



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

DIRECCIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA:

EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN ECUADOR: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 11-18-CN/19 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de Magister en Derecho Constitucional. Modalidad: Estudio de Caso.

Autora

Abg. Córdor Bombón Enma Patricia

Tutora: Abg. López Moya Daniela Mg.

AMBATO-ECUADOR

2020

**AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA,
REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN
ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TÍTULACIÓN**

Yo, Abg. Enma Patricia Córdor Bombón, declaro ser autora del Trabajo de Investigación con el nombre “EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN ECUADOR: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 11-18-CN/19 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL”, como requisito para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Ambato, a los 17 días del mes de octubre de 2020, firmo conforme:

Autor: Abg. Enma Patricia Córdor Bombón

Firma:.....

Número de Cédula: 1804151429

Dirección: Tungurahua, Ambato, San Bartolomé de Pinllo, El Calvario.

Correo Electrónico: pattycondor201@hotmail.com

Teléfono: 0983083348

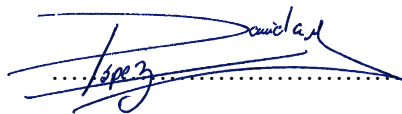
APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutora del Trabajo de Titulación “EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN ECUADOR: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 11-18-CN/19 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL”, presentado por Abg. Enma Patricia Córdor Bombón, para optar por el Título de Magister en Derecho Constitucional,

CERTIFICO

Que dicho trabajo de investigación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Ambato, 17 de octubre del 2020

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Daniela López Moya', is written over a horizontal dotted line. The signature is stylized and cursive.

Mg. Daniela Fernanda López Moya

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magister en Derecho Constitucional, son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor

Ambato, 17 de octubre del 2020



.....
Abg. Enma Patricia Córdor Bombón

1804151429

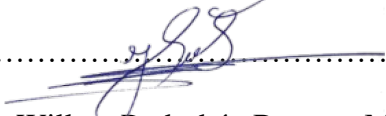
APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de Titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: “EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN ECUADOR: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 11-18-CN/19 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL”, previo a la obtención del Título de Título de Magister en Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

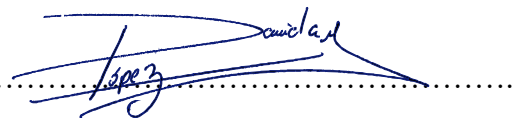
Ambato, 17 de octubre del 2020.



Ab. María Fernanda Haro Salas, Mg.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL



Ab. Willam Redrobán Barreto, Mg.
VOCAL



Ab. Daniela Fernanda López Moya, Mg.
VOCAL

DEDICATORIA

A Dios y a mi familia.

AGRADECIMIENTO

A Dios, a mi familia, a los docentes Dr. Esteban Torres, Dr. Asdrúbal Granizo, Dra. Nina Pacari, Dr. Alexander Barahona, Dr. Marco Albán, Dr. Rodrigo Durango, Dr. Salim Zaidán, Dr. Edwin Quinga, y a la tutora de la presente investigación, Abg. Daniela López Mg.; por su valioso aporte.

INDICE DE CONTENIDOS

| | |
|---|-----|
| AUTORIZACIÓN | ii |
| APROBACIÓN DEL TUTOR | iii |
| DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD | iv |
| APROBACIÓN TRIBUNAL | v |
| DEDICATORIA | vi |
| AGRADECIMIENTO | vii |
| RESUMEN EJECUTIVO..... | xi |
| ABSTRACT | xii |
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO | 11 |
| Estado y Constitucionalismo | 11 |
| Estado. | 11 |
| Constitucionalismo. | 13 |
| Poder constituyente y poder constituido..... | 18 |
| Neoconstitucionalismo. | 20 |
| Soberanía popular y democracia..... | 23 |
| Derecho constitucional y realidad del hecho social..... | 26 |
| Constitución..... | 27 |
| Proceso constituyente en el Ecuador y Constitución del 2008. | 29 |
| Control de constitucionalidad..... | 33 |

| | |
|--|----|
| Conflictos constitucionales..... | 37 |
| Supremacía Constitucional | 38 |
| Supremacía formal..... | 41 |
| Supremacía material o fundamental. | 44 |
| Reformas constitucionales | 46 |
| Enmienda. | 47 |
| Reforma parcial | 48 |
| Asamblea Constituyente | 49 |
| Corte Constitucional en los cambios constitucionales..... | 49 |
| Mutaciones constitucionales..... | 52 |
| Interpretación constitucional | 56 |
| Métodos de interpretación constitucional..... | 58 |
| Corte Constitucional como órgano de interpretación constitucional... | 60 |
| Efectos de las sentencias en materia de control constitucional | 62 |
| Instrumentos internacionales y opiniones consultivas..... | 63 |
| Instrumentos internacionales. | 63 |
| Opiniones consultivas..... | 67 |
| CAPÍTULO II GUÍA DE ESTUDIO DE CASOS | 72 |
| Temática a ser abordada | 72 |
| Puntualizaciones metodológicas..... | 72 |
| Antecedentes del caso concreto. | 73 |
| Decisiones de primera y segunda instancia. | 74 |
| Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador. | 76 |

| | |
|---|----|
| Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional..... | 78 |
| Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al principio de supremacía constitucional. | 87 |
| Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional..... | 88 |
| Análisis crítico de la sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional: “matrimonio igualitario” | 89 |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 94 |
| Conclusiones..... | 94 |
| Recomendaciones | 97 |
| BIBLIOGRAFÍA | 98 |

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCION DE POSGRAGO
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA: EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN ECUADOR: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 11-18-CN/19 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

AUTORA: Enma Patricia Córdor Bombón

TUTORA: Mg. Daniela Fernanda López Moya

RESUMEN EJECUTIVO

Mediante la presente investigación se hace un estudio de la sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional de fecha 12 de junio de 2019, a través de la cual se reconoce el denominado “matrimonio igualitario” en el Ecuador, y cómo el control de constitucionalidad como procedimiento empleado para arribar a esta resolución, incide en el principio de supremacía constitucional reconocido en la Constitución vigente. Con fundamento en la soberanía popular y en base a una primigenia democracia, el constitucionalismo nace como un medio para limitar el poder y posteriormente ampara el reconocimiento de derechos y sus garantías, y tiene como principal característica la promulgación de una Constitución que nace con la intención de plasmar la voluntad del pueblo. Tal es la importancia de la Constitución que su contenido se encuentra garantizado con el principio de supremacía constitucional y como elemento de ésta, la rigidez constitucional, que implica normas procedimentales estrictas y expresas para su modificación. Un cambio en el contenido de las normas constitucionales tiene que efectuarse en observancia a los principios referidos. En este contexto, empleando el método analítico-descriptivo, se ha determinado el alcance que tiene el principio de supremacía constitucional en el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Ecuador, concluyendo que la forma empleada fue contraria al principio de supremacía constitucional incurriendo en una mutación constitucional e inobservando la democracia constitucional, y, por otro lado, se evidencia que el control de constitucionalidad efectuado no se enmarca en la naturaleza de la consulta de norma.

DESCRIPTORES: Constitución, Interpretación constitucional, Mutación constitucional, Rigidez Constitucional, Supremacía Constitucional.

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCION DE POSGRAGO
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

THEME: THE PRINCIPLE OF CONSTITUTIONAL SUPREMACY AND THE RECOGNITION OF EQUAL MARRIAGE IN ECUADOR: ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL COURT SENTENCE No. 11-18-CN/19

AUTHOR: Enma Patricia Córdor Bombón

TUTOR: Mg. Daniela Fernanda López Moya

ABSTRACT

The current research aims a study of the sentence No. 11-18-CN/19 of the Constitutional Court on June 12th, 2019, which recognizes the equal marriage in Ecuador and how the control of constitutionality as the procedure used to reach this resolution; this affects the principle of constitutional supremacy recognized in the current Constitution. Based on popular sovereignty and on a primal democracy, the constitutionalism emerges as a means to limit power and subsequently protects the recognition of rights and their guarantees. Its main characteristic is the promulgation of a Constitution that emerges with the intention to depict the will of the people. Such is the importance of the Constitution that its content is guaranteed by the principle of constitutional supremacy and as an element, the constitutional rigidity which implies strict and express procedural rules for its modification. A change in the content of the constitutional norms has to be made in observance of the referred principles. In this regard, using the analytical-descriptive method, the scope of the principle of constitutional supremacy has been determined in the recognition of equal marriage in Ecuador. It concludes that the form used was contrary to the principle of constitutional supremacy, incurring in a constitutional transformation and unobserving the constitutional democracy. On the other hand, it is evident that the control of constitutionality which was carried out, it is not established in the nature of the standard consultation.

KEYWORDS: Constitution, constitutional interpretation, constitutional rigidity, constitutional supremacy, constitutional transformation.

INTRODUCCIÓN

El 12 de junio del 2019 será una fecha trascendental para la historia jurídica del Ecuador, por cuanto la Corte Constitucional en sentencia resolvió que las personas de un mismo sexo pueden contraer matrimonio. Ante este suceso, se generaron diversos pronunciamientos y manifestaciones, tanto de bloques conservadores como los llamados progresistas, en favor y en contra de la decisión adoptada. A favor se argumenta que se realizó una correcta interpretación evolutiva de la norma constitucional, por cuanto el derecho tiene que progresar; y en contra, estableciendo que se incurrió en una evidente violación al principio de supremacía constitucional.

A nivel jurídico, sin duda alguna, surgen varias inquietudes respecto a temas abordados y resueltos en la sentencia aludida como: el valor jurídico obligatorio de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en base a una de las cuales se reconoció el matrimonio igualitario, el objeto real de la consulta de norma, el alcance del empleo de los métodos de interpretación de normas constitucionales, la prevalencia del principio de supremacía constitucional al momento de decidir, entre otros. Es en base a una de estas controversias que se desarrolló este estudio.

La presente investigación realizada bajo el tema “El principio de supremacía constitucional y el reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador: análisis de la sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional”, se enmarca en la línea del método de análisis, esto es, mediante un proceso de conocimiento que se inicia por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad, de manera que, se establece la relación causa-efecto entre los elementos que componen el objeto de investigación, en este caso, la supremacía constitucional en el marco del reconocimiento del matrimonio igualitario en el Ecuador, particularmente en base al estudio de la sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional, a propósito del control concentrado de constitucionalidad realizado.

La supremacía constitucional, en base a la cual todas las personas están sujetas a la Constitución, es una de las principales características del neoconstitucionalismo, el cual se encuentra reflejado en el Ecuador con el desarrollo de la actual Constitución, en vigencia desde el 20 de octubre del 2008, mismo que fue implementado en el intento por desarrollar garantías eficaces. Esta nueva forma de ver el constitucionalismo se enfoca en garantizar los derechos contemplados en un sistema jurídico.

Al ser el Ecuador un Estado Constitucional de derechos y justicia, como así lo establece el artículo 1 de la Constitución de la República, es fundamental que para garantizar el principio de supremacía de la Constitución como parte del neoconstitucionalismo, se considere a la norma suprema como una verdadera pauta jurídica, como un elemento de fundación de los derechos esenciales de los individuos y no como una sola expresión de buenas intenciones, siendo que su contenido tiene que regirse al trámite correspondiente previamente establecido y garantizar así el principio en análisis.

El artículo 424 de la Constitución establece que: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.”, de lo que se deduce que, las normas constitucionales son de tipo jerárquicamente superior y en tal virtud, toda la normativa infraconstitucional tiene que estar adecuada a la Constitución, es decir, nos encontramos ante el principio de supremacía constitucional, mismo que supone dos dimensiones: la supremacía material y la formal.

La supremacía de tipo material consiste en la superioridad del contenido de la Constitución y su rigidez en cuanto a procedimientos de reforma, no siendo igual el procedimiento para cambiar la Constitución que el empleado para cambiar las leyes orgánicas, ordinarias, reglamentos, decretos, y más normativa infraconstitucional; y, la formal, relativa a los requisitos y procesos para que una norma de menor jerarquía se ajuste al texto constitucional.

Por otro lado, cabe resaltar que la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación de la Constitución, así como del control de constitucionalidad de los tratados internacionales de derechos humanos para ser ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias; siendo necesario analizar si en el actuar de la Corte Constitucional se está aplicando el principio de supremacía constitucional, para ello se analiza un caso relevante de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana vinculado con el reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador, de manera particular, la sentencia No. No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional.

Esta investigación se adecua al campo de estudio del ámbito jurídico nacional e internacional. A nivel nacional, la supremacía constitucional se encuentra garantizada principalmente en la Constitución a través de varios mecanismos de defensa desarrollados en la ley, a fin de que, con su observancia se avale que el ordenamiento jurídico no se oponga a la norma suprema o los tratados internacionales que protejan derechos humanos. A nivel internacional, cuando se ha considerado insuficiente las garantías nacionales, se ha recurrido a las de tipo regional o internacional; siendo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en varios casos, ya sea por medio de sentencia o a través de su facultad consultiva.

A nivel mundial, son varias y muy contrapuestas las apreciaciones sobre el matrimonio homosexual, mismo que al momento se encuentra reconocido en 28 países, por el contrario, existen estados en los que se está prohibido y hasta sancionado con penas como la prisión, la cadena perpetua o incluso la pena de muerte (Irán); es decir, las sociedades lo ven y aprueban de distintas maneras. En Ecuador se han reconocido ya derechos a las personas pertenecientes a los grupos GLBTI, es así que en la Constitución de 1998 se les facultó la posibilidad de contraer unión de hecho, con los efectos jurídicos similares a los del matrimonio.

El tema planteado resulta de gran importancia, por cuanto, es necesario determinar de manera sistemática si el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Ecuador (tema de gran sensibilidad nacional y mundial), se dio en estricto apego al principio de supremacía constitucional tanto material como formal, o si por el contrario nos encontramos frente a un caso de mutación arbitraria de la Constitución, inobservando el principio en estudio y resolviendo un asunto que claramente se encuentra establecido en la norma suprema.

La justificación del tema planteado se fundamenta en que el reconocimiento del matrimonio igualitario se ha constituido en una lucha histórica de los grupos Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgénicos e Intersexuales (LGBTI), para que se dé paso al matrimonio entre personas del mismo sexo, pero, independientemente de las ideologías sociales, religiosas o incluso políticas sobre su aprobación o no, resulta importante analizar si la vía adoptada por los señores Jueces Corte Constitucional para su reconocimiento en la sentencia No. 11-18-CN/19, es la adecuada y si se ha respetado el principio de supremacía constitucional. De esta manera, con la presente investigación la ciudadanía tendrá acceso a un estudio sistematizado del problema planteado.

Resulta novedoso el realizar esta investigación, ya que el reconocimiento del matrimonio igualitario, ha sido un tema ya debatido ampliamente con anterioridad en la Asamblea Constituyente para redactar la Constitución del 2008, en la que no fue reconocido, y, por el contrario, se garantizó al matrimonio como la unión de hombre y mujer, y así lo aprobó el pueblo en ejercicio de su actuar democrático. Sin embargo, ante una consulta de norma efectuada en aplicación de la facultad de control concreto de constitucionalidad, cinco de los nueve Jueces de la Corte Constitucional dieron paso al reconocimiento del matrimonio igualitario en el país, hecho de gran trascendencia social y jurídica.

A pesar de haberse abierto un evidente debate jurídico en relación al fondo y forma del reconocimiento del matrimonio homosexual, a la fecha no se han

realizado trabajos de investigación que aborden esta problemática, de manera particular sobre la aplicación del principio de supremacía constitucional en las dos sentencias emitidas por la actual Corte Constitucional, mediante las cuales se ha reconocido el matrimonio igualitario en el Ecuador (sentencia No. 11-18-CN/19 en estudio, y sentencia No. 10-18-CN/19).

Las fuentes de información empleadas para desarrollar esta investigación son de tipo bibliográfico, mismas que se encuentran en: la biblioteca particular de la autora, bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura en Tungurahua, la sentencia constitucional constante en el sistema de gestión de procesos y relatoría de la Corte Constitucional del Ecuador, a los cuales se puede acceder mediante su página web: www.corteconstitucional.gob.ec; bibliografía digital; así como también, normativa jurídica relevante entre ellas: Constitución de la República del Ecuador (CRE), Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional ecuatoriana, entre otras.

Entre la bibliografía revisada y que ha servido de apoyo para esta investigación resaltan:

CADENA, L. (2017) LOS PROBLEMAS DEL CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR. Se realiza un estudio investigativo sobre el control concreto, su origen, clasificación y problemas que surgen en cuanto a su aplicación actual en el Ecuador, como el incumplimiento de términos para resolver y la falta de participación activa de todos los jueces.

ESPINOZA, M. (2018) EL ESPEJISMO LAICO DEL ECUADOR. LOS DEBATES CONSTITUYENTES SOBRE EL ABORTO, LA ADOPCIÓN HOMOSEXUAL Y EL NOMBRE DE DIOS EN EL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN. Se pone de manifiesto los temas que pusieron en controversia el carácter de Estado laico del Ecuador, como: el derecho a la vida desde la concepción, el matrimonio homosexual, y la inclusión de Dios en el preámbulo de la Constitución. Se analiza el debate de los mismos y cómo al final la religión tuvo un impacto en los textos finales, dejando al laicismo como mera descripción.

GÓMEZ, J. (2018). SOBRE EL CONCEPTO DE LA CONSTITUCIÓN DE RICCARDO GUASTINI. El autor aborda la definición de Constitución desde el punto de vista de Ricardo Guastini en los sentidos de ordenamiento político, conjunto de leyes fundamentales, documento normativo y texto reglamentario; destacando que la misma fue creada principalmente para respetar los derechos humanos.

GONZÁLEZ, C. (2017). INTERPRETACIÓN CONFORME, CLAVE PARA LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL NORMATIVO. Se trata sobre la relación de la democracia con el constitucionalismo, la objeción contramayoritaria apoyada en el principio de legitimidad y la voluntad de la mayoría; así como la presunción de constitucionalidad de las normas, limitando la interpretación únicamente en casos claros e inobjetable.

MANIGLIO FRANCESCO, CASADO FERNANDO, CHÁVEZ GINA (2020). LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES. EL CASO DEL DERECHO AL HÁBITAT Y A LA VIVIENDA EN ECUADOR (2007-2017). Se indaga respecto a la justiciabilidad de los llamados DESCs y de la naturaleza, y su impacto en la última década, determinando los límites históricos, así como las influencias políticas en su desarrollo.

MORA, DAVID. (2020). EL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: ¿OPORTUNIDAD PARA UN DERECHO INTERNACIONAL MÁS UNITARIO Y COHERENTE? Se efectúa un estudio al derecho internacional en relación al constitucionalismo global, como tendencia para crear una unidad al referido derecho; analizando aspectos como el desarrollo del derecho internacional desde regímenes cerrados, constitucionalismo global en base a varias concepciones y aportarle coherencia al mismo.

NÚÑEZ, J. (2016). MODELOS CONSTITUCIONALES EN EL OCASO DEL SIGLO XVIII. EL PÉNDULO ENTRE REGLA Y ESTRATÉGICA. Se pone de manifiesto los diversos prototipos constitucionales que nacieron a raíz de la Revolución Francesa así como de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, con lo que se determina sus orientaciones finales, en un término se considera como una regla estricta en la vida política y en otro como netamente un plan o de determinación de objetivos políticos.

OSORIO, O. (2016). LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL: LOS PELIGROS DE LAS MODIFICACIONES NO FORMALES DE LA CONSTITUCIÓN. Se efectúa un estudio sobre las mutaciones constitucionales (cambios no formales de la Constitución), sus elementos sustanciales como el darse en Estados constitucionales, la no modificación formal del texto y la realidad discrepada de la norma; se explica cuáles son los riesgos de que en un Estado se impongan éste tipo de reformas constitucionales.

PUPPO, A. (2016). DE KELSEN A LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011: LOS CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE JERARQUÍAS FORMALES Y DECISIONISMO. Se aborda la problemática del actuar de los jueces cuando se enfrentan a un conflicto entre una norma constitucional que restringe derechos y una norma internacional que los protege, para lo cual, se aborda temáticas como la supremacía constitucional, las normas, las reglas y los principios,

el problema deviene en la interpretación de normas, que no en pocos casos, implican falta de claridad en las decisiones.

