

Diversidad sexual: género, alternativismo y derechos humanos

Sexual diversity: gender, alternativism and human rights

Luz Angela CARDONA ACUÑA*

RESUMEN: Los cambios legales sobre diversidad sexual en el Ecuador reflejan los diferentes argumentos que se han invocado para ampliar los márgenes de inclusión y reconocimiento de dicho grupo de población. Aplicando el process tracing al caso Ecuatoriano se identificó que desde la década de 1990 hacia la Constituyente de 2007 han sido tres los enfoques en los que dichos argumentos se han enmarcado: los derechos humanos, el género y el alternativismo legal. Se mostró cómo dichos enfoques han cambiado, reinterpretado y ampliado los derechos demandados, resaltando el derecho a no ser discriminado, las libertades estéticas o de elección del nombre. El análisis refleja los diferentes sujetos de derecho que emergen en el debate: homosexuales, personas trans y lesbianas. El análisis histórico permitió analizar las disputas por interpretar los diferentes cambios legales como avances o retrocesos. También permi-

* Profesora investigadora, en el Centro de Estudios e Investigaciones Interdisciplinarios de la Universidad Autónoma de Coahuila, (Colombiana) Doctora en investigación en ciencias sociales con mención en Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México. Líneas de investigación: sociología cultural, procesual e interaccionista. Análisis de procesos de inclusión/exclusión. Derechos Humanos. Diversidades Sexuales. ORCID: 0001-8173-7466. Contacto: <luzangela.cardona@gmail.com>. Fecha de recepción: 30/10/2022. Fecha de aprobación: 18/06/2022.

tió establecer los diferentes aspectos que cada enfoque busca construir como demanda, cómo se complementan y cómo en algunos casos se contraponen o confrontan como en los casos del reconocimiento de uniones de personas del mismo sexo y el matrimonio.

PALABRAS CLAVE: Cambio legal; alternativismo; género; diversidad sexual; Ecuador.

ABSTRACT: The legal changes surrounding sexual diversity in Ecuador reflect the different arguments employed to expand the margins of inclusion and acknowledgment of this particular social group. To discuss the Ecuadorian case, process tracing showed that, from 1990 to the Constituent Assembly of 2007, those arguments were framed under three different approaches: human rights, gender, and alternativismo. This paper shows how these approaches have modified, reinterpreted, and expanded the demanded rights, highlighting the right to non-discrimination, aesthetic freedom, or the freedom to choose one's own name. The analysis portrays the different human rights subjects that come up during the debate: homosexuals, trans people, and lesbians. Also the historical analysis helps analyze the disputes focused on interpreting the different legal changes as either advances or regressions. It helps to determine the different aspects that each approach seeks to construct as demand, and to observe how they complement each other and how sometimes they oppose or confront each other, as in the case of the acknowledgement of same-sex unions or marriage.

KEYWORDS: Cambio legal; diversidad sexual; process tracing; Ecuador.

I. INTRODUCCIÓN

En 2022 se cumplen 25 años desde que se despenalizó la homosexualidad en el Ecuador. En este lapso de tiempo un grupo ampliado de actores sociales se ha movilizado para reclamar diferentes formas de inclusión y reconocimiento de las diversidades sexuales (DS). Los argumentos usados en este proceso se han caracterizado por el predominio de diferentes enfoques teóricos, políticos y jurídicos. Los argumentos vertidos en la discusión tuvieron especial relevancia en la demanda de despenalización de la homosexualidad en 1997, la reforma constitucional de 1998, y la Constituyente de 2007, los cuales son entendidos a los efectos del análisis que se presenta en este artículo como eventos cruciales de cambio legal.

Se muestra que conforme avanza el proceso de reivindicación varía el tipo de derechos que se busca proteger, así como una reinterpretación, ampliación o contradicción de y entre los derechos aludidos. El análisis permite establecer la forma en la que se erigen los diferentes sujetos de derechos en este proceso. Se aplicó la metodología *process tracing*. Se usaron entrevistas semiestructuradas a actores claves que participaron en los diferentes eventos de cambio legal. Se realizó una revisión documental en la que se sistematizó información de los diferentes eventos.

Se encontró que derivado del proceso de despenalización, en una sentencia de 1997, el Tribunal Constitucional de Ecuador aludió a la homosexualidad como enfermedad para justificar que las personas homosexuales no podían ser calificados como criminales ni detenidas por las expresiones de sus opciones sexuales. Las reflexiones sobre el género, los derechos sexuales y reproductivos y la libertad sexual fueron cruciales para expandir una agenda de derechos humanos vinculada con la libertad sobre el cuerpo, el ejercicio de la sexualidad, pero sobre todo del reconocimiento de la orientación sexual como categoría protegida contra la discriminación. Es relevante señalar que el enfoque de género promo-

vido por el feminismo de primera y segunda ola –centrado en la igualdad de los hombres y mujeres–, derivó años más tarde en la ampliación de los derechos de las personas trans a la identidad y expresión de género. Finalmente, se observa que el litigio alternativo abrió un espectro de cláusulas de protección que abarca aspectos decisivos para el ejercicio de los derechos de las personas trans, asociados con la libre elección del nombre, el reconocimiento de diferentes formas de familia, y la libertad estética, por mencionar algunos.

El texto se organiza en cuatro apartados. Primero se presenta el enmarcamiento teórico. Posteriormente se describe cómo se aplicó el *process tracing* para la identificación de los hitos legales y de los argumentos vertidos en cada evento de cambio legal. En un siguiente apartado se describe las cuatro miradas que ha predominaron en cada evento legal en la definición de demandas de las personas de la DS. En las conclusiones se muestran cómo cambiaron los argumentos y algunas de las principales disputas.

