar los niños y niñas en garantía de su interés superior.

¹⁶⁹ El Universo. *En Ecuador aumentó un 102 % el ingreso de menores a casas de acogida durante la pandemia del COVID-19. Maltrato, abusos y abandono, entre las causas*, 24 de julio de 2021. <https://www.eluniverso.com/noticias/ecuador/mas-ninos-entraron-a-albergues-durante-la-pandemia-del-covid-19-en-ecuador-nota/>

¹⁷⁰ Ecuador, CONA, Artículo 151.

¹⁷¹ Ecuador, CONA, Artículo 165.

¹⁷² María Isabel. De La Iglesia, *La idoneidad de los adoptantes*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Núm. 736. España: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marzo 2013.

En consecuencia de esto, la valoración de idoneidad no se puede dar en abstracto. Así lo establece el Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional, que señala:

Por otra parte, podemos preguntarnos, erróneamente, si las personas que estamos evaluando podrán llegar a ser buenos padres, en abstracto. Sin embargo, no es “un niño cualquiera” el que se va a incorporar a una familia, sino que se trata de un menor singular y concreto, con una historia de abandono o de trato inadecuado. De modo que para acometer adecuadamente la valoración de la idoneidad, debemos saber para quién, es decir, para qué tipo de niño (edad, origen cultural, historia, etc.), estamos considerando adecuados a los solicitantes.¹⁷³

Dicho esto, resulta evidente que si la valoración que debe realizarse de los adoptantes, no se puede limitar a evaluar las habilidades parentales potenciales de determinadas personas, ya que se requiere conocerlas en relación con los retos y necesidades que presenta el adoptante ¿Cómo se puede determinar en abstracto que personas con determinadas características no son idóneas para adoptar niños, niñas y adolescentes?

El miedo y el prejuicio son móviles sumamente potentes, pero no son causas justificables para limitar proyectos de vida, mucho menos para eliminar la posibilidad de que un niño, niña o adolescente pueda ejercer su derecho a vivir en una familia en lugar de en una casa de acogida.

Resulta interesante en este aspecto analizar si es que existe evidencia científica que lleve a concluir que de manera general la orientación sexual o la identidad de género de una pareja LGBTIQ+ pueda contraponerse con el principio del interés superior de los niños. En este sentido, se observa que la recopilación de estudios sobre el bienestar hijos/as de progenitores homoparentales realizada por la Universidad de Cornell refiere a que de los 79 estudios analizados “75 concluyeron que los hijos/as de progenitores gays o lesbianas no obtienen peores resultados que otros niños/as”.¹⁷⁴ También se establece que los 4 estudios que sostienen la diferencia en el resultado tienen el mismo problema, esto es, que la mayor parte de las personas que formaron parte del estudio nacieron en una familia con padre y madre, en la que con

¹⁷³ Juan. Casillilla, Fernando Bermejo y Asunción Romero, *Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional*. (Madrid: Comunidad de Madrid, 2008), 23.

¹⁷⁴ Cornell. *What does the scholarly research say about the well-being of children with gay or lesbian parents? (¿Qué dicen las investigaciones sobre el bienestar de niños/as con progenitores/as gays o lesbianas?)*. <https://whatweknow.inequality.cornell.edu/topics/lgbt-equality/what-does-the-scholarly-research-say-about-the-wellbeing-of-children-with-gay-or-lesbian-parents/> Revisado el 17 de Agosto de 2019. La traducción me pertenece.

posterioridad uno de los progenitores “salió del closet”. Es decir, que se encontraron diferencias en los resultados de la crianza únicamente en aquellos casos en que se utilizó como sujetos de estudios familias en las que la identidad sexual del progenitor se convirtió en un elemento disruptivo y no de familias que en realidad fueron criadas por progenitores del mismo sexo.¹⁷⁵

En el mismo sentido, el Diario Médico de Australia establece que las investigaciones dicen que existe un consenso respecto a que “las y los niños criados en familias del mismo sexo les va igual de bien emocional, social y educativamente que a aquellos criados por progenitores heterosexuales.”¹⁷⁶

Luego de referirse a los resultados de la Universidad de Columbia, la Asociación Sociológica Americana y el Instituto Australiano de Estudios de la Familia quienes en base a la revisión de los estudios y sus propias investigaciones sobre el tema, concuerdan con la conclusión a la que arriba Cornelle, y sostienen que: (1) los procesos familiares importan más que las estructuras familiares; esto es que importa más la calidad en la crianza que la forma en la que se encuentra conformada la familia; y, (2) que los niños, niñas y adolescentes se ven afectados emocionalmente cuando sus familias son expuestas a homofobia, discriminación, prejuicio y estigma social, pero les va mejor en comunidades que tienen actitudes de aceptación.¹⁷⁷

En consecuencia de lo dicho, y más considerando que sobre el 10 por ciento¹⁷⁸ de las personas LGBTIQ+ tienen hijos en el Ecuador, es evidente que no existe fundamento para establecer que en abstracto el interés superior de un niño, niña o adolescente se va a ver afectado por el hecho de tener las personas a las que se encarga su cuidado una relación homosexual. Tanto más que a esa misma persona homosexual o bisexual el Estado si pudiera encargarle el cuidado de esos guaguas mientras esté soltero/a o tenga una pareja del sexo contrario, resulta contradictorio con el fin que buscaría presuntamente proteger. Tanto más que tal prohibición no existía en el ordenamiento ecuatoriano antes de la Constitución del 2008.

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ Ken W. Knigh, y otros. *The kids are OK: it is discrimination not same sex parents that harm children. (Los niños están bien: es la discriminación, no los progenitores del mismo sexo, lo que hace daño a las y los niños)*, (El Diario Médico de Australia (The Medical Journal of Australia, 2017). Disponible en https://www.mja.com.au/system/files/issues/207_09/10.5694mja17.00943.pdf Revisado el 18 de agosto de 2019.

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ Ver *supra*.

A pesar de ser una norma perfectible, la Constitución del 2008 en su integralidad es una norma altamente garante de derechos, que reconoce por un lado los avances desarrollados en el ámbito internacional respecto de los distintos derechos que reconoce, pero que además no se limita a ello. Prevé así una constitución de principios que obliga a avanzar hacia interpretaciones más progresistas conforme se presentan nuevas realidades y no solo aplicando directa e inmediatamente la norma constitucional, sino inclusive transformando en obligaciones de directa e inmediata aplicación a las sentencias e inclusive informes internacionales de derechos humanos.

Pero a pesar de lo progresivo que es su articulado respecto del reconocimiento, garantía y aplicación de los derechos humanos, se observa que incluye contradicciones que parecieran ser incompatibles con el sentido garantista de la Constitución, que restringen y limitan el ejercicio de derechos sin que se encuentre verdaderamente un justificativo que lleve a encontrar alguna razonabilidad en tales restricciones; por lo que resulta necesario realizar un análisis doctrinario más profundo.

Capítulo tercero

¿Distinción o discriminación? Tensiones constitucionales en relación al derecho a formar una familia en el Ecuador

El proceso constituyente ecuatoriano que culminó con la Constitución de 2008 fue el producto de discusiones públicas y procesos participativos y de debate tanto a lo interno como a lo externo de la Asamblea Constituyente; pero es también innegable que esta discusión no viabilizó un análisis a profundidad de los múltiples temas que se abordaron, lo cual permitió que las decisiones se den *en bloque*. Es así que tanto en la Asamblea como en aprobación del soberano a través del proceso de referéndum, lo que se aprobó fue un conjunto de articulados y lo que en líneas generales estos representaban.

Es así que en torno al derecho a la familia en el primer debate se discutió de manera conjunta los derechos de la familia y de los grupos de atención prioritaria,¹⁷⁹ esto es, un total de 24 artículos; mientras que en el segundo debate se conoció, además de los ya señalados, los derechos colectivos, movilidad humana, derecho al ambiente sano, derechos culturales y de los consumidores. Es innegable que no existió discusión individual de cada uno de los 444 artículos aprobados. Por lo que aun obviando los problemas que se denunciaron durante el proceso de aprobación del texto final del proyecto de Constitución,¹⁸⁰ resulta evidente que el debate se giró en torno a los sentidos generales de lo que se estaba aprobando más que del texto de cada uno de sus artículos. De igual forma, la aprobación se dio mediante Referéndum con una única papeleta en la que se preguntó: “¿Aprueba usted el texto de la Nueva Constitución Política de la República elaborado por la Asamblea Constituyente?”.¹⁸¹

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ Sobre este punto me parece importante solamente referirme al discurso con el que Alberto Acosta renunció a la presidencia de la Asamblea por las presiones que recibió frente a que se cumplan los plazos previstos, por sobre la discusión de contenidos. En el discurso de renuncia dijo: “Esta disposición y posición personal, de no sacrificar el debate por la premura del plazo, no es compartida en sus alcances y con lo que ello significa en tiempos, por la mayoría de la cúpula de Acuerdo País, movimiento al cual pertenezco y al que reafirmo mi adscripción. Desde allí, al retirarme de facto su apoyo, me solicitaron dar paso a otra dirección que apesure la aprobación de los textos para cumplir con la fecha tope del 26 de julio.” http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=81162&umt=alberto_acosta_constitucion_practicamente_lista, revisado el 14 de agosto de 2019.

¹⁸¹ Mauricio. León, *Buen vivir en el Ecuador, del concepto a la medición*. (Quito: INEC, 2015) 20.

La norma constitucional entró en vigencia habiendo cumplido los requisitos formales para el efecto, recibiendo el 63.93% de los votos favorables [81.72% de los votos válidos];¹⁸² lo que significa que desde el punto de la validez formal, es innegablemente válida. Sin embargo, al haber sido aprobada como un conjunto y no artículo por artículo, se puede afirmar que la voluntad del soberano no se manifestó expresamente a favor de todos y cada uno de los artículos que la conformaban sino de su sentido general; un espíritu¹⁸³ si se quiere, construido desde su preámbulo:

Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*;
 Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;
 Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra¹⁸⁴

Preámbulo por el cual se define al Estado ecuatoriano como un “Estado constitucional de derechos y justicia”, marca el paso definitivo del *estado de derecho* a un “estado Constitucional de derechos y justicia”, o en palabras de Atienza del “Estado legislativo” al “Estado constitucional”¹⁸⁵ en el que además se deja establecida la primacía de los derechos y la justicia. Se relativiza así la importancia de la Ley frente a la Constitución, adquiriendo en consecuencia relevancia sustancial la argumentación jurídica.¹⁸⁶ Atienza explica que:

Por Estado constitucional, como es obvio, no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la Constitución (que no puede no serlo en sentido formal: no puede no haber un texto constitucional) contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales (vid. Aguiló, 2001); b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condiciona (también en cuanto al contenido) la

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ Hugo Barber va más allá y con una mirada ecléctica refiere a una mezcla entre proyecto político y barómetro de popularidad del presidente Correa: “Curiosamente, pocos de los que querían contrarrestar el argumento de que se votaba a favor o en contra de Correa, trataron de demostrar que el voto era el resultado de un análisis concienzudo del texto constitucional por parte de los electores. Incluso el Presidente advirtió que no era necesario el penoso esfuerzo de leer un texto tan poco amigable, sino que bastaba con conocer cual era el proyecto que dicho texto promocionaba. A pesar de esto, los partidarios del SÍ trataron de crear esa ficción repartiendo profusamente un librito de bolsillo para que los ciudadanos ocupen la totalidad de su tiempo libre en estudiar la nueva Carta Magna.

Seamos eclécticos y démosle parte de la razón a los que creen que el triunfo se debe a Correa y parte a los que piensan que es un triunfo del proyecto. Al fin y al cabo, ambos términos están indisolublemente unidos. Sólo que Correa cuando habla es claro y el proyecto no lo es tanto”. Hugo Barber, *Los convidados de piedra. El referéndum y sus resultados*. En *La tendencia*, revista de análisis político. No. 8. (Quito, Octubre/Noviembre 2008.)

¹⁸⁴ CRE

¹⁸⁵ Se debe aclarar que la Constitución de 1998 el Ecuador era ya un Estado constitucional, aunque persistían los detractores de la directa e inmediata aplicación de la Constitución (aún hoy).

