



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

DIRECCIÓN DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN VÍA JURISPRUDENCIA.
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 11-18-CN/19 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

Trabajo de titulación, modalidad presencial, previo a la obtención del título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

Autor (a)

Felipe Andrés Ortiz Dahik

Tutor(a): Dr. Christian Rolando Masapanta Gallegos

Ph.D

QUITO – ECUADOR

2023

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

Yo, Felipe Andrés Ortiz Dahik, declaro ser autor del Trabajo de Titulación con el nombre “Modificación de la Constitución vía jurisprudencia. Análisis de la Sentencia 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador”, como requisito para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención 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 Quito, a los 08 días del mes de febrero de 2023, firmo conforme:

Autor: Felipe Andrés Ortiz Dahik

Firma:

Número de Cédula: 0201645843

Dirección: Pichincha, Quito, Quito Tennis

Correo electrónico: felodahik96@gmail.com

Teléfono: 0939408634

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “Modificación de la Constitución vía jurisprudencia. Análisis de la Sentencia 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador” presentado por Felipe Andrés Ortiz Dahik para optar por el Título Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

CERTIFICO

Que dicho trabajo de titulación 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.

Quito, 08 de febrero de 2023.

.....
Dr. Christian Rolando Masapanta Gallegos Ph.D
C.I. 1715231062

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

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

Quito, 08 de febrero de 2023.

Felipe Andrés Ortiz Dahik

C.I. 0201645843

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizado su impresión y empastado, sobre el Tema: MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN VÍA JURISPRUDENCIA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 11-18-CN/19 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el maestrante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Quito, 08 de febrero de 2023.

.....
WENDY PIEDAD MOLINA ANDRADE
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

.....
CHRISTIAN ROLANDO MASAPANTA GALLEGOS
VOCAL

.....
CLARA ELIZABETH SORIA CARPIO
VOCAL

DEDICATORIA

A mis padres, por ser quienes me han apoyado en cada etapa de mi vida con dedicación, paciencia y mucho amor.

Por siempre acompañarme y creer en mí, por inculcarme valores y principios que han sido esenciales en mi crecimiento diario.

A Dios que me ha concedido una vida plena, con altos y bajos, mismos que me han formado y me han convertido en un hombre de bien.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi reconocimiento y gratitud a la Universidad Indoamérica y su planta docente, quienes supieron impartir sus conocimientos, sabiduría y preparación profesional en el recorrido que he efectuado para lograr este nuevo objetivo en mi formación profesional. El apoyo brindado en esta fase de estudios que ha marcado una profunda huella en mi vida profesional orientado a la vida jurídica y política, al cumplimiento de la Constitución.

Gracias a mi docente guía Ph.D Christian Masapanta, por apoyarme y guiarme en este camino, por su entrega y comprensión.

ÍNDICE DE CONTENIDO

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	ii
APROBACIÓN DEL TUTOR.....	iii
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....	iv
APROBACIÓN TRIBUNAL	v
RESUMEN EJECUTIVO	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	3
Supremacía Constitucional	3
Métodos de interpretación constitucional	15
Principios de interpretación constitucional	25
Aplicación de las opiniones consultivas	27
Corte Constitucional Facultades y competencias.....	39
Métodos de reforma constitucional.....	44
Mutación constitucional.....	50
CAPÍTULO II	59
Temática a ser abordada	59
Puntualizaciones metodológicas	60
Antecedentes de la sentencia 11-18-CN/19	60
Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador	63
Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional en la Sentencia 11-18-CN/19.....	67
Decisión de la Sentencia 11-18-CN/19.....	68
Voto salvado de la Sentencia 11-18-CN/19.....	70

La consulta de norma como un mecanismo del control concreto de constitucionalidad	75
Normas jurídicas objeto de la consulta de norma	77
Finalidad de las opiniones consultivas	78
Análisis sentencia 10-18-CN/19	80
Análisis crítico de la sentencia 11-18-CN/19 emitida por la Corte Constitucional. ...	82
Importancia del caso en relación al estudio Constitucional ecuatoriano	82
Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional	83
CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	100

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA: MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN VÍA JURISPRUDENCIA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 11-18-CN/19 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

AUTOR: Felipe Andrés Ortiz Dahik

TUTOR: Dr. Christian Rolando Masapanta Gallegos Ph.D

RESUMEN EJECUTIVO

En el presente trabajo de investigación se analizará la modificación Constitucional vía hermenéutica a través de la sentencia 11-18-CN/19 y cómo ésta puede afectar los principios de la supremacía constitucional y la seguridad jurídica, mismos que son ejes fundamentales para el correcto desarrollo de nuestra sociedad, para aquello abordaremos varios subtemas los cuales permitirán tener una mayor comprensión del mismo evidenciando el abuso cometido por parte de la Corte Constitucional al atribuirse facultades que no son de su competencia, como es el caso de legislar y aún más grave el de no respetar lo establecido en nuestra norma suprema al ser los principales guardianes de la Constitución, creando falsos argumentos respecto a la interpretación de la normativa constitucional, obviando por completo los mecanismos establecidos en la ley suprema ecuatoriana en cuanto a la interpretación, reforma constitucional y los mecanismos de participación que debieron ser utilizados para reformar el texto constitucional, mismos que ya fueron advertidos en la sentencia 10-18-CN/19, donde de manera más razonable los jueces de ese momento identificaron claramente el camino a seguir para poder regular el matrimonio igualitario, de tal forma que enviaron el proyecto para que sea tratado en la función legislativa, y no dan cabida a una errónea interpretación y aplicación de la ley, que puede tornarse contraria a lo establecido en la Constitución. El reconocimiento que realizaron al matrimonio igualitario en la sentencia N. 11-18-CN/19 desvirtúa lo establecido en el texto constitucional que es norma suprema y también los que se establece en las leyes infra-constitucionales referentes al caso, en otro apartado se analizarán los mecanismos y principios de interpretación constitucional a fin de comprender cuál fue el actuar de la Corte Constitucional ecuatoriana y si éste fue legal o no.

DESCRIPTORES: constitucional, Corte Constitucional, democracia, reforma, sentencia judicial.

INDOAMÉRICA TECHNOLOGICAL UNIVERSITY
POSTGRADUATE ADDRESS
MASTER'S DEGREE IN LAW, MENTION IN CONSTITUTIONAL LAW

AUTHOR: Felipe Andrés Ortiz Dahik

GUARDIAN: Dr. Christian Rolando Masapanta Gallegos
Ph.D.

ABSTRACT

This research work will analyze Constitutional modification via hermeneutics through sentence 11-18-CN/19 and how it can affect the principles of constitutional supremacy and legal certainty, which are fundamental axes for the correct development of our society. For this purpose, it will be addressed several subtopics which will allow us to understand it better, revealing the abuse committed by the Constitutional Court by attributing to itself powers that are not within its competence; as is the case of legislating and even more worrying, not respecting the provisions of our supreme law as the Constitution principal guardians. It creates false arguments regarding the interpretation of the constitutional norms, completely ignoring the mechanisms established in the Ecuadorian supreme law regarding the interpretation, constitutional reform, and the mechanisms of participation that should have been used to reform the constitutional text. It was already warned in sentence 10-18-CN/19, wherein a more reasonable way the judges of that time identified the path to follow to be able to regulate equal marriage, in such a way that they sent the project to be dealt with in the legislative function, and do not give room for an erroneous interpretation and application of the law, which can become contrary to what it is established in the Constitution. Equal marriage recognition in sentence N. 11-18-CN/19 deviates from what is established in the constitutional text which is the supreme norm and also from what is established in the infra-constitutional laws related to the case. In another section, it will be analyzed the mechanisms and principles of constitutional interpretation to understand what was the action of the Ecuadorian Constitutional Court and if it was legal or not.

KEYWORDS: Constitutional, Constitutional Court, democracy, reform, judicial

INTRODUCCIÓN

El tema de análisis del presente trabajo versa sobre la relevancia de la sentencia No. 11-18-CN/19 mediante la cual la Corte Constitucional resolvió el reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador, esto por cuanto esta vulnera el principio de la supremacía constitucional y seguridad jurídica ya que a través del bloque de constitucionalidad este obvia los métodos idóneos de interpretación, así como de reforma de la Constitución establecidos en el 2008.

En este contexto se busca identificar el mecanismo por el cual el matrimonio igualitario debía ser integrado en la normativa ecuatoriana para así gozar de completa legitimidad.

Como objetivos secundarios analizaremos las opiniones consultiva para determinar su efecto, así como determinar los medios idóneos para la interpretación y reforma de la norma constitucional, considerando que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico; en el cual, existe una vía para garantizar los derechos desarrollados en la sentencia No. 11-18-CN/19 evitando el debilitamiento de la constitución a través de un abuso en la actuación de la Corte Constitucional.

En el presente caso se utiliza los siguientes métodos, inductivo mismo que posibilito observar los fenómenos particulares que envuelven a la Sentencia, deductivo el cual permite conocer los fenómenos generales de la temática propuesta para identificar las verdades particulares que se encuentran contenidas de forma explícita en la sentencia, y análisis de caso, en cuanto se encuentra

vinculado de manera directa con la problemática jurídica que aborda la sentencia tratada en relación a los derechos y principios violentados.

El trabajo está compuesto de dos capítulos:

El primer capítulo abordara los temas conceptuales y doctrinarios mismos que llevaran el siguiente orden: desarrollo del principio de supremacía constitucional y seguridad jurídica, métodos de interpretación constitucional, principios de interpretación constitucional, la aplicación de opiniones consultivas, funciones y facultades de la Corte Constitucional y la mutación constitucional.

En el segundo capítulo se realizara el análisis de la sentencia 11-18-CN/19 el cual se basara en el esquema de la sentencia empezando con los antecedentes de la sentencia, la consulta de norma, problemas jurídicos determinados por la Corte Constitucional, decisión, voto salvado eje de gran importancia de este trabajo, la consulta de norma como mecanismo del control concreto de constitucionalidad, normas jurídicas objeto de la consulta de la norma, finalidades de la opinión consultiva, analizaremos la sentencia 10-18-CN/19 en la cual a criterio personal se tomó una decisión más coherente respecto a cómo incluir el matrimonio en la legislación ecuatoriana, para finalizar se realizara la conclusión donde se dará una recomendación para poder combinar la mutación constitucional y que esta goce de legitimidad a través de la participación ciudadana.

CAPÍTULO I

Supremacía Constitucional

La Constitución es la norma suprema dentro de Ecuador, ésta consolida y atribuye de validez a todas las demás leyes y actuaciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por otra parte, esta norma suprema compone una herramienta de gobierno, ya que con ella se concibe estabilidad y certeza sobre la existencia de un Estado.

Para Rafael Oyarte el principio de supremacía encuentra su significado en que es “la existencia de una norma promulgada que tiene valor superior a los demás preceptos positivos y que logra su superior vigencia sobre ellos” (Oyarte, 1999, p. 77).

Esta vigencia superior hace referencia a que esta se superpone a cualquier otra forma de manifestación de autoridad ya que es esta la que establece la naturaleza y como trabaja el Estado, esta es la que le faculta e inviste de legalidad su actuar.

Julio Cesar Trujillo (2004) en su obra la fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual, nos indica que la Constitución no es una norma jurídica cualquiera sino la norma fundamental y fundadora, la norma de normas, la norma suprema, y esta calidad configura una particularidad que no poseen el resto de normas en su esquema, aplicación, modificación y exégesis. (p. 96).

La Constitución es la que da nacimiento y validez a todo actuar del Estado es por esa que esta tiene un carácter especial y una protección diferente ya que si

esta no fuese respetada las decisiones tomadas por los entes estatales carecerían de cualquier tipo de legalidad o validez.

La Constitución distribuye competencias y estructura bajo su dependencia un sistema jerarquizado de normas que, cada vez son más numerosas y variadas por los órganos que la expiden y por las materias reguladas, y se convierten en el marco que mantiene la unidad del sistema del que ella es la norma suprema, por encima de la cual no hay jurídicamente nada, excepto el poder constituyente o poder soberano del pueblo, poder eminentemente político (Trujillo, 2004, p. 23).

La Constitución es quien dota de las facultades al Estado al mismo tiempo que valida sus actuaciones, es la normativa con mayor jerarquía dentro de la sociedad, es esta la que regula el desarrollo del resto de normativa interna y estas deben ser coherentes con su carta suprema, en este apartado Trujillo destaca y de forma muy atinada respecto a que el único que podría estar por encima de esta pero cumpliendo con los requisitos establecidos en la misma es el pueblo y el constituyente.

En el desarrollo de la doctrina mexicana podemos encontrar lo establecido por Ignacio Burgoa, el cual define a la Constitución como: “el ordenamiento jurídico que proclama los principios políticos, sociales, económicos, culturales y humanos que derivan del ser, del modo de ser y del querer ser de un pueblo de su devenir histórico mismo” (Burgoa Orihuela, 1984, p. 16).

La norma suprema en Ecuador es la Constitución, la misma que prevalece sobre cualquier otro ordenamiento jurídico. Las actuaciones y normas emanadas por los poderes públicos deben ir ligadas a lo mencionado en la misma, de lo contrario estas no tendrán validez legal dentro del ordenamiento. A través de este

principio del derecho se sitúa a la constitución como norma suprema, dentro del país esto quiere decir que todas las demás normas y actos deben realizarse y adaptarse a partir de ésta.

Ahora bien, es menester resaltar en este punto que el principio de la supremacía constitucional se halla consagrado en el Art. 272 de nuestra Constitución Política en el que textualmente se refiere:

La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones [...]. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 272)

En el Ecuador, en el año 2019, a través de la sentencia N. 11-18-CN/19, la Corte Constitucional, reconoció al matrimonio igualitario mencionado lo siguiente:

[...] 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. (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, pág. 24)

[...] 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. (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, pág. 24)

[...] 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 Constitución de la República del Ecuador. 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. (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, pág. 24)

Este concepto y su forma de aplicación lo podemos encontrar en el artículo 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador, los mismos que textualmente refieren:

[...] Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 424)

En el presente artículo nos hace referencia a que la Constitución se posiciona por encima de cualquier otra norma de ahí la prevalencia, que cualquier acto o normativa debe ser desarrollado y realizado respetando y sobretodo coherente a lo establecido en nuestro texto supremo, para finalizar el Estado debe buscar proteger la mayor cantidad posible de derechos basándose sobre todo en su texto supremo y apoyándose en los tratados internacionales.

[...] Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte

Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 424)

En el presente artículo nos referenciamos a cuál es el orden de prevalencia de las normas dentro del Estado Ecuatoriano donde de forma muy clara posiciona a la Constitución por encima de los tratados internacionales rompiendo la creencia de que se encuentran al mismo nivel jerárquico, en el análisis de la presente sentencia este artículo tiene especial relevancia pues en este nos recalca que los tratados de derechos humanos tienen prevalencia sobre las normas desarrolladas en el Ecuador exceptuando de esto a nuestra norma suprema.