II. EL CAMBIO LEGAL SOBRE DIVERSIDAD SEXUAL

En este texto se sostiene que el cambio legal sobre diversidad sexual (DS) es, en términos generales, el proceso de interacciones sociales y socioestatales, entre actores que se disputan valores relativos a la DS y que da lugar a una promulgación reforma o derogación de una norma. Esta última dictada por un poder legítimo, con fines de regular aspectos de la vida de las personas de la DS por medio de una prescripción, autorización o prohibición. La norma sirve, además, para establecer un juicio sobre la legalidad del actuar del Estado, de los actores que se identifican como parte de dicha diversidad y de sus prácticas.

Este tipo de normas tiene diferentes expresiones, tales como: i) regulaciones relativas al reconocimiento del sexo, del género, la orientación sexual (OS), la identidad y las expresiones de género, o la identidad sexual, como categorías protegidas contra la discrimi-

minación; *ii*) la legalización de prácticas sexuales entre personas del mismo sexo; *iii*) reconocimiento de la unión civil, marital o de hecho entre personas del mismo sexo; *iv*) el matrimonio entre aquellas; por ejemplo.¹

El derecho cuenta con substratos reales, como actos psíquicos de quienes lo elaboraron, el proceso de gestación, la conciencia de quien lo aplica, lo conoce o lo cumple. Sin embargo, como norma jurídica no es ninguno de esos ingredientes reales, sino “en el sentido peculiar que tienen los pensamientos cristalizados en él, en el sentido de que tienen las ideas normativas de sus preceptos, sentidos que estriban en apuntar la realización de terminados valores”.²

Todo resultado del derecho es perfectible respecto a las expresiones que tiene la vida. Lo que se considera “avance” en un momento de la historia, puede ser valorado como “retroceso o estancamiento”, en otro momento. Además, dado que el derecho “objetiva” la vida de unos actores sociales, algunas reglas pueden ser deseables para *ellos*, pero pueden no serlo para *otros*.

Para que el derecho exista, los actores sociales se disputan sobre la validez y fuente de los argumentos con los que expresan sus reclamos. Los consensos, en este sentido, van dando lugar a un orden jurídico sujeto a controversias.³ Los argumentos tienen diferentes fuentes, de esta forma pueden: *i*) estar centrados en las situaciones calificadas como “problemas sociales” que funcio-

¹ Otros temas no considerados en el período de análisis son el reconocimiento del derecho a las pensiones entre parejas del mismo sexo, la prohibición de las terapias que ofrecen curar la homosexualidad o la identidad de género trans.

² RECASENS, Luis, *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho*, México, Editorial del Cardo, 1939, p. 29. Consultado en: <<https://biblioteca.org.ar/libros/89607.pdf>>.

³ AGUILÓ, Josep., FABRA, Jorge y NÚÑEZ, Álvaro, “Fuentes del Derecho”, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 2, México, UNAM, 2015, p. 1020. Consultado en: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3796-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-dos>>.

nan como fuentes materiales del derecho; *ii*) invocar principios, valores o bienes que justifican las normas; *iii*) apelar a un orden normativo que se autorregula, es decir que contiene normas que regulan la producción de otras normas, relativo a las fuentes formales del derecho;⁴ *iv*) justificarse como acuerdos o compromisos entre actores con el objetivo de llegar a un *modus vivendi* en el futuro; *v*) resultar del deseo de orden y de relaciones ordenadas, pues los actores consideran que se garantizan cierta estabilidad y regulación de la vida humana, debido a que delimita las esferas de poder e impide invasiones arbitrarias en los derechos;⁵ o *vi*) derivar del deseo de cambio, pues se valora que el *statu quo* no responde a la realidades vitales de los actores sociales.

El cambio de las leyes, así como su mantenimiento, requiere reflexión y diálogo, está sujeto a controversia. El acuerdo al que se llegue respecto a la ley puede tomar diferentes formas y tendrá un carácter condicional y transitorio.⁶ La transitoriedad de la norma se debe a que la vida y sus múltiples expresiones cambian en el curso de la historia y, al mismo tiempo, los actores en sus interacciones societales y socioestatales evidencian la necesidad de plasmar esas nuevas dimensiones en el derecho.

III. METODOLOGÍA: *PROCESS TRACING*

El *process tracing* se aplicó entre 1980 y 2018 y sirvió para identificar los eventos de cambio legal sobre diversidad sexual (DS) en el Ecuador siguiendo una observación sistemática.⁷ El método

⁴ *Ibidem*, p. 1022.

⁵ BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, 2ª ed., México, FCE, 1994, p. 87.

⁶ JOAS, Hans, GIDDENS, Anthony y TURNER, Jonathan, “Interaccionismo simbólico”, en *La teoría social hoy*, España, Alianza Editorial, 1987, p. 142.

