

Curso virtual de DDHH – Caso 2

Derecho a la igualdad y a la no discriminación

Aspectos procesales* y solución de fondo

Ecuador - Realizado por: Leonardo Sempértugi

Aspectos procesales

1. Tipo de acción

En el presente caso, resulta aplicable la demanda de inconstitucionalidad. De conformidad con el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), el control abstracto de constitucionalidad busca garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de la eliminación de las normas que resulten incompatibles con la Constitución Política, bien sea por razones de fondo o de forma.

2. La competencia del Tribunal o Corte para conocer el caso

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución Política de Ecuador y el artículo 75 numeral 1 de la LOGJCC, le corresponde a la Corte Constitucional conocer de las acciones de inconstitucionalidad.

3. El objeto de la acción de inconstitucionalidad

El objeto de la demanda de inconstitucionalidad presentada recae sobre la presunta vulneración del derecho a la igualdad, que se encuentra reconocido en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, así como en los artículos 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

* Valentina Vera Quiroz, abogada egresada de la Universidad de los Andes (Colombia), apoyó al autor en una primera búsqueda sobre los aspectos procesales para resolver este caso con fundamento en la legislación ecuatoriana.

4. La legitimación del demandante

En el presente caso no se hace explícita la naturaleza jurídica del accionante de la demanda de inconstitucionalidad, sin embargo, esta puede ser interpuesta por cualquiera persona según dispone el artículo 98 LOGJCC.

5. El agotamiento de la vía jurídica ordinaria

La demanda de inconstitucionalidad es una acción de naturaleza principal que no requiere del agotamiento de la vía jurídica ordinaria previamente para ser interpuesta.

6. La forma y el plazo para la admisibilidad de la acción

Según el artículo 78 LOGJCC, las acciones de inconstitucionalidad se registrarán por las siguientes reglas:

- “1. Por razones de contenido, las acciones pueden ser interpuestas en cualquier momento.
2. Por razones de forma, las acciones pueden ser interpuestas dentro del año siguiente a su entrada en vigencia”.

Por su parte, el artículo 79 LOGJCC señala los requisitos que debe cumplir la demanda de inconstitucionalidad, los cuales son:

- “1. La designación de la autoridad ante quien se propone.
2. Nombre completo, número de cédula de identidad, de ciudadanía o pasaporte y domicilio de la persona demandante.
3. Denominación del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso; en el caso de colegislación a través de sanción, se incluirá también al órgano que sanciona.
4. Indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales.
5. Fundamento de la pretensión, que incluye:
 - a) Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, con especificación de su contenido y alcance.
 - b) Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa.
6. La solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada debidamente sustentada, cuando a ello hubiere lugar; sin perjuicio de la adopción de otras medidas cautelares conforme la Constitución y esta Ley.
7. Casillero judicial, constitucional o correo electrónico para recibir notificaciones.
8. La firma de la persona demandante o de su representante, y de la abogada o abogado patrocinador de la demanda”.

Solución de fondo

I. Problema jurídico

¿Es contraria al principio de igualdad y no discriminación una disposición normativa según la cual es requisito para adoptar la conformación de una relación de pareja entre un hombre y una mujer, excluyendo así la posibilidad de que una pareja del mismo sexo se encuentre legitimada para acceder a la adopción conjunta de menores de edad?

II. Marco jurídico de protección

Cabe en primer lugar determinar el ámbito de protección objetivo y subjetivo de los derechos invocados en la demanda de inconstitucionalidad, que violarían derechos reconocidos por la [Convención Americana de Derechos Humanos](#) (en adelante, “CADH”) y los precedentes generados con base en ella, así como la normativa constitucional que en el Ecuador regula la materia.

Para iniciar, los actores de la presente causa demandan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley Y, en la parte en la que señala que “[s]on requisitos de legitimación para adoptar: (...) c) conformar una vida de pareja entre un hombre y una mujer, ya sea por unión de hecho, solemne o matrimonial”. Para tal fin, es necesario cotejar la normativa constitucional y de tratados internacionales aplicable, con el texto señalado, para determinar su inconstitucionalidad.

La demanda se ampara en el reconocimiento del derecho de igualdad, consagrado en el Art. 66 números 4 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, “la Constitución”). Igualmente, resultan relevantes para el análisis las normas de los artículos 17 y 19 de la CADH. Esta última norma tiene un tratamiento *sui generis* en Ecuador, ya que el Art. 424 de la Constitución señala que “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado **que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución**, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (el resaltado nos corresponde). Así mismo, el Art. 425 de la Constitución expone: “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

Es importante analizar entonces, cuál es la forma en la que la Constitución ecuatoriana protege el derecho de igualdad de las personas. El Art 66 números 4 señala: “*Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 18. 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación*”. Sin embargo, esta es solo la *punta del iceberg* con relación al desarrollo constitucional sobre el derecho a la igualdad. Múltiples otras normas lo amparan, mencionando varias de ellas a continuación. El Art. 11 número 2 indica: “**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. 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.”. Por su parte, el Art. 23 señala: “**Art. 23.-** Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales.”. El Art. 70 señala: “**Art. 70.-** El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.”. Finalmente, los derechos al trabajo, educación, colectivos, políticos, procesales y económicos están sujetos a la aplicación del principio de igualdad. Por lo tanto, no queda duda alguna que el legislador constitucional de Montecristi persiguió como objetivo constitucional la igualdad en todos los niveles posibles, sin limitación alguna.

Sin embargo, de esta general aplicación del principio de igualdad existen restricciones al acceso a ciertas actividades en virtud del propio mandato constitucional. En el caso que nos ocupa existen dos que son claramente relevantes, contenidas en los artículos 67 y 68 de la Constitución: “**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 sólo a parejas de distinto sexo.”.