RINCÓN, C. (2017). LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD, MEDIO INEFICAZ DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. Se pone de manifiesto las diversas formas en que se puede transformar un texto constitucional, así como los medios de control de sus contenidos, considerando que el juicio de amparo indirecto no es un medio eficaz de control, puesto que su aplicación, no priva a que los ciudadanos tengan que acudir a la justicia constitucional vía amparos individuales.

SÁNCHEZ, A. (2000). MUTACIÓN CONSTITUCIONAL Y FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN, UNA APROXIMACIÓN AL ORIGEN DEL CONCEPTO. Se determina que la mutación constitucional nació al advertirse la existencia de incoherencias entre la realidad y el contenido de las normas constitucionales, es decir, la rigidez constitucional no era suficiente para prevenir una modificación arbitraria, surgiendo un cambio que rebasa el texto expreso de la norma suprema, llamándolo en ciertos casos disfunción del sistema.

OYARTE, R. (2019). DERECHO CONSTITUCIONAL. Aborda de una manera muy completa la temática de la obra. En la parte en estudio se hace una amplia descripción de las maneras de modificar la constitución ecuatoriana, sus características y requisitos de cada una de ellas, así como, aborda los distintos tipos de control constitucional que rigen en el país.

Las palabras clave empleadas en este trabajo investigativo son:

Constitución: norma jurídica suprema y solemne que determina la organización del Estado (parte orgánica) y establece los derechos y sus garantías (parte dogmática).

Interpretación constitucional: otorgar un significado a un contenido normativo constitucional.

Mutación constitucional: reforma, cambio o transformación de una norma constitucional o parte de ella, sin seguir los procedimientos formales establecidos para el efecto.

Neoconstitucionalismo: ideología que considera al Constitucionalismo como una nueva tendencia caracterizada principalmente por incluir principio al momento de interpretar la Constitución, misma que es considerada como norma suprema.

Rigidez Constitucional: principio mediante el cual, la reforma de las normas constitucionales dada su relevancia y supremacía, requiera requisitos más estrictos que al tratarse de normas ordinarias.

Supremacía Constitucional: principio que reconoce a la Constitución como la norma jerárquicamente superior de un Estado, siendo que el ordenamiento jurídico interno tiene que estar adecuado a éste.

Planteamiento del Problema

¿De qué manera incide el procedimiento empleado para el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Ecuador mediante la sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional sobre el principio de supremacía constitucional?

Objetivo General

Analizar de qué manera incide el procedimiento empleado para el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Ecuador mediante la sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional sobre el principio de supremacía constitucional.

Objetivos específicos:

- Indagar el principio de supremacía constitucional dentro de la realidad constitucional ecuatoriana.
- Investigar la jurisprudencia constitucional ecuatoriana en relación al principio de supremacía constitucional, mediante el estudio de la sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

Estado y Constitucionalismo

Estado

García (2009) leído en una obra de Benente (2017) establece que el Estado tiene que ser conceptualizado a partir de tres dimensiones; una de tipo material relacionada a las instituciones; otra ideal referente a los principios, creencias y valores; y, una correlación de fuerzas, y es en base a estos aspectos que se lo considera como una construcción política de varios monopolios sobre los recursos de la sociedad.

Originariamente, desde los inicios de la humanidad han existido relaciones de poder tanto en el ámbito económico como en el social. En el ámbito económico, en primer término, con el desarrollo de la agricultura, cuyo fin inicial era el abastecer las necesidades alimenticias de la población, para posteriormente involucrarse en un carácter comercial. En el ámbito social, destaca la tenencia de tierras y relaciones comerciales, lo que conllevaron a la necesidad de centralizar el poder y crear los primeros Estados: las polis y los imperios.

Es así que, entre el siglo XII y XIV destaca el sistema de poder denominado feudalismo, que constituye un sistema de jerarquía social, económica y política, que se caracteriza por la relación entre amo y vasallo, lo que sería las bases del Estado moderno.

En el siglo XV aparece un elemento mediante el cual el poder se concentra en una sola persona: la soberanía, ejercida por el rey o el monarca. Por su lado, el feudalismo empieza a decaer y a la vez inicia a surgir la monarquía. Inicialmente se desarrolla la monarquía absoluta (siglos XV y XVI), que constituye una forma de gobierno predominante en Europa occidental, caracterizada por el origen divino del poder del monarca, concentración de poder, mercantilismo y la conformación de ejércitos poderosos para conquistar tierras.

En este sentido, como refiere Niembro, Roberto (2019) ese tipo de constitucionalismo autoritario se convirtió en uno de tipo democrático liberal, siendo que las élites usaban las constituciones en beneficio propio para alcanzar sus objetivos por ejemplo al controlar a sus oponentes, es así que las disposiciones constitucionales variaron según los intereses de los gobernantes de turno; en tal virtud, inicialmente las Constituciones no limitaban de una manera efectiva el poder.

Como resultado de la Revolución Liberal y en sustitución de la monarquía absoluta, a inicios de la edad contemporánea (Revolución Francesa 1789) surge el Estado Liberal o Estado de Derechos, el cual cuestiona el poder absoluto y defiende el poder del Estado, la propiedad privada y la economía de mercado desde la competencia (liberalismo económico por el cual, el Estado no debe intervenir en los negocios de las personas), así como la división de poderes. En cuanto a la relación del Estado con la sociedad surge el constitucionalismo, organizado y estructurado a partir del principio de legalidad, en tal virtud, el funcionamiento del Estado se basa en el imperio de la ley.

Posteriormente, y en búsqueda de la primacía de valores como: dignidad humana, justicia y respeto a los derechos humanos, aparece el denominado Estado Social de derecho, que complementa al anterior Estado de Derecho. Doctrinariamente se lo conoce como Estado de servicios, Estado de Bienestar o de

distribución, constituyéndose en aquel que tiene una visión social y sometido al Derecho en base al principio de legalidad.

Finalmente, en los albores de los años 70 surge una crisis del Estado Social de Derecho, apareciendo las corrientes del garantismo constitucional y neo constitucionalismo, dando paso al Estado constitucional de derechos, considerado como aquel que cuenta con una Constitución en sentido material, resultado del ejercicio de la democracia y en la que se cuenta con instrumentos tendientes a hacer posible el efectivizar los derechos fundamentales.

Una vez revisada la evolución del Estado, mismo que constituye una organización político-social, está conformado por los siguientes elementos:

- Elementos básicos: población, territorio, gobierno, reconocimiento internacional.
- Elemento material: reflejada en la fuerza física y facultad de coerción del gobierno.
- Elemento psicológico: consistente en la creencia que tienen los gobernados de la legitimidad que tiene quien los gobierna y el deber de obedecerlos.
- Elemento histórico: constituido por los vínculos presentes en la población como: raza, lengua, religión, cultura, tradición, etc.

Constitucionalismo

En una fase preconstitucional, el poder de una sociedad políticamente organizada tenía como característica principal el absolutismo, siendo la monarquía absoluta el sistema político más común. Se consideraba que el poder provenía de Dios hacia el gobernante y se lo ejercía sin participación del pueblo, siendo los gobernantes quienes concedían los derechos al pueblo.

Este absolutismo, a lo largo de la historia, se vio marcado por hechos e instrumentos jurídicos que tendían a contrarrestarlo, así:

- La Carta Magna de 1215 que limitó el poder del rey y fue firmada en Inglaterra por el Rey Juan Sin Tierra y los señores acaudalados, quienes de ser un órgano consultivo pasaron a ser la Cámara de los Lores en Inglaterra.
- La Declaración de Virginia de 1776, considerada como la primera declaración de derechos humanos moderna de la historia, destaca la igualdad y libertad del hombre.
- "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 1789, documento fundamental de la Revolución Francesa que recoge igualmente la libertad e igualdad del hombre.
- El contrato social de Rousseau mediante el cual se establece que el poder viene de un "contrato social" no escrito, si no de actuar en bienestar del soberano, el pacto se puede romper. Los derechos son previos al Estado, el cual únicamente los plasma en normas.
- La división de poderes propuesta por Montesquieu a fin de que, el poder no se concentre en un solo órgano.

El constitucionalismo es el resultado del pensamiento del siglo de las luces o ilustrado, convirtiéndose en la más importante creación de orden de convivencia social. La palabra "constitucionalismo" nace de su elemento representativo principal, la Constitución, cuyos sus orígenes se remontan al movimiento inglés en el siglo XVIII, siendo sus objetivos principales: el limitar los elementos característicos del absolutismo y el crear una nueva sociedad. A fin de lograr tales objetivos, la concentración de la totalidad de poder estaba en manos del Rey, como se daba en las Monarquías absolutas, posteriormente fue reemplazada por los tres poderes: el Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo. Por otro lado, se vio la necesidad de incorporar los derechos de los ciudadanos, es así que se deja atrás el concepto de Estado absolutista para pasar al Estado Constitucional de tipo liberal.

Posterior a esta etapa preconstitucional, se puede distinguir el constitucionalismo como tal en tres fases: constitucionalismo clásico, constitucionalismo social y constitucionalismo contemporáneo.

A nivel de Latinoamérica como refiere Gargarel Roberto (2015), a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI surge el llamado “Nuevo constitucionalismo” caracterizado por una serie de reformas como las desarrolladas en las Constituciones de Colombia en 1991, Argentina 1994, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009, sin embargo las innovaciones no son muy evidentes, pues su contenido se asemeja al existente con anterioridad, salvo la inclusión del sector indígena y el reconocimiento de más poderes o funciones del Estado, por ejemplo. Una parte importante es el protagonismo que se le da a la cuestión social, llegando incluso a hablar de un Estado de Bienestar.

Constitucionalismo clásico o liberal.

Esta tendencia político-filosófica tuvo su origen con la Revolución de Estados Unidos (1776) y Revolución Francesa (1789). Su intención era terminar con el absolutismo, así como con la gran diferencia existente los derechos de los reyes y sus súbditos; y consagrar la igualdad de todos los seres humanos.

En ese sentido, en el año 1789 se publica la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y se determinan ciertas garantías del hombre frente al Estado implantadas en un escrito: la Constitución, que sería la ley suprema de las naciones. Nace entonces un “Estado de Derecho”, en el que absolutamente todos los ciudadanos están sujetos al ordenamiento jurídico (incluidos los gobernantes), sin excepción alguna y el poder está limitado por las leyes, y éstas, por la Constitución.

Aparecen documentos de gran trascendencia como la Declaración de Virginia en 1776, la Constitución de Estados Unidos en 1787 y la Constitución Francesa en

1791. Nacen los derechos civiles y políticos, o llamados derechos de primera generación.

Esta etapa se caracteriza por la existencia de Constituciones escritas que buscan la seguridad jurídica, la división de poderes, respeto a los derechos del hombre, Estado como medio para garantizar los derechos y sujeto a la soberanía popular.

Constitucionalismo social

La declaración de la igualdad de los seres humanos proclamada en el constitucionalismo liberal, no se reflejaba en la sociedad, y ante las desigualdades económicas y la vulneración de los derechos de gran parte de la población, en los siglos XIX y XX surge como resultado el constitucionalismo social.

La Revolución Francesa de 1789 y posterior promulgación de la Constitución de Francia, fue un origen remoto del constitucionalismo social, por cuanto la revolución estalló precisamente ante demandas de tipo social, como el derecho al trabajo. Sin embargo, es con la Revolución Industrial (Inglaterra siglo XVIII) que la desigualdad social fue evidente, pues, con la creación de la riqueza, solamente se beneficiaban unos pocos mientras se generaba pobreza entre los empleados, quienes no contaban con derechos propios y quedaban a disposición, en muchos casos arbitraria, de sus empleadores. Ante esta situación aparecen los movimientos obreros para contrarrestarla.

Luego de la I Guerra Mundial y a fin de evitar el comunismo, los Estados empiezan a incluir en sus constituciones mecanismos de justicia social, incluyendo salud, educación, trabajo digno, etc. El Estado de Derecho pasa a ser un "Estado Social de Derecho", mismo que permitía al Estado intervenir en la economía y generar políticas sociales en beneficio de la sociedad.

Es en el siglo XX en el que el constitucionalismo social, se implementó en gran número de países, caracterizándose por corrección de excesos, regulación de la empresa privada, distribución de la riqueza (impuestos), reconocimiento de los derechos de los trabajadores, constituyendo el llamado “Estado de Bienestar”. Nacen así los derechos de segunda generación (económicos, sociales y culturales).

Como refieren Maniglio, Casado, Chávez, (2020) el avance en las normas y su positivización, así como el reconocimiento de los derechos sociales, no siempre han estado respaldados de prácticas jurídicas que garanticen los mismos, siendo que generalmente únicamente se quedaban en letra muerta, y afectando evidentemente una adecuada justicia social.

Constitucionalismo contemporáneo

El mundo actual se caracteriza por ser globalizado, por existir protagonismo internacional, a la par surgen organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Organización de los Estados Americanos (OEA), Unión Europea, etc., hay mayor facilitación de la comunicación e intercambios económicos, y problemas comunes como la trata de personas, daños al medio ambiente, narcotráfico, etc. Siendo que el constitucionalismo debe ajustarse a esta realidad.

Es ante la referida demanda, como consecuencia de los efectos dejados por la Segunda Guerra Mundial y por la internacionalización de los derechos fundamentales del ser humano, que surge el constitucionalismo contemporáneo en la segunda mitad del siglo XX, con el cual, se busca limitar de manera fehaciente el totalitarismo mediante más democracia, así como extender a los grupos más amplios, vulnerables y desprotegidos, el reconocimiento de los derechos.

Nacen entonces los derechos de tercera generación que incluyen los de índole colectivos y participativos, como la paz, ambiente sano, patrimonio cultural, del

consumidor, acceso a la justicia, elección de gobiernos, buscan la preservación de la calidad de vida de todos los habitantes del planeta.

Revisada la evolución del constitucionalismo, se debe resaltar por otro lado que una sociedad en la que el ordenamiento jurídico se encuentra constitucionalizado se caracteriza por tener una Constitución invasora, es decir, que rige la legislación, doctrina, jurisprudencia, política y relación social.

Poder constituyente y poder constituido

El poder constituyente es la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez.

El poder constituyente es originario y derivado. El primero, también llamado fundacional, es el que se constituye para dictar la primera Constitución de un Estado o aquella que se dicta luego de un proceso revolucionario; mientras que el derivado es el que se constituye para modificar una Constitución vigente sea de manera parcial o total. El constituyente es generalmente incondicionado en cuanto a procedimiento y contenido, mientras que el constituido, se sujeta a condiciones preestablecidas.

El poder constituyente a decir de Sánchez Carlos (1957) mencionado en Humberto Nogueira (2017) es la “suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico” (p. 328)., es decir constituye un cuerpo político de la sociedad, misma que desarrolla normas para su organización política y social, y regular así su convivencia.

Existen tres tipos de poder constituyente:

- Poder constituyente originario fundacional: viene a constituir un poder pleno, por cuanto, antes de ejercerlo, no se ha constituido Estado alguno y no existe una norma jurídica ni Constitución anterior. Su objeto es dar vida a una Constitución, cuyas normas establecen la estructura y organización jurídico-política del Estado que acaba de ser creado. Su poder es ilimitado y el titular es el pueblo o comunidad.
- Poder constituyente originario de simple organización: El Estado ya está constituido, por lo que no hay necesidad de fundarlo nuevamente. Como todo poder constituyente originario no se somete a ninguna norma jurídica positiva anterior: ni a la Constitución precedente, ni a ninguna norma inferior a aquella, pues, “como la abrogación de la Constitución vigente precede a la promulgación de la nueva, es claro que el poder constituyente actúa sin restricciones jurídicas. Es fuente y punto de partida de la normatividad jurídica; su competencia no deriva de normas anteriores, es positivamente ilimitado; supone una situación de hecho; su ejercicio es extraordinario; y, su labor intrínsecamente válida.
- Poder constituyente derivado o constituido: tiene la facultad de reformar la Constitución que ha sido creada por el poder constituyente originario, más no de dictar una nueva norma suprema. Es limitado y su procedimiento se encuentra establecido en las normas constitucionales previas.

En el mismo sentido, el poder constituyente tiene una estrecha relación con la soberanía, por cuanto, el mismo está en manos del soberano, que es el pueblo y nace de su voluntad, siendo los efectos tanto el establecimiento de una nueva Constitución como su posterior validez. Entre sus principales características destacan: es un poder originario, creador del ordenamiento jurídico, ilimitado, es un poder de una sola función, no gobierna, una vez que cumple su misión, éste desaparece.

El poder constituido es aquel conjunto de órganos e instituciones creadas por el poder constituyente o propia Constitución, que se ejecuta por intermedio de las

instituciones del Estado, tanto de la función Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, cuyos límites obedecen a la CRE. Entre sus principales características destacan: creados por la propia Constitución, tienen múltiples funciones, completamente limitados, fueron creados para cumplir con las potestades públicas.

En otras palabras, el poder constituyente establece las normas básicas de convivencia entre los miembros del Estado y como se podrán modificar en el futuro, mientras que el poder constituido es aquel que aplica dichas normas básicas, y ejecuta lo que estableció el primero.

Neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo constituye una nueva visión, tendencia o teoría jurídica que surge tras la evolución del Estado de derechos. Su principal planteamiento es el reconocimiento de la Constitución como norma suprema, misma que tiene que determinar de manera estricta los poderes del Estado, así como, proteger eficazmente los derechos fundamentales; para lo cual, se incorporan varios principios. Así también, reconoce a las reglas como normas legalistas, y a los principios como normas constitucionales.

Como refiere Villabella Carlos (2017) a nivel regional las constituciones de los años noventa y siguientes se enmarcan en este constitucionalismo nuevo, sustentando tesis como: elevar el papel de los principios constitucionales a fin de reconocer y garantizar la dignidad humana, se propende la participación directa por medio de varias vías e instituciones, garantizando la democracia y propendiendo a que el poder político tenga interacción con los titulares de la soberanía; se apuesta a un modelo intercultural en el ámbito jurídico; se amplía los derechos fundamentales y colectivos; legitimación de derechos del buen vivir así como los de la naturaleza.

Metodológicamente, con el neoconstitucionalismo se conecta el derecho con la moral, lo cual propicia la formulación de principios contenidos en las normas de manera implícita o explícita, esto a fin de encontrar soluciones a los problemas jurídicos; sin embargo, no se debe propender a que la moral se superponga al derecho positivo, sin que éste se haya agotado.

Carbonell Miguel (2018) respecto al neoconstitucionalismo lo explica en tres niveles de análisis:

1er nivel: El surgimiento de un nuevo modelo constitucional. - Luego de la 2da guerra mundial, las constituciones se hacen más largas, se materializan. Hay no solo fuentes del derecho como lo proponía Kelsen, si no normas materiales de actuación de los poderes públicos del Estado y largos catálogos de derechos fundamentales. Estas constituciones son materia de estudio por parte del neoconstitucionalismo.

2do nivel: Nueva forma de interpretar los textos constitucionales y de argumentar con las normas que formen parte de ellos. En estas constituciones materializadas, largas, sustantivas, existen muchos principios, y esto requiere no solo que sepamos técnicas tradicionales de interpretación jurídica y argumentación, sino técnicas más sofisticadas (ponderación, proporcionalidad, pro-persona, efecto irradiación, etc.)

3er nivel: implica una nueva teoría del Derecho, que va más allá de la simple descripción, teniendo una nueva forma de estudiar los fenómenos jurídicos. Requiere no solo una tarea descriptiva, sino hay una dimensión prescriptiva, lo que el derecho debe ser.

Entre las características de la tendencia neo constitucional destacan: incorporación de principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico; aplicación del método de ponderación o balanceo; con la materialización de la Constitución, los legisladores tendrán que guiarse en éste, en cuanto a su fondo y

forma; el juez interpretará el derecho conforme el caso concreto; prevalencia del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez), se prohíbe que los poderes constituidos reformen la Constitución; e, incentivo a la relación de soberanía popular y gobierno.