Cabe resaltar que el principio de supremacía constitucional guarda estricta relación con la seguridad jurídica, misma que podemos encontrar en el artículo 82 de la Constitución el cual nos menciona textualmente: “[...] el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 82). Este artículo está estrechamente ligado a los artículos 6 y 11, numeral 5 de la Constitución por cuanto en el primero nos menciona que “[...] todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 6). Y el segundo menciona que, “[...] en materia de derechos y garantías

constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.5).

Mediante estos artículos nos permite evidenciar la estrecha relación que existe entre el principio de supremacía constitucional y el principio de la seguridad jurídica, ya que el segundo es un eje fundamental para cumplir con el primero. Esto por cuanto la seguridad jurídica habla del respeto y cumplimiento de leyes, haciendo énfasis sobre todo a la Constitución, texto donde se encuentran reconocidos los derechos de todos los ecuatorianos y ecuatorianas, así como los límites y formas de protección de estos derechos.

De acuerdo a la definición Miguel Carbonell (2021) “[...] la seguridad jurídica puede ser definida como serie de derechos específicos alrededor de los cuales se articulan las relaciones entre los individuos y las autoridades, dentro de una determinada comunidad política” (párr. 1). De esto deriva que uno de los enfoques importantes de esta sea la publicidad pues con esta se puede de una más forma más sencilla exigir su cumplimiento.

La seguridad jurídica simplifica el desarrollo de la sociedad por cuanto a través de esta todos los ciudadanos, funcionarios y el mismo Estado conoce de forma clara, publica y legal sus derechos y obligaciones, como reclamarlas y sobre todo cuáles son sus límites para que así no existan violaciones y de haberlas poder corregirlas.

Para Jorge Millas (2021), filósofo del derecho chileno, la seguridad jurídica es un principio fundamental del derecho, en el cual el individuo es el sujeto activo y las relaciones sociales el sujeto pasivo, quien sabiendo y debiendo

saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas de que ellas se cumplan (párr. 4).

Es con esto que desarrollamos que las normas previamente conocidas brindan seguridad en el desarrollo de la sociedad, esto por cuanto es el margen al que se debe someter el Estado y sus ciudadanos para su correcto desarrollo y protección. Así pues, dentro del sistema teórico de seguridad jurídica se encuentra el desarrollado por José Mezquita Del Cacho quien menciona que:

[...] la seguridad es ciertamente un afán de cada hombre enraizado en su instinto de supervivencia, y planteado, por tanto, sobre todo inicialmente como una necesidad en la que se apoya la propia organización social; por lo que siendo el Derecho el instrumento de ésta, resulta lógica señalarla entre los fines del mismo. Pero se trata de un fin que, al menos en una cierta medida, se realiza intrínsecamente desde el propio establecimiento del Derecho y como secuela del Orden que el mismo comporta; por lo que asimismo es lógico que se califique de inmediato como efecto objetivo. (Mezquita Del Cacho, 1989, p. 48)

Con esta nos referimos a que el hombre desde sus inicios ha buscado sentir la guía y proteccionismo del Estado, por cuanto es menester de este el de desarrollar reglas claras para el correcto desarrollo del ser humano en la sociedad, mismo que se garantiza con la implementación de las diferentes Leyes que sirven de pautas respecto al comportamiento y protección que se le brinda.

En este punto resulta importante destacar que la seguridad jurídica tiene dos facetas, en primera instancia, se presenta como una faceta objetiva que conserva su aspecto estructural, inherente al sistema jurídico y sus instituciones; y

en segunda instancia, se presenta como faceta subjetiva en donde el sujeto se encuentra ligado a la normativa y que a través de ésta exista pleno conocimiento de las consecuencias de su actuar.

Para Gustav Radbruch (1961), la seguridad jurídica en su faceta objetiva requiere de positividad que básicamente existe dentro de la positividad del Derecho y que ésta reúne al menos las siguientes condiciones: “[...] que la positividad se establezca mediante leyes; que el Derecho positivo se base en hechos y no en el arbitrio del juez; que esos hechos sean «practicables», es decir, susceptibles de verificación; y que el Derecho positivo sea estable” (Radbruch, 1961, p. 111).

Para el ciudadano la forma más eficaz de garantizar se cumpla con el principio de seguridad jurídica es la de poseer leyes escritas, ya que en nuestra sociedad con esta se puede lograr que las personas tengan mayor conocimiento de estas para ser exigidas, y de igual forma para que los jueces tengan normativas claras para su aplicación y protección de derechos.

Por su parte, Lon Fuller (1940), considera que existen ocho exigencias para que el derecho positivo satisfaga el requerimiento de la seguridad jurídica estructuralmente: generalidad de las normas; promulgación; irretroactividad; claridad; coherencia; posibilidad de cumplimiento; estabilidad; y, congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación (p. 98).

En este punto es importante destacar que con la sentencia 11-18-CN/19 se pierde la coherencia, posibilidad de cumplimiento y congruencia, ya que en la Constitución como en normas de segundo orden se establece que el matrimonio es

la unión de un hombre y una mujer, y esta sentencia viola lo establecido en las normas siendo contradictoria a las mismas.

Para Gustav Radbruch (1961), sea cuales fuesen las exigencias siempre deberá existir positividad del derecho para que cree seguridad jurídica, pues, “[...] si nadie es capaz de fijar lo que es justo, alguien tiene que establecer lo que debe ser derecho; y si el derecho debe cumplir la función de poner un término a la pugna de las concepciones jurídicas contrapuestas por medio de un fallo de poder autoritario” (p. 115) en este sentido, “[...] hay que otorgar el establecimiento del derecho a una voluntad que sea capaz de hacerlo cumplir en contra de toda concepción jurídica que se le oponga. Aquel que es capaz de hacer cumplir el derecho demuestra que está llamado a establecer [...]” (Radbruch, 1961, p. 115).

La norma escrita es un respaldo para los ciudadanos pues en este se establecen los derechos que tienen las personas, las acciones que este puede tomar en caso de incumplimiento y violaciones a lo mismo, y de la misma manera faculta al Estado y respalda su actuar en la búsqueda de la protección de sus miembros sociales.

En igual sentido Heinrich Henkel (1964) afirma que, en cuanto a la seguridad jurídica referida al Derecho de normas establecido, “[...] el acto de «positivación» del Derecho en las normas establecidas satisface ya una exigencia de la seguridad jurídica. Casi toda tarea jurídica de regulación [...] deja siempre en pie dudas e incertidumbres, e incluso, frecuentemente, varias posibilidades defendibles de solución” (p. 86). En estos y en otros casos refiere el autor que “[...] es una urgente exigencia dirigida al Derecho la de ir más allá de las

consideraciones jurídicas discrepantes y «establecer lo que sea Derecho». La «positividad», pues, crea la primera base de la seguridad jurídica [...]» (p. 87).

Dentro de las exigencias que están implícitas al principio de seguridad nos encontramos con el de la positivización pues mediante esto nos permite que las normas estén previas y claramente establecidas regulando las situaciones jurídicas, mediante esta se logra brindar pleno conocimiento del alcance, aplicación y existencia de los derechos.

Para Prieto Sanchis (2009), el principio de la supremacía constitucional es esencial para la construcción del derecho y este menciona que al menos cumple cuatro funciones las cuales son: ordenación, fundacional, concordancia y su también como norma constituyente. A continuación, se detalla cada una:

Ordenación. - esta significa la jerarquía, plantar a la Constitución como la norma jurídica directriz, la cual marca el lugar que ocupan las demás en el ordenamiento jurídico (Guerra Rodríguez, 2014, p. 42).

Fundacional. - esta se refiere a que la constitución es el fundamento del ordenamiento jurídico dentro de un Estado, establece los límites al actuar del poder estatal y materializa los derechos (Guerra Rodríguez, 2014, p. 42).

Concordancia. - esta significa que es la Constitución, y cómo ésta dota de validez y eficacia a los actos jurídicos públicos y privados siempre que estos cumplan dos esferas. La formal (procedimiento y órganos competentes, definidos en la Constitución), material (esto en cuanto a los principios, derechos y garantías establecidas en la misma) (Guerra Rodríguez, 2014, p. 42).

Norma constituyente. - esta demuestra la voluntad soberana del pueblo, a través del constituyente, ya que determina la estructura del estado, establece

atribuciones al poder público, lo limita a través del poder constitucional (Guerra Rodríguez, 2014, p. 42).

Es por estas consideraciones que el principio de supremacía constitucional es indispensable en la Constitución puesto que sin esta sería una norma que podría ser manipulada y modificada como cualquier otra que está bajo de su nivel jerárquico, rompiendo con la rigidez constitucional, destruyendo la coherencia las normas o leyes deben tener con la Constitución y violentado la seguridad jurídica que se establece en nuestro diario vivir.

Para Verdugo Marinkovic (2003), el principio de supremacía Constitucional se desprenden tres efectos: en primera instancia, la Constitución solo puede ser modificada por los procedimientos de reforma que se establecen en la misma ley, esto ya que la Constitución de Ecuador es predominantemente rígida. En segunda instancia, las leyes ordinarias deben respetar la letra y espíritu establecida en la Constitución. Finalmente, en tercera instancia, si la supremacía constitucional es violentada por el legislador, debe intervenir los encargados de la tutela constitucional (Verdugo Marinkovic, 2003, p. 382).

Existen mecanismos que se encuentran establecidos para la reforma de la Constitución, mismos que deben ser utilizados correctamente, debido a que estos han sido desarrollados para así garantizar el contenido constitucional por ende se garantiza la seguridad jurídica, guardando coherencia en relación a la norma suprema ya que si esta es violentada a través de actos del poder público-político estos serían inconstitucionales.

Por su parte, García Atehortúa (2014), menciona que “[...] los tratados tienen rango superior que las demás normas, pero no tienen jerarquía mayor que la

constitución formalmente concebida, es decir, tienen prevalencia en el orden interno, pero no frente a la misma constitución” (p. 93).

A través de estos dos autores podemos afirmar que la Constitución en la escala de jerarquía está por encima de los tratados internacionales, y que, si bien en la jurisdicción contenciosa genera una obligación, en el caso de las opiniones consultivas solo genera una guía para adecuar el ordenamiento interno a las obligaciones internacionales, respetando y aplicando los métodos establecidos en el texto constitucional.

Métodos de interpretación constitucional

En el apartado de métodos de interpretación analizaremos puntualmente 3 formas de estos, justificamos el análisis de estos pues en nuestro texto Constitución son aquellos que se encuentran establecidos para mencionado trabajo interpretativo.

Grisel Galiano (2019) desarrolla una explicación de los métodos establecidos en la constitución para la interpretación de las normas, estas son tres:

El método gramatical o filológico. - se usa para definir el sentido de los vocablos en los textos, en nuestra Constitución lo encontramos tipificado en el artículo 427 el cual se especifica que la normativa de carácter Constitucional deber ser interpretada por su tenor literario y que este debe analizarse en integralidad con el texto, únicamente existir dubitación respecto a su verdadero significado, se interpreta de forma que beneficie la mejor aplicación de los derechos, esta se debe realizar cumpliendo con los principios de interpretación y sin cambiar el verdadero sentido que expreso el constituyente. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales en el artículo 3 establece que cuando la norma es clara,

se atenderá siempre a su tenor literal, aun cuando se puedan utilizar otros métodos de interpretación (Galiano Maritan, 2019, p. 45).

El método exegético o histórico. - este puede ser estático o dinámico, y en cualquiera de estas dos esferas se lo aplicara ante una ley “oscura”, “omisa” en la cual el juez constitucional debe apelar a la voluntad del constituyente, en el tiempo que esta fue concebida, esto sin que el intérprete pueda añadir nada nuevo a su valoración (Galiano Maritan, 2019, p. 46).

El método lógico sistemático. - estos se refieren a la ratio de las normas o su finalidad, en este se afirma que hay que rechazar las demás clases de interpretación que supongan la contradicción de una norma con otra (Galiano Maritan, 2019, p. 47).

En este punto es importante destacar que el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, establece 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” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 67).

Por cuanto el artículo constitucional que regula al matrimonio, es claro, limitando el análisis del mismo al uso de la interpretación literal, por lo cual podemos sospechar que los jueces de la Corte Constitucional realizaron una mala aplicación de los mecanismos de interpretación constitucional establecidos en el mismo texto y que en el caso específico nos remitiremos al artículo 427 el cual menciona 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 y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 427)

Por cuanto es importante darle un sentido a la frase del tenor literal mismo que se usa para la interpretación constitucional dentro de nuestro sistema. En este contexto, Avelino León (1968) refiere que:

[...] Las palabras traducen normalmente de manera fiel el pensamiento del legislador. El legislador es culto, sabe el significado de las palabras que emplea y su sintaxis debe suponerse correcta. Pero esta prevalencia del “tenor literal” queda supeditada a que “el sentido de la ley sea claro”, porque puede suceder que, aunque el lenguaje empleado sea correcto y preciso, ese “tenor literal” no traduzca el verdadero pensamiento del legislador, creando de este modo duda en el intérprete sobre el verdadero “sentido de la ley”. Faltaría, entonces, el supuesto necesario - “cuando el sentido de la ley es claro”- para atenerse exclusivamente al “tenor literal”. (p. 45)

La elaboración de leyes por parte del constituyente debe ser claro respecto a su contenido y alcance, ya que de esta forma se puede garantizar la correcta aplicación e interpretación de la normativa, en el caso estudiado al decirnos que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, por lo cual se cree que cualquier lector de nuestro texto Constitucional entendería de forma clara respecto a su aplicación y alcance.

Es así que, sin perjuicio de los casos a los que nos referiremos más adelante, puede acontecer, excepcionalmente, que, en una ley sobre determinada materia, un artículo sea claro y preciso en sus términos formales, pero contradiga el sentido de toda la ley, de uno o más de sus preceptos o de otras leyes, que deban tener prevalencia. En tal evento, no obstante, el “tenor literal”, el intérprete deberá buscar el genuino sentido del precepto, recurriendo a otros elementos de interpretación, como el lógico o el histórico” (León, 1968, p. 46).

Las leyes deben guardar estricta relación con la Constitución, para que así garantizar que a través su literalidad no se contraponga a otros apartados de la misma, con esto se garantiza que el método predominante sea el literal y que no existan vacíos que den paso a otro tipo de interpretaciones.

Rodríguez Molinero (1993), señala que la interpretación nunca puede quedar al total arbitrio de quien la lleva a cabo, al capricho del intérprete, sino que ha de hacerse con ciertos fundamentos o garantías de objetividad. Por eso son absolutamente necesarios ciertos criterios o módulos interpretativos que sirvan de guía a la interpretación. En este mismo sentido afirma que se trata de meros criterios o módulos de interpretación, es decir, de puntos de vista directivos que sirven de guía y orientación perceptiva para llevar a cabo la interpretación. En modo alguno, señala el autor, son métodos de interpretación, como muchos suponen y de hecho llegan a exponer ciertos autores en algunos libros (Molinero, 1993, p. 263).

Es por esto que existen métodos establecidos en la Constitución los cuales deben ser aplicados y respetados por parte de los jueces constitucionales ya que, sin estos, las interpretaciones constitucionales carecerían de objetividad ya que

dependerían del entendimiento o razonamiento de las personas que ejerzan esta potestad de turno y no de parámetros y mecanismos previamente establecidos.