⁷ BEACH, Derek, y PEDERSEN, Brun, RASMUS, *Process-Tracing Methods: Foundations and Guidelines*, United States, University of Michigan Press, 2013.

permitió establecer tres eventos de cambio legal de alto impacto para el reconocimiento de los derechos de las personas de la DS, asimismo permitió identificar los principales argumentos vertidos en cada evento y los enfoques en los que dichos argumentos se enmarcan.⁸

El análisis siguió cinco pasos: *i*) delimitación temporal del análisis global inicial 1980 y 2018; *ii*) identificación de los eventos de cambio legal; *iii*) identificación de los actores que participaron en cada evento; *iv*) revisión documental asociada a los eventos y entrevista a los actores claves; *v*) delimitación temporal del análisis específico final 1997-2007, priorizado el número e importancia de los eventos cruciales de cambio legal, así como la jerarquía o impacto de las normas en juego. Se tomó una cantidad significativa de información en lo que se denomina *soaking and poking* (sumergirse y hurgar), para profundizar lo más posible en el caso, y luego un proceso de síntesis de los principales argumentos presentados en este documento.⁹ Las entrevistas y la búsqueda de la información se detuvo cuando la información empezó a ser confirmatoria y se llegó a saturación. El proceso de análisis pasó por diferentes entradas y momentos deductivos e inductivos.¹⁰

⁸ COLLIER, David, "Understanding Process Tracing", en *Political Science & Politics*, vol, 44, núm, 4, 2011, p. 823, DOI: <<https://doi.org/10.1017/S1049096511001429>>.

⁹ SCHIMMELFENNIG, Frank, "Efficient Process Tracing: Analyzing the Causal Mechanisms of European Integration", en BENNETT, Andrew y CHECKEL, Jeffrey T. (eds.), *Process Tracing: From Metaphor to Analytic Tool*, New York, Cambridge University Press, 2015, p. 102.

¹⁰ BRIL-MASCARENHAS, Tomas; MAILLET, Antoine, y MAYAUX, Pierre-Louis, "Process tracing. Inducción, deducción e inferencia causal", en *Revista de ciencia política*, vol, 37, núm. 3, 2017, p. 217. DOI: <<https://doi.org/10.4067/S0718-090X2017000300659>>.

IV. RESULTADOS. ENFOQUES Y ARGUMENTOS CLAVES IDENTIFICADOS EN EL ANÁLISIS

Los argumentos usados en los cambios legales sobre diversidad sexual (DS) en el Ecuador se han caracterizado por el uso de diferentes enfoques teóricos, políticos y jurídicos. Las primeras acciones de movilización demandaban que la homosexualidad no fuera considerada un crimen. Posteriormente se demandó el reconocimiento de la igualdad y la no discriminación por orientación sexual (OS). Los argumentos más recientes del período analizado se enmarcaron en tres enfoques: el género y los derechos de las mujeres, el alternativismo legal, y los principios y obligaciones generales de derechos humanos.

A) DESPENALIZACIÓN: LA HOMOSEXUALIDAD NO ES UN DELITO

Antes de 1997 los homosexuales eran considerados como “peligrosos para la sociedad”, al tiempo que fueron víctimas de extorsión, detenciones arbitrarias e indefinidas, tortura y ejecuciones extrajudiciales. A la criminalización se sumó la estigmatización de los homosexuales como consecuencia de la expansión del VIH/sida. En reacción a estos dos fenómenos personas de la DS –siendo los más visibles homosexuales y trans femeninas– empezaron a organizarse para enfrentar la epidemia, y generar estrategias de afrontamiento contra las vejaciones del Estado.

Fue especialmente emblemática la movilización promoviendo la derogación del artículo 516 del Código Penal ante el Tribunal Constitucional (TC), cuyo inciso primero decía: “En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años”.¹¹ El

¹¹ SALGADO, Judith, “Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador”, en *Foro Revista de derechos*, núm. 3, 2004, p. 109. Consultado en: <<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1609/1/RF-03-AV-Salgado.pdf>>.

artículo se interpretaba como la principal causa de las detenciones y arbitrariedades en contra homosexuales y trans. Las primeras manifestaciones buscaban que el ejercicio de la sexualidad entre personas del mismo sexo no fuera considerado un delito. La demanda no incluía el reconocimiento de las personas trans o de su identidad de género, porque esta reflexión era aún incipiente entre este grupo de población como lo era en el mundo académico interesado en los temas de sexualidad. Tampoco se observa una referencia a las personas trans masculinas o las lesbianas.

Durante el proceso, el TC solicitó a la cancillería que emitiera un concepto técnico basado en los tratados internacionales de derechos humanos de los que Ecuador formaba parte. El TC buscaba establecer si el homosexualismo era un tema constitucional. María Elena Moreira, funcionaria de la cancillería, redactó el concepto siguiendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Moreira sostuvo que “el homosexualismo era una opción, una situación inherente a cualquier persona, una decisión personal. Por tanto, la criminalización de la homosexualidad era inconstitucional y contra los derechos humanos”. Moreira argumentó que el artículo 516 debía eliminarse porque de acuerdo con la jerarquía constitucional, los pactos internacionales de derechos humanos estaban por encima de la ley.¹² Se plasmaron dos argumentos en el concepto de cancillería: la homosexualidad como parte del ejercicio de las libertades, y valoración de las detenciones arbitrarias como contrarias al PIDCP que definía como supraconstitucional.

En la sentencia del TC constan otros argumentos a favor y en contra de la despenalización.¹³ El TC solicitó a la Corte Suprema de Justicia, los alcaldes de Quito, Guayaquil y Cuenca, y al ministro de Gobierno y Policía, que informaran del número de casos

¹² MOREIRA, María Elena. *Entrevista* 22/08/2018.