A nivel de América Latina, como ya se indicó anteriormente el nuevo constitucionalismo aparece con las Constituciones de Colombia en 1991, Venezuela en 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009, teniendo como propósitos el reivindicar la soberanía popular, fortalecer la legitimidad democrática del poder, hallar mecanismos eficaces para ejercer los derechos y amplio catálogo de los mismos, reconocimiento de grupo marginados históricamente, interpretación enfocada en la voluntad del constituyente, supremacía constitucional y su control concentrado, superar desigualdades sociales y económicas. Estas constituciones nacen luego de un proceso de activación social.

En el ámbito nacional ecuatoriano, fue hasta la Constitución de 1978 que los derechos constituían una mera declaración y su efectividad dependía del desarrollo de la legislación secundaria. Con las reformas constitucionales de 1996 se incorporan las acciones de habeas data (acceder a información personal) y amparo (contra actuaciones administrativas que afecten derechos).

La Constitución del 2008 es una constitución garantista, es decir, a más de la determinación de derechos, se establecen garantías para precautelar los mismos, y para ello se incorpora las garantías jurisdiccionales (instrumentos de defensa de derechos vulnerados): acción de protección, acción de habeas corpus, acción de habeas data, acción de acceso a la información pública, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección y las medidas cautelares.

Finalmente, como refiere Cárdenas Jaime (2019) con el nuevo constitucionalismo el principio de legalidad queda atrás y surge el principio de constitucionalidad, siendo que la interpretación de la Constitución se enmarca en la aplicación de principios, sin que ello signifique el tener una confianza completa en

las decisiones de los jueces, sino por el contrario corresponde el realizar una justificación y motivación de los fallos con una debida argumentación.

Soberanía popular y democracia

En un inicio la soberanía es ejercida por el rey, al parecer fue un reemplazo del estado feudal, con un solo poder central., de forma absoluta (exento de respetar las leyes) y perpetua (de por vida). El rey tenía la potestad de cambiar el contenido de las leyes en atención a su facultad legislatora, sin embargo, ese poder no era absoluto, tenía ciertos límites, entre ellos el derecho natural y el divino, las leyes de la corona.

Posteriormente el concepto de soberanía va centrándose y evolucionando, y es así que, en la Constitución Francesa de 1791 constan ya las afirmaciones que el poder del Estado estaría en manos del monarca por decisión del pueblo (ya no por decisión divina). En el mismo sentido, se establece en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), artículo 3 que: "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación o estamento, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella".

Uno de los defensores de la idea de soberanía popular fue el filósofo Jean-Jacques Rousseau (2005), quien en la obra "El contrato social de Jean-Jacques Rousseau", establece que:

Pero cuando el nudo social comienza a aflojarse y el Estado a debilitarse; cuando los intereses particulares empiezan a hacerse sentir y las pequeñas sociedades a influir sobre la grande, el interés común se altera y encuentra oposición; ya no reina la unanimidad en las voces; la voluntad general ya no es la voluntad de todos: se elevan contradicciones, debates, y la mejor opinión no pasa sin discusión. (s/p)

Es necesario resaltar que, el pueblo está conformado por el grupo de individuos que conviven bajo el mismo dominio estatal, que tienen la intención de formar una unidad cultural o espiritual, con decisión de participar en libertad y en la responsabilidad que tiene de guiar su destino conformando una comunidad. Esta unidad formada expresa siempre la voluntad general del pueblo, lo que es distinto a la voluntad individual de sus integrantes.

La soberanía popular entonces, es aquella que es detentada por el pueblo y es la principal característica de los gobiernos democráticos. Para los gobernantes no existen otros límites que los que han sido fijados por el pueblo; inicialmente se limitaba la figura del monarca y actualmente del gobierno. Su principio básico es la democracia.

La palabra democracia deriva de dos voces griegas “*Demos*” pueblo y “*Cratos*” reino o gobierno, entonces, la democracia es el gobierno de los pueblos. Es el método que tiende a producir más resultados políticos correctos, por cuánto éstos tienen que ver con los ciudadanos, constituyéndose en la mejor manera de desarrollar procesos de decisión conjunta capaz de hacer lo justo, lo que genera en la ciudadanía una disposición favorable respecto a la ley, así como lealtad a las instituciones gubernamentales. Dado el gran universo que conforma el pueblo, se hace imposible la intervención de todos los ciudadanos y es por ello que no pueden actuar más que por delegación.

Pérez, R. (2015) afirma que “...democracia no consiste solo votar...constituye un proceso deliberativo donde la ciudadanía discute y debate las diferentes opciones que la política ofrece para gestionar no ya lo que a todos afecta sino...lo que concierne individualmente a cada uno...” (p. 344)., de lo que se tiene que el concepto democracia tiene un alcance muy amplio, y se garantiza por un proceso deliberativo que permita una participación real del pueblo en la toma de decisiones. El papel de los jueces a la hora de decidir es muy fundamental, y se enmarca en los requisitos de argumentación y la hermenéutica jurídica, incluso

resolviendo en virtud de un poder contramayoritario, resolviendo incluso en contra de la voluntad democrática, siendo que la ciudadanía es quien tiene la última palabra sobre el destino que quiere dar a la sociedad, en un momento.

La democracia puede ser de tres tipos: directa, participativa y representativa.

- Directa: el pueblo gobierna y decide sobre sus asuntos, sin que haya intermediario alguno.
- Participativa: el pueblo interviene en las decisiones de sus gobernantes, a fin de que se tome decisiones en relación a la administración pública.
- Representativa: no es ejercida por el pueblo, sino por los representantes que el pueblo elija.

A decir de Cárdenas Jaime (2019), la democracia participativa consta de elementos como: los procesos deliberativos tienen que realizarse en base a una argumentación mediante el intercambio de información para realizar un examen crítico de los distintos puntos de vista; estos debates serán inclusivos y públicos; no debe existir coacciones de ninguna naturaleza; se debe buscar un acuerdo que sea debidamente motivado que convenza a la mayoría de la parte contraria; se debe abarcar todos la temática a ser regulada; la ausencia de deliberaciones debe conducir a la nulidad de los actos judiciales. Si no existe un poder democrático que manifiesta la voluntad de la sociedad, no existe una verdadera constitución democrática; en el mismo sentido, si no hay un procedimiento para una reforma constitucional o el mismo es inobservado, tampoco.

Actualmente, el Estado Constitucional al ser democrático, intenta efectivizar la soberanía popular a través de la implementación de mecanismos de democracia directa conforme lo contemplado en el artículo 103 y siguientes de la Constitución, como: consulta popular, plebiscito, referéndum y revocatoria de mandato de autoridades de elección popular.

En la vigente Constitución del Ecuador (2008) los principios de soberanía popular y democracia, se encuentran expresamente contemplados en el preámbulo al establecer que “...NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador...”; artículo 1, que establece “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa...”. Lo que se desprende que la participación popular constituye un eje fundamental en la organización estatal y defensa de los derechos, pues la participación activa del pueblo está garantizada.

Derecho constitucional y realidad del hecho social

El derecho en general y en particular el constitucional, tienen su origen en los hechos sociales y están encaminados a mantener las pautas que rigen una sociedad, siendo un instrumento de identidad colectiva, lo que implica que los hombres están situados en un mundo jurídico que ellos mismo crearon. En el derecho se encuentra la identidad cultural y sólo con su respeto se podrá llegar a tener una norma eficaz.

Una de las funciones del Derecho es la integración social que genera orden social, no solo para solucionar conflictos, sino para prever los mismos, ello con el fin de orientar a la sociedad para que no nazcan esos conflictos; así también, el Derecho se encarga de guiar el comportamiento de los integrantes de una sociedad, siendo capaz de dirigir el actuar de una multitud y conferir decisiones ante ciertos dilemas de la conducta que puedan surgir.

Los ordenamientos jurídicos desde sus orígenes se apoyaron en primer lugar en una autoridad, inicialmente de tipo divina; posteriormente se observa influencias de tipo filosófico, teniendo como objetivo inicial el mantener el poder. Con el iusnaturalismo se establece que el derecho procede del Derecho Natural y llega un punto en que incluso se acepta la fuerza de la historia aceptando que predomina el

espíritu del pueblo, resulta entonces que, el hombre es generador de su propia historia y tiene capacidad de decidir su futuro e influir a través de su voluntad.

Si una norma no tiene los efectos para la cual fue creada, conlleva a determinar que existe un indicador de ineficacia, y por tal, surge la necesidad que sea modificada debido a los cambios sociales; por otro lado, en relación a su interpretación, no es el juez, tampoco la función judicial, el único actor del mundo del derecho, ello engloba valores, libertades, aspiraciones sociales, por cuanto, hay instancias superiores como la ley y la propia Constitución, el poder constituyente o el legislativo, mismos que representan siempre la soberanía popular.

Bodenheimer Edgar (1996) aborda el Derecho como un producto de las fuerzas internas que operan sigilosamente, no de una voluntad arbitraria, sino un crecimiento lento, gradual y orgánico, que al igual que la cultura emana de las fuerzas inconscientes, graduales e irracionales de la vida individual de una nación determinada y que la génesis o desarrollo del Derecho parte del espíritu del pueblo en un proceso invisible del cual solo vemos su producto.

En resumen, el Derecho constituye un producto vivo que nace del pueblo, que se relaciona con la cultura, el punto de partida de su desarrollo es la sociedad misma. Resulta importante y saludable para una sociedad, que las transformaciones sociales se generen por debate público y la expresión de la voluntad popular vía legislación o referéndum.

Constitución

Desde la historia de la humanidad y su convivencia, el poder político, esto es, la dominación de unas personas sobre otras, siempre ha existido, y su regulación ha evolucionado desde la fuerza a la norma, y desde la obediencia, al deber. La forma de organización del poder ha evolucionado desde las formas más primitivas, escritas y en su mayoría no escritas, siendo la última forma de organización jurídica del poder, la Constitución.

El principio básico que dio paso al origen de la Constitución, es la igualdad, y todas las Constituciones han partido del nacimiento de ésta. El principio de igualdad es lo que diferencia a la Constitución de las formas históricas de organización de poder, y si bien resultaría evidente, debemos recordar que la explicación del poder ha sido la desigualdad y la intención de regularla, siendo que la relación de supremacía y subordinación era considerada como normal. La Constitución es el producto más acabado del constitucionalismo.

Según Oyarte, R. (2019), la Constitución es “Un texto solemne a través del cuales organizado el poder del Estado por medio de sus instituciones políticas y en el que se establece el régimen de garantías de los derechos fundamentales” (p. 47), se entiende entonces que, al ser un texto solemne, su promulgación tiene que estar sujeta a requisitos formales estrictos, y por otro lado está constituida por una parte orgánica y una dogmática.

Conforme lo analizado por Gómez, Javier (2018) la Constitución constituye la más importante fuente de derecho, puesto que determina la organización del Estado y así como de los particulares; regulan todas las demás leyes y éstas pueden ser invalidadas cuando contravengan las disposiciones de la norma suprema, misma que se caracteriza por ser rígida lo que le enmarca dentro de una fuerza jurídica fundamental que la ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico. En la parte dogmática se asegura la garantía de los derechos que ampara a todos quienes están sujetos al régimen constitucional, por cuanto se positiviza la limitación al poder, así como los derechos.

Según el procedimiento de reforma las constituciones se clasifican en:

- Constituciones pétreas: su contenido no puede ser modificado.
- Constituciones flexibles: aquellas que pueden ser reformadas como una ley ordinaria.
- Constituciones rígidas: aquellas que solo pueden ser reformadas luego de seguir un procedimiento previamente establecido y más complejo que

aquel empleado para reformar las leyes ordinarias; con lo que, se garantiza el principio de supremacía constitucional formal.

Como bien manifiesta Orozco, J. (2020):

Una constitución es la piedra angular de un sistema legal: es el origen del estado; determina la vigencia del resto de normas de un ordenamiento jurídico; proclama los derechos fundamentales a los que tienen derecho los ciudadanos; y proporciona un marco para el ejercicio y control del poder. Si una cultura constitucional no se difunde adecuadamente, aumenta la posibilidad de abuso de poder. Un paso adelante para fortalecer la constitución es redactarlo adecuadamente para que los mensajes de la ley sean más claros. (p. 216)

Proceso constituyente en el Ecuador y Constitución del 2008

El Ecuador nace constitucionalmente desde el año 1830, y desde allí hasta la actualidad se han promulgado veinte constituciones en los siguientes años: 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1929, 1938, 1945, 1946, 1967, 1979, 1998, 2008.

En referencia a los inicios de la Constitución Ecuatoriana vigente, se tiene que indicar que, tras un estado de inestabilidad política vivida en el Ecuador, suscitada por el golpe de Estado en contra de Lucio Gutiérrez en el año 2005, partidos políticos predominantes no lograron concretar un proyecto de cambio social, es entonces que, el movimiento Alianza País con tendencia izquierdista, frente a esta crisis, implementa un proyecto radical de refundación política y moral del país, proponiendo una Asamblea Constituyente.

Es así que, una vez electo Rafael Correa, el mismo día de su posesión (15 de enero de 2007), visto su ofrecimiento de campaña, emite el Decreto Ejecutivo N.-

2, por el cual, convoca al pueblo para que se pronuncie sobre la instalación de una Asamblea Constituyente con plenos poderes, adjuntando el estatuto correspondiente; y lo pone en conocimiento del Congreso, el cual en resolución dispone que el Tribunal Supremo Electoral organice, supervise, y dirija el proceso de consulta popular.

El 15 de abril del 2007 se aprobó la consulta con un alto índice de aprobación ciudadana, denotando que los ecuatorianos anhelaban un cambio profundo a nivel político. El 30 de septiembre del 2007 se designan los asambleístas constitucionales (de 130, al menos 86 son afines al gobierno) y ya el 29 de noviembre del 2007 se instala la Asamblea Constituyente.

El debate del proceso constituyente de 2007-2008 fue dominado por ideología de izquierda, defendían la idea de Constitución normativa y de derechos, con una justicia constitucional que garantice derechos y tenga supremacía. Llegó un instante, en que se comenzaron a develar tensiones ideológicas al interior del bloque oficialista, lo que se hizo evidente a la hora de tratar los temas objeto de esta investigación: el aborto, el matrimonio homosexual, y la inclusión de Dios en el preámbulo de la Constitución.

Espinoza Plúa (2018) deja indicado que en el país se desarrollaron varias marchas y acciones hasta el final de la Asamblea Constituyente, y que llevaron a las asambleístas oficialistas Rosana Queirolo y Diana Acosta, les permitió recoger ochocientas mil (800.000) firmas para que no se permita la despenalización del aborto, ni el matrimonio entre personas del mismo sexo, y para que conste el nombre de Dios en la Constitución. Es así que, en medio de las tensiones Rafael Correa convocó a su bloque a una reunión a fin de encauzar los temas polémicos, emitiendo un comunicado informando a la ciudadanía que el bloque de Acuerdo País, entre otras cosas que el matrimonio se mantendrá como la unión de un hombre y una mujer.

La nueva Constitución fue aprobada el 28 de septiembre de 2008 y el 20 de octubre del mismo año fue publicada en el Registro Oficial, recogiendo en su artículo 67 la voluntad del pueblo respecto al matrimonio al establecer que “...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.”, limitación expresa que la Constitución de 1998 no contenía. La Asamblea Constituyente fue clausurada oficialmente el 25 de octubre de 2008.

Entre las innovaciones constantes en la Constitución Ecuatoriana del 2008, se tiene:

- Pasa de un modelo de democracia representativa a participativa. Fortalece la democracia directa.
- Se hace una reestructuración de organización del catálogo jurídico, incluyendo una nueva categoría, los “Derechos del buen vivir”, así también se prioriza los derechos de grupos de atención prioritaria.
- En función del principio de titularidad del artículo 10 de la Constitución, se incorpora a la naturaleza como sujeto de derechos (deja de ser objeto).
- Reconoce el carácter plurinacional, multiétnico y pluricultural del Ecuador
- Fortalece la participación del Estado en la economía, se crea un Consejo Nacional de Planificación y se dispone la formulación de un Plan Nacional de Desarrollo que será vinculado al presupuesto general del Estado.
- El régimen de desarrollo se centra en el llamado SUMAK KAWSAY, régimen del buen vivir, siendo un sustento importante para los planes nacionales de desarrollo que se han elaborado a raíz de la Constitución, el “Plan nacional del buen vivir 2009-2013” y el actual Plan Nacional de Desarrollo “Toda una vida 2017-2021”.
- Amplia y fortalece las garantías jurisdiccionales
- Existen, ya no tres, sino cinco funciones del Estado.
- Pasa de un Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

- Se pregona la descentralización y desconcentración de la administración pública conforme los principios establecidos en el artículo 227 de la CRE (conformación de zonas, distritos y circuitos).
- Respecto al principio de desconcentración, el artículo 7 del Código Orgánico Administrativo (COA) (2017) establece que “La función administrativa se desarrolla bajo el criterio de distribución objetiva de funciones, privilegia la delegación de la repartición de funciones entre los órganos de una misma administración pública, para descongestionar y acercar las administraciones a las personas”. Conforme a este principio se trasladan funciones y competencias como efecto de la vigencia de un acto administrativo previo, mismo que opera en órganos vinculados por el principio de jerarquía y su finalidad es evitar una acumulación excesiva de competencias en los órganos superiores, la traslación de da a los órganos inferiores. Se realiza un cambio de visión sobre la idea de la desconcentración brindando autonomía a los otros niveles de gobierno como son regional, provincial, cantonal y juntas parroquiales.
- Respecto al principio de descentralización el artículo 8 del COA establece que “Los organismos del Estado propenden a la instauración de la división objetiva de funciones y la división subjetiva de órganos, entre las diferentes administraciones públicas.” Conforme a este principio, se traslada el centro de la Función ejecutiva a entidades descentralizadas, con personalidad jurídica propia, con competencias para el ejercicio de funciones pertenecientes antes a ese centro administrativo.

La Corte Constitucional de Transición en la sentencia interpretativa No. 002-08-SI-CC ya se refirió de manera expresa al cambio de modelo de Estado en Ecuador, indicando que:

Mientras la Constitución es la manifestación escrita de un nuevo orden social, que exterioriza los principios permanentes de convivencia entre los ecuatorianos y el Estado; y las garantías jurídicas para que esos principios se

materialicen, el Régimen de Transición es un cuerpo normativo que establece las reglas transitorias de organización institucional, que permitirán el ordenado tránsito, entre el Estado social de mercado anterior y el Estado Constitucional de los derechos actual.

En ese sentido, indica además que la nueva Constitución cumple con varios requisitos, así: no es modificable por la ley; tiene carácter normativo y fuerza vinculante; sujeto a control judicial de constitucionalidad con las garantías jurisdiccionales; de aplicación directa e interpretación por parte de una Corte Constitucional. Al respecto, ciertas características, como la rigidez constitucional, ya estaban contemplado en el artículo 282 de la anterior Constitución; por su parte, el carácter normativo, fuerza vinculante y aplicación directa, estaban establecidos en los artículos 18, 272, 273 y 274 de la Constitución de 1998; las garantías constitucionales tampoco son nuevas. De lo que se deduce que no se trataba de una nueva forma de Estado, sino de una mejor organización y garantía de derechos.

Control de constitucionalidad

A decir de García, D. (2001) el control constitucional es un “mecanismo de carácter procesal que busca hacer operativo el principio de jerarquía normativa, en el cual la Constitución se encuentra en la cúspide del ordenamiento.” (p. 23).; es decir, su objetivo principal es hacer efectiva la supremacía constitucional.

El filósofo Hans Kelsen como es conocido considera que el control de constitucionalidad tiene que ser ejercido por un órgano creado para el efecto, esto es, el Tribunal Constitucional, el cual se convierte en un legislador negativo, ya que tiene poder de anular una ley, lo que es igual a dictar una norma general, generando un acto contrario a la producción de normas legislativas función propia del Parlamento. De ello se desprende que los jueces constitucionales no pueden ser legislador al pretender suplir las funciones del Parlamento.

Existen varias modalidades de control de constitucionalidad. Según el órgano al cuál se le encargue el mismo, éste puede ser de dos tipos: concentrado, ejercido por un órgano constitucional; y, difuso, ejercido por cualquier operador de justicia. Según el modo de impugnación, puede ser: abstracto, el impugnador no está en una relación jurídica en que se vea afectado, como en las declaraciones de inconstitucionalidad; y concreto, el impugnador está legitimado cuando hay una relación jurídica en que alguien se ve lesionado, como en una acción de protección.