Por su parte, Karl Larenz (2001), sostiene que toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal. En este sentido, el autor señala que, entendemos el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje o, en caso de que sea constatable un tal uso, en el uso especial del lenguaje de quien habla, aquí en el de la ley respectiva (p. 264).

En el Ecuador el método predominante de interpretación es el método literario por cuanto al realizar el análisis de las normas supletorias respecto al matrimonio establecidas en el Código Civil y la Ley del Registro Civil que son copias textuales de lo que se establece en la Constitución se puede precisar que no existe contradicción alguna respecto a su sentido y aplicación, siendo esta en su redacción muy precisa respecto al caso en el que el matrimonio es permitido en el territorio Ecuatoriano.

Desde el punto de vista de Elsa Guerra (2014), el control de constitucionalidad tiene su fundamento en el principio de supremacía constitucional y su ejercicio supone un examen de compatibilidad de las disposiciones derivadas del poder normativo de los órganos estatales con el contenido de la Constitución. Supone, por tanto, una confrontación entre normas con distinto grado de jerarquía: una de ellas con la condición de «suprema» frente a la cual la otra (la norma controlada), en caso de contradicción, pierde toda vigencia. En este sentido, el diseño institucional del control de constitucionalidad no puede tener por objeto el examen de las propias normas de las cuales se deriva el control mismo y del cual pueda concluirse la invalidez de cualquiera de ellas.

Ello significaría admitir necesariamente la capacidad de reforma constitucional por vía del procedimiento de control (p. 47).

Cuando un juez interpreta la norma cuestionada lo realiza en relación a la norma superior, si llegase a ser contradictoria esta debería ser expulsada o modificada para que guarde concordancia y sea constitucional. El control que realiza el juez no puede ser de la misma norma madre pues esta es la que brinda validez a las normas secundarias, y si esto se evidenciara el juez al no tener competencias legislativas, debería remitir al órgano competente para que este realice lo mediante el proceso idóneo y previamente establecido en la Ley.

De ahí que en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), en el artículo 3 nos menciona que las normas constitucionales deben interpretarse a través de los siguientes métodos o reglas: reglas de solución de antinomias, principio de proporcionalidad, ponderación, interpretación evolutiva o dinámica, interpretación sistemática, interpretación teológica, interpretación literal y otros métodos de interpretación.

La regla de solución de antinomia no es aplicable al caso ya que no existe contradicción entre la norma y la Constitución.

Principio de proporcionalidad no es aplicable puesto que en el presente caso no existe contradicción entre normas o principios del mismo rango.

La ponderación requiere que se determine una relación de preferencia entre principios y normas.

Respecto a la interpretación evolutiva la interpretación se la realiza según la situación específica que esta regula, en el caso del matrimonio desde sus inicios hasta la regulación actual se refiere a la unión entre un hombre y una mujer, por

cuanto es una ley activa, eficiente y que no es contraria a la normativa constitucional.

La interpretación sistemática se refiere a que la interpretación que se efectúa a las leyes debe ser considerando en cuenta el contexto general del texto normativo, ya que el fin de este es que entre normas exista coexistencia, correlación y armonía.

La interpretación teleológica, en esta se considera la finalidad que persigue el texto normativo, por cuanto el texto permite el matrimonio bajo parámetros previamente establecidos, mismos que deben ser cumplidos a cabalidad.

En la interpretación literal, es importante identificar la claridad y significado de la norma pues para su correcta aplicación se debe remitir al tenor literaria de la misma.

Respecto a los otros métodos de interpretación, se debe atender los principios generales de derecho, equidad, principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

La constitución se analiza en su totalidad y si existiese duda respecto a esta, se la interpreta en el sentido que se más favorable para el ejercicio de derechos vigentes en el texto y sobre todo respetando el sentido que le da el constituyente.

Después de revisar la sentencia se podría pensar que los jueces de la Corte Constitucional quisieron usar lo establecido en el artículo 3 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, alegando que existe una duda, respecto a lo que establece claramente el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador.

Dicho de otro modo, mediante la técnica interpretativa sistemática, “[...] el intérprete debe atribuir a una norma, cuyo significado sea dudoso, un sentido congruente con las prescripciones que establecen otras normas del sistema. Por lo tanto, al juez corresponde justificar el vínculo sistémico que existe entre la norma a la que se atribuye significado y las del sistema que la circundan” (Anchondo, 2012, p. 42).

Para diversos intérpretes, el método sistemático es el más eficaz en relación a la hermenéutica constitucional. Como menciona Cárdenas (2011) la interpretación que se realiza a la Constitución debe ser en total armonía sistemática con las demás normas Constitucionales por lo tanto queda excluido que quien realice dicha interpretación observe de forma incompleta el texto Constitucional. Este autor evidencia la importancia del uso de este método que significativamente aporta en la construcción jurisprudencial que se ha desarrollado en los Estados Unidos, donde se ha concluido que para interpretar una disposición de la Constitución, en este sentido, “[...] es deber del juez recurrir a la totalidad de la ley suprema, si fuera necesario, para determinar la intención y el sentido verdadero de una disposición particular, y si existiera una aparente repugnancia entre diversas cláusulas, debe en lo posible armonizarlas” (Cárdenas, 2011, p. 128).

Por el contrario, si se realiza de él una interpretación coherente con los fundamentos básicos de la teoría de la estructura del ordenamiento jurídico y con el resto de la Constitución, fundamentalmente con el principio de supremacía constitucional que tan solemnemente proclama en los arts. 424 y 425, y sobre el cual se articula la unidad del ordenamiento jurídico, pudiera concluirse que el

principio de favorabilidad ha de limitarse a la posibilidad de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos en los casos concretos que estos establezcan, para el ejercicio de los derechos reconocidos en la propia Constitución, condiciones más favorables que las previstas en ella, esto es, complementar o ampliar, en virtud de la aplicación del derecho internacional, las garantías para la protección o realización de los derechos reconocidos en la Constitución.

Pero no significa, en modo alguno, la posibilidad de modificar el sentido o contenido esencial que el texto constitucional confiere a ciertos derechos, o peor aún, reconocer los que ella niega expresamente, sobre todo, aquellos cuyo contenido no cuentan con el consenso universal y que, por tanto, los propios instrumentos internacionales dejan a la discrecionalidad de los Estados como expresión de la libertad configuradora que implica el ejercicio de la soberanía (Marcheno, 2020, p. 193).

En este punto es importante incluir el bloque de constitucionalidad como mecanismo para desarrollo de derechos a través de jurisprudencia que va estrictamente ligado a la interpretación constitucional ya que si no existieran situaciones que ameritaran la interpretación de los jueces no podría existir.

Para Manuel Góngora (2014), a través del bloque de constitucionalidad se faculta que esta pueda atribuir a normas que no se encuentran en la carta magna con la misma jerarquía constitucional (p. 301).

Ahora bien, los jueces constitucionales dentro de la presente sentencia de investigación, aplicaron el bloque de constitucionalidad, mismo que no se encuentra regulado generando un grave perjuicio, respecto a su uso y aplicación,

abriendo las puertas a que éstos puedan realizar cualquier tipo de análisis o interpretación y que el sustento sea la postura, creencia o ideología, del juez de turno.

Según Uprimny (2001), la idea del bloque de constitucionalidad es que esté menciona la existencia de normas con rango constitucional que no están expuestos en el mismo, es decir, “que una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita” (p. 2)

A palabras de Jorge Benavides y Jhoel Escudero (2020), en su publicación respecto a control concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador, nos mencionan que: “[...] el bloque de Constitucionalidad, como los otros instrumentos de interpretación del derecho constitucional, tiene por finalidad integrar vía jurisprudencia a la Constitución normas que no forman parte de ella; se trata de una herramienta que orienta al juez a identificar normas que no afecten la fisonomía indiscutible de la Constitución o su tejido axiológico” (p. 72).

En este sentido, se evidencia que no toda la normativa internacional en materia de derechos humanos es parte de la Constitución, de ser así sería sumamente complicado que estas funcionen de forma armónica por cuanto conoceríamos el principio de la Norma suprema llamada Constitución, pero no su final.

A través de la jurisprudencia ecuatoriana no se ha logrado identificar con claridad los límites del bloque de constitucionalidad, lo cual podría generar un peligro, ya que a través de esta los magistrados desarrollarían la aplicación de esta

institución sin regulación o sin que se fije el alcance del mismo, lo que podría afectar el contenido de la Constitución y al propio control de constitucionalidad de la ley (Benavides & Escudero, 2020, p. 173).

Por estos motivos es importante, poder definir cuáles son los alcances de la Corte Constitucional, ya que este al no tener claros sus límites como al no contar con un órgano de control, podría incumplir fácilmente su principal función que es la de ser guardián de la norma constitucional, como se evidencia en la sentencia analizada, donde un juez no solo mal interpreta si no le da un sentido no existente a una norma.

Por tanto, el bloque de constitucionalidad es una herramienta válida para el desarrollo de derechos sin embargo este debe ser acompañado de actos que le brinden legitimidad a la decisión. Tema que va ligado a las facultades y funciones que tiene la corte, así como a los mecanismos de participación que serán desarrollados más adelante en este trabajo.

Principios de interpretación constitucional

Existen principios que se deben respetar para la interpretación constitucional, los cuales se sintetizan de la siguiente manera:

a) Principio de unidad de la Constitución. - este principio nos dice que las normas constitucionales deben ser interpretadas en conjunto de forma armónica y/o sistemática, en ningún caso de forma aislada. En este sentido, Rubio (2003) señala: “[...] según este criterio de interpretación, el operador jurisdiccional debe considerar que la Constitución no es una norma (en singular), sino, en realidad, un ordenamiento en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido” (p. 16).

b) Principio de concordancia práctica. - este principio refiere a que no deben existir contradicciones dentro de la constitución. En palabras de Figueroa (2009):

[...] toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales deber ser resuelta optimizando su interpretación, es decir, sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado. (p. 21)

c) Principio de la eficacia integradora de la Constitución. - este principio refiere a que el fin de la interpretación constitucional es que las normas que lo conforman sean eficientes, que sirvan para integrar, pacificar y ordenar las relaciones entre los poderes públicos y de estos con la sociedad. Al respecto Lafuente (2000) explica que “[...] conforme a esta regla, supuestas varias interpretaciones posibles de una norma sub-constitucional, se optará por la que en mayor medida favorezca la eficacia de la norma constitucional. Y aun especialmente en el caso de las normas dogmáticas, es decir de las reguladoras de derechos y libertades” (p. 38).

d) Principio de corrección funcional. - a través de este principio nos refiere a que la interpretación que se dé a la constitución no puede interferir con las funciones propias de los órganos del estado establecidos previamente en la constitución. Para Monroy (2002) “[...] este principio debe respetar la

denominada “regla de corrección funcional” en virtud de la cual el intérprete deberá respetar el marco de distribución de las funciones estatales establecido en la Constitución” (p. 22).

e) Principio la fuerza normativa de la Constitución. - este principio menciona que todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado conforme a lo establecido en la constitución, respetando su naturaleza como norma suprema y vinculante de todo. Sobre el tema, Casal (2006) indica que “[...] la aceptación de la fuerza normativa de la Constitución, hoy indiscutible, obliga a proteger la norma suprema de toda acción u omisión de los poderes públicos violatoria de sus disposiciones, sin que sea lícito reconocer al legislador un espacio de inmunidad al control judicial cuando el desconocimiento de la Constitución se origina en su inactividad” (p. 41).

f) Principio *in dubio pro libértate*. - con este principio se busca que, en caso de existir una duda, esta sea resuelta de tal forma que garantice las libertades del ser humano y la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. Sobre este principio León (2010) señala: que “[...] implica que no sólo en supuestos dudosos deberá optarse por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que también implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto” (p. 40).

Aplicación de las opiniones consultivas

Las opiniones consultivas forman parte de una de las funciones atribuidas a la Corte Interamericana, en la cual los Estados partes pueden realizar consultas jurídicas a dicho ente con el fin de solventar dudas respecto a su posible

aplicación y no contradicción refiriéndose a derecho interno e internacional, para que con esto cada estado a través de sus normativas internas pueda adaptar y dar cumplimiento a las obligaciones o responsabilidades internacionales que han ido adquiriendo.

La supremacía constitucional vs. la obligatoriedad de la aplicación de las opiniones consultivas, mismo que causa un conflicto ya que estos no están al nivel de nuestra norma suprema, este tema será abordado a través del voto salvado de la sentencia hoy analizada.

En la presente sentencia, el Juez Hernán Salgado Pesantes en su voto salvado desarrolla el siguiente criterio jurídico:

[...] la posición es contraria respecto a la del Juez Ramiro Ávila Santamaría, por los siguientes motivos: primero, el análisis desarrollado en la ponencia no se enmarca la verdadera naturaleza jurídica de la consulta de norma, ya que esta es un mecanismo de control constitucional que tiene como fin garantizar la supremacía de la Constitución.

[...] el punto básico de la disidencia del ex Juez Salgado Pesantez en relación a la del Juez ponente y con las demás Juezas y Jueces se desprende por el motivo de que es un abuso al uso y a la interpretación constitucional, esta lleva al extremo de hacer desaparecer la oposición de la Ley Suprema al denominado "matrimonio igualitario". ¿Será una nueva forma de ilusionismo constitucional? Para Salgado Pesantez es un proceso de mutación arbitraria que destruye la supremacía de la Ley Fundamental.

[...] el raciocinio jurídico o lógica jurídica nos conduce a sostener que no puede existir una interpretación ad infinitum, que trastoque la claridad y

concisión del lenguaje formal. Consideremos que si cualquier disposición constitucional de la parte dogmática u orgánica, especialmente en la primera, puede ser cambiada bajo la argumentación que existe una duda, sin importar la claridad del texto, entraríamos en ese proceso de mutación arbitraria. (Salgado, 2019, p. 32)

En este contexto, para Salgado Pesantes, el artículo 67 de la Constitución es muy concreto y no cabe interpretación del mismo, menciona que no procede otorgar un sentido diverso a una norma en el cual su contenido y alcance es claro y preciso.

El juez ponente dentro de este caso hace caso omiso de la literalidad del artículo 67 respecto al matrimonio donde se dice “entre un hombre y una mujer”, bajo el análisis realizado y sin respetar los preceptos establecidos se violenta el principio de supremacía constitucional, poniendo en riesgo, ya que a futuro un juez constitucional a su entero capricho al interpretar la norma genere una duda inexistente respecto a lo que claramente se establece de forma literal en un artículo Constitucional (considerando que en la mayoría de países de nuestra región se ha sido legalizado el matrimonio homoparental dentro de una agenda con tintes políticos más que legales, y sin haber limitaciones a futuro, la Corte Constitucional podría verse convertida en una institución que sirva para modificar la Constitución cumpliendo fines partidistas), esto por cuánto “el hombre” es político por naturaleza, y en el ejercicio de sus funciones se podría ver viciado su actuar por sus propias creencias socio-políticas y partidistas-políticas que forma en el desarrollo de su vida, como vemos en el análisis del matrimonio igualitario

el juez parte de falsas premisas, mismo que destruye lo plasmado en la Constitución, violentando así los principios y mecanismos constitucionales.

