

Interpretación judicial y tutela efectiva del derecho a la identidad: análisis de la sentencia No. 133-17-SEP-CC de la Corte Constitucional de Ecuador

*Diego Jadán Heredia**

RESUMEN

Este trabajo analiza la sentencia No. 133-17-SEP-CC dentro de una acción extraordinaria de protección que conoció la Corte Constitucional ecuatoriana sobre la vulneración de los derechos fundamentales de una persona transexual masculina, por parte de la Dirección Nacional del Registro Civil al impedir su cambio de sexo de femenino a masculino en su inscripción de nacimiento. Para ello se divide el examen a partir de los tres problemas jurídicos que la Corte determina, relacionados con el derecho a la tutela judicial efectiva, el deber de motivación de las sentencias y el derecho a la identidad personal. Además, se propone en este trabajo que el derecho a la libertad se lo lea a la luz de la tradición republicana, esto es, como no dominación, que ayudaría a abordar casos como el presente desde una visión más amplia y crítica sobre el papel del Estado en el respeto de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: derecho a la tutela judicial efectiva, motivación, derecho a la identidad, libertad como no dominación.

ABSTRACT

This paper analyzes the sentence No. 133-17-SEP-CC that the Ecuadorian Constitutional Court knew about the violation of the fundamental rights of a male transsexual person, by the National Direction of the Civil Registry, because this institution prevented his gender change from female to male in his birth registration. The analyzes is divided based on the three legal problems that the Court determines, related to the right to effective judicial protection, the duty to motivate judgments and the right to personal identity. In addition, this paper proposes that the right to freedom be read from the republican tradition, that is, as non-domination, which

* Candidato a máster en Filosofía Moderna, Universidad de Sevilla.

would help to address cases such as the present from a broader and critical view on the role of the State in the respect of fundamental rights.

KEYWORDS: right to effective judicial protection, duty to motivate judgments, right to personal identity, freedom as non-domination.

FORO

INTRODUCCIÓN

Una vida digna implica que todas las personas tengan la posibilidad de plantearse un proyecto vital, tener condiciones materiales para procurarlo y hacerlo con la confianza de que no serán tratados con arbitrariedad. Sin libertad, en tanto exista el riesgo de que las personas sean dominadas por otras o por el Estado, ni igualdad, en tanto se excluya a las personas en la toma de decisiones públicas, no es posible garantizar la dignidad humana. Aunque el riesgo de ver afectada su dignidad lo tienen la mayoría de las personas, existen grupos humanos que han sido históricamente discriminados, como las personas sexo-género diversas. Ciertos casos no agotan su valor en las particularidades fácticas o normativas, sino que sirven para ilustrar una habitual forma de actuar por parte de servidores públicos y operadores de justicia.

Este es el caso de la sentencia que origina este artículo, porque su texto tiene dos importantes características: la primera que desarrolla, especialmente como *obiter dicta*, el contenido del derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad; y, segundo, por lo limitado de su parte resolutive que seguramente se explique por la falta de celeridad de la Corte al decidir el caso luego de cinco años de haber sido admitida, y por ciertos errores procesales y conceptuales. Este artículo se centrará en la segunda de las características pues tiene el propósito de motivar un debate jurídico serio respecto al papel que cumple la Corte Constitucional para garantizar efectivamente los derechos fundamentales.

BC,¹ una persona transexual masculina, inició en 2011 el procedimiento para el cambio de nombre y sexo en su partida de nacimiento ante el Registro Civil de la provincia de Manabí. Aunque pudo modificar lo primero —el nombre de femenino a masculino— y obtener la Resolución administrativa No. 1754-2011-DPRCICM-DJ en la que se disponía la rectificación de la inscripción, la Dirección Nacional de la misma institución se lo negó. La justificación: la existencia de una norma —el art. 89— dentro

1. En este análisis se utilizarán solamente las iniciales del actor, pues no es relevante su identificación plena para comprender el caso.

de la entonces vigente Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación,² que establecía un proceso judicial específico para tal solicitud. Esta norma no atendía a casos como el de BC.