El control constitucional en el Ecuador, según Grijalva Agustín (2002), se ha desarrollado en tres etapas:

- Soberanía Parlamentaria: va desde el inicio de la República hasta la Constitución de 1945. El Congreso el intérprete final de la Constitución
- Surgimiento y Desarrollo del Tribunal Constitucional: desde la Constitución de la “gloriosa” revolución de 1945 hasta 1996 año en que el Tribunal de Garantías Constitucionales pasó a ser el Tribunal Constitucional y,
- Desafíos de la institucionalización hasta el presente: desde la creación del Tribunal Constitucional con nuevas competencias hasta la actualidad, bajo la denominación de Corte Constitucional.

En la actual LOGJCC, respecto al control abstracto de constitucionalidad, establece:

“artículo 74. El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.”

Es decir, la incompatibilidad de una norma por fondo o forma respecto a las normas constitucionales puede ser eliminada a través de control abstracto de

constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional, lo que garantiza la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y a su vez el principio de supremacía constitucional.

En el artículo 75 de la LOGJCC se establece las competencia que tiene la Corte Constitucional para ejercer el control abstracto de constitucionalidad respecto como en los casos siguientes: enmiendas y reformas constitucionales; resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales, leyes y decretos con fuerza de ley; actos normativos y administrativos con carácter general; en el proceso de formación de las leyes; proyectos de cambios constitucionales, convocatorias a referendo para cambio constitucional, convocatorias a consultas populares, estatutos de autonomía y sus reformas.

El control abstracto de constitucionalidad se rige por los siguientes principios: control integral, presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas, *in dubio pro legislatore*, permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico, interpretación conforme, declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso, instrumentalidad de las formas y procedimientos, control constitucional de normas derogadas, configuración de la unidad normativa. Este tipo de control es ejercido únicamente por la Corte Constitucional quien analiza la incompatibilidad de la norma, sea ésta de fondo o de forma.

Por otro lado, respecto al control concreto de constitucionalidad la LOGJCC establece: “artículo 141...El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales...”; es decir, este control se da con motivo de una duda surgida a propósito de un caso particular y a través de consulta de norma llegará a conocimiento de la Corte Constitucional. El procedimiento se encuentra contemplado en el artículo 142 *ibídem*, el que establece que:

...cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución

o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional...

En tal virtud, el control concreto de constitucionalidad es otra facultad conferida a la Corte Constitucional a fin de que, se garantice la constitucionalidad de la aplicación de normas jurídicas dentro de procesos judicial, para lo cual, el juez únicamente cuando hay duda motivada y razonable que una norma jurídica es contraria a la Constitución o instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables tiene la atribución de suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente a la Corte Constitucional para que resuelva.

En la misma línea de lo contemplado en la norma referida, el artículo 428 de la CRE determina:

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, **considere que una norma jurídica** es contraria a la Constitución o a los **instrumentos internacionales de derechos humanos** que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que, en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma... (negritas fuera de texto).

Se denota que el contenido de las normas indicadas es similar y es en base a éstas que, en el caso en estudio, el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha consulta, si la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, que establece derechos más favorables, porque faculta contraer matrimonio entre personas del mismo sexo; es constitucional y aplicable sin que se proceda en forma previa a reformar los artículos 67 de la CRE, 52 de la LOGIDAC (Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles) y 81 del CC (Código Civil), y de las demás normas y reglamentos existentes sobre el tema, sin que se vulnere el principio de

supremacía de la Constitución y principio *pro homine*; dejando en claro que lo que faculta la norma suprema, es una consulta de constitucionalidad de norma jurídica, no de una opinión consultiva.

Está claro que el legislador constitucional goza de la presunción de constitucionalidad, y en base a ello debe interpretar el Juez de Corte Constitucional, es decir, solo en caso de que no haya duda alguna, se debe fallar a favor de la constitucionalidad, lo que se encuentra recogido en la LOGJCC, en el artículo 76 numeral 3, en el que se reconoce el principio *In dubio pro legislatore* al momento de realizar un control de constitucionalidad. Es así que, resulta evidente que el legislador goza de un privilegio que hace que, en caso de duda sobre la constitucionalidad, la norma constitucional por él emitida prevalezca.

Conflictos constitucionales

Uno de los fines del derecho es la convivencia pacífica de la comunidad, para que se cumpla la misma es necesario que la solución de conflictos suscitados pueda darse por la acción procesal. Se debe tener en cuenta, que los conflictos siempre han estado presentes en las relaciones de convivencia social, y actualmente, en un mundo jurídico civilizado, la jurisdicción propende a alcanzar vías y soluciones lógicas para prevenirlos y solucionarlos.

Los conflictos sociales en varios casos se reflejan en los constitucionales, que implican el quebrantar la Constitución de manera arbitraria, lo que hace necesario la existencia de mecanismos para restablecer la eficacia constitucional. Estos problemas pueden surgir, por ejemplo: entre los poderes del Estado, cuando uno de ellos pretenda invadir las atribuciones de otro; cuando la norma jurídica no se ajusta a la constitucional; o cuando el Estado violenta derechos en relación a particulares.

Los Tribunales o Cortes Constitucionales son los órganos competentes para resolver los conflictos constitucionales cuando la Constitución les confiere competencia, así como para aplicar e interpretar la Constitución, con la misión de

prevalecer el principio de supremacía constitucional. Sin embargo, su actuación no tiene que ser arbitraria.

Para resolver este tipo de conflictos, la Constitución y la ley catalogan a la Corte Constitucional como el máximo órgano de control e interpretación constitucional y del sistema de administración de justicia constitucional, y le confiere varias facultades para cumplir con su cometido, como el ejercer el control concreto y abstracto de constitucionalidad.

Supremacía Constitucional

La supremacía constituye el principio básico del constitucionalismo clásico, viene a ser su premisa mayor y ley fundamental. La Constitución es jerárquicamente la norma superior considerada como “*Norma normarum*” o “Ley de leyes”, esto es, aquella que regula todo el ordenamiento jurídico de una sociedad entera, siendo que, de haber conflicto con otra, ésta prevalece y se superpone a la de tipo infraconstitucional.

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 0006-09-SIS-CC, Caso No. 0002-09-IS, 3 de septiembre de 2009, ha establecido que la supremacía no es solo “un enunciado dogmático, al contrario, es un deber y garantía del Estado, por el cual todos los poderes del Estado, e incluso el actuar de los particulares, se someten a los principios enmarcados en la Constitución”.

La supremacía constitucional trae consigo consecuencias como el hecho de que las normas constitucionales no se pueden modificar por una norma ordinaria, sino previo el procedimiento legal y rígido propio de una reforma constitucional, establecido en la misma ley suprema, y que, las leyes ordinarias deben sujetarse a la Constitución tanto en su forma (procedimiento de creación) como en su fondo (principios y derechos).

Este principio tiende a proteger la aplicación de las normas constitucionales de manera íntegra, por cuanto éstas reflejan los anhelos sociales más arraigados y profundos de una sociedad políticamente organizada, cuyos miembros, en estricta democracia, han aprobado las referidas normas, y es por ello que su observancia es obligatoria. Ésta radica en dos importantes condiciones: ser el reflejo básico de las aspiraciones de una sociedad y la fuerza que tienen como norma jurídica superior.

Históricamente, Estados Unidos en el año 1803 ya se pronunció sobre la importancia de la supremacía constitucional, mediante uno de sus casos más emblemáticos: la decisión de la Corte Suprema al resolver el caso *Marbury vs. Madison* con el voto del Juez John Marshall, la cual se convirtió en un precedente jurídico de gran trascendencia respecto al principio de supremacía constitucional y al papel de los jueces ante las leyes inconstitucionales.

Una idea de Hamilton (2010) expuesta en Núñez (2016) detalla varios puntos importantes sobre los aportes de la sentencia referida en relación al principio de supremacía constitucional destacando que:

... O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso y como tales, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla. Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría, por su esencia misma, va imbíbida en una Constitución escrita y, en consecuencia, este Tribunal tiene que considerarla

como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad... Indudablemente, es de la competencia y del deber del Poder Judicial el declarar cuál es la ley... Si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia del deber judicial. ...los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, (luego) entonces la Constitución y no la tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables. (p. 143)

Se denota de lo referido, que la Constitución no puede ser cambiada por medios ordinarios, por cuanto se asemejaría a una ley ordinaria, cuando no lo es, y, por otro lado, se estaría desconociendo el poder de limitación de poder que tiene, ya que al reformarla sin procesos estrictos esta limitación se vería gravemente afectada.

El razonamiento efectuado por el Juez Marshall fue el origen del modelo americano de control constitucional, estableciendo que cualquier Juez que se encuentre frente a una norma contraria a la Constitución tiene que inaplicarla (control difuso), a diferencia del modelo europeo, en el que el control constitucional corre a cargo de un tribunal o corte especializado (control concentrado).

En el Ecuador, el principio de supremacía constitucional se encuentra desarrollado en el artículo 424 y siguientes de la CRE, en los que principalmente se destaca que, para tener eficacia jurídica, las normas tienen que tener conformidad con la Constitución misma que es la norma suprema, así como con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables.

Por su parte, el COFJ al establecer los principios rectores y disposiciones fundamentales, en el artículo 4 hace alusión al Principio de supremacía constitucional, y preceptúa que todas las autoridades y servidores de la Función Judicial aplicarán la Constitución de manera directa, sin que éstas se encuentren desarrolladas en norma alguna, siendo que sus pronunciamientos no pueden vulnerar el contenido de normas constitucionales.

Conforme refiere Puppo Alberto (2016) el sistema jurídico es una estructura jerarquizada, en la cual prima la supremacía constitucional, a tal punto que, si una norma inferior no cumple con los presupuestos de la superior, puede ser anulada e invalidada. Esta jerarquía permite que el derecho no tenga ningún tipo de inconsistencias. Se evidencia una jerarquía entre normas de derechos humanos reconocidos en la Constitución y los reconocidos en normas internacionales, pero ciertas normas tienen mayor valor que otras, siendo que, en caso de duda, al existir conflicto entre normas, prevalece la que fue introducida por una voluntad democrática.

Es necesario indicar que, la Supremacía reside en dos vertientes básicas: la formal y la de tipo material. Es formal, en cuanto fundamenta y ordena la validez de todo el sistema jurídico, determinando un proceso dificultoso para su reforma (Rigidez constitucional); es material, en cuanto determina los valores, derechos y principios fundamentales que rigen la organización socio-política de un país. Estas dos características permiten que la Constitución se convierta en un elemento eficaz, altamente efectivo, que implica una fuerza normativa suficientemente suprema, sin que exista elementos que se opongan a ella.

Supremacía formal

La supremacía constitucional nace con el constitucionalismo moderno, cuyo origen se remonta a la Constitución Norteamericana de 1787 y se caracteriza por tres elementos básicos: separación de poderes y el establecimiento de un

procedimiento para crear leyes y un procedimiento especial para modificar la Constitución.

Tanto la Constitución Norteamericana (1787) como la Francesa (1791) lo que buscaban era limitar el poder y evitar cualquier abuso del mismo, y posteriormente, esa fue la característica de las Constituciones, limitar el poder y fin de precautelar su integridad, el procedimiento para su reforma sería de tipo especial (rigidez constitucional).

El principio de rigidez constitucional pone en evidencia la Supremacía de la Constitución, la calidad de norma suprema, su eficacia y fuerza normativa, y el hecho de constituir una norma resguardada y protegida de cualquier órgano del poder que pretenda cambiarla; y es así que, su proceso de reforma es distinto al de una ley infraconstitucional.

Como lo afirma Nogueira Humberto (2017) una Constitución rígida es aquella cuya modificación es impedida de manera ordinaria por el legislador, sino que requiere de un procedimiento especial y más complejo que el procedimiento regular. En la actualidad, con muy pocas excepciones como el caso de Israel e Inglaterra, la gran mayoría de Constituciones son de tipo rígida, conteniendo un proceso de reforma agravado como expresión de garantía de lo aprobado por el poder constituyente. La reforma constitucional es legítima únicamente cuando sus objetivos y medios sean democráticos y compatibles con el contenido de las disposiciones constitucionales. Una reforma constitucional no puede reemplazar al poder constituyente originario, cambiando la idea plasmada por el constituyente; y el poder constituyente derivado sólo puede darse legítimamente dentro de las disposiciones constitucionales determinadas para realizar modificaciones.

En todo sistema rígido, como es el caso de nuestro país, existe un órgano involucrado en la modificación de la Constitución, en el caso del Ecuador, la Corte Constitucional, cuyo objetivo según sus atribuciones, es que la Constitución sea renovada conforme a los parámetros previstos en ella.

En este punto se debe indicar que existen tres procedimientos para reformar la Constitución:

- La enmienda ante la Asamblea Nacional en el ejercicio del poder constituyente derivado (artículo 441.No. 2, CRE)
- La enmienda que se realiza a través de referéndum constitucional directo (artículo 441, No.1, CRE)
- La reforma parcial en el que debe intervenir, en primer término, la Asamblea Nacional y, finalmente, la ciudadanía mediante referéndum (artículo 442 CRE)

La Corte Constitucional contribuye realizando los controles como en el caso de un referéndum ratificatorio parcial al igual que la enmienda, teniendo que controlar que las preguntas sean sencillas, comprensibles y no inductivas. Si lo que se pretende es una modificación total se constituye una Asamblea Constituyente.

Respecto a la supremacía formal De La Cueva (2008) establece que ésta:

...es el resultado de la condición escrita y de la rigidez de las constituciones, forma en la que quedan al abrigo de cualquier acto de los poderes estatales. Este segundo aspecto de la supremacía depende de una decisión del pueblo o de la asamblea constituyente, a diferencia del primero que deriva de la naturaleza intrínseca de las normas... (p. 96).

En este punto, es necesario traer a colación el pensamiento de Hans Kelsen, quien concebía a la Constitución como norma suprema ubicada en la cúspide de la llamada “Pirámide de Kelsen”, y es ésta la que rige el contenido y validez de la normativa jurídica inferior y el procedimiento de formación de la misma.

La Constitución es el resultado del ejercicio soberano del poder Constituyente y determina la validez o invalidez de las normas jurídicas, entendiéndose que no hay poder o norma que se le superpongan.

Supremacía material o fundamental

Inicialmente se debe recordar que la Constitución en el Estado Moderno se origina como una forma de limitar el poder político, y evitar sus excesos, condición reflejada principalmente en la división de poderes; posteriormente se incorporan los derechos fundamentales, mismos que son defendidos por el constitucionalismo moderno.

Antes del surgimiento del constitucionalismo moderno, el monarca era el único poder soberano, y es por ello en que los primeros documentos de tipo constitucional como la Constitución de Francia (1791-1793) y la de Cádiz (1812), no se concebía el carácter supremo de la norma, sin embargo, la supremacía potestativa se estaba trasladando de la voluntad del rey a la voluntad soberana del pueblo.

La soberanía del pueblo ha sido un elemento fundamental para el desarrollo del Estado Constitucional de Derechos y la participación del pueblo ha sido cada vez más protagónica, representado en primer lugar por el Poder Constituyente; y es el constituyente quien recoge la ideología y los anhelos de una determinada sociedad, que plasmados en normas positivizadas gozan de supremacía y, por ende, de intangibilidad.

Ello tiene su origen en la teoría de contrato social defendido por Tomas Hobbes, influyó en el pensamiento jurídico y político de los siglos XVII, XVIII y XIX, y se sostenía que previo a una organización política-social de una sociedad, existe un estado de naturaleza previo, mismo que evitaba cualquier tipo de convivencia y la anarquía imperaba en todos los ámbitos, siendo así, el hombre trataba de apoderarse de todo por medio de actos violentos por cuanto no existía un

orden jurídico; ante ello fue necesario limitar esas conductas, atribuyendo las facultades en un único poder soberano y absoluto.

Fue en la Convención de Filadelfia en la que se insertó por primera vez la idea de soberanía popular. En Norteamérica, al no contar con monarquías como en Europa, se utilizó la justificación que el propio pueblo era quien tenía la voluntad de organizarse social y políticamente, lo que se plasmó en el preámbulo de la Constitución al emplear el vocablo “*We the people*” (nosotros el pueblo).

La Constitución Norteamericana de 1787 y luego las francesas de 1791 y 1793, establecieron ser normas supremas, ya que emanan de la soberanía popular.

La supremacía material de la Constitución se fundamenta en el carácter axiológico de la misma. Luego de la Primera y Segunda Guerra Mundial, y guerras posteriores, surgió una conciencia social internacional sobre la garantía y el respeto a los derechos fundamentales como elementos a ser protegidos por los Estados, es así que crece la tendencia de crear tratados y convenios internacionales mediante los cuales se garantice y proteja la dignidad del hombre.

Inicialmente entonces, se dotó al legislador de facultades ilimitadas para plasmar en las normas la voluntad del pueblo, sin embargo, ante el arribo de los derechos humanos, se limita su actuar y se resguarda a los ciudadanos de cualquier abuso de poder por parte de los legisladores.

Al respecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 21 en su numeral 3 establece que “...La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público...”.

La implementación de los valores y principios en los textos constitucionales no garantizan plenamente la instauración de una justicia plena, por cuanto se podría incurrir en una interpretación excesiva de los jueces constitucionales, lo que podría

desencadenar en una merma del principio de seguridad jurídica, resultando que la valoración de juez podría ser lo único que prevalece.

Reformas constitucionales

Una Constitución, sin lugar a dudas, refleja las culturas de la sociedad en las que se ha construido el Estado constitucional, esto conforme los distintos momentos históricos que han transcurrido; es así que, se ajusta a la realidad social mediante la interpretación, y cuando ésta no es posible y se necesita un cambio que se ajuste, es necesario recurrir al procedimiento de reforma constitucional.

En palabras de Rincón César (2017) se evidencian tres maneras en que el texto constitucional puede transformarse: la creación de una Constitución nueva en su totalidad, siguiendo un proceso que respete los derechos fundamentales y regule el ejercicio del poder; una reforma constitucional, ajustada a las propias normas constitucionales; o la interpretación o mutación constitucional, siendo su única limitante el propio texto de la Constitución, cuya protección constituye la máxima expresión de la voluntad y decisión de una sociedad, sin que sus fundamentos, principios ni normas puedan ser desvirtuados.

Las reformas constitucionales implican amplios debates en el ámbito jurídico y político, e involucran varios aspectos a considerar como: la Constitución, la democracia, la separación de poderes del Estado, control constitucional y los límites que tiene un poder constituido para reformar la Constitución.

De Vega (1985) mencionado en Zuluaga (2008) respecto a la reforma constitucional establece que "...en el plano jurídico positivo, se concreta...en un conjunto de normas procedimentales por las que se establece un mecanismo más complejo, agravado y difícil para la revisión de la Constitución que el que se sigue para la modificación de las leyes ordinarias..." (p. 44), de lo que se tiene que las normas procedimentales para reformar la Constitución tienen que ser más complejas.

De lo referido se desprende que para que las normas procesales de reforma constitucional sean eficaces, deben determinar una vía que permita ajustar las normas constitucionales a la evolución histórica siempre y cuando una interpretación no sea factible, y este procedimiento tiene que estar siempre ajustado a parámetros jurídico formales.

Es necesario considerar que, como defiende Valadés, Diego (2018) que:

Quando se adoptan Constituciones nuevas o se les reforma, se contemplan los efectos directos de la modificación sin tener en cuenta los impactos laterales en el conjunto normativo, las posibles implicaciones en el funcionamiento de otras instituciones ni la recepción en el espacio cultural en el que van a ser aplicadas. (p. 388)

Deduciendo de ello que una reforma constitucional no tiene que ser mirada únicamente desde su efecto directo, sino se debe considerar los impactos que ésta genere en todo el ordenamiento jurídico, cómo afectará a las demás instituciones jurídicas y su efecto dentro del ámbito cultural en que se promulgará. En tal virtud, es necesario analizar los efectos y forma de la reforma constitucional, y mesurar la plasticidad de la Constitución, considerando que la interpretación o reformas constitucionales pueden darse en un contexto de activismo judicial del Juez, en el caso en estudio del juez de Corte Constitucional.