Así también el mencionado juez ignora los mecanismos de reforma constitucional que serían los adecuados para modificar el texto constitucional y que de esta forma no existan antinomias legales causadas por el mal uso del derecho en cuanto a su interpretación. En este sentido, la conclusión que se extrae es evidente:

[...] se ha producido, vía sentencia, la modificación del contenido explícito de la Constitución mediante la introducción de una prescripción contraria a una norma constitucional con un sentido claro; esto es, se ha transformado la definición de matrimonio como unión entre personas de distinto sexo en la de unión «entre personas» con independencia del sexo. En esto radica el principal reproche que cabe dirigir a la CC, en haber excedido sus competencias de garante de la supremacía constitucional y haber sustraído el poder de reforma atribuido a otros órganos estatales (Marcheno, 2020, p. 72).

Dentro de este apartado podemos hacer referencia a la teoría originalista la cual es una forma de interpretación jurídica para lograr la adecuación constitucional, esta nos dice que la ley emana de lo que razonablemente se puede leer en el texto.

Por su parte Scalia (1997) nos dice al respecto que es necesario atender al contexto originario, es decir, el significado público y accesible de las palabras en el momento que la Constitución fue promulgada, el significado original del texto y no lo que los redactores del texto pretendieron (párr. 2).

Según Lawrence Solum (2007), nos dice que para hablar de originalísimo debemos entender cuadro ideas centrales:

[...] 1) el significado lingüístico del texto constitucional debe basarse en la época en que cada disposición fue aprobada; 2) el significado constitucional debe basarse en la gramática, sintaxis, y, en general, el uso del lenguaje de la época en que la disposición fue aprobada; 3) el texto no es solo un símbolo por lo que el sentido original del texto constitucional tiene fuerza vinculante; 4) debe diferenciarse entre “interpretación” y “construcción constitucional”, la primera se refiere a esclarecer el significado lingüístico del texto, la segunda analiza el efecto legal que el texto genera para el intérprete. (párr. 25)

Por otra parte, tenemos la teoría del dinamismo constitucional, en la cual, considera que la constitución no es inmodificable, sino que esta posee un dinamismo mismo que permite la adecuación de las normas a la realidad social. Esta teoría busca compatibilizar la Constitución a la realidad socio-política en relación a una temporalidad definida, aquí podemos encontrar a Rudolf Smend (2016) el cual nos dice que las tendencias políticas podrían ir cambiando la Constitución a través de la integración de las distintas realidades del Estado (p. 54).

Después de realizar un breve detalle de estas teorías originalista y dualista, y a través del desarrollo de la investigación, en la presente sentencia, debemos decantarnos por la teoría originalista, pues esta se asemeja a la realidad ecuatoriana ya que es la que permite el desarrollo de derechos respetando el texto constitucional y su supremacía, ya que en el desarrollo podemos darnos cuenta de

que en este caso en específico la Corte no pudo adaptar las nuevas situaciones que surgen en la sociedad sin con esto, destruir la normativa constitucional, irrespetando el verdadero sentido que se dio a la normativa dentro del contenido textual de la Constitución, rompiendo toda literalidad y significado del mismo.

Ahora bien, respecto a la obligatoriedad de la aplicación de las opiniones consultivas, Salgado Pesantes nos menciona que la Opinión Consultiva OC 24-17 no constituye un instrumento internacional, inclusive, ésta no conlleva una obligación que genere efectos directos y mediatos en un Estado, pues su propio texto señala “[...] insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos [...]” (Opinión Consultiva 24-17, 2017, párr. 23).

La Constitución es la norma rectora de un Estado y todo acto que pueda ser incompatible con esta es nulo, a través de la supremacía constitucional se desarrolla el principio de la suprallegalidad. Así, pues, la “[...] suprallegalidad generará como consecuencia la rigidez constitucional, que constituye a su vez, la garantía de la supremacía de la Constitución [...], la determinación de que en la cúspide del ordenamiento jurídico estatal se encuentra la Constitución establecida por decisión del poder constituyente y solo modificable por él” (Noguera, 2006, p. 24).

La Constitución no es una mera declaración retórica, tal como la concebía la tradición jurídica francesa y estadounidense, está por encima de todas las demás leyes; de esto desprende que la Constitución tiene valor normativo por sí misma y que no depende de ninguna otra ley que la desarrolle, convirtiéndose en el criterio

de validez formal y material de las normas que integran el ordenamiento jurídico; dando validez formal ya que esta engloba cómo se crean las demás normas, y otorga validez material ya que establece que ninguna norma puede contradecir su espíritu, contenido en la parte dogmática (Restrepo & Castaño, 2019, p. 28).

En este punto, analizaremos respecto a la obligatoriedad de la aplicación de las opiniones consultivas. La misma Corte Interamericana en sus primeras opiniones se ocupó del tópico en términos muy generales: "[...] No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, 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 [...]" (Opinión Consultiva, 1982, párr. 51). En la Opinión Consultiva 15 la Corte se ha mencionado las opiniones consultivas emitidas por la CIDH carecen del carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, pero tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. Cabe preguntarse entonces, ¿cuáles son esos "efectos jurídicos innegables" a los que hace referencia la Corte Interamericana?

Las opiniones consultivas son pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de procesos no contenciosos, por tanto, según los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República y la investigación realizada se puede inferir que estas no tienen el mismo valor que una sentencia que es de obligatorio cumplimiento, ya que son consideradas como vinculantes por su naturaleza que es la de absolver consultas para que a través de esta cada estado a partir de su regulación normativa interna pueda cumplir con el proceso de adaptación respecto a sus compromisos internacionales, tomando a

estas como guías y no como obligaciones, ni muchos menos instrumentos de inmediata aplicación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diferentes sentencias respecto al fin de sus Opiniones Consultivas y ha mencionado lo siguiente:

OC25/18 de 30 de mayo de 2018: "El propósito central de dicha función consultiva es que la Corte Interamericana emita una opinión acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, fijando de este modo su ámbito de competencia. En esta línea, la Corte ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos", es amplio y no restrictivo". (Opinión Consultiva No. 25, 2018, párr. 32)

A través de esta opinión consultiva realizada por la misma Corte Interamericana podemos comprender cuál es la naturaleza de esta función que le ha sido atribuida, y esta es la de emitir "opiniones", "recomendaciones" para que cada Estado pueda adoptar y adecuarla a su normativa interna.

OC-22 de 26 de febrero de 2016: El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la

función propia de un control de convencionalidad preventivo. (Opinión Consultiva N, 22, 2016, párr. 23)

Esta sirve para realizar interpretaciones respecto normas y evitar cometer actos que puedan ser inconstitucionales, donde se marca la diferencia es en su aplicación pues esta al no tener la misma fuerza vinculante u obligatoria per se, es por esto que para su aplicación debe ser desarrollada por cada Estado a través de su normativa interna.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado a través de su jurisprudencia lo importante jurídicamente de las Opiniones Consultivas, dado que las mismas constituyen "[...] un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1979, párr. 15). Por otra parte, la utilidad de esta es la de "auxilia(r)" a los Estados y órganos en la correcta aplicación de los tratados relacionados a la materia de derechos humanos, sin que estos sean sometidos a los formalismos y sanciones que desprenden de los procesos contenciosos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1979, párr. 20).

Por lo tanto, las Opiniones Consultivas son medios de apoyo que brinda la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que cada Estado pueda cumplir con los compromisos que ha adquirido internacionalmente, es decir, da guías para que un estado pueda adecuar su ordenamiento en beneficio de los derechos de las personas, a través de procesos ya establecidos en la Constitución, desarrollo de

políticas públicas, etc., sin tener que someter a estos a procesos de jurisdicción contenciosa donde podrían sancionar a los estados.

En palabras de Néstor Pedro Sagiés (2011): "[...] el Estado local puede válidamente abonar, en su legislación constitucional o infra constitucional, recetas jurídicas diferentes a las gestadas por la Corte Interamericana que cuando -cabe repetir- resultaren más generosas para el individuo, prevalecerán sobre la Opinión Consultiva" (p. 276).

En la presente el Estado ecuatoriano podría tomar las recomendaciones realizadas por la Corte, pero es en su forma de implementarlas donde se debe tener principal consideración pues esta podía gozar de mayor legitimidad a través de los mecanismos establecidos en nuestra Constitución pues esta hubiese tenido la validación jurídica y democrática, ejes trascendentales dentro de nuestro país.

Dentro de la opinión consultiva 24/17 el juez Eduardo Vio Grossi, en su voto individual en las observaciones generales enumerado 10, menciona lo siguiente:

[...] asimismo, este escrito se sustenta en la convicción, por una parte, de que lo que le corresponde a la Corte en el ejercicio de su competencia consultiva o no contenciosa es únicamente "interpretar" la Convención u otros tratados sobre derechos humanos 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. (Vio Grossi, 2017)

La facultad es netamente interpretativa respecto a la compatibilidad de normativa internacional y nacional, su aplicación no es obligatoria ni vinculante para los Estados ya que esta es una guía para su aplicación y no el medio.

En la publicación de Jorge Benavides y Jhoel Escudero (2020), hacen una reflexión importante respecto a cómo cada sistema debe desarrollar sus propios conceptos respecto al límite, alcance y valor que se da en este caso a las opiniones consultivas, ya que esta permite un claro ejercicio de derechos sin suponer que se le dé un valor superior al que le corresponde.

Asimismo, es de suma importancia que se defina que figuras configuran o forman parte del bloque de constitucionalidad tomando énfasis en los instrumentos interpretativos, este tema no ha sido desarrollado en gran parte en la jurisprudencia ni en las normas. En la investigación realizada cabe mencionar el derecho comparado y citar la Sentencia C-10 de 2000 expedida por la Corte Constitucional de Colombia, que resolvió negar la petición de inconstitucionalidad de la Ley 74 de 1966 que “[...] reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión” (párr. 12), y en relación con el rol de las opiniones consultivas en el derecho constitucional señaló que la Opinión Consultiva OC -5/83 es un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de derechos reconocidos por la Convención, al sostener que la censura previa está prohibida. De forma muy razonable los jueces Constitucionales de Colombia trataron a la opinión consultiva como un instrumento de apoyo respecto a la interpretación del tema tratado, muy diferente a lo que sucede en el Ecuador

donde los jueces lo incluyen dentro del bloque de constitucionalidad, y alegan que tiene la misma jerarquía que la Constitución (Caicedo, 2009, p. 23).

Otro pronunciamiento emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra en la opinión consultiva N 1/82 en la cual mencionan lo siguiente: “[...] no debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, 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” (párr. 51).

A través de esta claramente podemos advertir que las opiniones consultivas necesitan de la voluntad y normativa interna de cada Estado para ser implementadas, pues no son obligatorias ya que tienen un carácter diferente a las que gozan las que se encuentran dentro de su jurisdicción contenciosa.

También podemos encontrar al respecto en la Opinión Consultiva No.3/83 realizada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, menciona lo siguiente:

[...] ninguna de estas consideraciones está presente en los procedimientos consultivos. No hay partes pues no hay demandados ni actores; ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales, ya que el procedimiento no los contempla, ninguna sanción judicial está prevista ni puede ser decretada. A lo único que el procedimiento está destinado es a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. (párr. 22)

Dentro de la Opinión Consultiva N 15/97, los jueces de la CIDH mencionan lo siguiente: “la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso” (párr. 26).

Para Jorge Roa las opiniones consultivas, como desprende de su nombre, tiene su inicio cuando un Estado solicita una opinión o asesoría que ayuda a dichos Estados a cumplir con los tratados internacionales de derechos humanos, por tal razón estas no son vinculantes ni de obligatorio cumplimiento, esto por cuanto las opiniones consultivas no se encuentran referidas en la obligatoriedad, no están regidas por el procedimiento contencioso y tampoco resuelven cuestiones de hecho donde podamos verificar su existencia, esta solo emite una opinión sobre la interpretación de una norma, por lo cual no se le puede dar el carácter de vinculante (Roa, 2015, p. 11).

Corte Constitucional Facultades y competencias

En el presente subtema revisaremos las facultades y competencias de la Corte Constitucional que son importantes dentro del caso en específico.

En la Constitución ecuatoriana, en el artículo 134 numeral 4 le faculta a la Corte con la iniciativa para presentar proyectos de ley, por esta razón dentro del desarrollo de la sentencia este tipo de participación e iniciativa hubiese sido muy novedoso por cuanto hubiesen hecho que la legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo goce de legitimidad a través de la decisión soberana ya sea con el referéndum o la reforma parcial , por tal razón al ser el único intérprete de la Constitución en el país, debería ser mucho más participativa en razón de su experticia y conocimiento, ya que con esto se facilitaría la participación de la

ciudadanía ejerciendo los derechos que se encuentran contemplados en la Constitución.

Según la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional cumplirá con las siguientes atribuciones las cuales son relevantes al caso analizado:

Es la máxima instancia para interpretación de la Constitución, tratados internacionales ratificados por el Estado, emitir dictámenes y sentencias mismas que serán vinculantes, resolver las acciones de inconstitucionalidad, declarar la inconstitucionalidad de oficio respecto a normas que sean contrarias a la Constitución, resolver respecto a la inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos de carácter general, emitir sentencias que constituyan jurisprudencia sobre las acciones constitucionales (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 436).

Según el artículo 3 del Reglamento de Sustentación de Procesos de la Corte Constitucional (2015) las competencias que se relacionan al presente caso son las siguientes:

Interpretar la Constitución y tramitar la acción pública de inconstitucionalidad que verse sobre los mecanismos de reforma constitucional, las resoluciones del legislativo donde se aprueban tratados internacionales; omisiones de mandatos contenidos en la Constitución, realizar un control previo de constitucionalidad respecto a los procedimientos de reforma o enmiendas de la Constitución, así como del referendo, consulta popular y tratados internacionales; un control automático cuando se sospeche que hay normas contrarias a la Constitución, tratados que requieran de la aprobación legislativa; el control

concreto en consultas de norma; emitir jurisprudencia vinculante respecto a la acción de protección; declaratoria y sanción de incumplimiento de sentencias y disposiciones constitucionales; facultad de presentar proyectos de ley que se relacionen a sus atribuciones (Reglamento de Sustentación de Procesos de la Corte Constitucional, 2015, art. 3).

Dentro de este apartado es importante destacar lo mencionado por Agustín Grijalva (2011) el cual nos dice que la Corte Constitucional no es un órgano consultivo, ya que la Corte no puede interpretar la Constitución en cualquier momento y de cualquier forma. Este autor menciona además que la interpretación de la Constitución no es una atribución específica, diferenciada y aislada, como sugeriría una limitada interpretación del artículo 436 (Grijalva, 2011, p.224).

El numeral 1 establece que el artículo 436 nos menciona que la Corte Constitucional desarrolle su tarea interpretativa exclusivamente mediante sus dictámenes y sentencias, esto se realiza en el marco de las competencias que la Constitución le otorga a la Corte, principalmente en los artículos 436 y 438, entre los cuales ninguna faculta a esta para absolver consultas sobre la interpretación de la Constitución.