Ante esta imposibilidad, y con el patrocinio de la Defensoría del Pueblo, BC planteó una acción de protección en contra de la Dirección Nacional del Registro Civil con la finalidad de que se reconozca la violación de sus derechos fundamentales y que se repare el daño causado, es decir, que mediante sentencia se ordene a la institución el cambio de sexo de femenino a masculino, determinante para la vida del actor.

En primera instancia, el actor obtuvo sentencia favorable, que fue impugnada por el Registro Civil y la Procuraduría General del Estado. El fallo recurrido fue revocado en segunda instancia por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichicha. La Corte argumentó, entre otras cosas, que existe una vía idónea y eficaz para el cambio de sexo de femenino a masculino en la partida de nacimiento del interesado—esto es, el art. 89 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación— y que, por lo tanto, la vía constitucional no era la adecuada. En este estado de cosas, se presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia del tribunal *a quo* para que sea la Corte Constitucional, como máxima intérprete de la Carta Magna, la que decida si en ella se violaron los derechos del recurrente.

La decisión de este caso fue emitida el 10 de mayo de 2017 por la Corte Constitucional y dispone a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación que margine en la inscripción de nacimiento de BC su cambio de sexo. Este trabajo académico analiza la sentencia en cinco partes; cuatro corresponden al examen de los problemas jurídicos que aborda y a la resolución; y la última propone una reflexión de la interpretación judicial de la libertad desde la tradición republicana clásica porque amplía la base conceptual de este derecho y con ello la posibilidad de proteger a los grupos sociales más desaventajados en sus relaciones con el Estado.

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Corte Constitucional determina que el primer problema jurídico en relación con los hechos del caso es si “la sentencia objeto de la presente acción extraordinaria de protección vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República”. Este derecho de protección se establece en la Constitución del siguiente modo:

2. El 4 de febrero de 2016 se publicó en el *Registro Oficial*, No. 684, la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, que reemplazó la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Luego, la Corte estudia el contenido e implicaciones de este derecho a partir de tres elementos: el acceso a la justicia; el desarrollo del proceso en estricto cumplimiento de la Constitución y la ley y en un tiempo razonable; y la ejecución de la sentencia.³ La Corte considera que el primer elemento –acceso a la justicia– no fue vulnerado porque las partes procesales pudieron presentar las acciones y recursos establecidos en la Constitución y la ley, y fueron citados y notificados legalmente. Respecto al desarrollo del proceso en un tiempo razonable, la Corte concluye que: “no obstante haber determinado que la acción de protección referida fue atendida en un plazo razonable concluye que el componente objeto de análisis no fue observado, puesto que la conducta de la autoridad jurisdiccional, en lo que respecta a la decisión adoptada inobservó lo establecido en la Constitución”.

La redacción confusa de la parte transcrita no es casual, se explica por el error conceptual del que se parte. No se sostiene en este trabajo que no haya habido vulneración de la tutela judicial efectiva, sino que las razones expresadas en la sentencia no son las adecuadas. Dice la Corte que el desarrollo del proceso no afectó a las partes “en virtud [de] que las partes estuvieron en contacto directo con la autoridad jurisdiccional a cargo de la sustanciación y resolución de la garantía jurisdiccional”; sin embargo, “esta Corte Constitucional no observa que las autoridades jurisdiccionales hayan realizado un análisis coherente con la premisa planteada respecto a si ha tenido lugar o no una vulneración de derechos”.

Quiere decir la Corte que no se observa en la sentencia objetada “un análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos”, confundiendo el desarrollo del proceso apegado al ordenamiento jurídico, como elemento de la tutela judicial, con el deber de motivación de las decisiones jurisdiccionales, parte del debido proceso que, aunque tienen estrecha relación, es preciso analizarlas separadamente. Empero, más criticable es su análisis del plazo razonable. Este elemento se refiere a que los procesos judiciales deben ser decididos sin dilaciones injustificadas. La vaguedad del término ha motivado que se desarrolle jurisprudencialmente; así, la misma Corte Constitucional cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar que lo que debe observarse para saber cuándo se ha violado el plazo razonable es la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la

3. Corte Constitucional de Ecuador, sentencia No. 050-15-SEP-CC, caso No. 1887-12-EP.

conducta de las autoridades jurisdiccionales y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada.⁴