La Constitución del Ecuador al ser una constitución de tipo rígida, cuando se pretende reformarla tiene normas constitucionales a seguirse, es así que, en su Título IX “Supremacía de la Constitución” dedica el Capítulo III a la reforma de la Constitución, estableciendo que la misma únicamente procede vía enmienda, reforma parcial o asamblea constituyente, sujetándose a las siguientes reglas procedimentales:

Enmienda

Determinada en el artículo 441 de la Constitución, procede siempre y cuando, no se modifique la estructura fundamental, no se modifique el carácter o elementos constitutivos del Estado, no se establezca restricciones a derechos y garantías y no se modifique el proceso de reforma de la Constitución.

La enmienda se realizará:

- Por referéndum: solicitado por el presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de mínimo 8% de personas inscritas en el padrón electoral.
- Iniciativa de la Asamblea Nacional: mínimo 1/3 de sus miembros. El proyecto de enmienda se tramitará en dos debates, el segundo se realizará impostergablemente en los 30 días siguientes al año de realizado el primero. Solo se aprueba con el respaldo de las 2/3 partes de los miembros.

Como dice Rivera, A. (2017) “...Las enmiendas obedecen a un marco estructural complejo, que incluye parcialmente la hegemonía de un partido político, una concepción política de la Constitución, el carácter normativo de sus disposiciones, un proceso de centralización en curso...” (s/p), es decir, las enmiendas constitucionales surgen a raíz de varios factores políticos, sociales o culturales del Estado.

Reforma parcial

Establecida en el artículo 442, procede siempre y cuando, no restrinja en derechos y garantías constitucionales y no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, es decir mediante la reforma parcial se podría modificar los elementos constitutivos del Estado y la estructura fundamental de la Constitución.

La reforma parcial se realizará:

- Por iniciativa presidencial o solicitud ciudadana, con el respaldo de mínimo 1% de personas inscritas en el padrón electoral, o resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.
- Tramitación de la iniciativa: por la Asamblea Nacional en mínimo dos debates; el segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. Aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de 45 días.
- Referéndum: Para la aprobación se requerirá al menos $\frac{1}{2}$ más uno de los votos válidos. aprobada la reforma, dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.

Asamblea Constituyente

Contemplada en el artículo 444. Sólo podrá ser convocada a través de consulta popular, misma que podrá ser solicitada: por el Presidente, por las $\frac{2}{3}$ partes de la Asamblea Nacional, o por el 12% de las personas inscritas en el registro electoral. Incluirá la forma de elección de representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con $\frac{1}{2}$ más uno de los votos válidos.

Conforme lo preceptúa el artículo 443 de la CRE corresponde a la Corte Constitucional determinar cuál de los procedimientos corresponde a cada caso. Por su lado, el artículo 75 numeral 3 de la LOGJCC determina que la Corte Constitucional, será competente para ejercer el control de constitucionalidad (control abstracto) en los siguientes casos, entre otros: a) Proyectos de reformas, enmiendas y cambios constitucionales; b) Convocatorias a referendo para reforma, enmienda y cambio constitucional; y, c) Convocatorias a consultas populares, excepto aquellas en las que se consulta la revocatoria del mandato.

Corte Constitucional en los cambios constitucionales

Para efectos del control constitucional de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales, conforme lo establecido en la LOGJCC, la Corte Constitucional intervendrá a través de los siguientes mecanismos:

1. Dictamen de procedimiento.
2. Sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo.
3. Sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales.

1. Dictamen de procedimiento: Todo proyecto de enmienda o reforma constitucional debe ser enviado a la Corte Constitucional, misma que indicará que procedimiento corresponde de acuerdo a los siguientes casos:

- Cuando la iniciativa provenga del Presidente de la República, antes de expedir el decreto por el cual se convoca a referendo, o antes de emitir el decreto por el cual se remite el proyecto a la Asamblea Nacional;
- Cuando la iniciativa provenga de la ciudadanía, antes de dar inicio a la recolección de las firmas requeridas para la respectiva convocatoria a referendo o para la presentación a la Asamblea Nacional;
- Cuando la iniciativa provenga de la Asamblea Nacional, antes de dar inicio al proceso de aprobación legislativa.

2. Control constitucional de la convocatoria a referendo: Existirá un control constitucional previo de la respectiva convocatoria a referendo. Se realizará un control formal de la convocatoria, se verificará al menos: El cumplimiento de las reglas procesales; la competencia en el ejercicio del poder de reforma a la Constitución; y, la garantía plena de la libertad del elector, y en particular, el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad.

Además, se controlará la constitucionalidad de los considerandos que introducen la pregunta, verificando entre otros que: no se induzca la respuesta,

concordancia plena con el texto normativo, lenguaje neutro, sin carga emotiva, sencillo y comprensible.

Finalmente se verificará sometido a votación cumpla con ciertos requisitos como: Una sola cuestión por pregunta, posibilidad de aceptar o negar varios temas de manera individual, no se encamine a establecer excepciones en beneficio de un proyecto político, propuesta tenga efectos jurídicos y modificaciones al sistema jurídico.

3. Control constitucional de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales: Las enmiendas, reformas y cambios constitucionales podrán ser demandados ante la Corte Constitucional, de acuerdo con las siguientes reglas:

- Las enmiendas y reformas que se tramitan a través de un referendo, pueden ser demandadas únicamente por vicios de procedimiento ocurridos con posterioridad a la convocatoria respectiva;
- Las enmiendas que se tramitan a través de la Asamblea Nacional, pueden ser demandadas por vicios de forma y procedimiento en su trámite y aprobación. El examen de los vicios formales incluye el análisis de la competencia de la Asamblea Nacional para reformar la Constitución;
- El examen de los vicios formales incluye el análisis de la competencia para reformar la Constitución;
- Las reformas que se tramitan a través de la Asamblea Nacional pueden ser demandadas por vicios de procedimiento en su trámite y aprobación;
- Los cambios constitucionales realizados a través de una Asamblea Constituyente pueden ser demandados por vicios de forma y procedimiento, de conformidad con las reglas determinadas por la misma Asamblea; y,
- En cualquiera de los casos anteriores, la demanda de inconstitucionalidad debe ser interpuesta dentro de los treinta días siguientes a su entrada en vigencia.

Como lo señala Orunesu (2012) mencionada en González (2017) “si la Constitución tiene un contenido determinado y, por ello, limita lo que la mayoría ordinaria puede decidir, ¿tiene sentido dejar en manos del órgano que se pretende limitar (legislativo) el papel de intérprete privilegiado de esos límites?” (p. 173), en el caso en estudio, los jueces de la Corte Constitucional, tendrían aquel privilegio de rebasar los límites constitucionales?, no se justifica pues que un grupo reducido de ciudadanos impongan sus valores por sobre el resto de ciudadanos generando un “gobierno de jueces”; por su lado, Sagüés (2006) considera que “...la interpretación constitucional constituye el recinto donde el poderoso interpreta por sí la norma constitucional que lo limita, y en esa tarea tendrá muchas veces la tentación, tan difícil de reprimir, de entenderla como mejor le convenga o de evadirse de los topes normativos que le molesten” (p. 197), es decir, con en virtud de esa facultad amplia y tal importante que tiene la Corte Constitucional para interpretar y mutar las normas constitucionales, sin lugar a dudas, existirán tentaciones que incluso lo pueden llevar a desconocer el texto constitucional.

Mutaciones constitucionales

El poder constituyente originario, encargado de la redacción de la Constitución, viene a ser la más elevada expresión de la soberanía popular y plasmada ésta, tienden a perdurar en el tiempo y regular la convivencia social en la comunidad conforme las normas constitucionales; es así que estos preceptos se subsumen en el principio de supremacía constitucional y a la protección de la soberanía popular; sin embargo, la Constitución no debe ser una ley eterna. La tesis de la inmutabilidad absoluta de la Constitución es obsoleta, por cuanto las condiciones socioculturales en ciertos casos deben ser analizadas, es así que, este grado de modificación puede ser en mayor o menor grado según la Constitución sea rígida o flexible.

El artículo 28 de la Constitución Francesa de 1793 establece que “Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una

Generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”; de lo que se desprende que cualquier cambio constitucional tiene que efectuarse con la participación del pueblo, bajo las reglas constitucionales. Lo que se busca es la estabilidad de la norma suprema, que se cree una conciencia de seguridad en los ciudadanos, que se asegure los derechos fundamentales de los mismos y que se limite el poder público.

Sin embargo, existen formas de desconstitucionalizar la Constitución, y se puede caer en el hecho de que la constitucionalizarían es jurídicamente válida, pero carece de realidad existencial, como en los casos de gobiernos dictatoriales.

Se habla de cambio constitucional cuando se pretende acomodar las normas constitucionales a la realidad de una sociedad, siendo las formas de cambio constitucional: la enmienda, la reforma y la mutación constitucional. Las reformas y enmiendas se dan cuando el cambio es efectuado a través de procesos formales, esto es mediante la intervención de ciertos órganos y previas las formalidades legales; y, la mutación, cuando surge de procesos informales, de tipo arbitrario, que no respetan el marco legal, operan sin cambiar el texto de la norma, se da generalmente por la intervención fáctica de ideologías.

Las mutaciones constitucionales constituyen cambios informales de las normas constitucionales, evidenciándose una oposición al proceso de reforma constitucional formal.

Da Silva, José (s/f), refiriéndose a Hsü Dau Lin señala que la mutación constitucional es el “cambio que modifica el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”; es decir por sobre la literalidad de la norma constitucional, se cambia el significado de sus palabras; cambios que implican inobservar las normas establecidas para el procedimiento de una reforma constitucional.

Sánchez (2000) hace referencia en el mismo sentido a Hsü Dau Lin, refiriendo que el mencionado autor distingue cuatro tipos de mutación constitucional:

- La mutación constitucional por medio de una práctica estatal formal que no viola la Constitución: surgen relaciones jurídicas no previstas en la Constitución.
- La mutación constitucional por imposibilidad del ejercicio de determinadas atribuciones descritas en la Constitución: cuando las atribuciones de Autoridades decaen o entran en desuso, una norma que ha perdido su vigencia social no tiene existencia material.
- La mutación constitucional por medio de una práctica constitucional contraria a la Constitución: por medio de la legislación interna, por ejemplo.
- La mutación constitucional por medio de la interpretación de la Constitución: son interpretadas de acuerdo con las cambiantes concepciones, sin ajustarse al tenor literal de la norma constitucional.

Las mutaciones constitucionales, desde todo punto de vista son inaceptables, pues se van en contra de las ciertas funciones atribuidas a la Constitución como limitadora del poder, tendiéndola a ser hiperflexible y se va en contra de la soberanía primaria del pueblo; además, se ven envueltas en un sentido de fraude al distorsionar las normas constitucionales.

La interpretación por sí misma, no puede cambiar la Constitución. Resulta trascendental indicar que la opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la república de Costa Rica, en el párrafo 7 establece que a la Corte no le corresponde modificar la Convención, por lo que su jurisdicción consultiva o no contenciosa no debe transformarse en el ejercicio de la función normativa, la que, está expresamente conferida a los Estados; analógicamente la Corte Constitucional del Ecuador haciendo uso de su facultad consultiva no estaría facultado para modificar la Constitución, como efectivamente lo ha hecho, por

cuanto, la función normativa está conferida a la soberanía popular en las forma establecidas en la Constitución.

Como bien defiende Vega, Pedro de. (1985):

...lo que se pretende es evitar que los poderes constituidos ... se transformen en efectivos poderes constituyentes, de tal suerte que, en lugar de estar sometidas las asambleas a la Constitución, sería la Constitución quien se vería a merced de los avatares parlamentarios, de los vaivenes electorales, y de los caprichos de mayorías más o menos coyunturales. (p. 54)

Es decir, las normas Constitucionales no pueden ser reformadas bajo una mutación arbitraria efectuada por un poder constituido, puesto que la norma suprema no puede estar sometida a éstos, más bien su supremacía tiene que prevalecer ante toda intención de cambio inconstitucional.

En el mismo sentido, tampoco se puede considerar que mediante la interpretación de una norma constitucional se reforme tácitamente la misma, y en ese sentido Falcão (2003) mencionado en Cadena (2017) ya se cuestiona:

¿Cómo es posible que un minúsculo grupo de jueces, que no son electos directamente por la ciudadanía (como lo son los funcionarios políticos), y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares (y que gozan de estabilidad en sus cargos y libres del escrutinio popular) puedan prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? (p. 40)

Y es que efectivamente, la democracia tiene que estar por sobre el criterio de nueve Jueces de la Corte Constitucional, precautelando siempre la voluntad popular en relación a las normas constitucionales que rigen la convivencia social.

El respeto a la Constitución y su supremacía es de gran relevancia, es por ello, que incluso la Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación tiene que estar sujeta a ella y limitar su actuación, en ese sentido Osorio, Octavio. (2016)

establece que “...cuando la mutación constitucional proviene de la actividad de algún órgano constituido, el límite de su actuación es la Constitución, por lo que cualquier actividad que vulnere la Constitución será anticonstitucional; pero si la fuente de la mutación proviene de alguna práctica del pueblo, ello no tendría que ser necesariamente anticonstitucional...”; de lo que se tiene por sobre el criterio de los Jueces de la Corte Constitucional se encuentra la voluntad popular.

Interpretación constitucional

En el Derecho, cuando alguna norma no se expresa por sí misma, o no lo hace con completa claridad y precisión, es necesario interpretarla. Interpretar según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto.

Para Lawrence (2010) mencionado en Pulido (2012) “la interpretación es la actividad de determinar el significado lingüístico de un texto normativo y cuya finalidad es resolver las ambigüedades y vaguedades de los textos normativos”. (p. 126).

La interpretación a su vez, obedece al principio de supremacía constitucional, esto es, reconocer que la Constitución es la norma suprema caracterizado por la fuerza normativa de la Constitución y la rigidez constitucional; y en ningún caso se puede generar reformas constitucionales. Tiene además que considerar las consecuencias sociales, sin enmarcarse únicamente a satisfacer pretensiones particulares, más bien, por el contrario, tiene que considerar los efectos que aquella interpretación tendrá en la sociedad, así lo señala Vigo (1993), al establecer que “el intérprete constitucional debe prever las “proyecciones sociales globales y las proyecciones para los casos judiciales -los presentes y los futuros- de las soluciones que propugna”. (p. 84).

Es así que, a través de la interpretación de la Constitución, puede prevalecer la política de una forma considerable, siendo que, mientras más extensiva es la

interpretación, más se acerca a un juego de interés políticos o ideológicos con la libertad de decisión del legislador que ha sido elegido y legitimado de manera democrática.

En el Ecuador, según Celi Israel (2017), una explicación sobre la ausencia de una teoría de la interpretación constitucional judicialista en relación a la Constitución de 1998, se puede relacionar con al menos tres factores: a) la Constitución aún permitía que el legislador la intérprete de manera obligatoria, pese a garantizar el control constitucional; b) en la teoría transnacional las teorías judicialistas del neoconstitucionalismo eran poco relevantes; y, c), no había llegado la crisis política del año 2005 que denotó un proceso acumulado de desconfianza en la función legislativa.

El artículo 427 de la CRE establece que “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. **En caso de duda**, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos...” (negrilla fuera de texto). En este punto, se debe dejar claro, que en el caso que nos ocupa, la Corte Constitucional “interpretó” un artículo, cuyo contenido es totalmente claro al establecer que “...artículo 67...El matrimonio es la unión entre hombre y mujer...”, no cabe duda alguna y resulta tan lógico y simple entender que el constituyente y bajo la anuencia de la soberanía popular, tuvo como voluntad que el matrimonio se dé entre un hombre y una mujer.

Varios parámetros respecto a la interpretación de norma se encuentran recogidos en la LOGJCC, misma que en su artículo 1 establece su objeto y finalidad, entre otros, garantizar la supremacía constitucional.

El neoconstitucionalismo se funda en principios que favorecen la interpretación de normas constitucionales, sin embargo como bien lo señala Cárdenas Jaime (2019) existen deficiencias considerables como: la asignación de un papel extremadamente importante a los jueces, incluso por sobre los poderes estatales incluyendo la legislativa; el juez constitucional no posee una democracia

legítima pues éste no es elegido por el pueblo; y, el modelo neoconstitucionalista desconfiaba de la participación popular sobre todo respecto a los derechos.

Métodos de interpretación constitucional

Los métodos de interpretación constitucional son vías tendientes a mostrar, criterios, referencia y modos de operar para lograr la correcta obtención del significado de enunciados legales.

A decir de Zapata Julio (2017) al momento de interpretar una norma en razón de su constitucionalidad, puede darse el caso en que se incorpore a la Constitución algo que no consta de manera expresa, definiendo ciertos conceptos por intermedio de la función interpretadora; y de manera textual determina que “Lo que se pide de tal interpretación es que sea prudente y no desorbitante, abusando de la facultad de controlar la constitucionalidad y ahora también la convencionalidad.”. Al aprobar un artículo constitucional éste debe brindar la seguridad de garantizar su permanencia con la supremacía constitucional y que el mismo sea respetado, esto es, no sea cambiado de una forma ordinaria, y corresponde a cada país implementar instituciones jurídicas que la avalen, por cuanto esa norma es considerada la voluntad del pueblo.

El artículo 3 de la LOGJCC, haciendo hincapié en que la interpretación de normas constitucionales únicamente procede en caso de existir duda, determina las siguientes reglas de interpretación constitucional:

1. Reglas de solución de antinomias: Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

2. Principio de proporcionalidad: Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se

verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación: Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Por otra parte, el mismo artículo hace referencia a los diversos tipos de interpretación constitucional:

4. Interpretación evolutiva o dinámica: Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática: Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

6. Interpretación teleológica: Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

7. Interpretación literal: Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

8. Otros métodos de interpretación: La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

A decir de Kokubun, N. (2020) “Los métodos de toma de decisiones no están estipulados en la Ley del Tribunal Constitucional, sino que son métodos desarrollados por la propia Corte Constitucional, se critica que el uso de métodos es, en sí mismo, ilegal.”, en nuestro caso la LOGJCC establece los métodos de interpretación de la ley, sin embargo, se indica que son aplicados en caso de duda, las atribuciones tomadas más allá de ello, implicaría conforme lo referido, ilegalidad.

La Corte Constitucional como órgano de interpretación constitucional

Como refiere Suárez, K. (2018) “El tribunal constitucional como lo propuso Kelsen, es la creación ad hoc que ejerce la protección y control de la Constitución, así como resolver conflictos de competencia entre los poderes.” (s/p), es decir, la Corte o Tribunal Constitucional desempeña un papel de gran trascendencia jurídica por cuanto su misión es precautelar la Constitución, considerando que la redacción de ésta puede contener varias dificultades, pudiendo surgir intereses que desvirtúen su naturaleza, generalmente por fuerzas externas o de los propios jueces.

Conforme lo contempla el artículo 429 de la CRE en concordancia con lo estipulado en el artículo de la LOGJCC, se considera a la Corte Constitucional como el máximo órgano de control, interpretación y de administración de justicia constitucional, por lo que, están investidos de un poder amplio, a tal punto, que sus sentencias son vinculantes y no cabría recurso vertical alguno ante éstas.

La norma constitucional concede a la Corte Constitucional entre otras, las siguientes atribuciones:

- Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias y determinando que sus decisiones tendrán carácter vinculante. (artículo 436.1 de la CRE).

- Emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos: Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional; Convocatorias a consultas populares; y, Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes. (artículo 438 CRE)
- Efectuar la interpretación de la Constitución. Efectuar control previo de constitucionalidad de: a) Procedimientos de proyectos de reformas o enmiendas constitucionales; b) Convocatorias a referendo para reforma, enmienda y cambio constitucional; c) Tratados internacionales; d) Convocatorias a consultas populares) (artículo 3.1.4 de Codificación del reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la corte constitucional)

A decir de Oyarte, R. (2005) “cuando el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución verifica si el legislador traspasó o no ese límite, impidiendo que el legislador cree derecho anticonstitucional” (p. 33), es decir, se vela por el principio de supremacía constitucional principalmente.