Esta Corte puede absolver consultas dentro de un proceso judicial, esto se establece en el artículo 428 que nos menciona que cuando un juez considere inconstitucional una norma jurídica, suspenda el proceso y ponga el asunto en conocimiento de la Corte Constitucional para que esta resuelva con efectos generales.

Es importante dentro del presente apartado realicemos una mención a la acción de constitucionalidad de norma ya que esta es la acción utilizada por la

Corte Constitucional en el presente trabajo, el procedimiento de esta la podemos encontrar en los artículos 141. 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en los cuales se establece que los jueces ya sea de oficio o a petición de parte cuando existiese una duda razonable y motivada de que existe una norma que es contraria a lo que establece la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos, estos podrán detener el desarrollo de la causa y elevar a consulta de la Corte Constitucional, una vez que se remita el proceso a la Corte Constitucional estos tendrán 45 días para absolver la consulta, en caso de que estos no se pronunciaran en el tiempo concedido la sentencia que emitan no tendrá carácter retroactivo dentro de la causa, para garantizar que no exista violación alguna por la falta de su pronunciamiento queda a salvo la acción extraordinaria de protección, el contenido mínimo que debe contener la consulta de norma ha sido desarrollado en la sentencia **033-13-SCN-CC** la cual menciona que se debe: identificar el enunciado pertinente del cual se consulta su constitucionalidad; identificar las reglas o principios que se presumen vulnerados, razones, motivos y circunstancias; fundamentación clara de la relevancia de la decisión normativa cuya constitucionalidad se consulta. La presente acción concluye con la sentencia emitida por el Pleno de la Corte mismo que tendrá mínimo 5 votos los cuales pueden ser a favor, concurrente o salvado. La decisión que estos emitan puede tener dos efectos: 1. Si se pronuncia respecto la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con la norma constitucional, tiene el efecto igual al que generan las sentencias de control abstracto de constitucionalidad. 2. Si se pronuncia sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica,

efecto inter partes y en casos análogos. Una vez notificada la sentencia se concede el término de tres días para pedir ampliación o aclaración de la misma.

La supuesta facultad de resolver consultas de la Corte pone en riesgo incluso las mismas competencias jurisdiccionales atribuidas a esto, como ejemplo ¿Qué pasaría si esta Corte se pronuncia en determinado sentido respecto a una norma o acto y posteriormente se demanda la inconstitucionalidad de la norma o el acto administrativo, y aún más complejo cuando esta resolución sea llevada por jueces con diferentes posturas? ¿Acaso la primera ataría la decisión de los segundos, pondríamos en peligro la misma seguridad jurídica?

Estas interrogantes surgen en vista de que como menciona Agustín Grijalva (2011) en su obra Interpretación Constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional, no se ha determinado el valor jurídico de estas consultas por cuanto surge la duda del verdadero efecto de estas.

Es pertinente en este apartado hacer un breve análisis respecto a la acción de interpretación constitucional que se encuentra establecido en el Art. 154 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, la acción de interpretación sirve para precisar el alcance y sentido de una disposición jurídica. La interpretación auténtica tiene como características que es vinculante u obligatorio para todos los que aplican la disposición interpretada. La interpretación auténtica solo puede ser realizada por el legislador que emitió la disposición que va a ser interpretada, esto es de imposible cumplimiento puesto que, en Ecuador al ser una norma Constitucional, lo realiza el poder constituyente, mismo que se crea excepcionalmente y desaparece cuando el texto entra en vigencia. A partir del

2008 se establece que es la Corte Constitucional quien podrá realizar la interpretación de la norma.

La acción de interpretación no fue aplicada dentro del presente caso por cuanto el fin que esta busca es encontrar el alcance de la norma, y la norma es clara, esta no hubiese permitido el desarrollo antagónico que realiza el juez a través de su “jurisprudencia”.

Dentro del dictamen No. 2-18-IC/22, Salgado Pesantes juez ponente de la presente recalca que “la Constitución prevé los mecanismos idóneos para modificar su texto y así incluir, reformar o suprimir disposiciones; sin embargo, estos mecanismos cuentan con un procedimiento específico que pueden ser iniciados y tramitados según lo dispone la propia Constitución”

Métodos de reforma constitucional

Para iniciar este apartado es importante entender que en nuestra constitución la democracia es eje trascendental, de esto desprende dos conceptos a tener en cuenta que son el valor y riesgo de la Constitución al ser sometida a modificaciones. De estos conceptos nace la rigidez constitucional, este es un principio que refiere a que la Constitución tiene parámetros específicos para su modificación que son distintos a los que posee una ley de menor jerarquía, es por tal razón que, debemos entender que entre las normas de la constitución y las ordinarias existen diferencias de carácter formal y material.

Manuel Aragón (2015) nos dice que la rigidez constitucional tiene una doble finalidad, la primera, permite que la constitución pueda ser revisada y en segundo orden, impide que esta pueda ser modifica como las leyes comunes. (Aragón, 2015, p. 315). No obstante, en la actualidad no podría hablarse de

Constitución sin hacer mención a la rigidez constitucional, es por esto que la supra legalidad dentro de la constitución se muestra en dos campos, estos son el normativo el cual hace mención a las cláusulas que se establecen dentro de la carta magna para su reforma, y el jurisdiccional, que se lo realiza a través del proceso de control constitucional.

Andrés Cervantes (2019) menciona que la Corte Constitucional tiene un rol esencial ya que es esta quien debe determinar el procedimiento para la modificación de la Constitución, ya que si este representa un cambio que respete la identidad de la carta, el control judicial puede recurrir a la adaptación del texto constitucional, mientras que si este no respeta la identidad del texto y se intenta adaptar el texto esta representaría un problema de carácter teórico y práctico. Desde el campo teórico, la rigidez que posee esta norma es la que la distingue de las demás que son infra-constitucionales; en la práctica, si se hace este tipo de interpretaciones lo que se consigue es tener un texto que contemple gran cantidad de antinomias y lagunas normativas, esto por cuanto, no se realiza una adaptación sistemática del texto (Cervantes, 2019, pp. 88-89).

Existen varios mecanismos establecidos en la Constitución para la reforma constitucional, el cual hubiese sido la vía acertada para reconocer el matrimonio igualitario sin vulnerar el principio de supremacía constitucional, ni tener que hacer un mal uso de los mecanismos de interpretación constitucional, por cuanto el artículo 67 del texto Constitucional debía ser modificado para evitar que a futuro exista contradicción entre la normativa secundaria en relación a la Constitución y que recomienda la misma opinión consultiva.

Los mecanismos establecidos en la Constitución para la reforma de la ley suprema son los siguientes:

a) Enmienda

Artículo 441.- La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 441)

La enmienda constitucional procede siempre que la misma no altere los siguientes cuatro puntos establecidos en el artículo 441:

[...] Esta no debe alterar la estructura fundamental del Estado.

[...] Esta no debe alterar el carácter y los elementos constitutivos del estado.

[...] No puede restringir derechos ni garantías.

[...] No puede alterar los procedimientos de reforma de la constitución.

(Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 441)

Cabe resaltar que la enmienda puede ser solicitada por el presidente, la ciudadanía con al menos el 8% del padrón electoral a nivel nacional y por la asamblea con al menos la tercera parte de los miembros, que equivale a 46 legisladores. Dentro del procedimiento es importante aclarar, que si es solicitada por el presidente o la ciudadanía, la enmienda se formulará a través del referéndum constitucional, esto se refiere, a un procedimiento semejante al de la consulta popular en el que el pueblo debe aprobar el cambio constitucional con una mayoría simple, es importante que en esta hagamos una diferenciación en

vista de que a través de la consulta popular no se puede reformar la constitución, mismo que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en el dictamen No. 7-19-RC/19.

El segundo procedimiento surge si es que es propuesto por la asamblea nacional, en este se lo debatirá en dos sesiones, el segundo debate se lo realizará 30 días posteriores al primer año realizado, la aprobación de esta, a través de la asamblea, requiere de las dos terceras partes, es decir 92 votos por parte de los legisladores. Es importante mencionar que a través de este procedimiento es el único mecanismo de reforma que no requiere ratificación mediante referéndum.

La Corte Constitucional en su dictamen 1-19-RC/19 ha dicho que este constituye el procedimiento menos riguroso, en el cual procede la modificación, supresión o incorporación de uno o varios artículos, el efecto que esta persigue, ya que, respeta el espíritu del constituyente al proponer cambios no significativos al texto constitucional.

b) Reforma parcial

Artículo 442.- La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 442)

El procedimiento de la reforma parcial tiene como fin la modificación de uno o varios artículos que integren la Constitución. La reforma tiene menos impedimentos que la enmienda, pues a través de esta se puede realizar cambios que:

- No restrinja derechos y garantías.
- No modifique el procedimiento de reformas de la constitución.

Por lo antes mencionado se determina que para los cambios que modifiquen la estructura fundamental o alteraciones al carácter o elementos fundamentales de la misma, procede la reforma parcial y no la enmienda. La iniciativa de esta puede ser presentada por el Presidente de la República, la ciudadanía con el respaldo del uno por ciento del padrón electoral a nivel nacional o la mayoría simple de los integrantes de la Asamblea Nacional, esto se refiere a 69 votos por parte de los legisladores.

Su procedimiento es en la Asamblea Nacional y la misma consta de dos debates, el tiempo entre el primer y segundo debate será de 90 días, posterior a la aprobación del proyecto de la reforma parcial en la Asamblea, en un periodo de 45 días, se convocará a un referéndum constitucional para ratificarlo, y este, será aprobado con la mitad más uno, mayoría simple, del voto de los ciudadanos.

Cabe destacar que la Corte Constitucional en la sentencia 18-18-SIN-CC del 1 de agosto de 2018, señaló que el trámite de la enmienda por vía legislativa y de la reforma parcial requiere que en la Asamblea Nacional se trate artículo por artículo, además señaló que queda prohibida la votación por bloque de la propuesta.

Aragón (2015) menciona respecto a los procedimientos de reforma constitucional que en unos ordenamientos se exige la participación ciudadana mientras que en otra, la mayoría parlamentaria, o en otras ocasiones son mixtas, e incluso participan los Tribunales constitucionales, para realizar una revisión del cumplimiento de las exigencias y constitucionalidad de las mismas, en la constitución la rigidez significa, jerarquía, sin esta rigidez no habría supralegalidad y sin esta no existiría control respecto a la constitucionalidad de la ley (Aragón, 2015, p. 318).

Como tercer método tenemos el establecido en el artículo 444 de la Constitución el cual hace referencia a la Asamblea Constituyente esta tiene carácter extraordinario, es importante que identifiquemos que el poder constituyente no es el poder soberano, Sieyès afirma que, si bien el poder constituyente “no puede ejercerse por la Nación misma, porque tal cosa, entendida literalmente, resulta imposible; por ello, ha de ejercerse por medio de representantes”, pero que estos representantes, “como forman un poder especial, superior y diferente a los poderes constituidos ordinarios, son unos representantes extraordinarios, los cuales están vinculados por un compromiso, [...] la comunidad no se despoja del derecho de imponer su voluntad, [...] de manera que los delegados o representantes carecen de la plenitud de poderes”, y por ello “no pueden dedicarse a funciones que corresponden a los poderes ordinarios”

El proceso de Asamblea Constituyente puede ser convocado por el o la presidente, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional o por el doce por ciento de las personas inscritas en el padrón electoral, al realizar la consulta se incluye en esta la forma de designación de los representantes y las reglas para este

proceso electoral, es por esto que decimos que estos representantes no son soberanos pues no son elegidos por el pueblo, este acto encuentra su legitimidad en que para que la nueva Constitución pueda entrar en vigencia tiene que ser ratificada a través del referéndum, garantizando así la participación del verdadero poder soberano que radica en el pueblo.

Mutación constitucional

La mutación constitucional es una nueva forma por la cual se busca desarrollar derechos sin reformar la constitución, ahora en el Ecuador a partir del 2008 nos encontramos con una Constitución rígida esto por cuanto los derechos y garantías están claramente asegurados a través de un candado constitucional, esto por cuanto los métodos de reforma establecidos en nuestra norma suprema son la única forma de poder alterarla de forma legítima y de esta manera poder garantizar el respeto a la voluntad del constituyente.

En la práctica constitucional ecuatoriana se ha empezado a practicar la mutación constitucional y por ende, es importante comprender los límites a esta, las situaciones y casos donde esta podría gozar de legitimidad, con esta nueva tendencia para desarrollar derechos que en muchas situaciones lo que hacen son violentar preceptos y principios constitucionales como lo son la supremacía constitucional, la seguridad jurídica y los mecanismos de participación ciudadana establecidos en el texto constitucional para su reforma.

Otra de las problemáticas que encontramos dentro del desarrollo y correcta aplicación de la mutación constitucional es que en el Ecuador los únicos permitidos para realizarla son los jueces de la Corte Constitucional siendo contradictorio a que estos son los “guardianes de nuestra norma magna” por tal

razón se corre graves riesgos que podrían violentar a nuestra norma suprema ya que dentro de la ley no se encuentra un límite a la función de estos respecto a la aplicación de la mutación constitucional, así tampoco se encuentra delimitado que podría y que no podría desarrollarse a través de esta figura considerando que si existe de forma taxativa la forma en que la Constitución debe ser interpretada en la cual claramente prohíbe cambiar el sentido de los preceptos establecidos en la norma cuando son claros y que en la misma nos establece mecanismos que permiten compatibilizar correctamente el desarrollo de derechos y que no cree contradicciones con los establecido en los artículos de nuestra Constitución, como último problema que se puede evidenciar dentro de éste es que no existe una entidad que regule la actuación o a cual se pueda acudir por el mal actuar de esta Corte, convirtiéndolo en juez y verdugo dentro de los cambios constitucionales.

Esto pone en riesgo la seguridad jurídica ya que en el Ecuador al querer desarrollar derechos a través de jurisprudencia contraria al texto constitucional podría a futuro con jueces que tengan posturas contrarias a las de los actuales, y en una revisión de su jurisprudencia esta ser declarada nula o inconstitucional, situación que ya ha sucedido en Ecuador en vista de que han diferido los criterios desarrollados por otros jueces.

Un ejemplo claro a la falta de seguridad jurídica que puede brindar este “supuesto desarrollo de derechos” a través de la mutación constitucional es el caso suscitado en Estados Unidos, país donde se rigen por el desarrollo de precedentes y a lo que nuestra Corte Constitucional aspira ser, dentro de estos, declararon nula la sentencia donde se reconoce el “derecho” a abortar, por cuanto en el análisis desarrollado por los nuevos jueces del tribunal supremo que son de una ideología

conservadora, estos determinaron, que este no es un derecho establecido ni garantizado en su Constitución por cuanto revocaron este precedente y liberaron para que cada estado lo regule según sus políticas internas.

En la tesis doctoral elaborada por Christian Masapanta (2020) respecto a Mutación Constitucional, en uno de sus capítulos desarrolla la investigación respecto a los límites a la mutación constitucional atendiendo a la realidad ecuatoriana donde hace una clara explicación de la misma.