No obstante, la Corte primero confunde la *complejidad del asunto* con la *complejidad de la acción* ya que no se refiere a si los hechos del caso, las circunstancias que llevaron a BC a presentar una acción constitucional (problemas fácticos), o las normas en cuestión (problemas normativos) son más o menos complejas, sino a cómo se sustancia una acción de protección. Esto es importante porque la Corte podría haber aclarado si los hechos del caso (un cambio en la partida de nacimiento de un ciudadano que ejerce su libertad y su derecho a la autodeterminación) constituyen o no un caso difícil, si existían o no razones para que el caso tenga que esperar seis años para su resolución final.⁵

Luego, al estudiar la conducta de las autoridades jurisdiccionales, la Corte nuevamente sostiene que “los operadores de justicia observaron los principios que rigen la administración de justicia [...] los cuales se materializaron con la convocatoria y posterior realización de la correspondiente audiencia pública”; pero no se detiene en algo determinante en la situación de vulneración de derechos de BC, que es la falta de diligencia del juez de primera instancia para hacer que se ejecute integralmente su sentencia.

La acción de protección No. 17453-2011-0925 fue aceptada por el Juzgado Tercero de Tránsito de Pichincha que, mediante sentencia de 21 de diciembre de 2011, ordenó que la Dirección General de Registro Civil proceda con los cambios establecidos en la Resolución Administrativa No. 1754-2011-DPRCICM-DJ del 24 de agosto de 2011, en la que dispuso la rectificación de la inscripción de nacimiento de BC, en el sentido de que la persona inscrita es de sexo masculino.

La Constitución de la República, al desarrollar las disposiciones comunes a todas las garantías jurisdiccionales, establece en el artículo 86 que: “Los procesos judiciales solo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar...”. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en el art. 21 la obligación de que el juez emplee todos los

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Furlán y familiares vs. Argentina, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 149 y 150.

5. Para un estudio profundo al respecto, véase Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación* (Madrid: Palestra, 2016); Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1978). Según MacCormick, un caso difícil puede darse cuando hay problemas en la premisa normativa o premisa mayor (de interpretación y de relevancia) y problemas en la premisa fáctica o premisa menor (de prueba y de calificación).

medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia. Más adelante, en el art. 24 dice que la interposición del recurso de apelación no suspende la ejecución de la sentencia, cuando el apelante fuere la persona o entidad accionada.

En efecto, la Corte Constitucional elude analizar que la omisión del juez de primera instancia de tomar todas las medidas necesarias para cumplir con su sentencia provocó que el accionante espere seis años hasta que este órgano tome la decisión. El pasar por alto esta circunstancia es la razón por la que la Corte no considera que hubo afectación de la persona involucrada en el proceso; así, el estado continuado de vulneración de los derechos de BC queda sin mencionarse y, por tanto, no se toma en cuenta para determinar la reparación que merecía. Se podría pensar que no mencionar siquiera esta circunstancia se debía también a que la propia Corte Constitucional demoró seis años en emitir esta sentencia desde el 15 de febrero de 2012 hasta el 10 de mayo de 2017.

Por estas razones, el análisis de la Corte sobre la posible vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva del accionante es ambiguo, circunstancia que afecta a la parte resolutive de la sentencia como se verá más adelante en este trabajo.

DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

La Corte Constitucional construye el segundo problema jurídico en relación con el deber de motivación de las resoluciones establecido en la Carta Magna, como sigue:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Llama la atención que la Corte analice el deber de motivación de la sentencia No. 17453-2011-0925 del Juzgado Tercero de Tránsito de Pichincha, que no fue objeto de la acción extraordinaria de protección y no de la decisión de segunda instancia que sí lo fue. La Corte se fundamenta en el principio *iura novit curia* —el juez conoce el derecho— y cita una decisión anterior en la que sostuvo que “para evitar una dilación innecesaria dentro de la tramitación del caso en examen, estima necesario pronunciarse también respecto de si existió una vulneración a los derechos constitucionales alegados por el accionante dentro del proceso de instancia y apelación”.⁶

6. Corte Constitucional de Ecuador, sentencia No. 175-15-SEP-CC, caso No. 1865-12-SEP-CC.

Esta consideración es problemática por lo menos por dos razones. La primera, el *iura novit curia* es un principio procesal contemplado en la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que lo define como la posibilidad por parte del juez de aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, lo cual es absolutamente necesario toda vez que las partes procesales, aun siendo patrocinadas por profesionales del derecho, no necesariamente conocen o consideran todas las normas jurídicas que pueden relacionarse a los hechos concretos, por tanto les corresponde a los jueces que conocen o deben conocer a profundidad el ordenamiento jurídico identificar esas normas y aplicarlas de ser el caso. Las partes dan los hechos, los jueces el derecho.