¹⁸⁶ Manuel. Atienza, *El derecho como argumentación*. (Barcelona: Ariel, 2006).

producción, la interpretación y la aplicación del Derecho, y c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes. Como consecuencia, el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tienen que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica.¹⁸⁷

Es decir, que existe una exigencia de razonabilidad de las decisiones de los poderes públicos, dado que es necesario conocer las razones de la decisión, así como de la existencia misma de las normas. Esto enfrenta a la pregunta de si esta razonabilidad se exige solamente a las normas secundarias o también a las normas constitucionales. O en otras palabras, si la norma constitucional, a diferencia de las normas secundarias, requiere corrección materia o basta con su validez formal; teniendo en cuenta la razonabilidad se encuentra íntimamente ligada al principio de integralidad recogido en el artículo 427 de la norma constitucional ecuatoriana.¹⁸⁸

1. El bloque de constitucionalidad como condicionante de la validez intraconstitucional

Desde una visión meramente jus positivista, para la validez de las normas bastará verificar la competencia del órgano que la emitió y el cumplimiento de proceso para su expedición, como sostiene Kelsen desde la teoría pura del derecho:

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido “puesto”. Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo.¹⁸⁹

Bobbio estableció tres operaciones para determinar si la norma es válida:¹⁹⁰ (1) Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas; (2) Comprobar si no ha sido derogada; (3) Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema, particularmente con una norma

¹⁸⁷ *Ibíd.*, 17.

¹⁸⁸ CRE. “Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.”

¹⁸⁹ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 112.

¹⁹⁰ Norberto. Bobbio, *Teoría General del Derecho*, (Bogotá: Editorial Temis, 1999).

jerárquicamente superior o posterior. La primera y segunda operación son sencillas: se ha dicho ya que la Constitución se aprobó a través de un proceso de referéndum al soberano y no ha sido derogada; pero en un sistema constitucional de derechos y justicia la tercera parece ser bastante más compleja.

En un sistema constitucional en el que se reconoce como parte del *bloque de constitucionalidad* no solo las normas positivadas en la constitución, sino además aquellas que constaren en los instrumentos internacionales de derechos humanos, sumado esto a los principios de interpretación como el principio evolutivo y de cláusula abierta, no se puede limitarse a establecer la jerarquía constitucional como parámetro para sostener la validez de las normas. Es así que cualquier análisis sobre validez debe partir por reconocer que dentro de la Constitución de 2008 también existe una jerarquía normativa marcada por el *bloque de constitucionalidad*. Para Prieto Sanchís:

El rasgo de la supremacía parece incluso tautológico con las ideas de fundamentalidad e importancia: si pretendemos que los derechos expresan no cualquier exigencia moral, sino precisamente las más importantes frente a la comunidad política, parece lógico postular su prevalencia en caso de conflicto con cualquier otro bien valor que haya decidido tutelar dicha comunidad.¹⁹¹

Sobre estos valores sostiene Bachof que “[l]a estabilidad de una Constitución depende, ante todo, de en qué medida es capaz de satisfacer su función integradora respecto de la comunidad constituida por ella”.¹⁹² Esto es precisamente lo que buscan los principios de aplicabilidad directa y de cláusula abierta, por los que se permean los avances en materia de derechos humanos hacia todo el ordenamiento jurídico. Sobre esto Montaña agrega:

La diferencia entre el constitucionalismo anterior y el contemporáneo es entonces el reconocimiento del carácter normativo directo de estos principios que se caracteriza, entonces porque las constituciones actuales están construidas a partir de principios y valores.

Esto, por supuesto, tiene importantes consecuencias respecto de la estructura de las fuentes del derecho porque implican un cercenamiento importante de la discrecionalidad del legislador en la creación del derecho. [...] [E]n el constitucionalismo contemporáneo, por el contrario, el sistema encuentra respuesta en la interpretación y aplicación de los principios [...].¹⁹³

¹⁹¹ Luis. Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. (Lima: Palestra Editores, 2007), 32.

¹⁹² Otto. Bachof, *¿Normas Constitucionales inconstitucionales?*, (Lima: Palestra, 2010), 27.

¹⁹³ Juan. Montaña, *Teoría utópica de las fuentes de derecho ecuatoriano*. (Quito: Corte Constitucional de Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012).

Montaña además, respecto a la incorporación automática y reconocimiento de la supremacía del derecho internacional en relación a las normas internas previsto en la Constitución de 2008 sostiene que:

Hasta tal punto llega esta transformación en la jerarquía de las fuentes del derecho, que en muchas constituciones las normas internacionales sobre derechos humanos - establecidas convencionalmente y ratificadas por cada uno de los Estados- poseen una jerarquía superior al resto del ordenamiento, mediante su inclusión en lo que la doctrina local denomina *bloque de constitucionalidad*.¹⁹⁴

Respecto de lo cual Montaña considera que la innovación más significativa es el “carácter no taxativo ni jerárquico” de las declaraciones de derecho, a las que se incorpora una “cláusula abierta que permite dar una protección reforzada a situaciones jurídicamente relevantes, presentes o futuras”¹⁹⁵ aun cuando no hubieren sido incluidas en la enumeración constitucional.

Lo dicho lleva automáticamente a pensar en el planteamiento del derecho dúctil de Zagrebelsky y la “pulverización del derecho legislativo”¹⁹⁶ en el que no existe un “único y centralizado proceso normativo”.¹⁹⁷ Concepción del derecho que en términos de Prieto Sanchís podría sintetizarse en dos palabras: “constitucionalismo de principios”,¹⁹⁸ agregando a esto la aproximación orientativa que Alexy ofrece:

Valor en vez de norma; ponderación en vez de subsunción; omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario; omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución.¹⁹⁹

¹⁹⁴ *Ibíd.*, 58.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, 62.

¹⁹⁶ Gustavo. Zagrebelsky, *El derecho ductil. Ley, derechos, justicia*. (España: Editorial Trotta, 1995), 37.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, 39.

¹⁹⁸ Luis. Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)*. En Anuario de filosofía del derecho XIII. (Universidad Castilla la Mancha, 1996), 123-158.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, 125-126.

La Constitución del 2008 evidencia esta ductilidad en al menos 4 aspectos de ella: (1) el reconocimiento del pluralismo jurídico,²⁰⁰ (2) el derecho a la resistencia;²⁰¹ (3) la directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías;²⁰² y, (4) la interpretación evolutiva y sistemática y la cláusula abierta;²⁰³ además de las garantías constitucionales previstas para hacer efectivos los derechos.

Ahora bien, se puede decir que Prieto Sanchís encuentra un punto de conexión, si se quiere, entre el positivismo y el derecho principalistas señalando que los principios constitucionales no plantean los problemas que presentaban los “viejos principios generales del derecho” argumentando que:

La diferencia estriba en lo siguiente: los principios generales del Derecho son, por definición normas implícitas o normas que se obtienen a partir de otras normas según “un procedimiento lógicamente arbitrario (R. Guastini, 1986. Pp.173 ss.), mientras que los principios constitucionales son o suelen ser normas explícitas, esto es, el significado de enunciados lingüísticos.²⁰⁴

²⁰⁰ CRE, art. 171: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”

²⁰¹ CRE, art. 98: “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.”

²⁰² CRE, art. 11: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

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

²⁰³ CRE, art. 11: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.”

²⁰⁴ Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de principios*, 130.

Como sucede en el caso ecuatoriano con el principio de igualdad y no discriminación, respecto del cual, a más de enunciarse el principio (Art. 11. 2 CRE) enumera características personales sobre la base de la cual se prohíbe la discriminación, establece que será sancionada la discriminación de conformidad con la ley, además de disponer la adopción de medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad material. Así también concluye Prieto Sanchis, luego de referirse a los cuatro principales criterios que suelen formularse en la distinción entre regla y principios según Zagrebelsky,²⁰⁵ que:

[P]arece evidente que la estructura tradicional de la norma jurídica, donde un supuesto de hecho mejor o peor delimitado se enlaza mediante el nexo deontológico a una consecuencia jurídica también clara, resulta inadecuada para dar cuenta de buena parte de las normas constitucionales. [...]

En la medida en que los principios ya no son pura retórica constitucional, sino normas jurídicas en sentido estricto, la idea de que la norma es un enunciado que conecta un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica a través de una cópula de deber ser parece que requiere ser revisada; al igual que ha de revisarse la tesis de que toda contradicción normativa ha de saldarse o bien con la pérdida de validez de las normas, o bien concibiendo que una de ellas opera siempre como excepción de la otra.²⁰⁶

Esto ya que una constitución principalista conduce necesariamente a una constitución de consensos²⁰⁷ en la que existiendo distintas concepciones de justicia y

²⁰⁵ *Ibíd.* “a) La cualidad de “todo o nada” que se predica de las reglas, frente al “peso” importancia relativa de los principios: si una regla es aplicable, resuelve el caso y, sin no resuelve el caso, es que no resulta en modo alguno aplicable; en cambio, los principios ofrecen pautas u orientaciones no concluyentes, que deben conjugarse con otras normas o principios (*ibídem*, p. 199)

b) El carácter cerrado de las reglas y abierto de los principios o, lo que es lo mismo, la ausencia en estos últimos de un verdadero “supuesto de hecho”: en las reglas podemos conocer *a priori* los casos en que procede su aplicación y, por tanto, también sus excepciones, lo que resulta imposible en presencia de un principio (*ibídem*, p. 169).

c) La idea de que las reglas sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que los principios son mandatos de optimización que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible: “Mientras que el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo-nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno...” (*ibídem*, p. 194).

d) Finalmente, la tesis según la cual el conflicto entre reglas se resuelve o bien mediante la declaración de invalidez de una de ellas, o bien concibiendo una como excepción de la otra, mientras que en un conflicto entre principios requiere ponderación, esto es, supone el triunfo de uno de ellos, pero sólo para el caso concreto (*ibídem*, p. 197)”, 132.

²⁰⁶ *Ibíd.*, 133-134.

²⁰⁷ Zagrebelsky, En *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*, establece que: “La Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, dichos principios vienen rescatados del ámbito de lo prejurídico e insertados plenamente como tales en el derecho. Esta operación es un elemento tan relevante para las concepciones jurídicas que constituye incluso la condición de éxito de la propia obra constituyente como obra de todos y no como imposición unilateral de una parte sobre otra. Es, por tanto -contrariamente a lo que afirman los partidarios de soluciones constitucionales simples, no de compromiso- un signo de fuerza y no de debilidad de la Constitución por cuanto amplía sus fundamentos consensuales.”, 97.

distintas fuentes del derecho, estas se cohesionan en los principios en ella establecidos y su interpretación razonable. Cosa que a decir de Zagrebelsky “reintroduce el tema de la equidad en el derecho”;²⁰⁸ y es de esta equidad, como exigencia de razonabilidad, que deviene el aumento en la importancia de la argumentación jurídica como medio para explicar las razones de las decisiones; así como las interpretaciones de las reglas que permiten que se ajuste de mejor forma al principio constitucional consensuado.

El derecho constitucional ecuatoriano obliga a reconocer la importancia de los actores sociales, de las dinámicas de la sociedad, de las necesidades de protección. Llama a aterrizar el derecho en la sociedad para poder entender condiciones esenciales de la norma como la validez y la eficacia. Obliga a ver al derecho como una ciencia interdisciplinaria²⁰⁹ que pone en evidencia un interés opuesto a una voluntad de racionalización de la producción legislativa, al explicitar las decisiones sociales e individuales y su influencia en los discursos y prácticas jurídicas;²¹⁰ lo cual permite reconocer la verdadera característica del ordenamiento jurídico: un contrato social en continua renegociación, que conecta con la necesidad de explicitar continuamente este poder y permitir su fluidez; además de explicitar el carácter moral -basado en la justicia- que debe tener la norma. Esto dado que, en palabras de Alexy “cuando se traspasa un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter jurídico”.²¹¹

Posición con la que concuerda Pérez Luño y que lleva a observar “la necesidad de que lo legal se identificara con lo justo”,²¹² con quien concuerda la mirada del tratadista Gustav Radbruch, a cuyo juicio “no bastaría la mera positividad para que una norma fuese considerada jurídica”, dando paso así al objetivismo ético y jurídico, en que el factor variable es la “naturaleza de las cosas” su sentido mutable e histórico.²¹³

Es así que Luño plantea que para llenar de contenidos al derecho natural deben existir estudios “de carácter lógico, sociológico e histórico”, así como para establecer sus orientaciones y criterios de valoración del derecho positivo.²¹⁴ Punto en el que

²⁰⁸ *Ibíd.*, 138.