De igual manera, Pedro de la Vega (1991) ha sido uno de los tratadistas, que ha contribuido con un gran desarrollo respecto a esta temática, y establece los siguientes tipos de límites a las modificaciones constitucionales: límites superiores e inferiores, formales y sustanciales, textuales y no textuales, implícitos y explícitos, temporales y no temporales, absolutos y relativos, heterónomos y autónomos, etc. (p. 765).

a) Los límites superiores. - se definen de la siguiente manera, cuando el constituyente originario ha expresado de manera expresa la imposibilidad manifiesta de emprender en cualquier tipo de modificación constitucional, un ejemplo de esta limitación sería lo plasmado en el art.1 de la Constitución “[...] el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. 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 previstas en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.

1), puesto que este representa la esencia misma del estado y un concepto que da vida mismo al texto constitucional como lo es la democracia.

b) Los límites inferiores. - son aquellos donde por su falta de claridad al ser plasmados en el texto constitucional permiten a través de una suerte interpretativa realizar cambios muy leves respecto a su contenido. Un ejemplo de este es lo mencionado en el art 68 de la Constitución en donde se hace referencia a que: la unión estable y monogamia entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

En este artículo la redacción no es clara al referirse a la unión de “dos personas” no hace referencia a su género por cuanto a través de la hermenéutica jurídica la Corte Constitucional se puede realizar una interpretación más amplia de lo que el constituyente en su momento quiso plasmar.

c) Los límites formales. - estos se refieren a mecanismos formales establecidas con anterioridad en el marco legal, un ejemplo de este, sería las formalidades que se debe cumplir para llevar a cabo la reforma, referéndum y Asamblea Constituyente. No podría realizarse a través de la Corte pues esto atentaría contra la supremacía constitucional y el principio de seguridad jurídica.

d) Los límites materiales. - estos van ligados a los elementos constitutivos del estado, como ejemplo, los derechos garantizados en la Constitución, el sistema democrático, el territorio, la separación de los poderes.

e) Los límites explícitos. - son aquellos que se encuentra establecidos de forma clara, previa y de manera expresa en el texto constitucional, también se los conoce como clausula pétrea.

f) Los límites implícitos. - esto no se encuentran explícitamente en el texto constitucional, se los puede colegir de forma indirecta.

g) Los límites absolutos. - son aquellos insuperables, clausulas inmodificables dentro del texto Constitucional.

h) Los límites relativos. - estos pueden conseguirse a través de procedimientos especiales.

i) Los límites autónomos. - son aquellos que nacen del propio ordenamiento constitucional.

j) Los límites heterónomos. - la fuente de origen de estos es distinta al o texto constitucional. Un ejemplo de estos, podrían ser los principios que nacen del derecho natural.

Existe también una clasificación que se basa en la temporalidad donde se plasma plazos a partir del cual se puede realizar reformas a la ley, estos se usaban en las constituciones decimónicas en las cuales el fin era que el trabajo del constituyente perdure ciertos lapsos de tiempo, sin embargo, estas son incompatibles en el caso ecuatoriano por cuanto estas atentarían contra los principios democráticos y de participación establecidas en la Constitución.

Fernando Castro (2016), sostiene que no caben las mutaciones constitucionales en aquellos casos en los que las normas en su contenido semántico son claras, las mutaciones hermenéuticas no son posibles cuando son incoherentes con el propio significado de las palabras que se expresen en las

normas de la Constitución, pues esto significaría “aniquilar con el sentido normativo de la Constitución” (p. 74).

En otras palabras, para que la mutación constitucional tenga validez debe existir una norma constitucional que sea imprecisa, y como respuesta a esta se pueda realizar otro tipo de interpretaciones distintas pero coherentes al significado de dicha normativa. En este sentido, uno de los principales retos es el de limitar el actuar de la Corte Constitucional puesto que, si se permitiese en todos los escenarios de la mutación constitucional, es el actuar de esta entidad que como principal función tiene la de ser la guardia de la Constitución, podría desenlazar en actos arbitrarios que violentarían los principios antes desarrollados de la supremacía constitucional y la seguridad jurídica.

Hay que considerar que en la Constitución del Ecuador, en su artículo 1 establece que es un Estado democrático, y en relación a la teoría democrática en la cual se respalda nuestra carta magna, además del principio de participación ciudadana que obliga a que esta tenga un rol participativo para la expedición del texto constitucional, así como su participación dentro de las posibles modificaciones que se puedan realizar al texto constitucional, se podría concluir que cualquier modificación vía hermenéutica hacia el texto constitucional debería contar con la participación vía referéndum popular para que así estas decisiones estén investidas de legitimidad.

Agustín Grijalva (2011) determina un problema a la actividad hermenéutica que versa sobre las consultas sobre el sentido de las normas constitucionales, esto por cuanto las Cortes son garantes fundamentales de tres

asuntos: la supremacía de la Constitución, el respeto a los derechos constitucionales, y la división de poderes (p. 226).

En el primer enunciado, la Corte Constitucional interpreta a la Constitución, pero siempre confrontando ésta con la ley u otras normas jurídicas, a efectos de invalidarlas o interpretarlas conforme a la Constitución. En el segundo enunciado, la Corte Constitucional interpreta la Constitución para delimitar y concretar el contenido de los derechos constitucionales como límites y fines de la ley u otras normas jurídicas. En el tercer enunciado, la Corte auto limita su actividad interpretativa para de esta forma no invadir o atribuirse funciones constituyentes y no reemplazar en su totalidad la función legislativa (Grijalva, 2011, pp. 226-227).

Bajo este esquema la Corte Constitucional ha violentado la supremacía de la Constitución pues a irrespetado la jerarquía de las normas, así como ha ignorado los mecanismos establecidos en la misma para su interpretación, esta realiza una interpretación completamente abstracta, sin relación a una norma con carácter infra-constitucional o un acto derivado de la autoridad pública. Ya que si esta lo hiciere podría con gran facilidad invadir las competencias que tiene el legislador o el constituyente.

Por otro lado, la Corte Constitucional debe interpretar la Constitución en el marco de las competencias atribuidas en el art. 436 del texto mencionado en el cual en el numeral 6 se le atribuye la facultad de “[...] expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y

demás procesos constitucionales” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 436.6).

Manuel Aragón (2015) nos menciona que el problema de la mutación constitucional, es que este también significa un cambio en la constitución que no sigue el proceso de reforma establecido en la misma, en las constituciones flexibles donde existe la interpretación constitucional, a través de la interpretación evolutiva, que permite la adaptación de los mandatos constitucionales a nuevas realidades (p. 319).

En Ecuador se da preferencia al método literario, y da apertura a los demás métodos cuando existe falta de claridad respecto a la redacción u objeto de la norma, esto por cuanto es una Constitución rígida, en el presente caso la norma fe es clara en su redacción, en donde se asigna condiciones específicas para su aplicación.

Para Dau-Lin (1998), la mutación constitucional no debe involucrar prima facie el quebrantamiento de la misma, ya que los cambios no formales que se realizan en su contenido deben estar asociados con el espíritu del modelo estatal vigente, y con la idea general de los constituyentes originarios, es por esto que la mutación realizada por los órganos constituidos que se alejan de esta esencia son sujetos de acciones inconstitucionales (p. 55).

Pero este debe tener un límite, en las constituciones rígidas se debe rechazar la mutación autentica, esto se refiere al cambio del sentido de las normas constitucionales, mediante la interpretación, cuando esta tiene contradicción con el tenor literario innegable, esta se debe definir como la destrucción de la constitución (Aragón, 2015, p. 319).

Los jueces que interpretaron en esta sentencia en su afán de aplicar el bloque de constitucionalidad, destruyeron el sentido gramatical originario de la norma Constitucional, por ende, incumplieron su principal atribución que es la de ser los garantes de nuestra norma suprema. Podemos concluir entonces, que la reforma de la Constitución es la vía que posee eficacia y validez para adaptar el texto a nuevas circunstancias, corregir errores cometidos en el pasado, mejorar el texto e incluso cambiar el sentido en las partes permitidas.

Por su parte, Benjamín Marcheno (2020), dentro de las críticas que realiza a la sentencia 11-18-CN/19, explica que los jueces de la Corte Constitucional vía sentencia, realizaron la modificación explícita del contenido de la Constitución, ya que estos al existir una norma clara, transformaron lo determinado en la carta magna al referirse al matrimonio como la unión entre personas con independencia del sexo, cuando el texto textualmente mencionaba a la unión de dos personas con diferente sexo, por esto concluye que esta Corte excedió sus competencias de guardián de la constitución e invadió el poder de reforma que se le faculta a otros órganos del Estado (p. 192).

CAPÍTULO II

En el presente capítulo analizaremos la sentencia mediante la cual se autoriza el matrimonio igualitario en el Ecuador, esta sentencia se realiza sobre la consulta de constitucionalidad que realizan a la Corte Constitucional en la cual se analiza si es que la Opinión Consultiva OC24/17 puede ser compatible con lo establecido con el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador.

Temática a ser abordada

Esta sentencia tiene gran importancia en el desarrollo jurisprudencial ecuatoriano pues esta hubiese servido para delimitar y desarrollar de una manera más consiente, ética, legal y profesional lo que se refiere a la modificación constitucional a través de un método útil y novedoso como es la mutación constitucional, dentro de la realidad ecuatoriana; cabe mencionar que al realizar un correcto desarrollo en esta sentencia se hubiese podido advertir de la fragilidad que representa esta figura mal aplicada respecto a nuestra Constitución en relación a las normas, principios establecidas en la misma así como la forma en la que se violenta los métodos establecidos y permitidos para la reforma o modificación de la misma esto en busca de garantizar el derecho de todas las personas a las cuales el estado tiene que proteger.

Puntualizaciones metodológicas

Dentro del presente se utilizará la metodología cualitativo mismo que en palabras de Sampieri se posee una gran amplitud de ideas e interpretaciones que enriquecen el fin de la investigación, este estudio consiste en comprender un fenómeno social complejo, más allá de medir sus variables, el propósito es entenderlo.

Según lo dicho por Yin (1994, pág. 13) el análisis de caso es una investigación empírica que estudia un fenómeno contemporáneo dentro de un contexto de la vida real, especialmente los límites entre el fenómeno y su contexto, trata exitosamente con una situación técnicamente distintiva en la cual hay muchas más variables de interés que datos de observación

Se utilizará la herramienta de análisis de caso ya que este es un método didáctico, que se apoya en casos de la vida real, con el cual el estudiante aplica conceptos para la resolución de problemas existentes y actuales.

Antecedentes de la sentencia 11-18-CN/19

El presente caso tiene inicio el 13 de abril del 2018, cuando Efraín Enrique Soria Alba y Ricardo Javier Ben alcázar Tello acudieron al Registro Civil para celebrar e inscribir su matrimonio.

El 7 de mayo de 2018, el Registro Civil niega este matrimonio, en el cual alegan que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se reconoce el matrimonio entre personas de diferente genero siendo esto un hombre y una mujer, ante esta negativa el 9 de julio de 2018, los accionantes, consideran que se vulneró sus derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la protección de la familia y el derecho a la seguridad jurídica, por lo

que presentan una acción de protección en la cual solicitan se aplique la Opinión Consultiva OC-24/17.

El Juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en sentencia emitida el 14 de agosto de 2018 concluyo que no existe vulneración de ningún derecho constitucional, por lo que declara la improcedencia de la acción de protección, por tal razón los accionantes apelan a la decisión de la misma y la causa es sorteada al Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, con fecha 18 de octubre del 2018, los jueces que conforman dicha sala mediante oficio N. 5086-SUPC-OS, suspenden el procedimiento de la acción de protección y proceden a remitir la consulta a la Corte Constitucional.

Dentro de la resolución que promulga el juez que conoce la acción de protección y la cual es negada, nos expresa respecto a la OC/24-17 que en los Estados en los cuales no se garantice el matrimonio de personas del mismo sexo, se deberá de “buena fe” promulgar las reformas legislativas para la adecuación, además que respecto al respeto de conformación de “familias” el Estado ecuatoriano cumple con todas las garantías puesto que los accionantes en la presente acción se presentan como “familia reconocida por el Estado” indicando que además mantiene su unión de hecho legalmente reconocida, por tal razón se ha garantizado el derecho a su libre desarrollo de la personalidad, por cuanto uno de los argumentos utilizados por los accionantes que fue el que se violo su derecho a fundar una familia a través del matrimonio es descartado por cuanto ellos ya lo habían realizado incluso antes de que el Registro Civil les haya negado contraer matrimonio.

Dentro de los argumentos que se presentan en la apelación cabe destacar lo que precisa la Procuraduría General del Estado, esto es, que pretender aplicar la opinión consultiva significa reformar la constitución.

Otro de los argumentos expuestos, este en calidad de Amicus curiae, Dr. Braulio Ernesto Álvarez Toaing, nos afirma que el matrimonio es de interés superior del Estado, por la perpetración de la especie y la sociedad, siendo válido que el artículo 23.2 del Pacto IDCP y el artículo 17.2 de la CADH, reconozcan al hombre y la mujer el derecho de contraer matrimonio y fundar una familia; al respecto cita la el dictamen sobre la comunicación 902-99, que el matrimonio es exclusivamente para la unión del home y la mujer; en ese sentido la interpretación del artículo 12 de la Corte Europea de Derechos Humanos, que esa disposición no puede ser interpretada para dar acceso a personas del mismo sexo. Que la definición del matrimonio del artículo 67 de la CRE, no es antojadiza por tener vinculación histórico, biológico y etimológico de la reproducción de la especie humana; mientras que el artículo 68 ibídem, define a la unión de dos personas, reconociendo los mismos derechos que el matrimonio, lo que también reconoce la opinión consultiva OP-27/17, párrafos 203 y 211. No se puede reformar la Constitución, porque modificar la definición constitucional de matrimonio, conforme al artículo 441 de la CRE se lo debe hacer mediante referéndum o por iniciativa de la Asamblea Nacional, no se prevé reforma mediante sentencia judicial; conforme a los artículos 424 y 425 ibídem, la Constitución está en primer lugar; Constitución que conforme al artículo 427 se debe interpretar en su tenor literal

Con fecha 20 de febrero de 2019 esta causa es sorteada, por tal motivo el juez designado a conocerla es Ramiro Ávila Santamaría, mismo que luego de avocar conocimiento el 6 de marzo de 2019, convoca a audiencia pública para resolver este caso en fecha 29 de marzo de 2019, audiencia en la cual participan los accionantes, así como representantes de instituciones del Estado, representantes de organizaciones de la sociedad civil y personas naturales.

El juez de la Corte Provincial dentro de la causa suspende la tramitación del proceso para elevar a consulta a la Corte Constitucional para una vez que exista la resolución realizada por esta, poder aceptar la apelación de forma parcial.

Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador

En el presente caso se realiza el procedimiento de Consulta de norma, la Corte Constitucional mediante sentencia 001-13-SCN-CC, determina los criterios que debe observar el juez o jueces cuando tenga que elevar a consulta de norma y que deberá posteriormente ser verificado son los siguientes: a) Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta; b) Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, y las circunstancias, motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos; y, c) 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.