Pero este principio procesal coexiste con otros principios procesales y, en este caso, el principio de congruencia o conocido en una de sus variantes como *ne eat extra petita partium* que prohíbe al juez extender el pronunciamiento a cuestiones no sometidas a su decisión. Devis Echandía, define al principio de congruencia de este modo:

[Es] el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes [...] o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado [...] para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas.⁷

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se han establecido esas facultades especiales, con la excepción que la misma Constitución establece cuando le da competencia a la Corte Constitucional de declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas,⁸ pero este no es el caso; eso sí, y esta es la segunda razón, la Corte ha decidido que lo puede hacer, aunque tampoco exista una línea jurisprudencial que así lo haya desarrollado. Es más, en una decisión anterior este órgano sostuvo lo siguiente:

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 426 de la Constitución consagra el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). Este principio consiste en que el juez constitucional, a partir de la activación de una garantía jurisdiccional, está facultado para fundamentar su fallo en disposiciones constitucionales “aunque las partes no las invoquen expresamente”.

7. Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997), 536.

8. El art. 436, num. 3 de la Constitución establece la atribución de la Corte Constitucional de “declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”.

Bajo este principio, la Corte procederá a analizar los hechos descritos en las demandas y probados en la sustanciación de esta acción, respecto de la inaplicación de la amnistía dictada por la Asamblea Constituyente, así como sobre la violación a la garantía del *non reformateo in peius*.⁹

Es decir, la misma Corte en casos anteriores limitó el principio a la aplicación de normas que no hayan invocado las partes; ahora, curiosamente, considera que ese principio le permite juzgar una sentencia que no fue cuestionada cayendo de esta manera en lo que se conoce en derecho procesal como sentencia incongruente por exceso de poder.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia suele iluminar los caminos de la interpretación jurídica, por eso el desarrollo de estos dos principios (*iura novit curia* y congruencia) es pertinente para mostrar el error que contiene la sentencia analizada:

El principio *iura novit curia*, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador [...] Este principio, solo alcanza a la aplicación del derecho correspondiente a determinada situación fáctica, lo cual no habilita a los jueces a efectuar interpretaciones más allá de lo probado por las partes, pues debe tenerse en cuenta que también deben respetar el principio de congruencia, es decir, no existe facultad alguna a la que pueda recurrir el juez para variar los términos y el objeto de un proceso constitucional. [...] El mencionado principio [*iura novit curia*] cobra vital importancia en los procesos que se llevan ante la jurisdicción constitucional, como lo es la acción de tutela, pues el carácter informal de esta busca la prevalencia del derecho sustancial.¹⁰

La consecuencia práctica de que la Corte ecuatoriana haya analizado el deber de motivación de la sentencia de primera instancia y no la de segunda instancia es que, existiendo razones para demostrar que la segunda viola esta garantía del debido proceso, no se lo menciona ni se llama la atención sobre ello. Aun en estas circunstancias, luego de señalar esta incongruencia se procede a revisar de qué forma responde la Corte Constitucional al segundo problema jurídico.

El deber de motivación de una sentencia es de complejo análisis porque tiene como finalidad cuidar que no exista arbitrariedad en la decisión y que esta se caracterice por una justificación racional expresada mediante un razonamiento lógico, coherente y comprensible. La sentencia en análisis desarrolla cada uno de los parámetros de una debida motivación del fallo de primera instancia, el No. 17453-2011-0925 del

9. Corte Constitucional de Ecuador, sentencia No. 010-09-SEP-CC, casos No. 0125-09-EP y 0171-09-EP.

10. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T.851/10, de 28 de octubre de 2010.