¹³ Cfr. Tribunal Constitucional del Ecuador. Caso No. 111 - 97 - TC. Consultado en: <<https://www.icj.org/wp-content/uploads/1997/11/Case-No.-111-97-TC-Constitutional-Tribunal-of-Ecuador.pdf>>.

de personas detenidas en virtud del artículo 516. Sólo las últimas instituciones respondieron la solicitud. Reportaron que no existía un registro de detenciones motivadas en el artículo referido. En la sentencia el TC dejó constancia de los argumentos de la Presidencia de la República según los cuales “la falta de aplicación de la pena para este tipo de delitos hace que sea necesario descriminalizar esta conducta”.¹⁴ Se plasma así otro argumento, la inaplicabilidad de la norma reportada por la autoridad, pese a los casos de detenciones arbitrarios documentados por las personas de la DS.

Según la sentencia del TC, se debía considerar que “la teoría médica se inclina por definir, que [el homosexualismo] se trata de una disfunción o hiperfunción del sistema endócrino, que determina que esta conducta anormal debe ser objeto de tratamiento médico, no tanto como enfermedad, antes que objeto de sanción penal”, dejando constancia de que entendía la homosexualidad como una enfermedad.¹⁵ Para el TC era inoperante, para los fines de readaptación de los individuos, mantener la tipificación del delito de homosexualidad.¹⁶ Al mismo tiempo el TC reconoció por primera vez que los homosexuales eran titulares de derechos. Señaló que dichos derechos gozaban de protección jurídica, siempre y cuando su conducta no lesionara derechos de *otros*. El fallo salió a favor de la eliminación del inciso primero del artículo 516. El 27 de noviembre de 1997, fue publicada la declaratoria de su inconstitucionalidad, consignando un argumento patologizante de las personas homosexuales, al tiempo que reconocía derechos para este grupo.

Lo que fue calificado por los activistas de los años posteriores como un proceso de retroceso y patologización, fue celebrado por

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

los activistas de aquel entonces como el mayor avance posible en aquellas épocas de represión.¹⁷

Hay que anotar que la despenalización fue importante, sin embargo, la policía usaba disposiciones generales relativas a “atentados contra la moral y las buenas costumbres”, el “escándalo público” o los “atentados al pudor”, todas estas contravenciones administrativas de menor jerarquía.¹⁸ Estas normas fueron prohibidas 10 años después en el artículo 77 de la Constitución de 2008. La acción de inconstitucionalidad fue especialmente relevante para disminuir el abuso policial contra homosexuales y personas trans femeninas, quienes eran las víctimas más frecuentes y visibles.

B) NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL: LA LIBERTAD SEXUAL Y EL GÉNERO

La vinculación del movimiento feminista con la incipiente organización homosexual de la década de 1990 brindó una mirada estructural e integral de los problemas de la diversidad sexual.¹⁹ La participación feminista en la IV Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing (1995) fue crucial para que las lesbianas promovieran el reconocimiento de la OS como categoría protegida contra la discriminación. El argumento central en Beijing era la necesidad de incluir la OS como “forma de erradicación de toda forma de violencia y discriminación contra las mujeres”.²⁰ Las feministas

¹⁷ Entrevistas con Montoya, Orlando 15/08/2018, Ponce, Alexis 15/08/2018, y Romo, María Paula 25/08/2018.

¹⁸ Comisión de la Verdad del Ecuador (2010). *Sin verdad no hay justicia. Comisión de la Verdad*, Consultado en: <<https://www.elcomercio.com/wp-content/uploads/old/uploads/files/2018/01/08/IE-002.01-2016.pdf>>.

¹⁹ LEÓN, Irene Entrevista 08/08/2018.

²⁰ JIMÉNEZ, Patria y CAREAGA, Gloria, “Las lesbianas en Beijing”, *Debate Feminista*, núm. 12, 1995, p. 59. Consultado en: <<https://doi.org/https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.1995.12.224>>.

inspiradas en la experiencia de Sudáfrica –que fue el primer país en reconocer la prohibición de la discriminación por OS– llevaron el tema durante la reforma de la constitución ecuatoriana de 1998.

Los avances se lograron pese a que la mayoría de las asambleístas a cargo de la reforma constitucional eran de los partidos Social Cristiano y Democracia Popular Unión Democrática Cristiana.²¹ Según Magdalena León, el cambio se logró debido a que la propuesta fue presentada por Coordinadora de Salud y Género, previo a la Constituyente, ante el Fondo de Población de Naciones Unidas y la Organización Panamericana de la Salud.²² El documento reflejaba un acuerdo sobre cómo plasmar los derechos sexuales y reproductivos (DSR) en la constitución, siendo la OS uno de estos derechos sexuales de las mujeres. En el pleno de la Asamblea, Nina Pacari leyó el artículo 23 que contenía la cláusula de no discriminación por OS en el numeral 3; éste fue votado y aprobado por la mayoría.

El artículo 23 incluía, además, los derechos a la privacidad de la vida sexual (núm. 24), y a la libertad de tomar decisiones sobre la vida sexual (núm. 28). Con esta votación a favor del artículo, Ecuador se convertía en el segundo país del mundo en aprobar este tipo de disposiciones. Los argumentos a favor de prohibir la discriminación por motivos de OS, se enmarcaron en los derechos sexuales de las mujeres y la necesidad de eliminar toda forma de violencia contra ellas.