La fundamentación que se utiliza para elevar a consulta de norma es la siguiente:

El Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha

en aplicación del artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, realizó la siguiente 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; si la Opinión 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*. (Opinión Consultiva 24/17, 2017, p. 8)

Al precisar la consulta, el Tribunal considera que en la Opinión Consultiva OC24/17, la "[...] 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)", estaría en contradicción con el artículo 67 de la Constitución del Ecuador, en el que se establece que: "[...] el matrimonio es la unión entre hombre y mujer [...]" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 67), cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó:

[...] 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 (Corte IDH).

Además, el Tribunal sostiene que los principios constitucionales que se presumen infringidos son la supremacía de la Constitución (artículo 424 de la CRE) y el *pro homine* (artículo 417 de la CRE), el cual "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" (Sentencia 11-18-CN/19, 2019, p. 8)

Finalmente, el Tribunal considera que la OC-24/17 debe "[...] extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo incluyendo el matrimonio [...], el Registro Civil tendría que autorizar que contraigan y se inscriba el matrimonio de la pareja formada por Ricardo Javier Benalcázar y Efraín Enrique Soria Alba, personas del mismo sexo" (OC-24/17, 2017, p. 8).

En este apartado es esencial hacer énfasis que la consulta de norma establecida en el artículo 428 de la Constitución de la República se refiere a que esta será usada cuando el juez tenga duda de si una norma jurídica es contraria a la Constitución, que en el caso en específico y que fue bien advertido por el juez que conoció en primera instancia la acción de protección y la negó por cuanto la normativa jurídica está en armonía con lo establecido en la Constitución; y en relación a los instrumentos internacionales de derechos humanos la opinión consultiva no se encuentra dentro de estas por cuanto esta es una facultad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual como de su nombre desprende esta dicta opiniones y en el mejor de los casos recomendaciones, como

en la presente OP-24/17 donde insta a los estados a que realicen las modificaciones para incorporar el matrimonio para parejas del mismo sexo, y que en Ecuador debía ser aplicada una de las vías establecidas para la modificación constitucional, esto por cuanto son métodos reconocidos y garantizados en la Constitución.

Dentro del auto de admisión la Corte Constitucional, dentro de las normas infringidas y fundamentos, identifica el artículo 67 de la Constitución, en el cual el texto determina “que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer” y de este desprende el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, además del 81 del Código Civil en el cual se dispone que el “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.”

De la lectura de estos podemos evidenciar que no existe inconstitucionalidad de estos ya que las normas secundarias nacen del texto constitucional por cuanto no existe violación en la redacción ni aplicación de la misma.

Dentro de los principios que se presume se han violentado identifican Supremacía Constitucional y el principio pro homine.

Ahora dentro de este apartado como se ha ido desarrollando en el presente trabajo, se justifica porque se violentó el principio de la Supremacía Constitucional en cuanto esta es la norma jerárquicamente superior al igual que se le dio a la opinión consultiva un valor y características que no le corresponden a la misma ya que la naturaleza de esta es la de emitir opiniones y recomendaciones, mas no el de aplicación directa al carecer de la jurisdicción contenciosa que

poseen las sentencias emitidas por la CIDH.

Respecto al principio pro homine en relación a lo antes mencionado podemos mencionar que en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hace mención en el artículo 17 “[...] los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho (...) a casarse”.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 23 nos menciona que se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio.

Siendo estos los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y en ninguno de estos se hace mención al matrimonio entre parejas del mismo sexo por lo cual podemos asumir que no existe violación alguna y reiterando que la opinión consultiva no equivale a ninguna de estas, por tanto, la jerarquía que los jueces le brindan en su análisis, a criterio personal es erróneo por cuanto no tienen equivalencia los unos hacia el otro.

Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional en la Sentencia 11-18-CN/19

Los problemas jurídicos determinados por esta Corte Constitucional versan sobre tres aspectos principales:

a) ¿La Opinión Consultiva OC 24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos, conforme reconoce la Constitución, y directa e inmediatamente aplicable en Ecuador?

b) ¿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?

- c) ¿Si la Opinión Consultiva OC-24/17 es aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano, ¿cuáles son los efectos jurídicos en relación con los operadores de justicia y los funcionarios públicos?

Decisión de la Sentencia 11-18-CN/19

En mérito de lo expuesto, de conformidad con el artículo 428 de la Constitución y 143 de la LOGJCC, la Corte Constitucional resuelve:

1. Determinar que la Opinión Consultiva OC24/17, refiere "[...] 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)" (OC24/17, 2017, párr. 36), 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.
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.

Dentro del primer y segundo enumerado dentro de esta decisión los jueces hacen referencia a lo contenido en la Convención la cual menciona que los Estados partes deben respetar los derechos y libertades reconocidas en esta, sin discriminación alguna, respecto a esta en el artículo 2 de la misma se menciona que los estados deben adoptar las disposiciones con arreglo a sus procedimientos constitucionales, hacen mención al reconocimiento de la personalidad jurídica derecho que el Estado ecuatoriano ha respetado y garantizado; menciona el derecho de libertad personal contenido en el artículo 7 mismo que si se lee en su integralidad no guarda relación con el desarrollo del presente caso; respecto al artículo 11.2 el estado ecuatoriano ha cumplido puesto que este no ha cometido actos que afecten la vida privada de este tipo de parejas ni su honra o reputación pues les ha permitido y garantizado el desarrollo de su vida acorde a nuestra Constitución; acorde al artículo 13 el Estado ecuatoriano ha cumplido sus obligaciones pues estos, han tenido completa libertad de expresión y acceso a información; con relación al artículo 17 respecto a la protección de la familia resulta muy interesante por cuanto en este se garantiza el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, por cuanto con este entenderíamos que el matrimonio en realidad no es un medio para este fin, por cuanto con o sin este este derecho se cumple a cabalidad, ahora dentro del mismo

artículo se menciona que este deberá realizarse cumpliendo las condiciones requeridas en la Ley interna con esto podríamos realizar un símil a lo expuesto por el tribunal de Estrasburgo que es uno de los más importantes del mundo y donde mencionan que cada Estado tiene la libertad de permitir o no este tipo de matrimonio: el artículo 18 hace mención al nombre por cuanto este no es coherente al desarrollo de esta sentencia y por último el artículo 24 nos menciona la igualdad ante la ley misma que si guarda coherencia y relación con la presente.

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 Constitución de la República del Ecuador. 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.

En este enumerado la Corte a criterio personal no concluye de forma correcta por cuanto no realiza una correcta interpretación respecto a la compatibilidad de estos, en la práctica esto resulta contradictoria puesto que al no reformar las normas estas no son compatibles unas con otras, además que con esto obviaron los mecanismos ya establecidos en la Constitución.

Voto salvado de la Sentencia 11-18-CN/19

El voto salvado realizado por el Juez Hernán Salgado Pesantez es un punto de sustento de esta tesis, ya que en éste de una forma muy didáctica se ha explicado a través de varios razonamientos por qué estuvo incorrecto el uso de “la mutación Constitucional” dentro del presente caso, es así que:

[...] Dentro este nos menciona que, considero que el análisis desarrollado

en su ponencia no se enmarca dentro de la naturaleza jurídica de la consulta de norma, mecanismo de control constitucional que tiene por objeto garantizar la supremacía de la Constitución. (Salgado Pesantez, 2019)

Este argumento encuentra respuesta en que a través de éste violentaron lo establecido en la constitución al querer pretender que los tratados internacionales y con menos fuerza incluso las opiniones consultivas pueden estar a nivel de la Constitución, cuando claramente se establece que esta prevalece por sobre cualquier otro ordenamiento nacional o internacional.

En este sentido, uno de los ejes principales por los cuales este se aparta del criterio del resto de los magistrados tiene que ver con el uso y abuso de la interpretación constitucional, llevada al extremo de hacer desaparecer la oposición de la Ley Suprema al denominado "matrimonio igualitario". ¿Será una nueva forma de ilusionismo constitucional? Ante esta interrogante, a criterio personal considero que es un proceso de mutación arbitraria que destruye la supremacía de la Ley Fundamental, es decir, existe un abuso de la "interpretación y/ mutación constitucional" evidenciando la peligrosidad de la falta de regulación y criterio de aplicación de la misma.

En este contexto, el raciocinio jurídico o lógica jurídica nos conduce a sostener que no puede existir una interpretación *ad infinitum*, que trastoque la claridad y concisión del lenguaje formal. Consideremos que si cualquier disposición constitucional de la parte dogmática u orgánica, especialmente en la primera, puede ser cambiada bajo la argumentación que existe una duda, sin importar la claridad del texto, entraríamos en ese proceso de mutación arbitraria.

Es menester resaltar que en la mutación arbitraria se desconoce la literalidad y extensibilidad del texto en donde los jueces de esta Corte realizan un falso invento de la falta de claridad en la norma constitucional cuando en el artículo 67 de la misma se establece claramente que “[...] el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 67).

Mediante esta forma de redacción no queda la menor duda de lo que el constituyente quiso expresar en la redacción de la norma, distinto al análisis que pudo haber hecho esta Corte en el artículo 68 donde menciona que la unión de hecho es “la unión entre dos personas” dejando en duda el alcance de esta disposición por cuanto no se define el género de quien podrá contraerlo.

Hernán Salgado Pesantes como Juez constitucional afirmó que ni siquiera para proteger un derecho humano debemos convertirnos en sepultureros de la Constitución. ¡Estamos en el siglo XXI! Para la vigencia de los derechos el Estado Constitucional siempre contó con la institución de la reforma constitucional que permite modificar la Carta Fundamental. Hay que tener presente que el juez constitucional no es un legislador y menos todavía legislador constituyente.

En este apartado el juez Hernán Salgado Pesantes (2019), hace referencia a los mecanismos claramente establecidos en la Carta Magna aplicables al caso, los cuales son el referéndum y reforma parcial, mismos que constan de un proceso claro y aplicable al caso, y fomentan uno de los ejes simbólicos de nuestra Constitución como lo es el régimen democrático y participativo.

Por otro lado, la Constitución ecuatoriana (2008), detalla los mecanismos aplicables para su interpretación cuando esta es necesaria frente a una norma

oscura o ambigua, si la disposición no lo es no habría nada que interpretar y sería un contrasentido invocar la interpretación, cosa explicable sólo por razones ideológicas o políticas. En el presente caso, el artículo 67, inciso segundo, de la Constitución es claro y conciso: "[...] el matrimonio es la unión entre hombre y mujer [...]" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 67).

En el artículo 427 se precisa que la primera forma de interpretación es la que se remite al significado literario de la norma, respetando la integralidad del texto constitucional, por lo cual, se dispone en la Constitución que para interpretar sus disposiciones se emplearán, primeramente, el método literal y el sistemático.

Como se establece, el artículo 67 de la Constitución contiene un precepto jurídico conformado por un alto grado de concreción, esta norma no admite interpretación contraria a la literalidad de su texto. Uno de los principios de la hermenéutica jurídica es que no procede otorgar un sentido diverso a una norma cuyo contenido y alcance es claro y preciso.

El método sistemático, según lo define la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es aquel que busca la comprensión del sentido de la norma "[...] a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía" (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Según este método, las disposiciones constitucionales deben ser examinadas en conjunto con el contexto general del cuerpo normativo, es decir, sin excluir la integralidad de sus disposiciones para garantizar su coexistencia y armonía. Y, en este caso, el siguiente artículo 68 en su inciso final con similar

claridad ratifica: "[...] la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 68).

La forzada interpretación que promueve el Juez ponente, no se ajusta al artículo 427 de la Constitución, por los siguientes motivos: se desecha la literalidad del artículo 67 de la Constitución ya que se le asigna un sentido del cual carece, por cuanto con la interpretación que le dan altera por completo su significado, además no se precautela la integralidad del texto, por el motivo que se ejecuta un trabajo de hermenéutica donde se desconoce y anula las demás disposiciones constitucionales, mismas que se encuentran contempladas en el artículo 68 que trata sobre la figura de la adopción y también lo dispuesto en el artículo 69 en el cual se precisa la figura de la paternidad y maternidad, por ultimo esta desecha los mecanismos de reforma constitucional.

En resumen, se desecha la literalidad del texto, causando con esto se viole las demás disposiciones constitucionales que pudieron ser utilizadas para adecuar este supuesto "derecho" como lo son la enmienda, reforma y el cambio constitucional.

Finalmente, resulta indispensable resaltar que el proceso de consulta de norma tiene como fin el de corroborar si es compatible una norma de segundo orden con las establecidas en la Constitución o con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, la Opinión Consultiva OC 24-17 no constituye un instrumento internacional, inclusive, ésta no conlleva una obligación que genere efectos directos y mediatos en un Estado, pues en su propio texto se establece: "[...] insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar

sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos [...]” (Opinión Consultiva OC 24-17, 2017, párr. 25).

Ahora, Hernán Salgado Pesantes (2019) dentro de su voto salvado presenta su análisis respecto a la supremacía constitucional nos dice lo siguiente:

1. La Constitución ocupa un nivel normativo superior en el ordenamiento jurídico, pues sus contenidos prevalecen respecto del resto de disposiciones y, además, otorgan las condiciones de validez de las normas, las mismas que deberán guardar conformidad formal y material con el texto constitucional.

2. En este orden de ideas, el artículo 424 de la Constitución de la República establece, que: “[...] la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 424).

La consulta de norma como un mecanismo del control concreto de constitucionalidad

En la regulación ecuatoriana el proceso de consulta de norma nace cuando un juez considera que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuando estos establecen derechos más favorables. Si se realiza la consulta a la Corte Constitucional y esta se admite a trámite, es obligación de la Corte Constitucional analizar la norma solicitada, con el propósito de determinar si esta es compatible con lo expuesto en la Constitución a fin de hacer cumplir el principio de supremacía.

No obstante, la norma Constitucional debe ser revisada de forma integral,

esto es, atendiendo a la finalidad de la consulta de norma. Por lo que se puede concluir que el motivo del control constitucional es asegurar el cumplimiento de la supremacía de la Constitución, por este motivo esta no puede ser tratado por parámetros a pensar del juez Constitucional si no a lo prescrito en la ley.

Debemos precisar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se faculta a la Corte Constitucional examinar respecto a la compatibilidad de normas constitucionales exclusivamente en una situación y es la contemplada en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, donde se menciona que esta realiza el control de enmiendas, reformas y cambios constitucionales, cuando hayan sido aprobadas, y en esa circunstancia solo se podrá cuestionar sobre vicios de procedimiento ocurridos en la tramitación de dichas modificaciones.

Por tal razón se afirma que el control constitucional que se refiere a la misma Constitución, se realiza respecto a las normativas que han sido enmendadas, reformadas o incluidas mediante un cambio de Constitución; sin embargo, el control es abstracto y eminentemente formal, por lo que nada tiene que ver con la consulta de norma.

Es por esto, que no procede, realizar control de constitucionalidad sobre un precepto contenido en la propia norma fundamental desde su promulgación, ya que si las normas tienen el mismo rango jerárquico se vuelve imposible aplicar el criterio de supremacía jerárquica de un precepto sobre otro, aspecto que constituye un fundamento esencial del control de constitucionalidad.