Juzgado Tercero de Tránsito de Pichincha. Este trabajo se detendrá solamente en el parámetro de razonabilidad por ser determinante en el caso en examen.

Al abordar la razonabilidad, la Corte concluye que el fallo es razonable porque identificó de manera clara y precisa las fuentes del derecho. Sin embargo, aunque en efecto la razonabilidad se relaciona con esas fuentes, no se agota en ellas, de hecho, limitar la razonabilidad de una decisión judicial a la cita de fuentes resulta cercano al formalismo jurídico que la Constitución de 2008 pretende superar. Se relaciona, eso sí, con la argumentación jurídica que la Corte limita al elemento lógico de la motivación. Es preciso comprender que la noción de razonabilidad implica que la sentencia sea ontológica y axiológicamente buena y que procure tener, como se conoce doctrinariamente, un alto grado de adhesión por parte del auditorio jurídico universal.

El Tribunal Constitucional español ha indagado en las distintas nociones de la razonabilidad al distinguir entre lo razonado y lo razonable.¹¹ Una motivación razonada o razonable cumple con funciones trascendentales como posibilitar el control de las sentencias, lograr el convencimiento de las partes procesales y de la opinión pública respecto de la corrección y justicia del fallo —a través de la aplicación del Derecho vigente, libre de toda arbitrariedad, con la vinculación del juez al imperio de la Constitución y al sistema de fuentes— y, por último, con el ejercicio efectivo de los recursos.¹² El mismo Tribunal ha dado un sentido adicional a la razonabilidad de una sentencia, entendiéndolo como “lo adecuado a los valores constitucionales”, así “la razonabilidad no es un puro sinónimo de la corrección hermenéutica, sino también, además de ello, existencia de adecuación a los valores que la Constitución incorpora”.¹³

Por lo tanto, el análisis que realiza la Corte debía considerar que más bien la sentencia de primera instancia abunda en razones plausibles para aceptar la acción de protección que no fueron tomadas en cuenta en la decisión de segunda instancia. Es decir, el caso de BC trasciende la obligación de jueces de constatar la cita de las fuentes del derecho porque se relaciona con el cuestionamiento a una práctica ya habitual en algunas instituciones públicas de crear deliberadamente obstáculos a los ciudadanos para materializar sus proyectos de vida y el libre desarrollo de la personalidad pasando por alto los derechos consagrados en la Constitución y el desarrollo de la jurisprudencia internacional.

11. Ha sido usual en la jurisprudencia española que lo razonable entienda como lo justificado, lo no arbitrario en relación con el principio de igualdad y se aplica, por ejemplo, cuando revisamos el plazo *razonable* para decidir un caso.

12. Tribunal Constitucional de España, sentencia No. STC 55/1987.

13. Tribunal Constitucional de España, sentencia No. STC 161/1989.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD E IDENTIDAD PERSONAL

BC no obtuvo el cambio de sexo en su inscripción de nacimiento por parte de la Dirección General de Registro Civil pese a contar, primero, con una resolución administrativa de la Dirección Provincial de Manabí de la misma institución y, luego, con una sentencia de primera instancia de la acción de protección que dispuso tal cambio. La Corte Constitucional sostiene que esta actuación u omisión vulneró el derecho al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal de BC. La Carta Magna establece, como parte de los derechos de libertad, “el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”. Asimismo, la Carta manda que se garantice a todas las personas el derecho a la identidad personal que incluye conservar, desarrollar y fortalecer sus características materiales e inmateriales.

La sentencia en estudio dedica varias páginas al desarrollo del contenido de estos derechos fundamentales, lo que es una contribución importante a la jurisprudencia ecuatoriana que, de esta forma, se pone a tono con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de estados vecinos. Así, para motivar la respuesta al problema jurídico, parte del concepto de dignidad humana y sostiene que “el desarrollo de la personalidad implica la posibilidad de manifestar y preservar libremente, aquellos elementos físicos y psíquicos inherentes a cada persona, los cuales, lo individualizan y permiten ser quien es acorde a su voluntad”. Por supuesto, la Corte liga la eficacia de estos derechos con las condiciones materiales que debe asegurar el Estado para poder ejercerlo.