III. Constatación de un trato diferenciado

Se sugieren 3 pasos:

- ¿Existen dos grupos que están en condiciones comparables? Por ejemplo, parejas heterosexuales y parejas homosexuales.
- ¿Estos dos grupos son objeto de un tratamiento diferenciado? Por ejemplo, que una de las parejas pueda adoptar y la otra no.
- ¿Cual es el criterio de diferenciación? Por ejemplo, la orientación sexual.

IV. Justificación del trato diferenciado

La alegada violación de derechos es clara. Los peticionarios alegan la inconstitucionalidad de la parte citada de la ley Y por contraponerse a los mandatos constitucionales y convencionales de igualdad. Este derecho es sin duda uno de los más trascendentes del ordenamiento jurídico nacional, ya que permite el adecuado desarrollo de la personalidad humana, que, sin embargo de ello puede encontrar algunas restricciones (como las ya mencionadas, atinentes a la materia), que deberían de manera general estar dirigidas a permitir un mejor goce de los derechos por parte de grupos de atención especial o vulnerables (bajo la figura conocida como *acción afirmativa*). Entonces, la Corte deberá pronunciarse, más allá que sobre el texto legal indicado, sobre esta aparente contradicción constitucional, y su implicación para la atención de los derechos involucrados.

Durante el desarrollo del texto constitucional en el año 2008, los legisladores decidieron incluir la última frase del artículo 68 antes mencionado, bajo la consideración de que los niños pueden tener el mejor ambiente para su crianza en un hogar conformado por un padre y una madre. No existe evidencia científica (biológica o social) concluyente que indique que tal afirmación es cierta, y en ello coincide esta Corte con la demanda de inconstitucionalidad propuesta. Esta consideración fue realizada por los legisladores en medio de un agitado debate político, con la intervención de múltiples voces ciudadanas, apoyando o rechazando otorgar absoluta igualdad de derechos a quienes conformaran una pareja, con relación a la adopción de niños, niñas o adolescentes. Finalmente, el legislador escribió el texto como ha sido transcrito, alegando la aplicación del

principio de interés superior del menor, doctrinariamente recogido, que actualmente se encuentra inscrito en el artículo 44 de la Constitución, y se recoge en el artículo 19 de la Convención¹.

Lamentablemente, la Corte no ha desarrollado jurisprudencia relevante sobre el derecho de igualdad, más allá de una repetición cacofónica de los mandatos expresados en la Carta Política, y desafortunadamente, este tampoco es el espacio para realizar dichas reflexiones, al existir norma expresa de nivel constitucional que se refiere a la materia en cuestión. Una situación distinta sería si es que la Ley Y no tuviera reflejo en la norma constitucional citada previamente.

Ante esta aparente contradicción de normas constitucionales, cabe la aplicación de los métodos de interpretación previstos en el Art. 3 número 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que señala: “*Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.*” El caso jurídico, sin desconocer el problema discriminatorio de fondo existente, se plantea sencillo, dado que la norma contenida en el Art. 68 inciso final de la Constitución es la competente y especial frente a las demás relativas a la igualdad enumeradas previamente en esta resolución. Por ello, la declaratoria de inconstitucionalidad solicitada es improcedente.

Por otro lado, como se dijo en la parte inicial de la sentencia, la Constitución ubica en un mismo nivel jerárquico que ella a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El contenido del [Art. 19](#) de la Convención² está sin duda recogido en el texto constitucional, y así se lo ha indicado. Por otro lado, el [Art. 17](#) de la Convención³ parece también construir su contenido

¹ Se encuentra actualmente en conocimiento de la Corte el caso No. 0830-16-JP, remitido por la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Pichincha, en la que se niega la acción de protección propuesta por la Defensoría del Pueblo (a nombre de Hellen Bicknell y otra) en contra del Registro Civil del Ecuador, en la que se demandó a la autoridad pública el registro de dos madres de una niña que fue concebida por una de ellas, lo cual fue negado por la autoridad administrativa.

² Artículo 19. Derechos del Niño.- Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

³ Artículo 17. Protección a la Familia.-

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

partiendo del concepto de la diferencia de género en los miembros de una pareja, razón por la cual no se constituye en argumento suficiente para consideraciones adicionales.

Debe quedar claro, sin embargo, que es obligación de la Corte Constitucional (así como de cualquier corte, tribunal o juzgado del Ecuador) efectuar un control de convencionalidad *ex officio* en los procesos sometidos a su conocimiento. En el caso que nos ocupa, el control de convencionalidad se ha efectuado, y el [Art. 1.1](#) de la Convención garantiza que la aplicación de derechos y libertades reconocidos en dicho texto se realizará sin discriminación por ningún motivo o circunstancia. La orientación sexual de una persona no es causa jurídicamente válida de discriminación y por lo tanto la ley analizada atenta contra el principio de aplicación de la Convención, pero simultáneamente se adecua al contenido de la Constitución. Esta contradicción, al provenir de fuentes de derecho de igual valor jurídico, debe ser resuelta por el legislador a través de la modificación de la norma nacional, tomando en cuenta el contenido del [Art. 17](#) de la Convención y la interpretación dada sobre dicha regla por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

V. Decisión o fórmula jurídica

Por las consideraciones expuestas, esta Corte resuelve:

1. Rechazar la demanda de inconstitucionalidad propuesta en contra de la Ley Y, por apearse su contenido al Art. 68 de la Constitución.
2. Por su carácter discriminatorio, la Corte exhorta a la Asamblea Nacional a iniciar un proceso de reforma constitucional conforme lo previsto en el Art. 441 número 2 de la Constitución, con el objetivo de eliminar el inciso final del Art. 68 de la Constitución vigente.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.