Además, dicha Constitución estaba redactada de tal forma que era posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, con

²¹ Cfr. DELGADO, Diego, *Ecuador: terror mortal a la Constituyente*, 2007. Consultado en: <<https://www.voltairenet.org/article145299.html>>

²² Cfr. LEÓN, Magdalena, “Estado, sociedad y derechos sexuales y reproductivos en el Ecuador. Una aproximación”, en: LEÓN, M. (ed.), *Derechos Sexuales y Reproductivos. Avances Constitucionales y Perspectivas en Ecuador*, 1999, pp. 13-46, FEDAEPS-IEE. Consultado en: <<http://remte-bolivia.org/attachments/article/126/Derechos%20sexuales%20y%20reproductivos.pdf>>.

lo cual la estrategia central fue no modificar la redacción vigente. El artículo 37 rezaba:

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.²³

La estrategia de las mujeres en la Constituyente de 2007 garantizó que en todas las comisiones hubiera una representante feminista. Esta persona se encargaba de que los temas de género, no discriminación, derechos de las mujeres y de DS estuvieran escritos en todas las comisiones. El movimiento realizó un proceso paralelo y una Asamblea Constituyente de mujeres, y organizó, con la asesoría de Naciones Unidas, el Grupo Parlamentario por los Derechos de las Mujeres. El grupo procuró contar con representantes de todas las bancadas el objetivo era “que todos los temas fueran entendidos con el enfoque de género”.

24

El grupo trabajó promoviendo la transversalización del enfoque de género en toda la Constitución y por sensibilización sobre sus alcances. “La plataforma del Grupo Parlamentario nos per-

²³ Asamblea Nacional del Ecuador (1998). *Constitución política del Ecuador*. Consultado en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0061.pdf>>.

²⁴ Cfr. ROMO, María Paula, *Informe de rendición de cuentas. (Período 2009-2011)*. Asamblea Nacional, 1999. Consultado en: <https://2009-2013.observatoriolegislativo.ec/media/informes_labores/Mara_Paula_Romo_INFORME-LABORES2010-2011.pdf>.

mitió tener un rol protagónico [...] logramos que la agenda de género [estuviera] permanentemente visibilizada y plateada en Comisiones, en el pleno, en los medios de comunicación, incluido la radio de la Asamblea”.²⁵ Como explica Palacios, la movilización de las mujeres logró posicionar en el espacio público, principios, propuestas y temas vitales para garantizar a las mujeres la igualdad efectiva y una vida sin violencia ni discriminación.²⁶

C) LITIGIO ALTERNATIVISTA: EL DERECHO CONTRA SÍ MISMO

Los cambios legales sobre diversidad sexual (DS) también se han logrado gracias al litigio alternativo impulsado por la abogada ecuatoriana Elizabeth Vázquez. Como explican Almeida y Vázquez el enfoque puede ser definido como una corriente teórico-práctica que propone un dominio profundo de la lógica y las técnicas de una determinada disciplina; para luego utilizar esa misma lógica y esas mismas técnicas contra la propia disciplina, en aquellas fronteras o límites políticos en que la disciplina resulta opresiva, injusta, discriminatoria, estrecha o indeseable en general. El alternativismo propone: “la subversión desde dentro”.²⁷ Según Vázquez, “[es una] técnica que en esencia ubica una falla, una contradicción, un vacío, en una institución formal, y luego utiliza ese vacío esa falla, para subvertir como puerta de entrada a

²⁵ PAVÓN, Paola. Entrevista 30/08/2019.

²⁶ PALACIOS, Patricia, *Los derechos de las mujeres en la nueva Constitución*, 2008. Consultado en: <<http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-452.html#h5>>.

²⁷ ALMEIDA, Ana, y VÁZQUEZ, Elizabeth, *Cuerpos Distintos: ocho años de activismo transfeminista en Ecuador*, Ecuador, Comisión de transición hacia el consejo de mujeres y la igualdad de género, 2010, Consultado en: <<https://repositorio.iaen.edu.ec/jspui/handle/24000/4378>>.

la subversión del sistema [...] la prueba de fuego es la aplicación práctica que se da o no”²⁸

En 2007, el alternativismo litigó el caso conocido como “La ciudadana Luis Enrique Salazar contra el Registro Civil del Ecuador”, una mujer trans que solicitaba el cambio de nombre a Valeria Salazar. La técnica de litigio buscaba que se reconociera la diferencia entre sexo y género. Vázquez formuló el apartado de generales de ley, en los siguientes términos: “Yo, Luis Enrique Salazar, ecuatoriana, soltera, mayor de edad, de sexo legal masculino y género femenino, comparezco ante el Registro Civil para solicitar que se me cedula conforme a mi identidad; es decir, respetando mi estética, mi nombre escogido y mi identificación de género”. Con esta presentación, la abogada separó en tres componentes el derecho a la identidad. El Registro Civil negó el procedimiento y contestó en los mismos términos en los que la ciudadana se presentaba. La abogada interpretó esta respuesta como un reconocimiento institucional por parte del Registro de la distinción entre sexo y género²⁹. Se pidió al Registro que explicara las razones por las cuales no podía hacerse la cedulación de Salazar. Con la respuesta del Registro y la contestación a la petición, se inició la incidencia para el cambio del instructivo de cedulación.

Este es uno de los principales antecedentes de la separación de sexo y género en las discusiones sobre las identidades trans. Se logró el cambio del Instructivo para la Estandarización de Procedimiento de Registro Civil, Identificación y Cedulación (2007) una norma administrativa de bajo rango. Se trata de un protocolo que regulaba fundamentalmente procesos de todos los días. “El efecto que tuvo este cambio fue enorme. Cuando las mujeres

²⁸ VÁZQUEZ, Elizabeth, “Estrategias paralegales del proyecto transgénero Ecuador”, en *III Encuentros sobre el impacto de los fundamentalismos políticos, económicos, religiosos y culturales en los derechos sexuales y reproductivos*. España, Medicus Mundi, 2016. Consultado en: <<https://www.youtube.com/watch?v=vybiGk7Hv80>>.