La Corte considera que parte de la reparación del daño causado a BC es procurar que hechos como el ocurrido no vuelvan a pasar; por eso, aunque el caso trata de la indebida aplicación de la derogada Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulaación, este órgano analiza que la Ley que reemplazó a aquella¹⁴ avanza en la regulación del derecho a la identidad, pero no suficientemente. En efecto, la actual regulación posibilita que las personas mayores de edad puedan, por una sola vez, modificar el género en su cédula; sin embargo, el registro de la inscripción de nacimiento restringe la posibilidad de realizar el cambio de sexo a casos de error y por medio de sentencia judicial. Esto implica, primero que se mantienen los obstáculos para que las personas transexuales como BC puedan autodeterminarse; y, segundo, que el Estado continúa

14. El 4 de febrero de 2016 se publicó en el *Registro Oficial*, No. 684 la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

con una concepción sexual binaria masculino/femenino, lo que invisibiliza también a otras identidades sexo-genéricas como las personas intersexuales.¹⁵

Sobre esta base y en respeto del principio democrático, la Corte dispone a la Asamblea Nacional que “regule de forma adecuada la facultad de cambio del dato ‘sexo’ en la cédula de identidad de aquellas personas que se identifiquen como transexuales”. En este trabajo no se profundiza en el examen del contenido del derecho a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, sobre cuyo análisis la sentencia abunda en detalles importantes. Se propone, en cambio, explorar la singular concepción de libertad como no dominación que defiende el republicanismo, con el objetivo de contribuir a la reflexión de los límites que las normas y las decisiones administrativas y judiciales imponen de manera injusta a las personas para el pleno ejercicio de su derecho a la auto determinación y al libre desarrollo de la personalidad, en materia de identidad.

LA LIBERTAD COMO NO DOMINACIÓN

Un rasgo del Estado ecuatoriano es que se organiza en forma de república, según reza el primer artículo de la Constitución; sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha desarrollado el contenido de esta característica y es llamativo porque si se indaga en sus implicaciones resulta que el republicanismo tiene íntima relación con la forma en la que se concibe la libertad y eso se refleja en el diseño de las instituciones, la creación de normas y las obligaciones ciudadanas.

La libertad desde la tradición republicana clásica es entendida como *no dominación* y exige que nadie sea capaz de interferir arbitrariamente en las elecciones personales de cada ciudadano. Se trata de superar la concepción dicotómica de la libertad que ha caracterizado al último tiempo, esto es, la libertad en sentido positivo y negativo.¹⁶

El atractivo mayor de la libertad como no dominación viene del hecho de que su maximización exige la promoción de tres beneficios que la mera maximización de la no interferencia

15. En países como Australia, India y Nueva Zelanda el registro de nacimiento de una persona ya no se limita a masculino o femenino, sino que se ha creado una tercera opción que tiene por finalidad incluir a las personas intersexuales, invisibilizadas históricamente.

16. Fue el filósofo Isaiah Berlin quien, siguiendo una tradición de finales del siglo XVIII, describió la libertad en estos dos sentidos; la negativa entraña la ausencia de interferencia y la positiva implica que las mismas personas tomen parte activa en el control y dominio de sí mismos; véase Isaiah Berlin, *Dos conceptos de libertad y otros escritos* (Madrid: Alianza, 2010).

podría pasar por alto: la ausencia de incertidumbre, la ausencia de necesidad de deferencia estratégica frente a los poderosos y la ausencia de subordinación social a otros.¹⁷

Este ideal desarrollado desde la filosofía política no se queda en un concepto abstracto, ilumina la forma en que debe organizarse y actuar El estado; cómo evitar que las leyes, por ejemplo, permitan el *dominium* de los poderosos sobre el pueblo; o cómo disminuir la posibilidad de que los servidores públicos tomen decisiones arbitrarias, aun considerando que es inevitable el ámbito de discrecionalidad que tienen los agentes estatales en el momento de aplicar las normas jurídicas.

En ese sentido, la relación entre la libertad como no dominación de raíz republicana y los estudios de género se ha estrechado en las últimas décadas. Aunque el feminismo surge en el seno del liberalismo, especialmente desde los años de 1960 se ha buscado desafiar la hegemonía liberal de su concepto y las bases teóricas las han encontrado en el republicanismo. Así, por ejemplo, es posible defender la necesidad de cuotas para garantizar la participación efectiva de los grupos históricamente discriminados en la toma de decisiones públicas; o la creación de vías institucionales expeditas para cuestionar decisiones arbitrarias y obtener una resolución oportuna.