Pese al amplio poder que poseen los jueces de la Corte Constitucional, el artículo 431 de la CRE es claro al determinar que si bien no están sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen, están sometidos a los mismos controles que las autoridades públicas y responderán por actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones; y si bien, no existe un órgano superior a nivel nacional, se encuentran supervisado por dos controles:

- Justicia supranacional: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Opinión Pública y Especializada: medios de comunicación y opinión pública, que puede comprometer el prestigio de los jueces constitucionales. Suele resultar complicado que la sociedad acepte resoluciones de la Corte Constitucional en las que perciban que su fundamento no es Constitucional,

sino que se fundan en preferencias ideológicas, políticas o religiosas, o en prejuicios o proyectos personales de los jueces.

Con la tendencia neoconstitucionalista, el Juez constitucional en ciertas ocasiones llega a ubicarse por encima del legislador, desplazándolo, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática.

Es por todos conocido, que cuando la imparcialidad de un Juez se ve opacada, en los juicios ordinarios procede la excusa o bien recusación del juicio, aún más atención se debe poner a las causas tramitadas en la Corte Constitucional, cuyos jueces deben respetar de una manera estricta el referido principio. En ese sentido el artículo 16 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de competencia de la Corte Constitucional (2015) establecen los casos de excusa obligatoria de los jueces del conocimiento de una causa cuando surjan una de las causales del artículo 175 de la LOGJCC, o en aplicación directa de la Constitución, cuando fundamentadamente se justifique que con su excusa se garantizan valores, principios y reglas constitucionales.

La función interpretativa de la Corte Constitucional tiene que auto limitarse a los parámetros constitucionales y por ende respetar los principios de supremacía y democracia constitucional

Efectos de las sentencias en materia de control constitucional

A diferencia de las sentencias emitidas en los procesos ordinarios, mismas que resuelven y surten efectos únicamente dentro del litigio, las sentencias constitucionales revisten una especial trascendencia, por cuanto, lo resuelto en ellas delimitan o regulan el ordenamiento jurídico del Estado.

En relación al tipo de sentencias constitucionales, Oyarte Rafael (2019) refiere que los efectos de las sentencias en materia de control constitucional se distinguen en un sentido temporal y respecto a los destinatarios de la misma.

En el sentido temporal, las sentencias pueden tener efecto: *ex nunc* (“desde ahora”) cuando sus efectos son para lo venidero, para el futuro, pudiendo desconocer la inconstitucionalidad generada antes de la declaratoria; *Ex tunc* (“desde siempre”), cuando es de tipo retroactivo que se enmarcaría en una declaratoria de tipo absoluto de inconstitucionalidad; *vacatio sententiae*, cuando se difiere en el tiempo los efectos de la sentencia, es decir, transcurrirá un período de tiempo.

En relación a los destinatarios, las sentencias pueden tener efecto: *inter partes* o al caso en concreto, cuando el fallo se afecta o favorece únicamente en las partes procesales en la causa constitucional; *Inter comunis* cuando su alcance llega a terceros que, no siendo partes procesales, tienen circunstancias comunes; *Erga omnes* o general, cuando el destinatario es universal, es decir la sentencia se aplicará a toda situación jurídica sobre lo sometido a la revisión de constitucionalidad.

Por otro lado, conforme lo determinan los artículos 75 y 76 de la LOGJCC, las sentencias constitucionales, tanto en la *ratio decidendi* (razón de la decisión) como en el *decisum* (parte resolutive), tienen efecto de cosa juzgada, es decir que tiene un carácter de indiscutible, por cuanto, no cabe recurso alguno, impidiendo que exista una nueva resolución de fondo.

Instrumentos internacionales y opiniones consultivas

Instrumentos internacionales

El diccionario de la Real Academia de la Lengua (2020) define a la palabra “instrumento” como: “Cosa o persona de que alguien se sirve para hacer algo o conseguir un fin”, este término no se encuentra definido de manera estricta en la

normativa del derecho internacional, sin embargo, de manera general se ha venido empleando de forma genérica incluyendo convenios, tratados, pactos, protocolos, y otros.

La Convención de Viena (1969) sobre el derecho de los tratados en su artículo 2 establece que "...a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular...", es decir, la palabra "instrumento internacional" no determina el carácter vinculante del instrumento, para que sea considerado como tal es necesario el acuerdo de las partes. No a todo documento de tipo internacional que contenga pronunciamiento sobre derechos se lo puede llamar instrumento internacional, pues para que sea considerado así, tiene que cumplir con algunos requisitos.

La referida convención a decir de Mora, D. (2020), "la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados de 1969 el tratado insignia del régimen del derecho de los tratados, es a veces denominada como la base constitucional formal de la comunidad internacional"; lo que denota su gran importancia a nivel internacional.

En el literal b) del referido artículo se define la "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión" como el "acto internacional por el cual el Sujeto de Derecho Internacional, en este caso el Estado hace constar su consentimiento", o sea, el Estado se obliga y aplica el tratado en virtud del principio de "*pacta sunt servanda*". El Ecuador ratificó la Convención de Viena a través de Decreto Ejecutivo de fecha 28 de julio de 2003, luego de lo cual una vez depositada en el archivo de la ONU, tuvo vigencia para el país a partir del 11 de marzo de 2005.

Los instrumentos internacionales como tratados, convenios, convenciones, acuerdos, protocolos contienen de manera general los siguientes elementos: enunciado de estar regido por el derecho internacional público; preámbulo y

disposiciones que determinan las obligaciones internacionales. El preámbulo de un tratado resulta importante por cuanto, en él se plasma la visión común y los objetivos que los Estados parte intentan lograr, jugando un papel trascendental en la interpretación, aún más que el artículo 31 de la Convención de Viena, establece que un tratado deberá ser interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Al plasmar las obligaciones en un tratado, los Estados tendrán que actuar de determinada manera y bajo el principio de *pacta sunt servanda*, recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena en el que se determina: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”; por otro lado, este instrumento internacional no genera obligaciones para terceros, así lo establece el artículo 34 de la referida Convención al determinar que “Norma general concerniente a terceros Estados. Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.”

Conforme al derecho internacional público, en el artículo 63 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se establece que al momento de interpretar una convención cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, se los notificará y tendrá derecho a intervenir, si lo hace la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para él. De lo que se desprende que en relación a la interpretación de convenciones los pronunciamientos son obligatorios únicamente para las partes, salvo si un tercer estado interviene.

En el Ecuador, la ratificación de los tratados podrá ser solicitada por: 1. Referéndum. 2. Iniciativa ciudadana. 3. Presidente de la República (artículo 420); en este contexto el artículo 120, numeral 8 de la CRE indica que le corresponde a la Asamblea Nacional: “...Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda.”. De esta manera el Estado asume responsabilidad y tendrá obligación internacional sobre los tratados, de ahí surge la importancia en el proceso

de aprobación. No en todos los ordenamientos jurídicos se realiza una actuación similar, por ello la Convención de Viena deja el tema de la aprobación interna como un asunto que deberá resolverse según los intereses de cada Estado, siendo relevante en el plano internacional solamente si lo ratifica o no, pues desde ese momento nace la obligación internacional.

Por su parte, el artículo 418 de la CRE señala que cuando el Jefe de Estado suscriba cualquier tipo de tratado internacional, se encuentra obligado de informar de manera inmediata a la función legislativa sobre la materia y contenido del mismo. Pues de acuerdo a la materia que estos traten pueden o no ser conocidos por la Asamblea. El artículo 419 de la CRE enumera ocho supuestos en los cuales se deberá seguir este proceso, verificándose la importancia que se le da a la función legislativa al ser éste organismo el que se pronuncie previamente, y efectuando a la vez un interesante control frente a las actuaciones del ejecutivo dentro de las relaciones internacionales y de manera particular de la suscripción de acuerdos en los que se creen derechos y por tal responsabilidad internacional. Es así que en el numeral 4 *ibídem*, se determina que “la ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: ...4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.”.

A manera de ejemplo el Ecuador ha ratificado los siguientes instrumentos internacionales: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

Por otro lado, el artículo 438 de la CRE establece que “La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales,

previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional...”, de lo que se deduce que, para que un tratado internacional sea considerado como tal, tiene que someterse previamente a un examen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y de manera general, a la aprobación por parte de la Asamblea Nacional para que sea ratificado (artículo 419 CRE). En igual sentido, el artículo 75, numeral 1, literal b, y numeral 3, literal d) de la LOGJCC, señalan que competencias de la Corte Constitucional, entre otras: resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de las resoluciones legislativas que aprueban los acuerdos internacionales y ejercer control de constitucionalidad respecto de los tratados internacionales.

El control de constitucionalidad de un tratado internacional es de suma importancia, por cuanto, el mismo de ser aprobado será de aplicación directa e inmediata, es así que la LOGJCC establece tres mecanismos: “...1. Dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa; 2. Control constitucional previo a la aprobación legislativa; y, 3. Control sobre las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa.”

Así también, el artículo 110 de la LOGJCC determina que tratados internacionales que requieran aprobación de la Asamblea Nacional, tendrán un control automático de constitucionalidad antes de su ratificación, previo a iniciarse el respectivo proceso de aprobación legislativa.

Opiniones consultivas

La Corte Interamericana de Derechos Humanos cumple dos funciones básicas: jurisdiccional y consultiva (artículo 2 Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). La función jurisdiccional o contenciosa se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, y por intermedio de éste la Corte tiene en sentencia interpretar las normas, establecer la veracidad de los hechos y si los mismos han causado una violación a los derechos contemplados en la Convención; por su parte la función

consultiva, se rige por las disposiciones del artículo 64 *ibídem* y mediante ésta la Corte se limita emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de una norma.

Es necesario indicar que según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2020) se establece que la opinión consultiva es un “Dictamen emitido en derecho por un tribunal internacional sobre una cuestión jurídica. Aunque no posee eficacia obligatoria, su valor jurídico es comúnmente reconocido y respetado”, es decir, no posee el carácter vinculante.

En la Opinión Consultiva No. OC-3/83 (párr. 22) se determina que en una opinión consultiva no hay partes, no hay actores ni demandados, no existen cargos formales sobre los que tenga que defenderse Estado alguno; no se le pide a la Corte que resuelva algún hecho en disputa; tampoco se emite sanción judicial. Lo único que busca el procedimiento es facilitar a los Estados la interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Conforme al derecho comparado, la Convención Europea de Derechos Humanos establece que las opiniones consultivas no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, es decir, precautela de una manera expresa los derechos y libertades ya determinados.

Existen casos en que la Corte puede abstener de emitir opiniones consultivas, cuando se presentan causas en los que un Estado en proceso contencioso, recurra a la vía de opinión consultiva alejándose del objeto que tiene la misma, intentando afectar los intereses de las víctimas de violaciones de derechos humanos o pretendiendo evadir la sentencia judicial y sus consecuencias jurídicas que son de tipo obligatorias, definitivas y ejecutables conforme los artículos 63, 67 y 68 de la Convención, lo que provocaría el hecho de desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, como se señala en la Opinión Consultiva No. OC-5/85 (párr. 22); es así que, no sería posible emitirla opinión sin violentar esos límites y desnaturalizar su

función consultiva, y la Corte se abstendrá de responderla por decisión motivada. De lo mencionado se desprende que, únicamente la sentencia judicial emitida por la Corte Constitucional es vinculante.

En ese sentido, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha referido que las opiniones consultivas no son vinculantes. En la Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se indica que:

Las opiniones consultivas emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención, siendo esto sí, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo. (párr. 51)

En la Opinión Consultiva OC-15/97 del de 14 de noviembre de 1997, se determina “Consecuentemente la Corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso...la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso...” (párr. 26), se puede notar que el carácter no vinculante de las opiniones consultivas viene dado por las disposiciones expresas emitidas por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Opinión Consultiva OC-24/17, en estudio, fue emitida el 24 de noviembre del 2017, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ante una solicitud efectuada por Costa Rica, respecto a temas relacionados a la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo; misma que sirvió de fundamento para que la Corte Constitucional del Ecuador reconozca el matrimonio homosexual en el Ecuador. Por otro lado, “...**Insta** a los Estados a que erradiquen esas prácticas, deroguen todas las leyes que criminalicen o discriminen

a las personas en razón de su orientación sexual, su identidad de género o su condición de personas intersexuales, y aprueben leyes que prohíban la discriminación” (párr. 48) (negritas fuera de texto); no los obliga. En este sentido, se establece que una opinión consultiva no es vinculante al determinar en el voto individual del Juez Eduardo Vio Grossi que;

... le corresponde a la Corte en el ejercicio de su competencia consultiva o no contenciosa es únicamente sea “interpretar” la Convención u otros tratados sobre derechos humanos sea determinar la “compatibilidad” de una ley interna con tales instrumentos, y por la otra, que, en consecuencia y por esencia, la opinión consultiva no es vinculante para los Estados Partes de la Convención ni para los otros miembros de la Organización de los Estados Americanos, por lo que no procede que ordene la adopción de alguna conducta.”, “12. ... La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien en convencer. Su condición de no vinculante es la principal diferencia con la competencia contenciosa y es lo que fundamentalmente la caracteriza”; 61. “...dado que el control de convencionalidad que se ejerce lo es en el ámbito de una opinión consultiva, él tiene el carácter de preventivo y no es vinculante para los Estados, como sí lo sería si fuese expedido en relación a un caso contencioso...”; de lo referido, queda establecido que la opinión consultiva no tiene fuerza vinculante, su contenido se enmarca en una sugerencia efectuada ante la facultad consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...(párr.. 10).

En el caso en estudio la Corte Constitucional determina que las opiniones consultivas forman parte del bloque de constitucionalidad, considerado este a decir de Gómez, A. (2016) “...son normas ubicadas en el mismo nivel constitucional...compuesto por...reglas, normas y principios que, sin figurar formalmente en el texto constitucional, se utilizan como parámetros de control de

la constitucionalidad de los estatutos porque se han integrado normativamente en la Constitución...” (p. 15)

CAPÍTULO II

GUÍA DE ESTUDIO DE CASOS

Temática a ser abordada

En el presente estudio se analizará el caso No. 11-18-CN sentencia No. 11-18-CN/19 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en relación al reconocimiento del matrimonio igualitario, y el principio de supremacía constitucional.

Puntualizaciones metodológicas

El presente trabajo analiza el principio de supremacía constitucional como una de las principales características del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y su prevalencia en el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Ecuador mediante la sentencia en estudio; para lo cual, se examina el componente formal de la sentencia y su relación con el referido principio.

Para ello, a través de un método analítico-descriptivo se analizará el alcance que tiene el principio de supremacía constitucional dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y de manera en particular respecto a las actuaciones de los Jueces de la Corte Constitucional; con sustento en la normativa constitucional, legal y en casos emblemáticos de la jurisprudencia constitucional relacionados con el matrimonio igualitario, en el presente caso la sentencia No. 11-18-CN/19 dentro del caso No. 11-18-CN emitida por la Corte Constitucional, mediante la cual se reconoce el matrimonio igualitario en el Ecuador.

Antecedentes del caso concreto

La sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional ecuatoriana objeto del presente trabajo de investigación aborda una problemática asociada con la vulneraciones a varios derechos constitucionales por parte del Registro Civil del Ecuador, en contra de Efraín Enrique Soria Alba y Ricardo Javier Benalcázar Tello, quienes acudieron al Registro Civil y solicitaron la celebración e inscripción de su matrimonio; ante lo cual, el órgano administrativo negó el matrimonio a los accionantes alegando que en el ordenamiento jurídico interno el matrimonio solo existe entre un hombre y una mujer.

Ante esta negativa y aduciendo que tal decisión ha vulnerado su derecho a contraer matrimonio, su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho a libre desarrollo de la personalidad y sus derecho a la protección de la familia, se presenta una acción de protección con las siguientes pretensiones: se ordene la reparación integral; que el Registro Civil inscriba el matrimonio de esta pareja, se abstenga de negar matrimonios entre personas del mismo sexo en el futuro; que reforme sus reglamentos violatorios de derechos humanos; que capacite a sus funcionarios en temas de derechos de la población LGBTI; que la Asamblea Nacional acelere el proceso de reformas de las leyes secundarias; que se disculpe públicamente con la pareja; que publique esta sentencia en un diario de circulación nacional y en su sitio web con respeto al derecho a la intimidad de los accionantes, guardando confidencialidad de sus nombres; que su razonamiento oral como escrito se pronuncie en aplicación del artículo 426 de la CRE. Solicitan se aplique la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la que se interpreta el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La acción de protección se declaró improcedente por el Juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Pichincha, quien concluyó que no existió vulneración de derecho constitucional alguno. La

sentencia es apelada y el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha suspendió el procedimiento de acción de protección y remitió a la Corte Constitucional la consulta.

La Corte Constitucional del Ecuador mediante sentencia No. 11-18-CN/19, luego de un profundo análisis con la aprobación de cinco de los nueve jueces constitucionales resuelve que la Opinión Consultiva No. C24/17 es una interpretación auténtica y vinculante de las normas de la CADH, establece que no hay contradicción entre el texto constitucional con el convencional, y finalmente ordena que el Registro Civil registre el matrimonio de los accionantes, sin ser necesaria una reforma constitucional del artículo 67 de la CRE.

De la referida sentencia, emite voto salvado el juez Dr. Hernán Salgado y se adhieren tres jueces constitucionales, señalando que la finalidad del control constitucional no es referirse sobre la conveniencia o no de las disposiciones constitucionales, sino precautelar su texto; siendo la única forma de modificar las figura del matrimonio es a través de un procedimiento de reforma constitucional; además indican que no existe incompatibilidad entre las disposiciones consultadas y el artículo 67 de la CRE; y que no cabe efectuar un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la Opinión Consultiva No. C24/17.

Decisiones de primera y segunda instancia

En primera instancia, la acción de protección No. 17460-2018-00921 fue declarada improcedente por el Juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia Pichincha, quien mediante sentencia de fecha martes 14 de agosto del 2018, las 12h51, declara improcedente la Acción de Protección propuesta por Ricardo Javier Benalcázar Tello y Efraín Enrique Soria Alba.

Los argumentos centrales del Juez de instancia para emitir la sentencia fueron: el juez no puede declarar contradicción entre una norma secundaria y algún

precepto constitucional o entre la Constitución y un Tratado Internacional, de suceder se debe remitir el expediente en consulta a la Corte Constitucional (artículo 428); el juez no puede declarar inconstitucional una norma, tampoco inaplicarla, aduciendo que la norma es violatoria de derechos fundamentales, sino que, ante duda razonable, deben consultar a dicha Corte para que esta se pronuncie sobre la regularidad constitucional o no; corresponde a la Corte Constitucional como máximo órgano de control e interpretación constitucional y a la Asamblea Nacional, el control e interpretación constitucional; el legitimado activo se presentó a la audiencia pública como familia reconocida por el Estado, indicando que mantienen su unión de hecho legalmente reconocida, lo que implica que se ha garantizado su derecho al libre desarrollo de su personalidad; no se ha vulnerado el derecho del legitimado activo a fundar una familia a través del matrimonio, por cuanto eran una familia mucho antes de que el Registro Civil De Quito les negara la posibilidad de casarse; no existió vulneración de derecho constitucional alguno.

La referida sentencia fue apelada por el legitimado activo, recayendo el conocimiento en la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha.

En segunda instancia, la acción de protección bajo el No. 17460201800921 con fecha 3 de octubre del 2018, las 10h22, en aplicación del mandato contenido en el artículo 428 de la CRE, de oficio fue suspendida por el Tribunal Superior, a fin de que, se remita el proceso en consulta a la Corte Constitucional del Ecuador, y resuelva si la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, al establecer derechos más favorables porque faculta contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, es aplicable sin reformar los artículos 67 de la CRE, 52 de la LOGIDAC y 81 del CC, así como la demás normativa reglamentaria existente sobre el tema, sin vulnerar los principios de supremacía de la Constitución y *pro homine*.

Ante el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional y que es objeto del presente estudio, con fecha miércoles 10 de julio del 2019, las 16h22, el Tribunal Superior dicta sentencia en los siguientes términos: Acepta parcialmente

el recurso de apelación planteado por los legitimados activos, Ricardo Javier Benalcázar Tello y Efraín Enrique Soria Alba, vista la resolución número 11-18-CN y ampliación, emitidas por la Corte Constitucional; 2) Revoca la sentencia venida en grado; y, 3) Dispone que el Registro Civil, Identificación y Cedulación, solemnice, autorice, inscriba y registre el matrimonio de Ricardo Javier Benalcázar Tello y Efraín Enrique Soria Alba.

Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador

Los señores Jueces Dra. Dilza Virginia Muñoz Moreno, Dr. Santiago Martín Acuña Del Pino y Dr. Miguel Ángel Narvárez Carvajal, en sus calidades de jueces del Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, a quienes les correspondió conocer y resolver el recurso de apelación formulado por los legitimados activos, de la sentencia dictada en la acción de protección presentada contra la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación; mediante resolución emitida el 3 de octubre de 2018, suspendió el procedimiento y dispuso que se remita en consulta a la Corte Constitucional del Ecuador; estableciendo los antecedentes del caso y cumpliendo con los requisitos exigidos para la consulta de norma referidos en la Sentencia No. 001-13-SCN-CC como se detalla a continuación.

Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta. - Opinión Consultiva 0C-24/17 de la Corte IDH, que aceptó la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo; criterio que contravendría el mandato contenido en el artículo 67 de la CRE, que concibe al matrimonio entre un hombre y una mujer; opinión que, al establecer derechos más favorables, prevalecería sobre la Constitución.

Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, y las circunstancias, motivos y razones. - Los principios que se presumen infringidos son: Supremacía de la Constitución (artículo 417 CRE) y *pro nomine*. (artículo 424 CRE). De aplicarse el principio *pro homine*, surtiría efecto la

Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, que conforme al fallo Corte Constitucional número 184-18-SEP-CC, su aplicación es directa, inmediata y preferente; criterio que tendría relación con la prevalencia de instrumentos internacionales cuando prevea derechos más favorables; lo que conduce a considerar que estaría sobre la Constitución, pero a la vez se vulneraría el artículo 67 de la CRE.

Explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva de un caso concreto, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento de aplicar dicho enunciado.- Se consulta sobre la constitucionalidad de la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, que considera que se deben extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo incluyendo el matrimonio, así asegurar la protección de los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo; en razón de lo cual el Registro Civil tendría que autorizar que contraigan y se inscriba el matrimonio de la pareja formada por Ricardo Javier Benalcázar Tello y Efraín Enrique Soria Alba, personas del mismo sexo; lo que implicaría no tomar en cuenta e ir sobre la normativa nacional, como el artículo 67 de la CRE que ordena: "El matrimonio es la unión entre hombre y mujer..." Así como el artículo 52 de LOGIDAC, que tiene un texto similar; y, el artículo 81 del CC, que prescribe: "Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente."

El 20 de febrero del 2019 se sorteó la causa correspondiendo su sustanciación al juez Ramiro Ávila. El 06 de marzo de 2019 la Sala de admisión de la Corte Constitucional, por considerar cumplirse con los requisitos establecidos jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, consideran que existe una duda razonable, motivada y relevante y ADMITE a trámite la causa. El 21 de marzo del 2019 se avocó conocimiento de la causa y se inició la sustanciación de la misma. El 29 de marzo del 2019 tuvo lugar la audiencia pública.

Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional

La Corte Constitucional plantea tres problemas jurídicos que se analiza a continuación.

El primer problema jurídico planteado por la Corte Constitucional en la sentencia objeto de análisis fue: *¿La Opinión Consultiva OC 24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos conforme lo reconoce la Constitución, directa e inmediatamente aplicable en Ecuador?*

La Corte Constitucional refiere que la Constitución en numerosas ocasiones invoca a los instrumentos internacionales, apareciendo como fuente de derechos; se confirma su importancia al titular al Capítulo Segundo del Título VIII: "Tratados e instrumentos internacionales".

Los instrumentos internacionales son de dos tipos: convenios y demás instrumentos (declaraciones, resoluciones). Se asemejan en que deben tratar sobre derechos humanos y se diferencian en la forma de aprobación (ratificación, suscripción). Su valor jurídico está determinado en los artículos 417 y 426 de la Constitución, en los que se determina que son de inmediato cumplimiento y aplicación directa. Todos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales forman parte del sistema jurídico ecuatoriano.

Respecto a la naturaleza de la Opinión Consultiva, se manifiesta que la Corte IDH es quien interpreta de forma auténtica la CADH (artículo 62, 64), y que en opinión consultiva la misma Corte IDH ha indicado que estima necesaria que se realice un control de convencionalidad para protección de derechos también sobre la base que señale en ejercicio de la competencia consultiva. La opinión consultiva goza de legitimación democrática pues se notifican a Estados partes y terceros.

Se indica que la Corte Constitucional en varias sentencias ha considerado el contenido de las opiniones consultivas, y que la opinión consultiva materia del

presente caso fue utilizada como fundamento de sentencia No. 184-18-SEP-CC de 29 de mayo del 2018 (caso Satya). En este punto hay que tener en cuenta que la sentencia referida nació de una acción extraordinaria de protección y el presente caso se refiere a una consulta de norma.

Las opiniones consultivas a decir de la Corte Constitucional son una interpretación con Autoridad que el Ecuador tiene que cumplir con buena fe, que tienen la misma jerarquía constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano.

Llama la atención que en el párrafo 22 de la sentencia se establece que en la consulta no se trata de forma directa la constitucionalidad de los artículos 52 de la LOGIDAC, 81 del CC y de las demás normas y reglamentos existentes que regulan a nivel infraconstitucional el matrimonio; cuando en la petición de consulta de norma se deduce que los referidos artículos estarían en conflicto con la norma constitucional.

Es necesario indicar que las opiniones consultivas no son vinculantes, así lo ha establecido la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en las Nos. OC-1/82 y OC-15/97, más aún que las mismas se desarrollan bajo la facultad consultiva, no controversial, de la Corte IDH, muy a pesar de ello, la Corte Constitucional ecuatoriana deduce que los derechos y garantías reconocidos en ellas forman parte del bloque de constitucionalidad y por tanto son de aplicación directa e inmediata.

El segundo problema jurídico: *¿El contenido de la Opinión Consultiva OC-24/17, que reconoce el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo, contradice el artículo 67 de la Constitución, en el que se dispone que "el matrimonio es la unión entre hombre y mujer"?*

De inicio se advierte que al efectuar un control de constitucionalidad de la Opinión Consultiva OC-24/17 respecto al artículo 67 de la Constitución, se estaría

desnaturalizando el objeto del control de norma, por cuanto la primera no es norma infraconstitucional susceptible de control; sin embargo, la Corte efectúa el análisis en ese sentido.

Inicialmente se hace referencia a la situación social del matrimonio y la familia, indicando que el matrimonio tiene gran importancia a nivel cultural y constituye parte del proyecto de vida de muchas personas. En el año 2017 hubo 60.353 matrimonios. Se encuentra reconocido en sus diversas formas, conforme el artículo 67 de la CRE.

La Corte Constitucional defiende la figura del matrimonio en parejas del mismo sexo, a la luz de las siguientes consideraciones:

1. Matrimonio: el matrimonio tiene una importancia social única y suele ser parte del proyecto de vida de las personas, institución ampliamente practicada en el Ecuador, convirtiéndose en una institución jurídica y social fundamental.

La definición de matrimonio constante en el artículo 67 de la Constitución que determina "...El matrimonio es la unión entre hombre y mujer...", por su lado, la opinión consultiva en estudio establece que se garantice el derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo, de lo que se deduce una posible tensión entre estas normas; por lo que la norma constitucional tendrá que ser interpretada.

2. El derecho a la familia: la Constitución reconoce la familia en todos sus tipos y la reconoce como un derecho brindándole una amplia protección. La Constitución se aleja del tipo tradicional de familias y reconoce sus diversidades. El matrimonio constituye un derecho constitucional que permite el derecho de tener una familia.

3. La interpretación literal del derecho al matrimonio en la Constitución: la proposición "...El matrimonio es la unión entre hombre y mujer...", a decir de la Corte es susceptible de ser interpretada de muchas maneras: i) Una interpretación

literal y aislada del sistema jurídico (restrictiva), por la que, el matrimonio es posible solo entre heterosexuales, al excluir otras normas jurídicas, pudiendo acarrear violaciones de derechos, como en el presente caso; y, ii) una interpretación literal e integral (favorable a los derechos, pro derechos) contenida en el artículo 427, por lo que no se puede interpretarla de forma aislada, en caso de duda se recurre a los métodos de interpretación.

La interpretación literal y aislada, constituye una de tipo restrictiva, ya que se deja de lado el resto de normas constitucionales y las constantes en instrumentos internacionales. Mediante ésta se reconoce únicamente el matrimonio heterosexual, dejando de lado el reconocimiento constitucional de las parejas homosexuales, y la vulneración de sus derechos.

Sobre la interpretación literal y sistemática, se refiere que ésta favorece a los derechos, y conforme a lo constante en el artículo 427 de la CRE, el tenor literal se tiene que ajustar a la integralidad de la Constitución, sin poder analizarla de forma aislada. En caso de duda se debe recurrir a métodos de interpretación que más favorezcan a la plena vigencia de los derechos. El artículo 3.7 de la LOGJCC faculta emplear otros métodos de interpretación por sobre el literal, para obtener un resultado justo. Siendo que los derechos humanos se encuentran configurados en varios tipos de fuentes, resulta imposible limitarse a observar únicamente los derechos contemplados en la Constitución. El Estado tiene que cumplir con las obligaciones internacionales bajo una actuación de buena fe y en defensa de los derechos humanos.

De lo explicado se tiene que una interpretación restrictiva viene a ser contraria a la Constitución.

4. La igualdad, la prohibición de discriminación y la razonabilidad de la diferencia entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo: el derecho a la igualdad se encuentra ampliamente desarrollado en la Constitución (artículo 66.4, 3.1, 11.2) así como por la Corte IDH. Una interpretación restrictiva del artículo 67

de la Constitución distingue a los titulares del derecho al matrimonio excluyendo a parejas del mismo sexo, en tal virtud conviene determinar esta interpretación es contraria al principio de igualdad y si existe discriminación; para lo cual, se recurre al principio de proporcionalidad (artículo 3.2 LOGJCC) y se aplica el test con cuatro elementos:

a) Un fin constitucionalmente válido para restringir el matrimonio a homosexuales, por fines: extralegales (anormalidad, convicciones morales y religiosas), no considerados válidos por eliminarse la homosexualidad como enfermedad y desconocer la dignidad de la persona, el Estado laico no debe restringir derechos; legales (convivencia, procreación y mutuo auxilio artículo 81 CC), la procreación no es una obligación; y, Constitucionales, no justifica la exclusión de parejas homosexuales. Por tanto, no hay finalidad constitucional para excluir el matrimonio homosexual.

b) Idoneidad: la restricción de un derecho debe ser un medio para alcanzar el fin constitucional. El fin es formar una familia, el medio es el matrimonio. La exclusión de homosexuales no es una medida idónea para proteger la familia.

c) Necesidad: la medida escogida tiene que ser la menos gravosa: la exclusión no es una medida necesaria para proteger la familia, lo necesario sería extender el régimen. Se contraria a la sociedad democrática.

d) La proporcionalidad propiamente dicha: busca que exista un debido equilibrio entre la protección y restricción constitucional. Se provoca una situación indeseable en un país democrático. Para restringirlo se tendría que verificar una restricción a los derechos de las parejas heterosexuales. El matrimonio homosexual no afecta el derecho de heterosexuales. No es proporcional encaminada a proteger el matrimonio heterosexual. Es injustificada, discriminatoria e inconstitucional.

6. Interpretación más favorable a los derechos: se hace referencia a los artículos 11.5 y 425 Constitución. Conforme el principio de favorabilidad de los

derechos, prevalece el ejercicio de los derechos, es decir, el matrimonio homosexual complementa al establecido en el Constitución. Aún más, la Corte IDH lo ha reconocido.

7. El bloque de constitucionalidad: es el conjunto de normas que, no constando en la Constitución formal, forman parte de éstas por cuanto la Constitución les reconoce. Así, el artículo 11.7 se desprende que los derechos se encuentran en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y los que se encuentran fuera de éstos. El matrimonio homosexual es reconocido por el bloque de constitucionalidad, incorporándose al texto constitucional.

8. La interpretación evolutiva y los textos normativos como instrumentos vivos: la interpretación evolutiva pone a la norma en un contexto actual y global, la voluntad de quienes hicieron la norma puede variar. En la opinión consultiva OC24/17 la Corte IDH ha indicado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos. Se han modificado varias instituciones jurídicas (matrimonio eclesiástico, hijos legítimos e ilegítimos, penalización, capacidad de la mujer). El artículo 17.2 de la CADH ha sido interpretado reconociendo a la familia y matrimonio de formas diversas y actuales; la OC/24 no excluye a ningún tipo de matrimonio. Se expande los derechos y la comprensión de los mismos. El matrimonio heterosexual fue regla mundial hasta 2001, desde ese año a la fecha 29 Estados lo han reconocido. Es necesario adaptar la norma a los requerimientos actuales.

9. El derecho al libre desarrollo de la personalidad: reconocido en el artículo 66.5 de la Constitución es la facultad de las personas para auto determinarse, definir sus fines y escoger los medios, respetando los derechos de las personas; por lo que los homosexuales están en la libertad de decidir casarse, lo cual no genera vulneración de derechos de terceros. La restricción del matrimonio homosexual podría violar el derecho al desarrollo de la personalidad.

10. El derecho a la intimidad personal y familiar y el rol del Estado: reconocido en el artículo 66.20 de la Constitución, relacionado con el artículo 11.2 CADH. Las personas tienen derecho a organizar su vida y ejercer sus libertades sin intromisiones del Estado. El derecho a la vida privada incluye la privacidad, determinar su identidad, relaciones personales, identidad física y social (Corte IDH), el matrimonio involucra la vida privada y no puede ser sujeto de injerencia por parte del Estado.

11. El derecho a la identidad y a sus manifestaciones: reconocido en el artículo 66 numerales 9 y 20 de la Constitución. Son los atributos de una persona que le hacen ser único, se relaciona con la dignidad humana, e incluye la orientación sexual. La interpretación restrictiva impide al Estado proteger la identidad de las personas y sus consecuencias.

12. El derecho a la libre contratación y el contrato matrimonial: conforme el artículo 66.16 de la CRE. No hace distinción sobre el tipo de contrato. Una de las más importantes es la contemplada en el Código Civil, siendo uno de ellos, el matrimonio. No existe prohibición para el matrimonio homosexual. La restricción podría violar la libertad de contratación.

13. El matrimonio y la unión de hecho: la unión de hecho reconoce los mismos derechos y obligaciones del matrimonio (artículo 68 CRE) pero tienen regulaciones y apreciaciones culturales distintas, por ejemplo, en el campo jurídico, cultural, administrativo.

En atención a lo analizado, la Corte considera que la norma del artículo 67 sobre el matrimonio se complementa con la interpretación realizada en la OC24/17 que reconoce el matrimonio de personas del mismo sexo.

De lo expuesto, se debe iniciar recordando que la consulta de norma surge cuando un juez considera que una norma jurídica es contraria a la Constitución o instrumentos internacionales de derechos humanos, de lo que se tiene que la

Opinión Consultiva no es susceptible de control de constitucional, y en atención a la petición formulada por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha la consulta de norma se debió haber realizado respecto a los artículo 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Públicos.

Es necesario acotar que, la oración “...El matrimonio es la unión entre hombre y mujer...” es por demás clara y se deduce fácilmente la voluntad del constituyente (y del pueblo) de definir al matrimonio con tal, por tanto, al no cumplir con lo establecido en el artículo 427 de la Constitución, al parecer se ha hecho una interpretación indebida de esta norma.

El tercer problema jurídico: Si la Opinión Consultiva OC-24/17 es aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano, *¿Cuáles son los efectos jurídicos en relación con los funcionarios públicos y los operadores de justicia?*

Al considerar que la Opinión Consultiva OC-24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos de directa e inmediata aplicación, se derivan obligaciones para las autoridades del Estado, que se describen a continuación:

1. El deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos: contempla el deber de adecuación del sistema jurídico nacional de protección de derechos y del sistema internacional de protección de derechos.

El Estado, a través de cada órgano con potestad normativa, tiene la obligación de adecuar, tanto formal como materialmente, el sistema jurídico nacional de protección de derechos, conforme lo establece el artículo 84 de la Constitución; esto, a fin de evitar que se atente contra derechos constitucionales.

El deber de adecuar los derechos en el sistema interamericano de protección de derechos, del artículo 2 de la CADH se desprende: (1) Las obligaciones internacionales que implican adecuar las normas y prácticas nacionales a la CADH y a sus interpretaciones autorizadas (es una obligación general, junto con la de

respetar y proteger. Implica expulsar la norma del sistema jurídico o suprimir toda norma contraria a la Convención; interpretar las normas del derecho interno de manera conforme a los estándares internacionales de derechos humanos: y, aplicar y adecuar las prácticas en los Estados, aun cuando exista adecuación formal); (2) Las autoridades dentro del Estado obligadas a adecuar (principalmente la Función legislativa, pero de manera general toda autoridad pública, administrativa, ejecutiva, judicial); (3) los mecanismos jurídicos que los Estados deben utilizar para adecuar (en Ecuador por reforma, interpretación constitucional o aplicación directa, por acción de protección, acción de inconstitucionalidad o consulta de norma); (4) la oportunidad para adecuar (para el reconocimiento de derechos no se requiere reserva legal o desarrollo normativo. La reforma no es necesaria, no hace falta consensos para discutir derechos. Función legislativa debió ya adecuar. La adecuación normativa no sería automática, y debe ser a nivel legal, administrativa y judicial); y, (5) el fin de la adecuación (lograr el ejercicio de derechos).

2. Control de convencionalidad: los tratados internacionales son normas imperativas regidos por la Convención de Viena. La CADH confiere a la Corte IDH dos funciones: la contenciosa y la consultiva (artículo 62.3 y 64.1 CADH). La Corte IDH ha determinado obligaciones derivadas del control de constitucionalidad que son: a) el control de constitucionalidad se complementa con el de convencionalidad y hay que hacerlas de oficio (aplicar estándares desarrollados por la Corte IDH al igual que preceptos constitucionales); b) el control de convencionalidad lo hacen las autoridades públicas en el marco de sus competencias; c) el control de convencionalidad es de tratados y de las interpretaciones de sus órganos; d) el control de convencionalidad es complementario y subsidiario (complementa al control de constitucionalidad. Primero lo hacen autoridades nacionales); e) el control de convencionalidad derivado de las opiniones consultivas (Su interpretación compete a todos los Estados. No hay necesidad de regulación normativa).

3. La responsabilidad internacional si se inobserva la Opinión Consultiva OC24/17: conforme artículo 63.1 CADH puede ser declarado internacionalmente responsable de incumplimiento de obligaciones.

4. El reto de la adecuación en las prácticas: el deber de adecuar el sistema jurídico interno no termina con las reformas normativas, la exigencia internaciones también es cambiar las prácticas (tradicción, intolerancia, discriminación). Se debe adecuar políticas públicas.

Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al principio de supremacía constitucional

La Corte Constitucional si bien no la analiza de manera pormenorizada, desarrolla los siguientes argumentos centrales en relación al principio de supremacía constitucional:

En el párrafo 11 determina que “La finalidad de la consulta de norma es garantizar la supremacía, la unidad y la coherencia constitucional en los procesos judiciales.”, es decir, reconoce que el objeto de la consulta de norma se enmarca en precautelar la calidad de norma suprema de la Constitución dentro de las causas en armonía con la unidad y coherencia. Efectivamente, la consulta de norma tiene como objetivo el determinar la constitucionalidad de una norma jurídica respecto a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y ello conlleva a precautelar la supremacía constitucional.

En el mismo sentido el párrafo 286 se establece que, para efectivizar la supremacía constitucional e instrumentos de derecho humanos, la aplicación directa de las normas es una garantía normativa que debe tener impacto jurisdiccional, siendo que los jueces tienen que incorporar las referidas normas al sistema jurídico, en las que se incluye las opiniones consultivas.

Finalmente, en el párrafo 287 se determina que la supremacía no tendría eficacia si se privare a los jueces de aplicar la norma constitucional en casos concretos, aún en el caso de que existan vacíos y antinomias, restando además importancia al control de constitucionalidad y el de convencionalidad.

Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional

En el caso en análisis, denominado “matrimonio igualitario” la Corte Constitucional como medidas de cumplimiento resolvió:

“1. Determinar que la Opinión Consultiva OC24/17, "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre de 2017. es una interpretación auténtica y vinculante de las normas de la CADH, que forma parte del bloque de constitucionalidad para reconocer derechos o determinar el alcance de derechos en Ecuador.

El determinar que la Opinión Consultiva es vinculante obviamente fue trascendental para resolver el caso favorablemente, sin embargo, se considera que no fue la correcta, por cuanto se estaría atentando contra la evolución histórica del derecho y democracia popular, reconociendo como obligatorio una consideración de la Corte Interamericana bajo su potestad consultiva.

2. Establecer que no existe contradicción entre el texto constitucional con el convencional sino más bien complementariedad. Por la interpretación más favorable de los derechos, el derecho al matrimonio reconocido a parejas heterosexuales se complementa con el derecho de parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. La Constitución, de acuerdo al artículo 67, y la Convención Americana

sobre Derechos Humanos, de acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención, interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la Opinión Consultiva OC24/17, reconocen el derecho al matrimonio entre hombre y mujer y el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Definitivamente esta medida no es correcta, ya que atenta contra la naturaleza de la consulta de norma, misma que únicamente puede revisar la constitucionalidad de una norma infraconstitucional ante la Constitución o ante Instrumentos Internacionales, atentándose claramente el principio de supremacía constitucional.

Por otro lado, se denota un grave abuso de los métodos de interpretación empleados ante una norma que quien la revisa, claramente entiende su contenido y alcance.

3. Disponer que el Tribunal consultante interprete el sistema normativo a la luz de esta sentencia y ordene que el Registro Civil registre el matrimonio de los accionantes, toda vez que no es necesaria una reforma constitucional al artículo 67 de la CRE. Tampoco son necesarias reformas previas, para el caso concreto, a los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y 81 del Código Civil.

Finalmente, tampoco es correcta esa medida, por cuanto, la consulta de norma tal como fue planteada, únicamente debía concluir con la resolución sobre constitucionalidad, más en la sentencia en análisis existe una notoria incongruencia al llegar al punto de inclusive disponer lo que los consultantes resuelvan la causa en tal sentido.

**Análisis crítico de la sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional:
“matrimonio igualitario”**

El caso resuelto en sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional y que ha sido llamado “matrimonio igualitario” es relevante para la realidad

constitucional ecuatoriana ya que es un caso novedoso pues se analiza la procedencia o no del matrimonio entre dos personas de igual sexo, es decir, el matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres, situación que no ha sido resuelta dentro de una causa constitucional en ningún caso; por otro lado, es complejo visto el alcance que se obtuvo con el pronunciamiento emitido en la resolución, ya que se logró “interpretar” el artículo 67 de la Constitución a tal punto de dar paso al matrimonio igualitario.

Es evidente que esta decisión tuvo un gran impacto en el ámbito social, llegando a impulsar protestas sociales, marchas, debates, entrevistas, en los que se mostró mayoritariamente el descontento de la población y la impotencia de no encontrar solución alguna; por último, la sentencia en estudio sirve para crear un precedente en el país, en el que a partir de su emisión ya se han realizado varios matrimonios homosexuales en el país, pero más allá de lo decidido, con lo resuelto se da paso a una preocupante inobservancia y respeto al principio de supremacía constitucional y seguridad jurídica, dejando abierta la posibilidad que cualquier norma constitucional sea “interpretada” dejando de lado incluso la claridad de su contenido.

Con la admisión de la consulta efectuada por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, se ha desnaturalizado la consulta de norma contemplada en el artículo 428 de la Constitución, puesto que ésta procede ante una cuestión de presunta inconstitucionalidad de una norma jurídica en relación a la Constitución o instrumentos de derechos internacional, siendo que el caso en estudio, lo que se consulto es si una Opinión Consultiva se encuentra en conflicto con el artículo 67 de la Constitución, cuyo contenido en relación al matrimonio es absolutamente claro; en tal virtud, la consulta de norma inicial tenía que haber sido inadmitida por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional.

Por otro lado, a más de pronunciarse sobre la “consulta de norma” la Corte Constitucional, amparada en su facultad de ser el máximo órgano de interpretación

constitucional, y sin considerar que la interpretación únicamente procede en caso de existir duda en el contenido de la norma, procede a realizar una “interpretación” del artículo 67 de la Constitución, desvirtuando claramente el contenido de la misma y desconociendo el texto constitucional aprobado en Asamblea Constituyente, y reconociendo el matrimonio igualitario en el Ecuador fundamentándose en una interpretación evolutiva e incurriendo en una mutación arbitraria de la norma constitucional.

La Corte Constitucional considera que la Opinión Consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un instrumento internacional de derechos y de aplicación directa, sin embargo no se puede considerar como tal, puesto que estas opiniones no nacen de la voluntad de los Estados parte, requisito indispensable para su carácter vinculante en respecto al ejercicio de la democracia y soberanía popular; más bien, son criterios emitidos al amparo de la facultad consultiva, y por tanto, tienen que ser consideradas únicamente como una guía o un apoyo, pero no como una fuente de tipo principal y aplicación obligatoria.

Por otro lado, la Corte Constitucional presente varios argumentos mediante los cuales analiza la procedencia del matrimonio igualitario en base a criterios de no discriminación y evolución del derecho. Se aborda la situación de discriminación que han vivido las personas pertenecientes al grupo LGBTI, presentando varios datos estadísticos al respecto y reconociendo que en la actualidad sufren de varias discriminaciones cotidianas, así como el derecho que tiene de formar una familia, sin embargo este tipo de análisis no está acorde con el tipo de control constitucional que correspondía realizar, pues no procedía la consulta de norma ante la claridad del artículo 67 de la Constitución, aún más que el principio de supremacía constitucional tiene que ser respetado por todos, y por otro lado, la Constitución reconoce los diversos tipos de familia, sin existir restricción alguna al respecto.

Respecto a la interpretación se considera que la frase “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer”, puede ser interpretado de varias maneras, y en base

a ello se realiza varias interpretaciones como: sistemática considerando que la Constitución impide la discriminación de todo tipo, efectuando incluso un test de proporcionalidad; interpretación más favorable a los derechos humanos como establece el artículo 426 de la Constitución; y finalmente, una interpretación evolutiva, exponiendo que las normas tiene que adaptarse al tiempo actual. Todos estos argumentos están fuera de contexto en relación a la consulta de norma efectuada, por cuanto, como se ha indicado, este tipo de control constitucional únicamente se admite en caso de duda razonable por parte del juzgador. Queda además claro que, en virtud de lo dispuesto en la Constitución y la ley, el método literal es el único que debía ser empleado, pues la norma no es oscura, por el contrario, cualquier ciudadano podrá denotar que la misma es completamente clara.

En igual sentido, se establece que la Función Legislativa, Ejecutiva y demás funciones y órganos del Estado tienen que adecuar el ordenamiento jurídico interno a la Opinión Consultiva OC24/17 de carácter vinculante, sin perjuicio de la aplicación directa de dicha opinión; lo cual resulta arbitrario, puesto que el Estado tendría que obedecer a lo dispuesto en opiniones consultivas, por sobre normas constitucionales aprobadas en el marco de la democracia. Hasta la fecha, ninguna función del Estado u órgano estatal competente ha adecuado norma alguna al respecto.

En el caso en estudio, en estricto respeto al principio de supremacía constitucional y jerarquía normativa, en primer lugar la sala de admisión de la Corte Constitucional debió inadmitir la petición de consulta de norma realizada por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, por cuanto: (i) La consulta se efectuó respecto a la aplicación directa de la Opinión Consultiva OC24/17 que reconoce el matrimonio igualitario, es decir, no correspondía a una consulta de norma a fin de efectuar un control concreto de constitucionalidad; y, 2) El artículo 67 de la Constitución es absolutamente claro al establecer que "...El matrimonio es la unión entre hombre y mujer...", en tanto no requiere ningún tipo

de interpretación, a más de la literal, conforme se establece en el artículo 427 de la Constitución.

Finalmente, en caso de una forzada admisión de petición como se dio en el presente caso, correspondía a la Corte Constitucional únicamente pronunciarse sobre constitucionalidad de los artículos referidos en la petición inicial, esto es, resolver que el artículo 81 del Código Civil y el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Públicos no son contrarios a lo establecido en el artículo 67 de la Constitución.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

- El procedimiento empleado para el reconocimiento del matrimonio igualitario en el Ecuador mediante la sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional vulnera evidentemente el principio de supremacía y democracia constitucional, generando una clara mutación constitucional del artículo 67 de la Constitución del Ecuador en la parte en que se define que “...El matrimonio es la unión entre hombre y mujer...”, norma constitucional completamente clara.
- El principio de supremacía constitucional se encuentra reconocido en el artículo 424 de la Constitución del Ecuador, y tanto su dimensión formal como material, tienen por objeto el reconocer el valor supremo de la norma Constitucional, pues de ella deriva todo el ordenamiento jurídico. Su inobservancia implica el desconocimiento de la Constitución y por ende de su legítima y democrática aprobación.
- La sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional desvirtúa completamente la naturaleza del control concreto de constitucionalidad, a través de la consulta de norma, puesto que únicamente la Corte Constitucional tiene la facultad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma consultada, sin embargo, en el caso en estudio hubo pronunciamiento sobre la aplicación directa de la Opinión Consultiva OC24/17 como parte del bloque de constitucionalidad, determinando que no existe contradicción con la Constitución, si no complementariedad; sin emitir resolución alguna sobre la constitucionalidad de las normas a las que hicieron mención los consultantes.

- La Corte Constitucional extralimitó sus atribuciones al reconocer el matrimonio igualitario, a través de un control concreto de constitucionalidad, evidentemente desnaturalizado.
- El desconocer la supremacía de la constitución y de sus normas, y reconocer el matrimonio igualitario, sin lugar a dudas, dará paso a que un sin número de peticiones efectuadas por las personas LGBTI sean atendidas favorablemente por la Corte Constitucional, invocando el principio *pro homine* y la no discriminación como se lo ha hecho en la sentencia en estudio, es así que, temas como la adopción homoparental o los derechos de los niños transgénicos tendrán que ser resueltos y aceptados.
- Se está dejando abierto el camino para que, alegando interpretaciones efectuadas en observancia al principio *pro homine* se desvirtúe completamente el contenido de la norma constitucional, y sin reformar su contenido se reforme su interpretación de una manera arbitraria, violando la rigidez constitucional y el principio de supremacía constitucional.
- La figura jurídica constitucional adecuada para el reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador, es a través de una reforma constitucional por intermedio de una enmienda (artículo 441 de la Constitución), por cuanto la intención es modificar el artículo 67 de la Constitución sustituyendo la frase “...El matrimonio es la unión entre hombre y mujer...” por “...El matrimonio es la unión entre dos personas...”, lo cual no cambia la estructura fundamental del Estado ni sus elementos constitutivos, así como tampoco restringe derechos.

- Pese a las vulneraciones jurídicas respecto a la forma en que se reconoció el matrimonio igualitario, la Corte Constitucional dentro de su argumentación, bajo una tendencia de interpretación progresista, defendió los derechos de las personas GLBTI, y luego de hacer varias referencias sobre su situación social y jurídica vulnerada desde tiempos remotos hasta la actualidad, reconoció sus derechos como el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, la identidad y sobre todo el derecho a la igualdad y no discriminación, reconocidos en la Constitución y que, con el matrimonio igualitario, se hacen efectivos, considerando que los derechos humanos son interdependientes.

Recomendaciones

- Por cuanto de la presente investigación se desprende que existió una posible parcialidad en el criterio del Juez ponente, se recomienda realizar un estudio sobre las causales de excusas y recusación de los Jueces de la Corte Constitucional y de manera particular en el caso en estudio.
- Pese a la inobservancia evidente de las normas constitucionales, así como de los principios de rigidez y supremacía constitucional por parte de los Jueces de la Corte Constitucional, es fundamental que los ciudadanos respetemos dichas normas y principios, así como reconocer a la Corte referida como el máximo ente de control e interpretación constitucional, esto en base a lo determinado en el numeral 1 del artículo 83 de la Constitución que establece que son deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, el acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.
- Independientemente de la forma arbitraria del reconocimiento del matrimonio igualitario en el Ecuador, todos los ciudadanos estamos en la obligación de respetar a quienes forman parte de la comunidad GLBTI, por su condición de seres humanos sujetos de derechos.
- La Corte Constitucional tiene que ser el primer organismo en respetar el principio de supremacía constitucional, y debe hacer prevalecer las normas constitucionales introducidas de una manera legítima y en base a una verdadera voluntad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

1. Benente, M. (2017). El Estado y los derechos humanos en la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2017.148.10995>. Pág. 54.
2. Bodenheimer, Edgar. 1996. Teoría del Derecho. Perú. Ediciones Novoa-Sur.
3. Carbonell, Miguel (22 de enero del 2018). ¿Qué es el Neoconstitucionalismo? [Archivo de vídeo]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=l6XmEfzaFGI>.
4. Cadena, L. 2017. Los problemas del control concreto de constitucionalidad en el Ecuador. Un análisis a partir de las reglas jurisprudenciales emitidas por la Corte Constitucional para realizar la consulta sobre la inconstitucionalidad de norma. (tesis Maestría en Derecho Constitucional). Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5628/1/T2279-MDC-Cadena-Los%20problemas.pdf>
5. Cárdenas, J. (2019). Popular constitutionalism and forms of democracy. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Universidad Nacional Autónoma de México. Vol. XI. No. 2. Recuperado de file:///C:/Users/HP/Downloads/13126-16868-2-PB.pdf.
6. Celi, I. (2017). Neoconstitucionalismo en Ecuador ¿Judicialización de la política o politización de la justicia? Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Corporación Editora Nacional.
7. Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.
8. Código Orgánico Administrativo publicado en el Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de Julio del 2017.
9. Corte Constitucional de Transición. (2008). Sentencia interpretativa No. 002-08-SI-CC. Publicada en el Registro Oficial No. 479 de fecha 02 de diciembre del 2008. Ecuador.

10. Corte Constitucional del Ecuador (2009). Sentencia No. 0006-09-SIS-CC3 de fecha septiembre de 2009. Caso No. 0002-09-IS.
11. Corte Constitucional del Ecuador (2013). Sentencia No. 001-13-SCN-CC de fecha 06 febrero del 2013. Causa No. 0535-12-CN.
12. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1983). Opinión Consultiva No. OC-3/83.
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985). Opinión Consultiva No. OC-5/85.
14. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982). Opinión Consultiva OC-1/82.
15. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997). Opinión Consultiva OC-15/97.
16. Convención de Viena (1969)
17. Da Silva, José. (s/f). Mutaciones Constitucionales. Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/tes/tes1.htm>.
18. De La Cueva, Mario. 2008. Teoría de la Constitución. México. Editorial Porrúa.
19. Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)
20. Diccionario de la Real Academia de la Lengua. (2020). Recuperado de <https://dle.rae.es/instrumento?m=form>.
21. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (2020). Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/opini%C3%B3n-consultiva>
22. Espinoza, M. (2018). El espejismo laico del Ecuador. Los debates constituyentes sobre el aborto, la adopción homosexual y el nombre de Dios en el preámbulo de la Constitución. Revista de Derecho. No. 29. Doi: <https://doi.org/10.32719/26312484.2018.29.7>
23. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Recuperado de http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/330d0_cij_m-estatutocorteinternacionaljusticiayreglamento1945-texto.pdf

24. García, D. (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá. Editorial Temis.
25. Gargarel, R. (2015). Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. *Revista Universitaria Semestral*. Argentina. Universidad Nacional del Litoral. Vol. 48. 169-174. Tomado de: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-499X2018000100109. DOI: <http://dx.doi.org/10.26851/rucp.27.5>
26. Gómez, A. (2016). The “constitutionalization” process of the international environmental law in Colombia. *Universidad EAFIT. Revista De Derecho* N.º 45. Colombia. DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.44.7167>
27. Gómez, J. (2018). Sobre el concepto de la Constitución de Riccardo Guastini. *Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Hechos y Derechos Revista Jurídica*. México. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12772/14299>
28. González, C. (2017). Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control Constitucional Normativo. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* Núm. 37. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11453>
29. Grijalva A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Quito.
30. Kokubun N. (2020). Korean Constitutional Court and Democracy *University Asian Law Bulletin* Vol.5. Pág. 41. Recuperado de file:///C:/Users/HP/Downloads/alb5_03_Kokubun.pdf
31. Maniglio Francesco, Casado Fernando, Chávez Gina (2020). La justiciabilidad de los derechos sociales. el caso del derecho al hábitat y a la vivienda en Ecuador (2007-2017). *Revista Latinoamericana de Derecho Social* Núm. 31. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2020.37.14866>
32. Monroy, M. (2002). *La interpretación constitucional*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá.

33. Mora, David. (2020). El constitucionalismo global: ¿oportunidad para un derecho internacional más unitario y coherente? *Revista Derecho del Estado*, núm. 45. Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337662821004>. DOI: 10.18601/01229893.n45.04

34. Niembro, R. (2019). An Opportunity For Popular Constitutionalism. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24485306e.2020.2.14171>. México.

35. Nogueira, H. (2017). Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad. *Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 36. México. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.36.10868>. México

36. Núñez, J. (2016). Modelos constitucionales en el ocaso del siglo XVIII. El péndulo entre regla y estratégica. *Revista de Derecho*, núm. 46, julio-diciembre, 2016, Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85147561006>

37. Orozco, Jesús. (2020). Drafting A Constitution Is Not Drafting A Statute: An Analysis Of The Mexican Constitution And Hyper-Amending Pathologies From The Legislative Drafting Perspective. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24485306e.2020.1.14814>

38. Osorio, O. (2016). La mutación constitucional: los peligros de las modificaciones no formales de la Constitución. *Revista Judicial Hechos y Derecho*. México. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10764/12901>

39. Oyarte, R. (2005). *Procesos constitucionales en Ecuador*. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones.

40. Oyarte, R. (2019). *Derecho Constitucional*. Tercera Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones. Ecuador.

41. Pérez, R. (2015). La democracia amenazada. Cuadernos de la cátedra de democracia y derechos Humanos. Núm. 6. Universidad de Alcalá. Madrid.
42. Pulido, F. (2012). Panorama de los problemas actuales en interpretación constitucional. Universidad La Sabana. Colombia.
43. Puppo, A. (2016). De Kelsen a la Contradicción de tesis 293/2011: los conflictos normativos entre jerarquías formales y decisionismo. Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLIX, núm. 147. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de file:///C:/Users/HP/Downloads/10643-13129-1-PB.pdf
44. Rincón, C. (2017). La Declaratoria General de Inconstitucionalidad, medio ineficaz de control de la constitucionalidad de normas generales. UNAM. Revista digital "Hechos y Derechos". Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10930/12992>. México.
45. Rivera, A. (2017). Understanding Constitutional Amendments in Mexico: Perpetuum Mobile Constitution. Mexican law review versión On-line. Vol.9 no.2. México. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-05782017000100003
46. Rousseau, J. (2005). El contrato social de Jean-Jacques Rousseau. Primera edición cibernética. Recuperado de http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/contrato/libro4.html
47. Sánchez, A. (2000). Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución, una Aproximación al Origen del Concepto. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 58. Recuperado: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79672>
48. Suárez, Karina. 2018. ¿Es necesario en nuestro país un tribunal constitucional? Revista jurídica Hechos y Derechos. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. UNAM. México. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12937/14475>
49. Valadés, D. (2018). Senderos Constitucionales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 151. Instituto de

Investigaciones Jurídicas-UNAM. México. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.151.12297>, enero-abril de 2018, pp. 359-392.

50. Vigo, R. (1993). Interpretación Constitucional. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina.
51. Vega, P. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid. Tecnos. España. 1985.
52. Villabella, C. (2017). El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2017.149.11362>. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.
53. Zapata, J. (2017). Las modificaciones a la Constitución. Universidad Autónoma de Chiapas. Revista Hechos y Derechos. México. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11752/13579>.
54. Zuluaga-Gil, R. (2008). ¿Supremacía o reforma? una aproximación a la constitución con especial referencia a Colombia. Vniversitas, núm. 116. Pontificia Universidad Javeriana. Colombia. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/825/82515355002.pdf>.