²⁹ Cfr. VÁZQUEZ, Elizabeth, *op cit*.

trans tuvieron noticias de este, empezaron a cambiar su nombre masivamente”³⁰

Los cambios del instructivo quedaron registrados en los artículos 54, “Cedulación por cambio de sexo”, y 55, “Cedulación a transgéneros”. El primer artículo, establecía como requisitos la copia de la partida de nacimiento con la subinscripción que estableciera el cambio de sexo, dos fotografías o captura de imagen en el sistema informático. El segundo, establecía que los requisitos de cedulación serían los aplicables a todos los casos, respetándose la personalidad y la OS.³¹

Durante la Constituyente (2007), Vázquez fue asesora de la asambleísta Tania Hermida, una cineasta feminista ecuatoriana. Desde el *transfeminismo* se planteó apoyar todos los temas de sexualidad, como la despenalización del aborto o la unión civil. Según Vázquez se propuso llevar “las presencias incómodas”. Con esta estrategia se proponía a los asambleístas “que rompieran los candados constitucionales tanto en lo jurídico como en lo simbólico y se atrevieran a tratar los temas controversiales o que nadie quería tratar”.³² Muchos de los temas de la DS no podían platearse explícitamente por lo que era necesario buscar salidas para ponerlos en Constituyente. Los temas a decir de la abogada fueron incluidos “sin dolor y sin que nadie [sospechara] mayor cosa”.³³

En la Constituyente, la interculturalidad fue un tema de discusión; parte del debate estaba relacionado con los nombres en

³⁰ VÁZQUEZ, Elizabeth, Entrevista 06/08/2018.

³¹ ARGUELLO, Sofía, “3. ¿Tiene sexo el estado? Imbricaciones entre las luchas políticas transgénero y el estado en Ecuador, 2002-2013”, Consultado en: <<https://acortar.link/WtMolf>>.

³² VÁZQUEZ, Elizabeth, Entrevista 06/08/2018.

³³ VÁZQUEZ, Elizabeth, *Si es mi cédula, tiene que ser mi género. Propuestas de reformas a la ley de registro civil en materia de identidad de género*, Ecuador, Proyecto transgénero, COFETRANS, Silueta X, Fundación Yerbabuena, Construyendo Igualdad, 2016, Consultado en: <https://issuu.com/transfeministas/docs/mig__neroenmic__dula>.

lenguas indígenas que no podían inscribirse en el Registro Civil. Vázquez le propuso a Hermida incluir en la sección de libertades el derecho a escoger libremente el nombre. El derecho fue propuesto y aprobado. Este cambio aseguró que la posibilidad de cambio de nombre de personas trans quedara protegida por la Constitución.³⁴ El tema quedó incluido en el artículo 66 constitucional, el cual establece “(...) el derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos (...)”.³⁵

Con el artículo se liberó el nombre de su carga sexo genérica, y se dio cuenta de que “un nombre es un nombre no está sujeto ni a sexo ni a género”.³⁶ Siguiendo los antecedentes del litigio del caso ciudadana Luis Enrique Salazar, se separó el sexo de la identidad de género (IG) como parte de los factores sospechosos o susceptibles de discriminación. Con el artículo se reforzaron los principios contenidos en numeral 2) del artículo 11 en que se prohíbe la discriminación entre otros por el pasado judicial –tema relevante para personas que habían sido detenidas arbitrariamente–, estatus frente al VIH/sida –combatiendo los estigmas de la década de 1990–, el sexo, la identidad de género (IG) y orientación sexual (OS).

Además, como explica Vázquez fue necesario “establecer coaliciones estratégicas, interculturales, o lo que yo llamo simetrías subyacentes, es decir, generar normas amplias y no que estén dirigidas a un colectivo, sino que pueden ser reivindicados por varios”.³⁷ Un ejemplo de esto es la libertad estética, que puede ser usada por cualquier sujeto “sospechoso en el espacio público”. Con miras a proteger las identidades y expresiones de género, la

³⁴ Cfr. VÁZQUEZ, Elizabeth, *op cit.*, p. 12.

³⁵ Asamblea Nacional del Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 2008. Consultado en: <https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf>.

³⁶ Cfr. VÁZQUEZ, Elizabeth, *op cit.*

³⁷ *Idem.*

abogada propuso incluir en el artículo 21 el derecho a la libertad estética, como componente del derecho a la identidad cultural. Con esta inclusión se avanzaba sustantivamente en la protección de las identidades y expresiones de género.

Los argumentos en contra del artículo 21 estuvieron presentes. Para algunos actores sociales la libertad de expresión era una cláusula clásica y suficiente, por lo que no se requería incluir la libertad estética, que fue valorada siguiendo las palabras de Vázquez como “una novelería”.³⁸ Se cuestionó la necesidad de incluir el tema de IG, pues se valoraba como suficiente la expresión “ambos sexos”. Los argumentos en contra no tuvieron tanta fuerza y estuvieron centrados en cuestionar la “necesidad de incluir los temas”, “la constitución debe ser para las mayorías no para las diversidades”, o “la necesidad de priorizar lo socioeconómico”. Algunos representantes socialcristianos señalaron que con estas propuestas se trataba de una “constitución rosa”, señalaban que no se debía reconocer ni la OS, ni la IG, ni la unión de hecho entre personas del mismo sexo “porque son luchas de los maricones”.³⁹ Pese a esta oposición el artículo incluyó la libertad estética el artículo 21 que retoma los temas interculturales.