²⁰⁹ François. Ost, y Michael Van De Kerchove, *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Primera Edición en Castellano. (Bogotá D.C., Colombia: Unilibros, 2001), 35 y s.s.

²¹⁰ *Ibíd.*, 49.

²¹¹ Robert. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*. (Barcelona: Gedisa, 1994), 34.

²¹² Antonio Enrique. Pérez Luño, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica.*, Tercera Edición. (España: Editorial Tecnos, 2004).

²¹³ *Ibíd.*, 78-79.

²¹⁴ *Ibíd.*, 79.

confluiría la validez con la existencia jurídica, en calidad de equivalentes; cosa que refiere a la eficacia de la norma²¹⁵ entendida como “la fuerza o capacidad para producir efectos jurídicos”.²¹⁶ Criterios de valoración a los que sumaría los criterios de validez, ya que una norma perdería todo sentido de existencia si no resiste la lógica, las relaciones sociales y su sentido histórico.

Así Carlos María Cárcova refiere a la validez de la norma como una construcción discursiva y afirma que “[a]l garantizar formas generalizadas de participación de la ciudadanía en el discurso público, las decisiones se dotan de validez formal pero también de validez racional/material”.²¹⁷ Siendo así que el cuestionamiento de la validez de una norma que ha cumplido con las condiciones formales y de contenido, resulta no solo viable sino necesario en el contexto de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cuando esta norma válida no responde adecuadamente a los principios de la sociedad en la que se expidió.

Así Bachof, analizando la relación entre la constitución y el derecho metapositivo; esto es, la relación “jurídico-material” de la validez de la Constitución en relación a las normas del derecho metapositivo y aproximándonos a una interpretación evolutiva, dice que:

A la validez de una Constitución pertenece su legitimidad bajo dos especies: positividad en el sentido de su “existencia como plan y expresión de un poder eficaz” y obligatoriedad en el sentido de la obligación de los sometidos a las normas jurídicas. Esta obligatoriedad persiste solo en la medida en que el legislador tome en consideración los “principios constitutivos de cada orden jurídico”, especialmente si hace esfuerzos hacia la justicia y evita las normas arbitrarias. Sin embargo, esa obligatoriedad solo persiste en adelante —y en esto me aparto de la anterior distinción de E. VON HIPPEL— Si el legislador observa los mandatos fundamentales de las leyes morales reconocidas por la comunidad jurídica, posiblemente diferentes según el tiempo y el lugar o, al menos, si aquéllos no resultan rechazados conscientemente.²¹⁸

Se observa así que el tema de las leyes morales aparece reiteradamente y esto no es menor ni fortuito; estas leyes morales que podrían resumirse el *jus cogens* encuentran su razón de ser, su necesidad de existencia si se quiere, en la Segunda Guerra Mundial y en los horrores que se cometieron en aplicación de normas válidamente expedidas y vigentes. Es decir, son un punto de quiebre fundamental para

²¹⁵ “[...] una ley que cae en desuso o que encuentra frente a sí una costumbre contraria será una norma válida pero ineficaz, existirá en la dimensión normativa, pero no en la dimensión empírica” *Ibíd.*, 92.

²¹⁶ *Ibíd.*, 83.

²¹⁷ *Ibíd.*, 231

²¹⁸ Bachof, “¿Normas Constitucionales inconstitucionales?”, 61-62.

el derecho y en especial para la justicia, un punto de quiebre que obliga a entender los ordenamientos jurídicos más allá de su validez formal.

En su estudio Bachof analiza varias posibilidades en torno a la invalidez -a la que se refiere indistintamente como inconstitucionalidad- de normas constitucionales, entre estas: (1) la inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales, (2) de las leyes de reforma constitucional, (3) de normas constitucionales por contradicción de normas constitucionales de rango superior, (4) a través de “mutación de la naturaleza” de las normas constitucionales; invalidez sin decisión expresa, y (5) por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado.²¹⁹

La inconstitucionalidad de normas constitucionales por contradicción con otras normas constitucionales obliga a reconocer -como se ha hecho con el *bloque de constitucionalidad*- el rango superior de unas normas constitucionales frente a otras. Respecto de esta posible contradicción Bachof señala:

Esta cuestión puede parecer paradójica a primera vista ya que una norma constitucional evidentemente no puede contravenirse a sí misma. Sin embargo, pudiera suceder que una norma constitucional de carácter secundario, en particular, una norma constitucional exclusivamente formal, contravenga una disposición constitucional fundamental de carácter material, lo que ha recibido, de hecho, la atención de reconocidos teóricos de la Constitución como KRÜGER y GIESE, que han reconocido la posibilidad de que una norma constitucional de rango inferior por una contradicción tal sea inconstitucional e inválida²²⁰.

Sin embargo, luego de analizar el caso propuesto por Krüger, llega a sus propias conclusiones, sobre las que establece:

En tanto el constituyente opera autónomamente, aprobando normas que pueden bien no constituir la plasmación jurídico-positiva de un derecho metapositivo, sino ser solo la expresión de la libre voluntad del poder constituyente, éste puede admitir, en base a su misma autonomía, excepciones al derecho positivo aprobado [...] ya que estos contenidos son también expresión de una aprobación autónoma. [...] Si el constituyente se decide en favor de una determinada regulación, ese acto se percibe necesariamente como la expresión auténtica. Por lo tanto, o bien esa regla se encuentra en consonancia con los principios fundamentales de la Constitución o bien la ha considerado como una excepción, desviándose conscientemente de aquellos principios. Sin duda, el constituyente, admitiendo dicha excepción, tampoco puede contradecir una norma de derecho metapositivo, especialmente la interdicción de la arbitrariedad, ¡inmanente a todo ordenamiento jurídico! Si lo hace, entonces la norma de excepción es, por supuesto, no obligatoria, pero no por su contradicción con la regla general, sino por el carácter arbitrario de la excepción misma. En apoyo del parecer de KRÜGER podría alegarse, a lo sumo, que el propio constituyente puede haber ignorado que él, con una concreta norma constitucional, se sitúa en contra de sus

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ *Ibíd.*, 76.

decisiones fundamentales y que, por tanto, aquél no ha querido posiblemente admitir ni una excepción a la regla ni, en general, verificar la adecuación de cada concreta norma con sus decisiones fundamentales.²²¹

Se evidencia que el análisis que Bachof recoge algunos presupuestos: (1) que el constituyente hubiera incluido conscientemente la norma contradictoria como excepción que sería una expresión auténtica de la voluntad del poder constituyente; (2) que esta excepción incluida conscientemente contradiga el derecho metapositivo, en cuyo caso sería no obligatoria, por su naturaleza arbitraria; y, (3) que la contradicción no hubiera sido intencional; en cuyo caso apoyaría la tesis de Krüger, aunque Bachof pone en tela de duda que tal demostración pudiese efectivamente realizarse. Bachof por tanto difiere en este punto de la tesis de Krüger sosteniendo que la inintencionalidad de la contradicción difícilmente podría demostrarse.

En el caso de la Constitución de 2008 se puede descartar de plano esta posibilidad, ya que como se ha estudiado, los documentos relativos a las discusiones habidas en la de Asamblea Constituyente en torno al impedimento para que parejas del mismo sexo puedan adoptar dan cuenta de la voluntariedad detrás de esta norma.

Es por ello que resulta necesario continuar analizando lo que Bachof dice tanto en relación con la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado, como sobre la inconstitucionalidad por “mutación”, a la cual le atribuye similar análisis.

Al respecto, Bachof había manifestado respecto de que “leyes preconstitucionales solo son capaces de vincular al poder constituido y no al titular del poder constituyente, que puede reprogramarlas en cualquier momento mediante un acto de poder constituyente originario”,²²² reconoce la posibilidad de existencia de derecho metapositivo positivado en el texto constitucional, sobre el que argumenta:

Una norma que contravenga el así positivado derecho constitucional es, por lo tanto, “contraria al derecho natural” y al mismo tiempo inconstitucional. Efectivamente, toda norma constitucional contraria a otra norma constitucional positivadora del derecho metapositivo resulta, en cualquier caso, contraria al derecho natural careciendo, por tanto, de la arriba (III 2) señalada legitimidad, en el significado de obligatoriedad jurídica. No tengo ninguna duda en concebir una norma tal también como “inconstitucional” a pesar de su pertenencia formal a la Constitución, aunque el motivo último de su no obligatoriedad resida en su contradicción con el derecho metapositivo. La “inclusión material” (IPSEN) de los valores supremos en la Constitución permite considerar toda contradicción del derecho metapositivo de dichas características necesariamente, al mismo tiempo, como una contravención del contenido material fundamental del texto constitucional, y por eso no puedo mantener mi anterior afirmación, de que una norma constitucional contraria al derecho

²²¹ *Ibíd.*, 78-79.

²²² *Ibíd.*, 72.

metapositivo ciertamente no es vinculante jurídicamente, pero no podría ser considerada “inconstitucional”.²²³

Lo dicho por Bachof puede aplicarse a lo previsto en la norma Constitucional ecuatoriana de 2008, en la que el órgano constituyente reconoce la obligatoriedad interna del contenido de los tratados internacionales de derechos humanos, así como su carácter de cláusula abierta que refiere a los avances que se generen en la interpretación de los derechos humanos reconocidos. Sin embargo de lo dicho -y en este punto es donde difiero con Bachof- no resulta indispensable la positivación del derecho metapositivo para generar esta contravención al contenido fundamental, en razón que existe derecho metapositivo reconocido como *jus cogens*.

Pero además resulta fundamental entender que con la base en el principio de interpretación evolutivo y la cláusula abierta, el *bloque de constitucionalidad* obliga a entender la norma constitucional como una norma en constante mutación hacia la mayor garantía de los derechos humanos. Por lo que en concordancia con ello, aun cuando una norma constitucional que no perteneciere al referido *bloque de constitucionalidad* no se encontrare en contravención de este, pudiera perder validez en lo posterior por contravenir a la interpretación que se hubiera dado de los derechos. Aunque en este caso Bachof dice que preferiría referirse a una pérdida de vigencia de la norma²²⁴ antes que a su inconstitucionalidad.

Lo dicho por Bachof obliga a profundizar en el análisis específico de la norma constitucional ecuatoriana, a fin de determinar si esta se encuentra en alguno de los presupuestos a los que se ha referido, debiendo en consecuencia analizar el segundo inciso del artículo 68 de la Constitución de 2008 que prevé que “[l]a adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” a la luz de dos principios que además de pertenecer al derecho natural al que refiere Bachof, han sido positivados por el constituyente.

2. El jus cogens internacional como condición de validez de las normas constitucionales

Como ha referido Bachof, la contradicción de una norma constitucional con el derecho metapositivo positivado conllevaría su inconstitucionalidad, ya que conduce

²²³ *Ibíd.*, 81-82.

²²⁴ *Ibíd.*, 82.

directamente a una contradicción entre la norma de inferior jerarquía con la superior. Mientras que en el caso de contravenir la norma inferior una interpretación posterior correspondería a la pérdida de vigencia, es decir, frente a una derogatoria expresa o tácita. Para poder dilucidar si es que en el caso ecuatoriano la norma se encuentra frente a una u otra circunstancia, resulta indispensable analizar el derecho internacional de los derechos humanos y en específico las normas que forman parte del *jus cogens*.