En definitiva, concebir a la libertad más allá de la mera no interferencia permite mirar las relaciones de poder existentes entre individuos o grupos, y el papel que juegan las instituciones o el diseño normativo en mantener esas relaciones, “sufro dominación, en la medida en que tengo un amo; disfruto de no-interferencia, en la medida en que el amo no consigue interferir”.¹⁸

La ventaja de analizar el caso de BC desde el republicanismo y la libertad como no dominación es mostrar la vulnerabilidad de todos los ciudadanos frente al Estado; riesgo que aumenta por la pertenencia a un grupo sistemáticamente maltratado. Este enfoque nos permite, además, diferenciar entre la moral privada y la moral pública, esto es, sobre qué aspectos de la vida cada individuo tiene completa libertad de decisión sin que deban intervenir ni el estado, ni otros individuos, ni instituciones, por caso, religiosas.

El caso de BC ilustra las interferencias que sufrió para poder decidir sobre su propia vida, sobre su libre desarrollo de la personalidad como sostiene la Corte. El republicanismo, a diferencia del *liberalismo*, promueve el autogobierno colectivo, no se limita a dejar que las personas se planteen un proyecto de vida, impone la obligación al estado de proveer condiciones materiales para que se puedan cumplir. A diferencia del *comunitarismo*, no pone en riesgo la autonomía individual, protege la moral pri-

17. Philip Pettit, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (Barcelona: Paidós, 2017), 353.

18. *Ibid.*, 42.

vada y las decisiones individuales para que cada persona pueda efectivamente decidir sobre su vida. Un Estado republicano no es indiferente al dolor provocado por actos arbitrarios.

Motivar la sentencia de la Corte Constitucional desde el republicanismo habría ayudado a identificar las interferencias arbitrarias de las que fue víctima el actor (tanto las normativas, como las institucionales); así como señalar las omisiones ilegítimas en las que ha incurrido el Estado en su obligación de garantizar los derechos de BC y, por qué no, de todas las personas sexo-género diversas.

SOBRE LAS (IN)DECISIONES DE LA CORTE PARA REPARAR EL DAÑO

Llama la atención que la Corte Constitucional, en el momento de resolver y solucionar el caso, no considera la arbitrariedad que sufrió el actor en la reparación integral de los daños causados. Se debe recordar que BC esperó seis años para obtener el cambio de sexo en la inscripción de su nacimiento, es decir, la modificación de un dato en un archivo que, sin embargo, fue determinante a la hora de ejercer sus derechos fundamentales y esto por responsabilidad tanto de la Dirección Nacional del Registro Civil como de los jueces de primera y segunda instancia.

La sentencia en estudio deja sin efecto los fallos de primera y segunda instancia; dispone a la Asamblea Nacional que reforme la ley; y, en relación con el actor, su reparación se limita a disponer el cambio de sexo en la inscripción de su nacimiento, decisión ineludible pero a todas luces insuficiente. El daño moral a BC, considerando las mismas razones expuestas por la Corte, ¿no merecía reparación? ¿La Corte Constitucional no debía hacer valer su posición de garante de la supremacía de la Constitución? ¿De qué forma este órgano asegura que hechos como este no volverán a ocurrir?

Es cierto que es importante que la Corte disponga al Legislativo la adopción de disposiciones legales necesarias “para regular el procedimiento de cambio de sexo de personas transexuales”, pues argumenta muy bien las potenciales violaciones a derechos fundamentales que puede provocar la regulación legal actual; no obstante, es evidente que el daño ocasionado a BC y que, de hecho, han sufrido otras personas en el pasado, no es solamente por la falta de normas jurídicas; es, también, por el desinterés de los servidores públicos de dar respuesta a una necesidad humana tan básica como la protección de la identidad y el libre desarrollo de la personalidad. En seis años un ciudadano no pudo realizar un trámite ante una institución pública, incertidumbre que no mereció reparación integral. Y esta es la mayor debilidad de la sentencia.