Vázquez trabajó además en la redacción del artículo que reconoce los diversos tipos de familia. La discusión surgió en el marco de los análisis sobre el impacto de las migraciones masivas del Ecuador en la configuración de diferentes expresiones y vínculos familiares. La formulación estuvo influenciada por la interpretación del jurista Luis Parraguez, que sostenía que hay una diferencia enorme entre las figuras que el derecho civil nombra y las figuras que realmente existen, el jurista sostenía que el matrimonio es una figura canónica por más que esté en el Código Civil. Sostenía además que había que prestar atención a las figuras que realmente

³⁸ Cfr. VÁZQUEZ, Elizabeth, *op cit.*, p.14.

³⁹ *Idem.*

existen (familias de hecho) versus lo que dice el derecho (familias de derecho)”⁴⁰

Esta reflexión llevó a Vázquez a identificar que los vínculos familiares con efectos jurídicos eran la propiedad, la maritalidad y la sangre. La abogada concluyó que debía lograrse que el Estado no vinculara la familia (o el parentesco) a un solo tipo de vínculo (sangre o propiedad ligado al matrimonio). Vázquez buscaba trascender la idea marital sexual de la familia, hacia parentescos que se pueden generar por acuerdo o convivencia.

La finalidad era proteger “patrimonios, afectos, economías solidarias, una pertenencia cultural” como los que se pueden generar entre los colectivos de mujeres *trans*.⁴¹ Esto solo fue posible usando una fórmula amplia como la que se aplicó en la libre elección de nombre. “La salida fue proponer que el Estado ecuatoriano reconoce diversos tipos de familias. Esto sumado al reconocimiento de familias de hecho y de derecho, los tipos que se terminen legislando serían de derecho y siempre estarán las otras familias de hecho”.⁴² El tema quedó incluido en el artículo 67 donde “se reconoce la familia en sus diversos tipos [...] Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”.⁴³

Mientras que el artículo 37 de la constitución de 1998, reconocía que el matrimonio estaba fundado “en el libre consentimiento de los contrayentes” sin mencionar el sexo de aquellos; la Carta de 2008 especificó que era la unión entre hombre y mujer en el artículo 67. Los representantes de partidos conservadores hicieron esta propuesta para establecer un candado constitucional de protección a la institución del matrimonio heterosexual. Aunque, para algunas personas, se dio un retroceso formal respecto al matrimonio, en el artículo 68 de la constitución del año 2008 se

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Cfr. VÁZQUEZ, Elizabeth, *op cit.*, p. 12.

⁴² Cfr. VÁZQUEZ, Elizabeth, *op cit.*, p.14.

⁴³ Asamblea Nacional del Ecuador. *op cit.*, p. 14.

reconoció “la unión estable y monogámica de dos personas libres de vínculo matrimonial”, asimismo estableció que dicho vínculo “generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”.⁴⁴ Para varios activistas históricos el tema de la unión de hecho de la constitución de 2008 era un gran avance pues muchas parejas establecidas años atrás abogaban por este reconocimiento, aunque era visto como un retroceso por activistas jóvenes quienes demandaban la institución del matrimonio igualitario.

Con el objeto de limitar interpretaciones discriminatorias que daban lugar a las detenciones arbitrarias de las personas de la diversidad sexual y como forma de reivindicar y prevenir las arbitrariedades de la década de 1990, Vázquez propuso la redacción del artículo 77, por medio del cual se establecen las garantías básicas en caso de detención. El segundo párrafo del numeral 14 reza que “la ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios”.⁴⁵ El artículo se redactó con la pretensión de proteger a personas de la diversidad sexual de normas que “encierran una aplicación o interpretación restrictiva o discriminatoria de principios constitucionales”.⁴⁶

D) EL ESTADO Y SUS OBLIGACIONES EN DERECHOS HUMANOS

Ecuador fue uno de los primeros países de América Latina en elaborar un Plan Nacional de Derechos Humano (PNDH). Uno de los ejes estratégicos del Plan llevaba el título “Desarrollo legislativo”, en el cual se estableció la necesidad de ajustar la normatividad

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Asamblea Nacional del Ecuador. *op cit.*, p. 14.

⁴⁶ Cfr. VÁZQUEZ, Elizabeth, *op cit.*, p. 4.

nacional al derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁷ En los artículos 25 y 26 del PNDH se señalaban las obligaciones de: “garantizar el derecho de las personas a no ser discriminadas en razón de su orientación sexual, creando a través de leyes y de reglamentos no discriminatorias, que faciliten las demandas sociales, económicas culturales de estas personas y de velar por que los mecanismos y agentes de seguridad del Estado no ejecuten acciones de persecución y hostigamiento a las personas por sus opciones sexuales”.⁴⁸ Las actividades relacionadas con el Plan, tomaron fuerza hacia el año 2001; el plan se constituyó en el primer espacio de política pública donde las personas de la diversidad sexual participaron con las instituciones del Estado para diseñar planes trianuales.