A pesar de que se podría realizar un análisis histórico del *jus cogens* que remonte a su origen incluso anterior a los Tribunales de Nuremberg y el derecho del derecho humanitario, para efectos de este análisis se regresa solamente hasta su positivación. Quispe Remón refiere a que “[l]a positivación del *ius cogens* se remonta a 1969, cuando se recoge en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”²²⁵ el principio del *pacta sunt servada*; por el cual se prevé la nulidad de todo tratado cuyas normas se opongan a “una norma de derecho internacional general”, estableciendo expresamente:

[U]na norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.²²⁶

Siendo importante resaltar, como bien lo hace Quispe Remón, que para que una norma adquiera el carácter de norma imperativa del derecho internacional no hace falta el reconocimiento como tal por parte de la totalidad de los Estados que conforman la comunidad internacional, sino que “para el reconocimiento de una norma con el estatus de norma imperativa es suficiente la aprobación por parte de algunos Estados, cuya presencia en el mundo sea “importante e influyente””.²²⁷ En este mismo sentido lo expresa Zlata Drnas de Clément al señalar que:

En lo que hace a la generación formal de la norma de *jus cogens*, aparentemente para que la norma exista, basta constatar la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Es de recordar que la CDI ha entendido que la expresión “comunidad internacional de Estados en su conjunto” o “comunidad internacional en su conjunto”, no significa la unanimidad sino que se refiere a los “componentes esenciales” de la misma (todos los sectores de la comunidad

²²⁵ Florabel. Quispe Remón, *Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso*, en Revista de Derecho N.º 34. (Barranquilla: Universidad Carlos Tercero de Madrid, 2010), 45.

²²⁶ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 39/27, de 23 de mayo de 1969.

²²⁷ Quispe Remón, *Ius cogens en el Sistema Interamericano*, 46.

internacional). No obstante, la imperatividad de la norma es para todos los miembros de la comunidad internacional.²²⁸

Es decir que se trata de una aceptación generalizada, no total; en la que además la ratificación por parte de los Estados de las Convenciones Internacionales, las Comisiones y Cortes que estas componen han pasado a jugar un papel preponderante en la delimitación de lo que constituye o pasa a constituir parte del *jus cogens* internacional a través de sus decisiones.

Desde los inicios de la positivación del *jus cogens* los avances han sido sustanciales y sistemáticos. Al respecto y tras un largo desarrollo doctrinario y jurisprudencial de los organismos internacionales de derechos humanos la Corte IDH emite la Opinión Consultiva OC-18/03, en la que recoge principios del *jus cogens* y manifiesta:

99. En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional.²²⁹

Si bien todos los sistemas de protección de derechos han evolucionado alimentándose de los avances que se han presentado en los otros, dado que, a pesar de que las circunstancias socio-políticas que han llevado a que cada sistema se pronuncie sobre distintas vulneraciones de derechos humanos, estos pronunciamientos tienen denominadores comunes que han generado puntos de conexión, en especial bajo el paraguas de lo que constituyen mínimos innegociables como la dignidad de todos los seres humanos. Por lo que a pesar de que podría realizarse un estudio más amplio de la materia, se analizará solamente lo que sobre el *jus cogens* ha establecido el Sistema Interamericano, y en específico sobre dos principios que son indispensables para la materia que ocupa esta tesis: la igualdad y no discriminación y el interés superior del niño.

²²⁸ Zlata. Drnas de Clément, *Las normas imperativas de derecho internacional general (jus cogens). Dimensión sustancial.*, en Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro, Vol 1.(España, 2002).

²²⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-18/03, sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003.

2.1. El jus cogens en el Sistema Americano: igualdad y no discriminación y el interés superior del niño

Los primeros pronunciamientos emitidos en el Sistema Interamericano en relación al jus cogens, conforme refiere Quispe Remón, tienen relación a la prohibición de ejecución de niños y menores de edad (Roach y Pinkerton contra Estados Unidos y luego Michael Domínguez contra el mismo país).²³⁰ Posteriormente la Corte Interamericana se refiere en el caso Aloeboetoe al *jus cogens superveniens*²³¹ y ya en el caso Blake vs. Guatemala el voto razonado de Cançado Trindade “sitúa a la desaparición forzada en el dominio del ius cogens”.²³² Debiendo esperar más de 10 años para que la Corte establezca en el caso La Cantuta vs Perú que la “prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de jus cogens”.²³³

Para el año 2003 la Corte emite la paradigmática Opinión Consultiva OC-18/03 en respuesta a la consulta de los Estados Unidos Mexicanos en relación con los derechos de los trabajadores migrantes, en la que “[p]or primera vez se pronuncia sobre la importancia y el alcance del *ius cogens*”²³⁴ y en específico sobre el principio de igualdad y no discriminación.

Señala la Corte IDH que “[e]l elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación”,²³⁵ así como aclara que utilizará el término distinción “para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo” y discriminación para referirse a “lo inadmisibles, por violar los derechos humanos [...] a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”.²³⁶ Luego de referirse a pronunciamientos sobre el derecho a la igualdad del Comité de Derecho Humanos, la Corte Europea y la Comisión Africana, la Corte IDH manifiesta:

[E]ste Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún

²³⁰ Quispe Remón, *Ius cogens en el Sistema Interamericano*, 53-56.

²³¹ *Ibid.*, 59.

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*, 62.

²³⁴ *Ibid.*, 62.

²³⁵ OC-18/03, 103.

²³⁶ *Ibid.*, 103.

acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.²³⁷

Así también establece que de la obligación de respetar y garantizar este derecho trae consigo consecuencias y efectos que conllevan obligaciones específicas: 1) abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto; refiriéndose de manera expresa a la prohibición de emitir leyes en sentido amplio que discriminen a un determinado grupo de personas; 2) adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, 3) establecer distinciones objetivas y razonables, solamente cuando respeten derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana y garantizar el acceso a un recurso sencillo y efectivo que garantice sus derechos.²³⁸

La Constitución del 2008 recoge este pronunciamiento de la Corte IDH, pero va más allá e incluye de manera expresa entre las categorías de prohibida discriminación la identidad de género y orientación sexual, como se ha dicho, como resultado de las luchas sociales de la población LGBTIQ+. Sin embargo, no pasaría mucho tiempo antes de que la Corte IDH se pronuncie en relación con la discriminación en razón de la orientación sexual en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*,²³⁹ caso en que también establece como parte del *ius cogens* al principio de interés superior.

El caso de *Atala Riffo* es importante para el objeto de nuestro estudio tanto por los hechos a los que se refiere como por el pronunciamiento de la Corte IDH. Karen *Atala Riffo* había finalizado su matrimonio con el padre de sus tres hijas, estableciendo de mutuo acuerdo que Karen mantendría la tuición y cuidado de las niñas (tenencia conforme la legislación ecuatoriana). En noviembre de 2002 Karen inicia su

²³⁷ *Ibíd.*, 109.

²³⁸ OC-18/03, 109-110.

²³⁹ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de Febrero de 2012. http://www.CorteIDH.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196.

convivencia con su pareja Emma de Ramón, razón por la cual en enero de 2003 el padre de las niñas interpone una demanda de tuición. A pesar de que en primera y segunda instancia las Cortes rechazaron la pretensión, en mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso y concedió la tuición definitiva al padre en razón de la convivencia de la madre con su nueva pareja. La Corte IDH determinó que el Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación, el derecho a la vida privada, el derecho a la honra y la protección de a la familia, el derecho a ser oídas y de la garantía de imparcialidad.

De manera general, la Corte IDH sobre la no discriminación en base a la categoría prohibida de orientación sexual en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*,²⁴⁰ establece: (1) el derecho a no ser discriminadas no se limita a poder ser homosexual, sino a poder desarrollar un proyecto de vida en torno a su identidad; (2) que los Estados son responsables de luchar contra los efectos que la discriminación que se diere en razón de la orientación sexual de la persona, por tanto, los efectos que esa discriminación pudieren tener no justifican la distinción en base a esta, constituyéndose en un acto de discriminación; (3) las decisiones que la persona tome sobre su vida privada no pueden determinarse en abstracto como una afectación a los derechos sobre las y los hijos; y, (4) que una distinción en base a la orientación sexual de la persona debe pasar por un test de escrutinio estricto, al ser una categoría sospechosa.

La Corte IDH determina el alcance del derecho a la igualdad y a la no discriminación en el contexto de la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana; estableciéndose que:

[L]a orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención [...] ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.²⁴¹

Además sobre el alcance de diferencia de trato basada en la orientación sexual, en concordancia con el criterio de objetivo-resultado²⁴² que:

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.*, párr. 91.

²⁴² Referente a que constituye discriminación el hecho sea que su objetivo hubiere sido discriminar o lo tuviere por resultado, conforme también lo ha recogido la Constitución de 2008.

[P]ara comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión. [...] ²⁴³

Toda vez que uno de los argumentos para justificar que la decisión de establecer la tuición en favor del padre no habría constituido discriminación fue principio del interés superior del niño, la Corte se pronuncia sobre este señalando al respecto que:

[E]n abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. [...]

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños. ²⁴⁴

Además del argumento del interés superior, en sentido similar a lo que se argumentó en el debate público en torno a la adopción en Ecuador, existieron 4 elementos alegados por el Estado, respecto de los cuales también se pronunció la Corte IDH:

- a) Discriminación social por la orientación sexual que sufren las niñas por la orientación sexual de su madre.- Determina la Corte IDH que tal elemento no puede alegarse como justificación, en razón de constituir parte de las responsabilidades del Estado la adopción de medidas necesarias “para hacer efectivos” los derechos; debiendo:

[P]ropender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición [...] deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos. ²⁴⁵

Así también establece la Corte IDH que:

²⁴³ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile., párr. 94.

²⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 110 y 110

²⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 119 y 120

[U]n posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño.²⁴⁶

Lo cual lleva a la Corte IDH a concluir que considerar válido tal argumento constituiría una legitimación de la discriminación.

- b) Confusión de roles.- al respecto la Corte IDH señala que “tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso [...] corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”.²⁴⁷

Luego de referirse a varios argumentos con base científica que sustentan que el interés superior del niño no se vulnera por la homosexualidad de sus padres, concluyen que “no se cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico”.²⁴⁸

- c) Privilegio de la madre de sus intereses por sobre los de sus hijas.- La Corte IDH de manera directa condena tal argumento y establece que:

[E]l alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas²⁴⁹ [...] la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.²⁵⁰

En consecuencia de lo dicho concluye que una exigencia que condicione las opciones de vida de una madre “implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres”²⁵¹ y que en post de la crianza de sus hijas exigirle renunciar a “un aspecto esencial de su identidad” no se cumple la garantía del interés superior.

Es decir, que no se puede exigir a una mujer que para que cumpla adecuadamente su función de madre debe renunciar a su identidad y a desarrollar su vida conforme a esta.

²⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 121.

²⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 124.

²⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 131.

²⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 133.

²⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 136.

²⁵¹ *Ibíd.*, párr. 140.

- d) Derecho a una familia “normal y tradicional”.- La Corte IDH concluye que tal argumento “refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia”,²⁵² descartándola de plano por constituir en su misma un argumento discriminatorio.

Con el análisis de estos cuatro elementos la Corte IDH concluye en el caso de *Atala Rifo*, al haber sustentado las decisiones en “argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios”, las decisiones adoptadas por el Estado constituyeron trato discriminatorio.²⁵³

La Corte ha establecido que una diferenciación basada en las categorías de prohibida discriminación debe pasar por un escrutinio estricto para determinar si tal distinción constituye un trato discriminatorio como efectivamente hizo la Corte IDH en el caso *Atala Rifo y niñas Vs. Chile*.

Finalmente y siguiendo esta misma línea de análisis, la Corte IDH emite la Opinión Consultiva OC-24/17,²⁵⁴ referida a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, en la que la Corte se pronuncia sobre: 1) el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas GLBTI; 2) el derecho a la identidad de género en los procedimientos de cambio de nombre; y, 3) la protección internacional de los vínculos de parejas del mismo sexo. Pronunciándose en cuanto tiene relación con la protección de la vida privada y familiar, por unanimidad que:

6. La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos 173 a 199.

7. El Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, y en los términos establecidos en los párrafos 200 a 218.²⁵⁵

Así como por seis votos a favor y uno en contra, que:

8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin

²⁵² *Ibíd.*, párr. 145.

²⁵³ *Ibíd.*, párr. 146.