CONCLUSIONES

Este trabajo académico ha analizado críticamente la sentencia No. 133-17-SEP-CC de la Corte Constitucional ecuatoriana dentro de una acción extraordinaria de protección que versa sobre la violación de derechos de una persona transexual masculina, por parte de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y la Dirección Nacional del Registro Civil, específicamente: a la tutela judicial efectiva, al deber de motivación de las resoluciones, al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal,

En relación con la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional examina su vulneración a partir de la consideración de cuatro elementos: acceso a la justicia, desarrollo del proceso en estricto cumplimiento de la Constitución y la ley y en un tiempo razonable y la ejecución de la sentencia. Se ha mostrado en este artículo que por la ambigüedad de la redacción no se concluye que se ha violado tal derecho porque el caso demoró seis años en decidirse desde su inicio, ni por no haberse ejecutado la sentencia de primera instancia, ni por el perjuicio causado al actor en todo ese tiempo, sino porque los jueces de la segunda instancia no habrían realizado un análisis coherente “respecto a si ha tenido lugar o no una vulneración de derechos”.

El deber de motivación de las resoluciones como parte del derecho al debido proceso fue examinado por la Corte de manera problemática. Este órgano se fundamenta en el principio procesal *iura novit curia*; el juez conoce el derecho, para justificar el control constitucional no del fallo objeto de la acción extraordinaria sino del fallo de primera instancia, transgrediendo de esta forma otro principio procesal, el de congruencia que limita el ámbito de decisión de los jueces.

Con todo, la Corte aplica este principio a la sentencia No. 17453-2011-0925 del Juzgado Tercero de Tránsito de Pichincha, identificando sus elementos constituyentes. Como se analizó *supra*, la discrepancia en este punto es sobre la noción de razonabilidad que la Corte considera que no se vulneró, porque limita su concepto a la identificación en la sentencia de las fuentes del derecho. Se ha mostrado en este artículo que una motivación razonada o razonable no es un mero sinónimo de corrección hermenéutica, sino también su adecuación a los valores constitucionales.

Una parte destacable del fallo analizado es el desarrollo del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad personal, específicamente, en relación con la diversidad sexual. Marca un hito al tomar en serio esos derechos y dar luces a otros operadores de justicia sobre las obligaciones estatales para garantizarlos. Estos conceptos se habrían fortalecido, como se sostuvo en este trabajo, si es que se estudiaban los hechos del caso a partir de la noción de libertad como no dominación defendida desde el republicanismo, porque serviría de base para cuestionar todo trato arbitrario que afecta especial pero no únicamente, a los grupos más desaventajados.

Por último, las decisiones de la Corte merecen ser comentadas por lo que no dicen más que por lo que dicen. El arduo trabajo argumentativo que caracteriza a la sentencia –pese a las discrepancias que se han anotado– pierde fuerza cuando se llega a la conclusión que reconoce el daño ocasionado al actor por su identidad sexual y de género, pero reduce la reparación al cambio de sexo en la inscripción de nacimiento. Esto es clave, pero el problema es más profundo porque no expresa la necesidad del enfoque de género y de derechos humanos en el desempeño de actividades de los servidores públicos ni se expresa la intolerancia con los actos arbitrarios que vulneran derechos fundamentales. En definitiva, la reparación no es integral y se pierde la oportunidad de crear estándares y precedentes para llamar la atención tanto a los servidores públicos en general como a los operadores de justicia por su indiferencia ante el dolor ajeno.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación*. Madrid: Palestra, 2016.
- Berlin, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza, 2010.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.
- MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- Pettit, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós, 2017.

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 050-15-SEP-CC, caso No. 1887-12-EP.
 ---. Sentencia No. 010-09-SEP-CC, casos No. 0125-09-EP y 0171-09-EP.
 ---. Sentencia No. 175-15-SEP-CC, caso No. 1865-12-SEP-CC.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T.851/10, de 28 de octubre de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Furlán y familiares vs. Argentina, del 31 de agosto de 2012.
- Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. STC 55/1987.
 ---. Sentencia No. STC 161/1989.

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2017.
 Fecha de aprobación: 14 de diciembre de 2017.