En el año 2002, Ecuador y otros países de la Región Andina, firmaron la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. En el artículo 10 de la Parte II, denominado “Sobre la discriminación e intolerancia”, se mencionaba la OS como categoría protegida contra la discriminación. En los artículos 52 y 53, del numeral F, de la Parte IX “Sobre derechos de grupos de protección especial”, se estableció que los firmante “reconocen que las personas, cualesquiera sean su orientación u opción sexuales, tienen iguales derechos humanos que todas las demás [...] combatirán toda forma de discriminación a individuos por motivos de su orientación u opción sexuales [...] prestarán especial atención a la prevención y sanción de la violencia y discriminación contra las personas con diversa orientación u opción sexual, y la garantía de recursos legales para una efectiva reparación por los daños y perjuicios derivados de tales delitos.”⁴⁹

⁴⁷ Presidencia de la República del Ecuador, *Plan Nacional de Derechos Humanos*, Ecuador, Presidencia de la República del Ecuador, 1998.

⁴⁸ Presidencia de la República del Ecuador, *op cit.*, p. 56.

⁴⁹ Consejo Presidencial Andino en Guayaquil, *Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, 2002. Consultado en: <<http://www.sice.oas.org/labor/Carta%20Andina.pdf>>.

Siguiendo esta tradición, durante la Constituyente de 2007, a decir de Christian Paula⁵⁰, algunos de los principales avances de la constitución fue el reconocimiento formal y material de los derechos a la igualdad y la no discriminación; y al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, fue relevante la inclusión del numeral 14 del artículo 83, que mandata el deber y la responsabilidad de las ecuatorianas y los ecuatorianos “sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley [...] “respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual”⁵¹

A efectos de armonizar el marco normativo ecuatoriano con la nueva constitución, en virtud del artículo 11 –relativo a la igualdad y no discriminación– se reformaron 12 leyes orgánicas y tres códigos donde se plasma la prohibición de no discriminar por sexo, OS, género, IG o identidad sexual.

Según Paula, el principal avance fue el reconocimiento del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.⁵² Pese a que, a decir de Córdova (2015) hay dos posturas frente al bloque de constitucionalidad, *i*) una postura amplia desde donde se consideran todos los instrumentos internacionales; *ii*) una postura delimitada que diferenciaría entre instrumentos y tratados,⁵³ con lo cual este avance está sujeto a controversias.

⁵⁰ PAULA, Christian, entrevista 01/08/2018.

⁵¹ Asamblea Nacional del Ecuador. *op cit.*, p. 14.

⁵² *Idem.*

⁵³ CÓRDOVA, Paúl, “El bloque de constitucionalidad en la interpretación constitucional”, en: El Telégrafo, Consultado en: <<https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/1/el-bloque-de-constitucionalidad-en-la-Bointerpretacion-constitucional>> (21 de septiembre de 2015).

V. CONCLUSIONES

Durante el proceso de despenalización se invocaron dos problemas sociales, uno según el cual la criminalización no resultaba favorable para el proceso de “readaptación” –siguiendo los términos del TC–, lo que dejó como antecedente una comprensión de la homosexualidad como enfermedad, otro según el cual las detenciones por orientación sexual eran injustas. También se invocó la inaplicabilidad de la norma y la supremacía de los tratados internacionales sobre la constitución Ecuatoriana como justificación. Finalmente, se equiparó la homosexualidad al ejercicio de la libertad de elegir la “opción sexual”.

La movilización feminista en la reforma constitucional de 1998 y la constituyente de 2007, fue central para que los derechos sexuales fueran integrados a las Cartas políticas. Asimismo, su argumentación a favor de eliminar toda forma de violencia contra la mujer, y considerar la orientación sexual como categoría protegida contra la discriminación beneficiaría no solo a las lesbianas, y los homosexuales, años más tarde protegería a las personas bisexuales que no aparecían como activistas visibles en esos momentos. La promoción del género –vinculada con la igualdad entre hombres y mujeres–, fue interpretada años más tarde en clave de identidad y expresión de género lo que favoreció a las personas trans masculinas y femeninas, aunque en su origen la lucha feminista no desarrollara esta argumentación.

El alternativismo, abrió el debate sobre los tres componentes de la identidad la estética, la elección del nombre y la identificación de género, además separó el sexo –como dato biológico hombre/mujer– del género –como autoadscripción y expresión masculino/femenino–. Desde este enfoque el uso de normas amplias y que estén dirigidas a un colectivo, resultó ser una fórmula universalista con la cual se protegen derechos para todas las personas, como fue el caso de la libertad de elegir el nombre, o la libertad estética.

Otro argumento central derivado de las reflexiones alternativas, se fundamenta en reconocer que la realidad rebasa al derecho en lo que hace a las formas de organización de la familia. Lo que se reconocen en la constitución ecuatoriana como diferentes tipos de familia. Abriendo la puerta a la protección no solo a las parejas del mismo sexo, sino aquellas configuraciones solidarias que pueden integrarse por personas trans.

En materia de Derechos Humanos, se observan argumentos como la supremacía constitucional de los tratados internacionales que se evocó desde 1997; los compromisos internacionales, la necesidad de armonización legislativa y los diferentes principios de interpretación han sido incluidos o asumidos como una de las mejores formas de protección de los derechos de personas de la DS. Siguiendo este enfoque se han litigado casos con los que se ha reconocido la adopción entre personas del mismo sexo, o el cambio de sexo en la cédula de identidad.⁵⁴ Pese a que las cláusulas alternativas incluidas en la constitución podrían ser suficientes para apelar a los mismos derechos.

⁵⁴ Corte Constitucional del Ecuador Casos 1692-12-EP y 28-15-IN respectivamente.