²⁵⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, 7

²⁵⁵ *Ibíd.*, 88.

discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.²⁵⁶

Sobre el último punto, ratifica lo ya establecido en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile* en relación a que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma”²⁵⁷ y refiriéndose a la Opinión Consultiva OC-21/14 relativa a los derechos y garantías de los niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional establece que el concepto familia “no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos”²⁵⁸, y agrega que:

En el mismo sentido, indiscutiblemente la adopción es una institución social que permite que, en determinadas circunstancias, dos o más personas que no se conocen se conviertan en familia. Asimismo, en concordancia con lo expresado en el Capítulo VII de esta opinión, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado pues [...], la Convención no protege un modelo único o determinado de familia.²⁵⁹

Así también, luego de referirse a la interpretación evolutiva afirma que “una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención.”²⁶⁰ y señala que el objeto y fin de la Convención es la protección de los derechos “sin distinción alguna”²⁶¹ y afirma que “la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.”²⁶²

Es así que la Corte IDH ha establecido de manera expresa que la igualdad y no discriminación forma parte del *ius cogens* y se ha pronunciado estableciendo que la protección de las familias no puede interpretarse en el sentido de excluir a la diversidad de familias. Así también, y considerando que el principio de interés superior del niño constituye en abstracto un fin legítimo, este no puede alegarse sin probar afectaciones concretas al interés superior.

Todo lo cual lleva a afirmar que el inciso segundo del artículo 68 de la Constitución ecuatoriana es contrario a la Convención Americana y en consecuencia a la misma

²⁵⁶ *Ibíd*

²⁵⁷ *Ibíd.*, 73.

²⁵⁸ *Ibíd.*, 74.

²⁵⁹ *Ibíd.*

²⁶⁰ *Ibíd.*, 78.

²⁶¹ *Ibíd.*

²⁶² *Ibíd.*, 79.

Constitución, tanto en razón del reconocimiento y obligación de protección de la familia en sus diversos tipos establecida en el artículo 67, cuanto en razón de los principios que rigen el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 11, en específico los previstos en el numeral 3 que se refiere a la directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y el numeral 8 que establece el desarrollo progresivo de los derechos, así como el segundo inciso del artículo 424, como se analiza a continuación.

2.2. El control constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador en relación con los derechos de las personas LGBTI+

La Constitución ecuatoriana del 2008 estableció tanto control constitucional difuso²⁶³ como control concentrado a través de Corte Constitucional, el cual corresponde al “máximo órgano de control, interpretación constitucional”.²⁶⁴ En ejercicio de sus facultades jurisdiccionales la Corte ha dictado algunos pronunciamientos relacionados con los derechos de las personas LGBTI+ que son de relevancia.

En primer lugar se encuentra el Caso conocido como “Satya”, correspondiente a la Sentencia No. 184-18-SEP-CC,²⁶⁵ se refiere al registro de una niña ecuatoriana de nacimiento. Satya, hija de Helen y Nicola, entre quienes existe una unión de hecho; tuvieron a su hija mediante un embarazo programado por inseminación artificial; sin embargo, al momento de solicitar registrar el nacimiento de su hija, recibieron una negativa de inscripción por parte de la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación ya que “nuestra legislación secundaria no contempla la duplicidad de filiación materna”.²⁶⁶

²⁶³ CRE, art. 428: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.”

²⁶⁴ CRE, art. 429: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.”

²⁶⁵ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Caso 1692-12-EP, Sentencia No. 184-18-SEP-CC, de 29 de mayo de 2018.

²⁶⁶ *Ibíd.*, 9.

La Corte Constitucional conoció el caso en razón de una Acción Extraordinaria de Protección y declaró la vulneración de la tutela judicial efectiva, el debido proceso en la garantía de motivación, a la identidad personal en relación a la obtención de la nacionalidad, a la igualdad y no discriminación, a la familia en sus diversos tipos, así como también al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y plantea varias medidas de reparación como la disposición de inscripción inmediata con la filiación de sus madres y dispone a la Asamblea la adopción de disposiciones legales que regulen la reproducción asistida; medida que aún no se cumple en razón del veto presidencial al Código de la Salud. También emite la siguiente regla jurisprudencial:

Los servidores administrativos encargados del registro de nacimiento no podrán alegar falta de ley que reconozca expresamente la doble filiación paterna o materna, para desconocer los derechos a la identidad, la igualdad y no discriminación y al reconocimiento de los diversos tipos de familia, por medio de la negativa de inscripción. [...] ²⁶⁷

Sin siquiera tener que adentrarnos en los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional sobre los que se sustentó la decisión, se evidencia que la Corte Constitucional establece con absoluta claridad que: (1) los funcionarios tenían y tienen la obligación de aplicar directa e inmediatamente la Constitución para garantizar los derechos humanos de Satya y su familia; (2) la obligación de la Asamblea Nacional de adecuar la normativa secundaria a los preceptos constitucionales;²⁶⁸ y, (3) el reconocimiento de la doble filiación paterna o materna en calidad de regla jurisprudencial.

Es decir, la Corte Constitucional con la sentencia de Satya no solo que reconoce la existencia de familias LGBTIQ+ que dentro de su conformación tienen niños, niñas o adolescentes; sino que reconoce la realidad material y científica de la existencia de técnicas de reproducción asistida que permiten que parejas homosexuales tengan hijos/as; los cuales no pueden ser considerados hijos de quien donó el ovulo/esperma o quien lo llevó en su vientre, sino de la pareja que decidió utilizar estas técnicas para

²⁶⁷ *Ibíd.*, 100.

²⁶⁸ La sentencia de la Corte Constitucional fue dictada el 29 de mayo de 2018, a pesar de que la Corte otorgó un año a la Asamblea Nacional para regular los procedimientos médicos de reproducción asistida, el proyecto de Ley del Código Orgánico de la Salud, calificado a trámite en el año 2016 (Trámite No. 248332), en el que se regula, entre otros temas fundamentales para la Salud, las técnicas de reproducción asistida; entró a segundo debate recién el 23 de julio de 2019 (<https://www.elcomercio.com/actualidad/debate-proyecto-codigo-salud-asamblea.html>), pero una vez que la Asamblea a lo aprobó, fue vetado el 25 de septiembre de 2020 (<https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-codigo-salud-veto-ley.html>)

tener hijos, como en el caso de Helen y Nicola. Con lo cual y como resulta evidente, la Corte Constitucional hace efectiva la directa aplicación de los derechos conforme lo previsto en la Opinión Consultiva OC 24/17 a la que se ha referido supra.

A pesar de que el caso Satya representa un avance en cuanto se refiere a la garantía de derechos de las familias LGBTIQ+, no refiere verdaderamente a un reto desde el punto de vista de la validez constitucional, ya que no existía norma constitucional alguna que prohibiera la doble filiación materna, sino que los funcionarios omitieron su obligación de aplicar directa e inmediatamente la Constitución. Pero se observa que con sustento en la Opinión Consultiva OC 24/17 la Corte Constitucional realiza respecto del matrimonio igualitario un control constitucional que va un paso más allá.

El Caso 11-18-CN²⁶⁹ llega a conocimiento de la Corte Constitucional en razón de una consulta de norma remitida a la Corte Constitucional por las autoridades judiciales de segunda instancia en una acción de protección que se planteó en razón de que habiendo acudido al Registro Civil, Identificación y Cedulación a celebrar e inscribir su matrimonio los accionantes Efraín Enrique Soria y Ricardo Javier Benalcázar, les fue negado este derecho. Así también la Corte Constitucional se pronuncia en relación al matrimonio igualitario en el Caso 10-18-CN,²⁷⁰ relativa a la Consulta de Constitucionalidad de los artículos 81²⁷¹ del Código Civil y 52²⁷² de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles.

Hay que recordar que los legisladores constituyentes habían establecido y se encontraba aprobado en la norma Constitucional la disposición que establecía que “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer”, por lo que la sala que remitió la consulta de norma se debe tener en cuenta que a pesar de corresponder las consultas a la norma secundaria, en realidad lo que se estaba consultando era como aplicar la igualdad y no discriminación en los términos que se había pronunciado la Corte IDH en relación a lo previsto en el segundo inciso del artículo 67 de la Constitución.

²⁶⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Caso 11-18-CN, Sentencia No. 11-18-CN/19, (Matrimonio Igualitario), 12 de junio de 2019

²⁷⁰ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Caso 10-18-CN (Matrimonio entre personas del mismo sexo), Sentencia No. 10-18-CN/19, 12 de junio de 2019

²⁷¹ El artículo 81 establecía: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.”

²⁷² El artículo 52 establecía: “Autoridad ante quien se celebra el matrimonio. El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil [...]”

Ambas sentencias fueron emitidas el 12 de junio de 2019 al tratarse de la misma materia, pero tienen un alcance distinto. Así, en la sentencia 10-18-CN/19, se realiza control abstracto de constitucionalidad, determinando que las expresiones “un hombre y una mujer” en ambos artículos y el término “procrear” en el primero son inconstitucionales;²⁷³ decisión que la toma con sustento en el pronunciamiento de la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC 24/17, interpretando en específico que:

El artículo 17.2 de la CADH, conforme a esta interpretación, incorpora en la Constitución ecuatoriana el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, entendido como el derecho a que el legislador instituya (es decir, haga posible y regule) para ellas el matrimonio, confiriéndoles -con ello- el poder jurídico de casarse. En concreto, puesto que tal institucionalidad ya existe para las parejas de sexo diferente, el deber del Estado ecuatoriano consistiría en extenderla a las parejas del mismo sexo.²⁷⁴

Agregando que:

[E]s claro que el artículo 17.2 de la Convención consagra el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio, derecho que forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad, en razón del recientemente citado inciso segundo del artículo 424 de la Constitución.²⁷⁵

Artículo en referencia que en su segundo inciso establece que “[l]a Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.²⁷⁶ Es decir, la Corte determina que la interpretación más favorable que realizar la Corte IDH en relación al artículo 17.2 ha sido incorporada y forma parte de la Constitución. Por lo que la Constitución ha establecido ya que el matrimonio se celebra entre dos personas, independientemente de su sexo, por lo que la legislación secundaria debe adaptarse a este mandato constitucional.

En este mismo sentido la sentencia dictada en el Caso 11-18-CN, analizando la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas concluye que:

[L]as opiniones consultivas son una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional: la Corte IDH, cuya competencia nace de un tratado internacional del que el Ecuador es parte, y que Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe, sin que se pueda "invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado." 16 Los derechos y las garantías que se

²⁷³ Sentencia 10-18-CN/19, 28.

²⁷⁴ *Ibíd.*, 26.

²⁷⁵ *Ibíd.*, 27.

²⁷⁶ CRE, art. 424

derivan de la interpretación auténtica de la Corte IDH a la CADH, que constan en las opiniones consultivas, son parte del sistema jurídico ecuatoriano, y tienen que ser observados en Ecuador por toda autoridad pública en el ámbito de su competencia.

39. En consecuencia, los derechos y las garantías reconocidos en la Opinión Consultiva OC24/ 17, que interpreta con autoridad la CADH, forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad, o, como lo denomina la Corte IDH son parte del *corpus iuris*. Y esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano.²⁷⁷

Quedando así claramente establecido que para efectos del ordenamiento jurídico ecuatoriano las interpretaciones que la Corte IDH realice a través de Opiniones Consultivas forman parte del bloque de constitucionalidad y; por tanto, tienen rango constitucional.

Pero la sentencia va aún más allá y se pronuncia expresamente sobre la contradicción que existiría entre la Opinión Consultiva OC 24/17 y el segundo inciso del artículo 67 de la Constitución. La Corte reconoce que existe una aparente tensión entre estas dos normas, pero que al tratarse la Opinión Consultiva de una “interpretación autorizada por un órgano cuya competencia ha sido reconocida por el Ecuador [...] la norma constitucional tiene que ser interpretada con la ayuda de varios métodos de interpretación”.²⁷⁸ A pesar de ya haber sido abordados desde otras ópticas, en razón de la importancia de esta sentencia, me referiré de manera sucinta los puntos relevantes para el presente análisis:

- a) El alcance del artículo 67, que reconoce el derecho a la familia y el derecho al matrimonio.- Afirma que el derecho a la familia es un derecho-fin y el matrimonio un derecho-medio que permite conformar la familia, lo cual lleva a concluir que el matrimonio es un derecho constitucional que permite el ejercicio del derecho a la familia.²⁷⁹
- b) El derecho al matrimonio a partir de la interpretación literal.- Establece que solo a través de una interpretación literal restrictiva, por tanto contraria a la Constitución, se puede entender que la referencia al matrimonio entre “un hombre y una mujer” excluye la posibilidad de que pueda existir matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo lo que corresponde

²⁷⁷ Sentencia No. 11-18-CN/19, 12.

²⁷⁸ *Ibíd.*, 13.

²⁷⁹ *Ibíd.*, 15.

realizar una interpretación literal e integral (sistemática), por tanto favorable a los derechos.²⁸⁰

- c) La igualdad, la prohibición de discriminación y la razonabilidad de la diferencia.- Plantea que no es razonable la diferencia en razón de que: i. existe comparabilidad entre parejas homosexuales y heterosexuales, ii. hay un trato diferenciado en base a una categoría sospechosa, iii. la distinción constituye un privilegio para las parejas heterosexuales respecto de las homosexuales, iv. no supera el test de escrutinio estricto en razón de que no tiene un fin constitucionalmente válido ya que las convicciones morales o religiosas de una persona no puede restringir legítimamente los derechos de otra, así como tampoco puede hacerlo un fin del matrimonio como la procreación ya que no implica una obligación ni tampoco es un fin constitucionalmente establecido por tanto, tampoco válido,²⁸¹ toda vez que siendo el fin constitucional del matrimonio formal una familia, se evidencia que no aporta a la constitución del matrimonio heterosexual la exclusión del matrimonio de parejas del mismo sexo, por lo que el fin no es idóneo;²⁸² se determina que no puede ser necesaria al restringir el derecho a la protección de la familia y la pluralidad²⁸³ y respecto de la estricta proporcionalidad, se determina que no hay equilibrio entre la protección y la restricción constitucional ya que no permite una mejor o mayor protección del derecho a formar una familia a las parejas heterosexuales.²⁸⁴
- d) La interpretación más favorable a los derechos.- Determina que la interpretación que más favorece a la efectiva vigencia es que no hay prohibición de matrimonio para parejas del mismo sexo, sino que el matrimonio de parejas del mismo sexo se “complementa con el matrimonio restrictivamente reconocido constitucional y legalmente”.²⁸⁵
- e) El bloque de constitucionalidad.- Señala que la Constitución prevé un bloque de constitucionalidad, determinando que los derechos reconocidos se encuentran en: i. el texto de la constitución, ii. en instrumentos

²⁸⁰ *Ibíd.*, 17.

²⁸¹ *Ibíd.*, 20-22.

²⁸² *Ibíd.*, 23-24.

²⁸³ *Ibíd.*, 24-25.

²⁸⁴ *Ibíd.*, 25.

²⁸⁵ *Ibíd.*, 28.

internacionales de derechos humanos y iii. fuera del texto constitucional y los instrumentos internacionales-derechos innominados que requieren ser enunciados y reconocidos, sea por la Corte Constitucional como por la aplicabilidad directa y la cláusula abierta que permite la evolución de los derechos;²⁸⁶ en razón de lo que establece que “el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo se incorpora al texto constitucional.”²⁸⁷

- f) La interpretación evolutiva y como instrumentos vivos.- Realiza un análisis de varias normas que han sido modificadas en razón de una interpretación evolutiva incluyendo la concepción del matrimonio y concluye que la interpretación evolutiva implica “nunca restringir, la comprensión de los derechos a otras situaciones o a otros titulares” afirmando que el desarrollo evolutivo siempre debe ampliar los derechos y no restringirlos.²⁸⁸
- g) El derecho al libre desarrollo de la personalidad.- Considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad incluye la posibilidad de que una pareja decida conformar una familia y que esa conformación sea a través del matrimonio, que “decidir los fines y poder escoger los medios es parte del plan de vida de las personas” y agrega que “los derechos que son inclusivos, que se debe procurar su universalización” por lo que una limitación potencialmente vulnera el libre desarrollo de la personalidad.²⁸⁹
- h) El derecho a la intimidad personal y familiar y el rol del Estado.- Sobre el rol del estado en relación al derecho a la intimidad personal y familiar exige la abstención del Estado, determinando que en el caso concreto el derecho a contraer matrimonio es una decisión privada conforme al plan de vida de las personas, por lo que “la validez de la norma jurídica no puede depender de la decisión mayoritaria”, solo pudiendo proscribir acciones cuando estas incidan objetivamente en el bienestar de terceros, cosa que no corresponde al presente caso.²⁹⁰
- i) El derecho a la identidad y a sus manifestaciones.- Respecto del derecho a la identidad establece que se encuentra vinculada al libre desarrollo de la personalidad y que esta puede cambiar con el tiempo, pero tal decisión

²⁸⁶ *Ibíd.*, 29-31.

²⁸⁷ *Ibíd.*, 31.

²⁸⁸ *Ibíd.*, 32-34.

²⁸⁹ *Ibíd.*, 34-36.

²⁹⁰ *Ibíd.*, 36.

competente solamente a la persona, por lo que una interpretación restrictiva del matrimonio vulneraría este derecho.²⁹¹

- j) El derecho a la libertad de contratar.- Determina que la libertad de contratación no restringe el ejercicio de este derecho a ningún tipo de contrato, por lo que el contrato solemne llamado matrimonio tampoco podría encontrarse restringido ya que constituiría una violación a la libertad de contratación. Agregando además que una interpretación literal restrictiva generaría una antinomia.²⁹²
- k) El derecho al matrimonio y a la unión de hecho como potencial figura legal que podría sustituir al matrimonio y conciliar las exigencias internacionales con el texto constitucional.- Establece que a pesar de existir otra figura para constituir una familia que genera los mismos derechos y obligaciones, llamada unión de hecho; esta tiene apreciaciones culturales diversas así como diferencias jurídicas; pero además que todas las figuras jurídicas deben estar disponibles para todas las personas, tanto más que restringir el acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo profundiza estereotipos, la exclusión y la discriminación; cosa que el Estado tiene la obligación de combatir.²⁹³

En consecuencia de este análisis, la Corte Constitucional determina que:

[L]a norma del artículo 67, que expresa "el matrimonio es la unión entre hombre y mujer", se complementa con la regulación e interpretación de la CADI 1, realizada por la Corte IDH mediante la Opinión Consultiva OC24/17, que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo.²⁹⁴

Es decir, la Corte Constitucional emite una sentencia por la que determina que la interpretación realizada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC 24/17 implica que la interpretación literal del segundo inciso del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana no puede realizarse de manera restrictiva porque violaría varios derechos constitucionales. Pero que además la interpretación del organismo internacional forma parte del bloque de constitucionalidad, elemento que resulta fundamental siendo que la interpretación recogida en la Opinión Consultiva

²⁹¹ *Ibíd.*, 38-39.

²⁹² *Ibíd.*, 39-40.

²⁹³ *Ibíd.*, 41-42.

²⁹⁴ *Ibíd.*, 44.

corresponde a prohibición de discriminación en base a la categoría de orientación sexual. Es decir que la Corte Constitucional ha establecido que el pronunciamiento emitido por la Corte IDH forma parte del bloque de constitucionalidad de la Constitución ecuatoriana, con la consecuente obligación de aplicación directa e inmediata y el deber de adaptar el resto del ordenamiento jurídico a esta Opinión.

3. Análisis de la validez o interpretación constitucionalmente válida del segundo inciso del artículo 68 de la Constitución del 2008

Para analizar si el inciso segundo del artículo 68 de la Constitución del 2008 se enfrenta a un problema esencial de interpretación; esto es que la Corte IDH, por su naturaleza, no realiza análisis en abstracto sino sobre casos concretos; mientras que la Corte Constitucional del Ecuador si está facultada para determinar en abstracto si una norma debe ser expulsada del ordenamiento jurídico ecuatoriano, conforme a las facultades que el artículo 436²⁹⁵ prevé, en su calidad de máxima instancia de interpretación de la Constitución.

Se ha dicho ya que según lo determina Alexy los principios son mandatos de optimización: “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.²⁹⁶ Determinando que en caso de colisión de principios esta se debe resolver con una “relación de precedencia condicionada”,²⁹⁷ esto es, las condiciones en las cuales un principio precederá a otro. En el caso concreto la aparente colisión de principios podría establecerse así: P₁: No se puede realizar distinciones basadas en la orientación sexual; P₂: Se debe realizar distinciones para garantizar el interés superior de los niños.

²⁹⁵ CRE, art. 436: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante. 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado. 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento [...]”.

²⁹⁶ Alexy, “*Teoría de los derechos fundamentales*”, 67.

²⁹⁷ *Ibíd.*, 73.

Sin embargo, hay dos elementos que limitarían el poder realizar un test de ponderación: (1) que la teoría de Alexy sostiene que una relación de precedencia abstracta o absoluta es válida solo respecto del principio de dignidad humana, constituyéndose este principio en excepción;²⁹⁸ o en otras palabras, que no puede analizarse si dos principios colisionan en abstracto si uno de estos principios no es la dignidad humana; y, en consecuencia, tampoco podría ponderárselos si no es en relación a un caso concreto; y, (2) que en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile* la Corte IDH puso expresamente de manifiesto que, a pesar de que el principio del interés superior es en sí mismo un fin legítimo, este no se lo puede alegar en abstracto, encontrándose por lo tanto los Estados obligados a demostrar caso por caso, que la distinción resultaba necesaria para garantizar los derechos de determinados niños, niñas y adolescentes.

En consecuencia, resultaría falaz alegar un choque de principios entre la igualdad y no discriminación en relación al derecho a formar una familia y el interés superior del niño; ya que estos, en abstracto, no pueden colisionar; resultando tal pretensión falaz.

A pesar de lo dicho y reconociendo que choque de principios debe analizarse en lo concreto, siendo que el análisis de validez o interpretación constitucionalmente válida bien podría tratarse en una acción constitucional, resulta necesario plantear el análisis del *test de proporcionalidad* que se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico,²⁹⁹ respecto del cual advierte la Corte Constitucional que la ausencia de uno de estos elementos basta para determinar que la medida no supera el test³⁰⁰:

- 1) Un fin constitucionalmente válido: partiendo del supuesto como fin de la norma la protección del interés superior de los niños, se observa que este, como lo ha expresado la Corte IDH constituiría un fin constitucionalmente válido, siempre que tal distinción no se diera en abstracto sino después probar su razonabilidad. En principio, el análisis de si la pareja cumple con las condiciones para poder adoptar al niño debería realizarse en el proceso de adopción, sin embargo, el segundo inciso del artículo 68 de la

²⁹⁸ *Ibíd.*, 74.

²⁹⁹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento No. 52, 22 de octubre de 2009.

³⁰⁰ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia 11-18-CN, párr. 88.

Constitución impediría si quiera que se de este análisis. Por lo que al no poderse analizar el interés superior en el caso concreto el fin no podría ser constitucionalmente válido.

Adicionalmente, el análisis planteado pone en evidencia que pudiera existir fines distintos en la norma, como impedir que se conformen familias fuera de la aceptada en la religión católica (trilogía: madre, padre, hijos). Un *fin extralegal*, respecto del cual la Corte Constitucional ya se ha pronunciado estableciendo que no sería un fin constitucionalmente válido en un Estado laico.³⁰¹

- 2) Idoneidad: significa que la medida sirva adecuadamente para cumplir el fin constitucional. No teniendo un fin constitucionalmente válido al impedir de plano un análisis de las capacidades parentales de la pareja que desea adoptar, la restricción no resultaría en una medida idónea para proteger a los niños, niñas y adolescentes; ya que potencialmente estaría impidiendo que niños, niñas y adolescentes puedan ser adoptados por una pareja que podría ser idónea y contar con las capacidades para su cuidado, así como para garantizar el derecho conexos a tener una familia.
- 3) Necesidad: implica que de las medidas existentes la escogida es la menos gravosa. En el caso de la adopción, se verifica que la medida menos gravosa es el procedimiento para la adopción previsto en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia que no restringiría de manera general y abstracta la adopción sino la limitaría única y exclusivamente a aquellas parejas o personas homosexuales o heterosexuales que no contaren con los medios ni capacidades para garantizar el interés superior de los niños o que constituyeren un riesgo para tal interés superior. Verificándose así que una prohibición abstracta no cumple el requisito de la necesidad; y, finalmente,
- 4) La proporcionalidad propiamente dicha: que busca el equilibrio entre la protección y restricción constitucional y dice la Corte que obliga a “mirar con atención los derechos de otras personas o grupos que podrían afectarse por la medida en escrutinio”³⁰² y que “[p]ara que una restricción de

³⁰¹ *Ibíd.*, párr. 95.

³⁰² *Ibíd.*, párr. 118.

derechos sea legítima, la realización de otros derechos debe ser mayor o al menos equivalente”.³⁰³

Se puede afirmar que en igual sentido que se pronunció la Corte Constitucional en el caso Caso 11-18-CN, la restricción de la adopción tampoco permitiría, ni aun en un análisis en el que se invita a una ponderación en abstracto, una mejor o mayor protección del derecho a formar una familia a las parejas heterosexuales, ni a tener una familia a aquellos niños en espera de la adopción, ya que lo que hace es evitar que familias homosexuales, que pudieran tener capacidades parentales adecuadas, se vean impedidas de dar un hogar a los niños que esperan adopción; tanto más que no existe excedente de candidatos en espera de adoptar niños, sino a la inversa, logrando por tanto la medida que niños que pudieran ser adoptados permanezcan en casas de acogida, es decir lo contrario al interés superior del niño.

Verificándose así que la restricción del derecho de parejas homosexuales a cumplir su proyecto de vida formando una familia con hijos mediante la adopción no superaría el test de proporcionalidad, por lo que la medida establecida en la norma constitucional es injustificada y por tanto discriminatoria.

Adicionalmente, vale analizar los tres elementos a los que la Corte Constitucional introduce como configurantes de trato discriminatorio:³⁰⁴ (1) La comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones.- encontrando que mientras las parejas heterosexuales casadas o en unión de hecho pueden aplicar para adoptar niños, niñas y adolescentes las parejas homosexuales no podrían hacerlo; (2) la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas.- encontrando que la diferencia es la orientación sexual que corresponde a una categoría sospechosa; y (3) la verificación del resultado, por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina.- el trato diferenciado impediría a las parejas homosexuales conformar una familia adoptar niños, niñas y adolescentes, menoscabando el ejercicio de varios de sus derechos. Ahora si es que esta distinción no es razonable entonces, conforme lo analiza la Corte Constitucional respecto del matrimonio, se constituiría en un

³⁰³ *Ibíd.*

³⁰⁴ *Ibíd.*, párr. 82.

privilegio para las parejas heterosexuales la adopción y, no habiendo superado la ponderación, constituye una norma discriminatoria.

Finalmente, cabe señalar que en el análisis que la Corte Constitucional realizó respecto del matrimonio igualitario, determina algunos parámetros sobre su competencia a los que es importante referirse: (1) que la reforma a la Constitución no corresponde a la Corte Constitucional, pero si su interpretación;³⁰⁵ (2) que la reforma constitucional para reconocer el matrimonio de parejas del mismo sexo es “conveniente pero no necesaria”;³⁰⁶ (3) el reconocimiento de estos derechos no requiere aprobación interna para que esté en vigencia;³⁰⁷ (4) que para la adecuación del ordenamiento interno no se requiere exclusivamente reformas legislativas, sino que pueden ser adecuaciones administrativas y judiciales;³⁰⁸ (5) que la adecuación se debe realizar de la manera más eficiente y oportuna;³⁰⁹ (6) que la competencia sobre el control de convencionalidad recae sobre todos los órganos y funcionarios del Estado,³¹⁰ (7) que no se puede privar a las y los jueces de aplicar en sus casos concretos la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos por vacíos o por antinomias,³¹¹ teniendo estos, al igual que cualquier otra autoridad pública, competencia para realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad.³¹²

Por tanto, siendo que se ha evidenciado en extenso que el inciso segundo del artículo 68 de la Constitución de 2008, correspondiendo a una regla constitucional, no parecería garantizar efectivamente un principio constitucional como el del interés superior de los niños, a pesar de tratarse de una regla que se contrapone al derecho/principio de igualdad y no discriminación en los términos que ha sido analizado; así como considerando que la interpretación que sobre estos dos principios ha realizado el Sistema Interamericano y que forma parte del bloque de constitucionalidad, parecería ser que si la única interpretación posible del inciso segundo del artículo 68 de la Constitución fuera una interpretación literal y aislada de su contexto, se podría llegar a afirmar categóricamente que correspondería a una antinomia.

³⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 239.

³⁰⁶ *Ibíd.*, párr. 244.

³⁰⁷ *Ibíd.*, párr. 245-247.

³⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 252.

³⁰⁹ *Ibíd.*, párr. 259.

³¹⁰ *Ibíd.*, párr. 270.

³¹¹ *Ibíd.*, párr. 287.

³¹² *Ibíd.*, párr. 290.

Sin embargo, siendo que la misma Constitución da primacía al *bloque de constitucionalidad*, que la igualdad y no discriminación pertenece al *jus cogens* y que se encuentra frente a una interpretación de la igualdad y no discriminación posterior a la entrada en vigencia de la Constitución del 2008; sería más correcto referirnos a la pérdida de vigencia de la norma a la que se refiere Bachof, en razón de la interpretación de la Corte IDH, que como lo manifestó expresamente la Corte Constitucional forma parte del *bloque de constitucionalidad*, en especial desde una interpretación literal pero sistemática de la Constitución. Lo dicho bajo el supuesto en que no se tuviera ya el antecedente al que fue referido supra por el que la Corte Constitucional ha preferido pronunciarse con una interpretación constitucionalmente válida de las normas en análisis (y no solo respecto de las constitucionales) antes extraer la norma del ordenamiento jurídico, evitando actuar como legislador negativo. Hecho que es de relevancia especialmente dado que en el presente caso el legislador negativo al que estarían reemplazando sería el legislador constituyente.

Finalmente y sin perder de vista lo ya dicho, no puedo dejar de referirme a que entre el artículo del matrimonio y el de la adopción existe una diferencia importante, respecto de la cual deberá pronunciarse la Corte Constitucional; esto es, que mientras el matrimonio correspondía a una definición y por tanto, la Corte ha interpretado que no es la única definición de matrimonio posible; el inciso segundo del artículo 68 prevé una restricción: “[l]a adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo”; incluyendo en su texto la palabra “solo”; hecho que pone en cuestionamiento si es que una interpretación de este artículo será suficiente para que se encuentre conforme con una interpretación sistemática de la Constitución.

Conclusiones

Entre las cualidades presentes en la Constitución de la República del Ecuador se encuentra su naturaleza pluralista que refleja la existencia de un acuerdo social profundo e introduce, en consecuencia, principios que correspondiendo a los ideales de justicia de los diversos actores, permitiendo una mejor adaptación de la norma a los tiempos.

Los principios constitucionales recogidos en la Constitución ecuatoriana, junto con las reglas de interpretación constitucional en ella plasmados, conducen necesariamente a entender la Constitución como un todo con el que el ordenamiento jurídico ecuatoriano debe guardar coherencia, pero esta coherencia no solo debe guardarse en las normas secundarias sino también intraconstitucionalmente; no pudiendo sostenerse una interpretación de ninguna regla si esta fuese contraria a uno de sus principios.

El reconocimiento de los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta; junto con el reconocimiento de la prevalencia de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables obligan a revisar de manera permanente las reglas que pudiesen colisionar con estos derechos para garantizar su efectiva vigencia.

Al establecerse en la Constitución ecuatoriana de manera específica categorías sobre la base de las cuales se prohíbe la discriminación como es el caso de la orientación sexual; cualquier diferencia normativa que tenga como base una de estas categorías exige cuestionar la constitucionalidad de esta norma y a través de un escrutinio estricto determinar si se trata de una distinción justificada o discriminación prohibida por la misma norma constitucional.

Entre los avances importantes presentes en la Constitución de la República del Ecuador se encuentra el reconocimiento de la familia diversa y la familia como núcleo fundamental de la sociedad; reconocimiento que de la mano de principios como el de la igualdad y no discriminación obliga a garantizar que todas las personas, independientemente de su orientación sexual, tengan la protección que brindan figuras

jurídicas como el matrimonio, en igualdad de condiciones; no pudiendo alegarse ausencia de norma en razón de la directa e inmediata aplicación de los derechos.

La orientación sexual constituye una diferenciación prohibida y, aun cuando el interés superior de los niños es un fin legítimo, este no puede ser alegado en abstracto conforme expresamente lo ha manifestado la Corte IDH; por tanto, en razón de la interpretación evolutiva y sistemática deviene evidente que el inciso segundo del artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) debe pasar por el escrutinio estricto de la Corte Constitucional, garantizando los derechos constitucionales de las personas respecto de las personas a quienes esa norma limita el ejercicio de sus derechos.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Cuarta Reimpresión de la 2da edición, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2017.
- Antonio Enrique Pérez Luño. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. España: Editorial Tecnos, 2004.
- Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- Avila, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia” en *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bachof, Otto. *¿Normas Constitucionales inconstitucionales?*. Lima: Palestra, 2010.
- Barahona, Alexander. *Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana de 2008*, en Foro. Revista de derecho No. 23. Quito: UASB, 2015.
- Barber, Hugo. *Los convidados de piedra. El referéndum y sus resultados*. La tendencia, revista de análisis político. No. 8. Quito: FES-ILDIS, Octubre/Noviembre 2008.
- Bernardino Bravo Lira. *La Codificación en Chile (1811-1907), dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 12. Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1987.
- Berger, Peter L. y Thomas Luckmann. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu, 1966.
- Bladilo, Agustina; de la Torre, Natalia; Herrera, Marisa. *Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis*. Rev. IUS vol.11 no.39. Puebla, ene./jun 2017.
- Boaventura Sousa Santos. *La reinención del estado y el estado plurinacional*. Santa Cruz: Alianza Interinstitucional CENDA, CEJIS, CEDIB, 2007.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- Carbonell, Miguel “La constitución en el tiempo: una nota”, en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. México: Universidad Autónoma de México, 2005.

- Carrillo, Cristina. “El espejo distante. Construcciones de la migración en los jóvenes, hijos e hijas de emigrantes ecuatorianos”; en *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*. Quito: FLACSO, 2005.
- Casililla, Juan; Bermejo, Fernando; y, Romero, Asunción. *Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional*. Madrid: Comunidad de Madrid, 2008.
- Cevallos Tejada, Francisco (Comp). *Ensayos: Un balance crítico sobre los 30 años de la Convención por los Derechos del Niño*. Quito: Consejo Nacional para la Igualdad Generacional, 2020.
- Cordero, Fernando. ‘Acuerdo País’: una opción ciudadana radical. La Tendencia. Revista de Análisis Político. Quito: Editorial Tramasocial, 2007.
- De La Iglesia, María Isabel. *La idoneidad de los adoptantes*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Núm. 736. España: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marzo 2013.
- Deere, Carmen Diana y Leon, Magdalena. *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*, México: UNAM-FLACSO, 2000.
- Drnas de Clément, Zlata. “Las normas imperativas de derecho internacional general (jus cogens). Dimensión sustancial.”. en *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Vol 1. España, 2002.
- Espinoza, Marjorie. *El espejismo laico del Ecuador. Los debates constituyentes sobre el aborto, la adopción homosexual y el nombre de Dios en el preámbulo de la Constitución*. FORO Revista de Derecho, No. 29 Quito: UASB, Enero-junio de 2018.
- Fondo Monetario Internacional. *Ecuador: selected issues and Statistical Annex*. 18 de octubre de 2000.
rehttps://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/30/Ecuador-Selected-Issues-and-Statistical-Annex-3946.
- François Ost y Michael Van De Kerchove. *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Primera edición en castellano. Bogotá D.C.: Unilibros, 2001.
- García, Lorenzo. *Historia de las Misiones en la Amazonía Ecuatoriana*. Quito: Abya-Yala 2da Edición, 1999.
- Garrido, José. *Informe de Investigación: La despenalización de la homosexualidad en el Ecuador: El legado de la acción colectiva LGBTIQ+*. Quito: UASB, 2017.

- Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. España: Editorial Trotta, 1995.
- Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires- Argentina: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.
- Haraway, Donna. *Ciencia, cyborgs y mujeres: la reinvención de la naturaleza*. Madrid: Catedra, 1995.
- Herrera, Gioconda. “Mujeres ecuatorianas en las cadenas globales de cuidado”; en *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*. Quito: FLACSO, 2005.
- Jokish, Brad y Kyle, David. “Las transformaciones de la migración transnacional del Ecuador, 1993-2003”; en *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*. Quito: FLACSO, 2005.
- Knigh, Ken W, y otros. *Los niños están bien: es la discriminación, no los progenitores del mismo sexo, lo que hace daño a las y los niños (The kids are OK: it is discrimination not same sex parents that harm children)*. El Diario Médico de Australia (The Medical Journal of Australia), 2017). Disponible en https://www.mja.com.au/system/files/issues/207_09/10.5694mja17.00943.pdf
- Lagomarsino, Francesca. “¿Cuál es la relación entre familia y migración?, El caso de las familias de emigrantes ecuatorianos en Génova”; en *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*. Quito: FLACSO, 2005.
- León, Mauricio. *Buen vivir en el Ecuador, del concepto a la medición*. Quito: INEC, 2015.
- Mancheno Mónica. *Ecuador: efectos de la emigración en los resultados educativos*. en Revista Historia Actual Online, No. 22. Historia Actual Online, Primavera 2010.
- Montaña, Juan. *Teoría utópica de las fuentes de derecho ecuatoriano*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Navas, Marco. *Lo público insurgente Crisis y construcción de la política en la esfera pública*. Quito: CIESPAL-UASB, 2012.
- Olympe de Gauges. *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne*, 26 Agosto 1791.

- Ost, François y Van De Kerchove, Michael. *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Primera Edición en Castellano. Bogotá D.C., Colombia: Unilibros, 2001.
- Organización Mundial de la Salud (OMS), Comité internacional para el Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Asistidas (ICMART). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010. https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf.
- Páez, Carolina. *Tesis: Travestismo Urbano Género, Sexualidad y Política*, Quito: FLACSO, 2009.
- Pasara, Luis. *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Naciones Unidas, 2008.
- Pérez Luño, Antonio E.. Los derechos fundamentales. Undécima edición, Madrid: Tecnos, 2007.
- _____. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Tercera edición. Madrid: Tecnos, 2004.
- Prieto Sanchís, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- _____. *El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?* (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky). Anuario de filosofía del derecho XIII. Universidad Castilla La Mancha, 1996.
- Jokish, Brad y Kyle, David. “Las transformaciones de la migración transnacional del Ecuador, 1993-2003”; en *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*. Quito: FLACSO, 2005.
- Quispe Remón, Florabel. *Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso*, en Revista de Derecho N.º 34. Barranquilla: Universidad Carlos III de Madrid, 2010.
- Salgado Pesantes, Hernán. *El Proceso constituyente en el Ecuador. Algunas reflexiones*. San José, Costa Rica: IIDH, 2008.
- Salgado, Judith. *Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador*; en Revista Aportes Andinos

N. 11, Aportes sobre diversidad, diferencia e identidad. Quito: UASB, Octubre 2004.

Saus-Ortega, Carlos. *La maternidad biológica compartida en parejas lesbianas. La técnica de fertilización «in vitro» con el método de recepción de ovocitos de la pareja (ROPA)*. Matronas Prof., 2018. https://www.federacion-matronas.org/wp-content/uploads/2018/07/Revision-bibliografica_Maternidad-biologica.pdf

Simon Campaña, Farith. *Manual de derecho de familia*. Quito: Cevallos Editorial Jurídica, 2020.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, (1992) 2019.

Normas

Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 39/27, 23 de mayo de 1969.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

Ecuador. Codificación del Código Civil, Registro Oficial Suplemento 1202, 20 de agosto de 1960.

____. Codificación del Código Civil, Registro Oficial Suplemento 352, 20 de junio de 1930.

____. Código Civil, Decreto Legislativo 0, Registro Auténtico 1860, 3 de diciembre de 1860.

____. Código Penal, Registro Auténtico 1837, 14 de abril de 1937.

____. Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. Ley No. 100. Registro Oficial Suplemento No 737, 3 de enero de 2003.

____. Constitución de la República del Ecuador (1998), Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

____. Constitución de la República del Ecuador, Decreto Legislativo No. 0, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

- ____. Decreto Legislativo No. 2, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 236 de 20 de diciembre de 2007.
- ____. Decreto No. 002 de 15 de enero de 2007. Registro Oficial Suplemento N° 08 de 25 de enero del 2007.
- ____. Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 283 de 7 de Julio del 2014.
- ____. Ley No. 100, publicada en Registro Oficial No. 737, de 3 de enero de 2003.
- ____. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Ley No. 0. Registro Oficial Suplemento No. 42, de 22 de octubre de 2009.
- ____. Proyecto de Ley del Código Orgánico de Salud, Aprobado por la Asamblea Nacional el 25 de agosto de 2020, vetado totalmente por el presente de la República el 25 de septiembre de 2020.
<http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1e86d9d8-6831-43aa-af9f-1b1921cc740d/Proyecto%20de%20C%C3%93digo%20Org%20El%20nico%20de%20Salud.pdf> y
<http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/bc90b3bc-e5c9-4653-9418-7bfaf45c333e/objecion-total-399904-moreno.pdf>

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012.
- ____. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) Vs. Costa Rica Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2012.
 - ____. Caso Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia. Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 1998.
 - ____. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia Fondo, 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 631.
 - ____. Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984.
 - ____. Opinión Consultiva, OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003.
 - ____. Opinión Consultiva OC-16/99, de 26 de febrero de 2016.
 - ____. Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017.
 - ____. Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de 17 de septiembre de 2003.

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Acción Extraordinaria de Protección, Causa No. 1692-12-EP, 29 de mayo de 2018.

____. Caso 11-18-CN, Sentencia 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019.

____. Caso 10-18-CN (Matrimonio entre personas del mismo sexo), Sentencia No. 10-18-CN/19, 12 de junio de 2019.

ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, La Familia (Artículo 23), 39° período de sesiones, 1990.

____, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 2013.

Actas

Ecuador, Asamblea Constituyente, Acta No. 077 de 5 de julio de 2008, Biblioteca Digital de la Asamblea.
<http://archivo.asambleanacional.gob.ec/index.php/actas-asamblea-constituyente>

____, Acta No. 086 de 15 de julio de 2008, Biblioteca Digital de la Asamblea.
<http://archivo.asambleanacional.gob.ec/index.php/actas-asamblea-constituyente>

Artículos de prensa

BBC, *Muere Robert Spitzer, el psiquiatra que desmintió que la homosexualidad fuera una enfermedad*, 28 diciembre 2015.
https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151228_ciencia_muere_robert_spitzer_psiquiatra_homosexualidad_ch)

BBC Extra, *¿Existe la realidad?: el experimento que comprueba por primera vez que a nivel cuántico no hay hechos objetivos?*, 11 marzo 2019.
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-47491699>

Ecuador Inmediato. *Alberto Acosta: "La Constitución está prácticamente lista"*, 24 junio 2008.
http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=81162&umt=alberto_acosta_constitucion_practicamente_lista

- El Comercio. *“Satya tiene dos mamás” gritan en la Corte Constitucional*, 8 junio 2017. <https://www.elcomercio.com/tendencias/satya-identidad-ecuador-corteconstitucional-inseminacionartificial.html>.
- ___, *Alrededor de 3 000 niños viven en casas hogares en Ecuador*, 1 junio 2018. <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-ninos-hogar-guayaquil-leninmoreno.html>.
- ___, *Educación desmiente a quienes hablan de “ideología de género” en el Ecuador; no hay cambios en los textos escolares de Ecuador*. 17 julio 2018. <https://www.elcomercio.com/actualidad/educacion-desmiente-ideologia-genero-textos.html>
- ___, *En la Maternidad de la Nueva Aurora, en Quito, se trata la infertilidad*, 13 junio 2018. <https://www.elcomercio.com/actualidad/maternidad-nuevaaurora-quito-embarazo-infertilidad.html>
- El Diario, *Emigrantes presentan candidaturas para la Constituyente*, 6 agosto 2019. <http://www.eldiario.ec/noticias-manabi-ecuador/49254-emigrantes-presentan-candidaturas-para-la-constituyente/>.
- El Telégrafo, *1.500 niños nacen en Ecuador con técnicas asistidas*, 26 mayo 2018. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/reproduccion-asistida-infertilidad-ecuador>.
- El Tiempo, *Poligamia shuar vida del pueblo guerrero*, 1 noviembre 2017. <https://www.eltiempo.com.ec/noticias/intercultural/1/poligamia-shuar-vida-del-pueblo-guerrero>.
- El Universo, *Mujeres denuncian injerencia de asesor de Correa en Asamblea*, 5 julio 2008. <https://www.eluniverso.com/2008/07/05/0001/8/B3FDB9509D18444F9665B92BD75F59F2.html>.
- ___, *En Ecuador aumentó un 102 % el ingreso de menores a casas de acogida durante la pandemia del COVID-19. Maltrato, abusos y abandono, entre las causas*, 24 julio 2021. <https://www.eluniverso.com/noticias/ecuador/mas-ninos-entraron-a-albergues-durante-la-pandemia-del-covid-19-en-ecuador-nota/>
- La Hora. *Alianza País: Dios, aborto y matrimonio homosexual no deben ir en la Carta Magna*, 26 marzo 2008. <https://lahora.com.ec/noticia/699408/alianza-pas-dios-aborto-y-matrimonio-homosexual-no-deben-ir-en-la-carta-magna>.

____, *Asamblea del Ecuador aprueba los cinco primeros artículos de nueva Constitución*, 2 abril 2008. <https://lahora.com.ec/noticia/702238/home>.

Noticias ONU, *Artículo 16: derecho al matrimonio y a fundar una familia*, 25 noviembre 2018. <https://news.un.org/es/story/2018/11/1447221>

OMS, *Proposed declassification of disease categories related to sexualorientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)* (Propuesta de desclasificación de categorías de enfermedades relacionadas con la orientación sexual en la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Relacionados (CIE-11), Boletín de la Organización Mundial de la Salud, 2014. <https://www.who.int/bulletin/volumes/92/9/14-135541/en/>)

PanV, *La pareja lésbica que lucha por una familia diversa*, 2 septiembre 2013. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/la-pareja-lesbica-que-lucha-una-familia-diversa>

Primicias. *En Ecuador, 271 niños y adolescentes aún esperan por una familia*, 3 septiembre 2020. <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/adopciones-ecuador-271-ninos-adolescentes-esperan-familia/>

Entrevistas:

Diana Maldonado, entrevistada por la autora, 7 de febrero de 2019, Guayaquil.

María Rosa Cadena y Miriam Baritto, entrevistadas por la autora, 12 de febrero de 2019, Quito.

Ricardo Bucaram, entrevistado por la autora, 15 de agosto de 2019, vía telefónica.

Otros:

Asamblea Nacional, Informe para segundo debate del proyecto de Código Orgánico de la Salud, 20 de diciembre de 2018, <https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-29/Leyes%202013-2017/234%20cod-salud-wgarzon-28-03-2016/inf-2d-cod-salud.pdf>

Cornelle, *¿Qué dicen las investigaciones sobre el bienestar de niños/as con progenitores/as gays o lesbianas? (What does the scholarly research say about*

the well-being of children with gay or lesbian parents?, <https://whatwewknow.inequality.cornell.edu/topics/lgbt-equality/what-does-the-scholarly-research-say-about-the-wellbeing-of-children-with-gay-or-lesbian-parents/> Revisado el 17 de Agosto de 2019. La traducción me pertenece.

Corte IDH, Ficha técnica: Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, http://www.CorteIDH.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196. Revisada el 22 de agosto de 2019.

De Conceptos, *Concepto de construcción social*. <https://deconceptos.com/ciencias-sociales/construccion-social>.

INEC, *Primera Investigación (estudio de caso) sobre Condiciones de Vida, Inclusión Social y Derechos Humanos de la población LGBTIQ+ en Ecuador*. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/wp-content/descargas/Presentaciones/Presentacion-LGBTIQ+.pdf>. Revisado el 17 de agosto de 2019.

____. *Primeras estadísticas oficiales sobre filiación religiosa en el Ecuador* (INEC: Agosto 2012)

INREDH Digital. *Reseña despenalización de la homosexualidad en Ecuador*. Video de Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=zJqg3xEKsIID>.

Observatorio de Derechos y Justicia, tuit de 21 de octubre de 2021, publicado en: <https://twitter.com/ODJEcuador/status/1451192159130898439>

Patrulla Legal. Proyecto Transgénero. Blog. <http://patrullalegal.blogspot.com/>

Real Academia Española, *Diccionario de la real Academia Española*, Edición Tricentenario, Actualización 2018.