Muy distinta es la tarea hermenéutica que poseen los Jueces en la resolución de casos concretos, en cuya circunstancia podrán privilegiar cierta

disposición constitucional por sobre otra, atendiendo a las particularidades específicas, pues, por ejemplo, algún enunciado permitirá un mejor ejercicio de derechos en la resolución de un caso concreto.

Siendo distinto al control de constitucionalidad, donde las disposiciones que se confrontan tienen distinto rango para establecer la adecuación de la norma inferior respecto de la norma superior.

Normas jurídicas objeto de la consulta de norma

En la presente sentencia el objeto de la consulta de norma se la realiza en base a lo que determina el artículo 427 de la Constitución donde especifica cómo realizar el trabajo de hermenéutica en el cual en principio atento a las disposiciones obligatoriamente se la debe realizar de acuerdo al tenor literal que más se ajuste a la integralidad del texto supremo, y, únicamente, en caso de duda, se podrán aplicar otros mecanismos de interpretación. A continuación, se aplicarán estos métodos para comprender el sentido del precepto constitucional objeto de análisis.

a) Método literal de interpretación constitucional

En el texto constitucional, de manera clara, se indica que la figura del matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer. Del texto, se puede fácilmente deducir el significado de la misma por tal motivo no cabe otra interpretación más que la establecida, pues está en su redacción es clara y específica.

El artículo 67 de la carta magna, que fue aprobado a través de referéndum en el año 2008, no debe ser dilucidado mediante el método evolutivo, ya que, es claro respecto a su contenido, por tal razón, el alcance y sentido es claro; y no se

evidencia causa alguna para que corresponda en esta generar una interpretación evolutiva, pues el concepto y alcance del matrimonio ha sido discutido y plasmado de esta manera en el año 2008, sin que en la actualidad, exista una nueva realidad que justifique tal interpretación.

Naturaleza de las opiniones consultivas

Es importante que se realice una precisión entre lo que se determina como instrumento Internacional de Derecho, en relación a cómo podría considerarse a las opiniones consultivas. Estas son pronunciamientos que se le faculta a la Corte Interamericana sobre procesos que no tienen el carácter contencioso, por tal razón estas no deben ser calificadas como "instrumentos" en relación a los artículos 424 y 425 de la Constitución del Ecuador. Esto por cuanto las Opiniones Consultivas carecen del elemento consensual (*negotium*), en razón de que no nacen de la voluntad de los Estados, sino de la declaración unilateral (y, por añadidura, no vinculante) de un Tribunal Internacional.

En tal virtud, la Opinión Consultiva tendría que considerarse como "[...] un medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho [...]" (Sentencia 11-18-CN/19, 2019, p. 15) o también como medios de "[...] contexto, guía y apoyo, pero no como fuente principal" (Sentencia 11-18-CN/19, 2019, p. 15).

Finalidad de las opiniones consultivas

En la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha tratado frecuentemente sobre el fin de las opiniones consultivas. Por tal motivo, es posible identificar tres formas de actuar de las Opiniones Consultivas. En primer lugar, se establece que éstas permiten a la Corte interpretar la normativa en materia de derechos humanos. Al respecto, en la OC25/18 de 30 de mayo de 2018, se señala

lo siguiente:

[...] el propósito central de dicha función consultiva es que la Corte Interamericana emita una opinión acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, fijando de este modo su ámbito de competencia. (OC25/18, 2018, párr. 32)

En esta línea, la Corte ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre "[...] otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos" (Sentencia 11-18-CN/19, 2019, p. 16), es amplio y no restrictivo. En este sentido, desde ya, se puede afirmar que el objeto de la Opinión Consultiva no es ordenar a los Estados medidas concretas para cumplir con sus obligaciones sino establecer una guía para que ellos tomen decisiones en esta materia que sean respetuosas de los derechos humanos.

Efectos de las opiniones consultivas

Como ya se indicó anteriormente, las Opiniones Consultivas tienen por objeto establecer una guía para que los Estados adopten medidas de cumplimiento de sus obligaciones que sean respetuosas con los derechos humanos. En este sentido, como explica Néstor Sagüés (2011): "[...] el Estado local puede válidamente abonar, en su legislación constitucional o infra-constitucional, recetas jurídicas diferentes a las gestadas por la Corte interamericana que cuando -cabe repetir- resultaren más generosas para el individuo, prevalecerán sobre la Opinión Consultiva" (Sagüés, 2011, p. 41).

Desde una perspectiva similar, Ventura y Zovatto (2019) sostienen que:

"[...] no debe en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, 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 [...]" (Sentencia 11-18-CN/19, 2019, p. 19).

En la opinión consultiva OC24/17 se exhorta los Estados a que realicen las adecuaciones en la normativa interna, lo cual corrobora que esta no es de efecto inmediato ni directo.

Análisis sentencia 10-18-CN/19

En la sentencia emitida dentro de la presente causa se hace un análisis conceptual similar a lo desarrollado en la sentencia 11-18-CN/19, sin embargo, las conclusiones a las que llegan son contrarias, pues en la sentencia 11-18 los jueces a través de una "infundada" forma de interpretación "crean" una supuesta contradicción y/o vacío para mediante este poder permitir el matrimonio igualitario sin tener que reformar la ley pues estos concluyen que no es contrario a nuestra normativa. Mientras que, en la sentencia 10-18 los jueces concluyen que las normas sometidas a control constitucional deben ser declaradas inconstitucionales, y reconocen que existe un medio que es competente para poder garantizar y desarrollar la aplicación de este derecho por cuanto, derivan al legislador (función legislativa), para que reforme el texto constitucional y la norma para que este sea compatible.

Debemos entender entonces, que mediante la consulta de norma lo que se busca es entender si la normativa es compatible con la constitución, para que esta prime y a través de ella se garantice la supremacía constitucional, por cuanto

podemos asegurar que en la sentencia 10/18 que fue motivo de consulta de si, el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Públicos y el artículo 82 del Código Civil es compatible con el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador.

En esta sentencia se realiza el análisis respecto a dos problemas jurídicos estas son si ¿La Constitución obliga al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo? y ¿Qué debe decidir la Corte Constitucional respecto de la institucionalidad de la norma cuestionada?, dentro de primer problema se realiza un primer análisis intentando entender si es que el texto Constitucional prohíbe al legislador democrático instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo, respecto a este los jueces de la Corte Constitucional inician desarrollando un análisis respecto a el liberalismo e intencionalismo, este se resume a que la Constitución debe ser interpretada por su tenor literario y en relación a lo que el Constituyente plasma en su elaboración, este argumento se relaciona a la interpretación de la misma, en si no es un argumento que ayude a discernir si el legislador puede modificar el texto o no, por cuanto no guarda relevancia ni sentido con el problema identificado.

En el mismo desarrollo de esta pregunta los jueces erróneamente analizan los derechos de protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad, esto se puede concluir por cuanto la pregunta es muy clara y lo único que se necesita es esclarecer si el legislador democrático tiene la facultad o competencia para reformar o modificar el texto constitucional, y la respuesta a esta es que no existe prohibición alguna para que pueda realizar dicho acto, la misma Constitución admite, faculta y regula este actuar en el artículo 441 y 442.

En el segundo problema jurídico identificado por esta Corte, los jueces realizan un análisis en el cual determinan que el artículo 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, no pueden ser declarados inválidos pues afectaría al régimen del matrimonio, y deciden modificarlos, adicionalmente esos exhortan a la Asamblea Nacional para que revise íntegramente la legislación y pueda incluir de una forma armónica el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

En el presente caso es importante que podamos entender cuál es el fin real del control de constitucionalidad, mismo que en el voto salvado realizado por Hernán Salgado Pesantes, este concluye que el fin de este no es referirse respecto a la conveniencia o no de las disposiciones constitucionales, sino precautelar su texto, por tal razón la única forma de modificar la figura del matrimonio es a través de la reforma Constitucional.

Análisis crítico de la sentencia 11-18-CN/19 emitida por la Corte Constitucional.

En este ítem se realizará un análisis crítico de la sentencia 11-18-CN/19 en la cual la Corte a través de una Consulta de Norma establece que la opinión consultiva 24/17 donde se reconoce el derecho del matrimonio civil entre hombre y mujer y de parejas del mismo sexo, no tiene contradicción en su aplicación con el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador.

Importancia del caso en relación al estudio Constitucional ecuatoriano

La Constitución (2008) determina que la Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación constitucional.

En la presente causa la Corte determina que la opinión consultiva 24/17 no

es contraria a lo plasmado en el artículo 67 de la Constitución, reconociendo el matrimonio entre parejas del mismo sexo sin que se requiera reformar el texto antes mencionados ni las normas infra-constitucionales que guardan coherencia con la norma suprema.

A través de esta sentencia se crea un precedente de gran importancia para el ordenamiento jurídico ecuatoriano pues con éste se realiza un trabajo de hermenéutica denominado mutación constitucional mismo que permite el desarrollo de derechos no contemplados en la Constitución, obviando los mecanismos ya establecidos en la misma y que de cierta forma son más “complejos” debido a la rigidez que los caracterizan, por otro lado a través de esta se faculta de una libertad de interpretación a los jueces significativamente peligrosa pues se deja de lado lo prenombrado en la Constitución y no se desarrolla límites ni parámetros a la misma.

Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional

- a) ¿La Opinión Consultiva OC 24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos, conforme reconoce la Constitución, y directa e inmediatamente aplicable en Ecuador?

Dentro de este apartado los jueces hacen referencia a los instrumentos internacionales y que estos son de inmediata aplicación, así describen una clasificación refiriéndose a que hay dos tipos los convenios y los demás instrumentos internacionales (como declaraciones y resoluciones), en relación a esto a criterio personal una opinión no tiene el carácter, ni significa lo mismo que la emisión de una declaración o resolución, esto por cuanto el mismo significado de estas palabras no guarda relación una con otras.

Para concluir el primer punto hablan del bloque de constitucionalidad en el cual concluyen que esta opinión consultiva donde los jueces de la CIDH emiten como dice su nombre una opinión y ciertas “recomendaciones” respecto al tema tratado tiene el mismo nivel que nuestra Ley Suprema, de esta forma violentado el principio de Supremacía Constitucional, de igual forma obviando los mecanismos ya preestablecidos en nuestro texto constitucional mediante los cuales de una forma efectiva y legal se hubiesen podido reconocer estos llamados “derechos”.

b) ¿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?

Dentro de este apartado la Corte Constitucional realiza un extenso análisis en el cual inician desarrollando el derecho de la familia y derecho al matrimonio, respecto a la familia la Corte argumenta que la Constitución reconoce los diversos tipos de familia y que estas pueden constituirse por vínculos jurídicos o de hecho.

Según este argumento de la Corte se podría entender que la familia no se protege salvo que se pueda garantizar el matrimonio homoparental, siendo erróneo, ya que cuando los actores de la demanda de acción de protección inician el trámite, indican que ya son una familia legalmente conformada además de poseer una unión de hecho legalmente inscrita en el Ecuador, con esto los argumentos usados en la Corte se vuelven débiles ya que se encuentra garantizado el derecho de conformar una familia.

Adema es importante acotar que según la Organización Mundial de la Salud las familias reconocidas como tal son las siguientes: familia sin hijos,

familia biparental con hijos, familia homoparental, familia constituida o compuesta, familia monoparental, familia de acogida, familia adoptiva y familia extensa, con esto podemos concluir que el Estado Ecuatoriano no ha impedido la formación de la familia en el presente caso.

El segundo concepto es el del matrimonio, siendo este contradictorio en la presente sentencia puesto que la Corte textualmente en el numeral 59 reconoce que la Constitución habla del matrimonio heterosexual, y en su desarrollo de forma asombrosamente dentro de la interpretación menciona que el artículo no es claro en cuanto a su significado y alcance.

Uno de los fines constitucionalmente válidos encontrados por esta Corte es el de conformar una familia sin discriminación, pero este argumento no tiene sentido cuando ellos ya eran reconocidos como una familia incluso antes de iniciar esta acción, además de que las clasificaciones de la familia que realiza un “organismo internacional reconocido y respetado” como lo es la OMS no menciona si quiera el matrimonio para el reconocimiento de una familia.

Dentro del presente subtema cabe mencionar que una de las decisiones tomadas por uno de los tribunales más importantes, como es el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, en el cual se pronuncian respecto al matrimonio dentro del caso “*Chapin and Charpentier v. France*”, en el cual el tribunal insta a que el matrimonio es “la unión entre un hombre y una mujer” y hace mención que esto no violenta ni afecta a la prohibición de la discriminación ni al derecho al respeto de la vida familiar y privada, principales argumentos de los demandantes (Caso Chapin and Charpentier v. France, Caso No. 40183/07, 2016, párr. 26).

Los 47 jueces del mencionado Tribunal establecen de forma textual que “[...] no existe el derecho al matrimonio homosexual”, esta sentencia se basa principalmente en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos humanos el cual tiene equivalencia al artículo 17 del Pacto de San José y al artículo 23 del Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos.

En este contexto, el artículo 17 del Pacto de San José nos menciona:

Artículo 17: Protección a la Familia. -

[...] 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

[...] 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. (Pacto de San José, N° 4534)

Por su parte, el artículo 23 del Pacto Internacional De Derechos Civiles y

Políticos nos menciona:

[...] 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

[...] 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

[...] 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

[...] 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos. (Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos, 1976)

Respecto al principio de no discriminación, este Tribunal añade que no existe tal ya que “[...] los Estados son libres de reservar el matrimonio únicamente a parejas heterosexuales” (Tribunal de Estrasburgo, 2016, párr. 45). En este punto resulta atinado citar lo dicho por el diputado francés, Bruno Néstor Azerot (2013).

Hoy en día el matrimonio es un “matrimonio-sentimiento” más que un “matrimonio-procreación”. Los hijos, en muchos casos, ya no son el propósito del matrimonio y cada vez más personas tienen hijos sin casarse.

La cuestión de fondo es saber si los sentimientos deben convertirse en la esencia del matrimonio abierto a todos los hombres y mujeres ya sean heterosexuales u homosexuales.

Haciéndolo, nos encaminamos hacia una sociedad en la que el individualismo hedonista reemplazará nuestros valores personalistas y socialistas fundados en la solidaridad, la libertad y la igualdad (Azerot, 2013).

Un concepto muy interesante que toma esta Corte es el de la “sociedad democrática”, la sociedad democrática es aquella donde el estado se construye a partir de sus ciudadanos, estos pueden ejercer sus derechos y responsabilidades como tal, ahora el concepto de democracia no puede tratarse sin hablar de participación, y es aquí donde se hace la crítica a la decisión tomada por esta Corte, por cuanto ya existen mecanismos legalmente reconocidos en el Ecuador llamados mecanismos de participación a través de los cuales se podían garantizar el desarrollo e inclusión de las parejas homoparentales al concepto de matrimonio, tomando en cuenta que estos mecanismos no solo incluyen a los ciudadanos, el presidente, la asamblea nacional sino también a varias instituciones del estado las cuales gozan de la potestad para presentar proyectos de ley.

Otro punto identificado por la Corte es la de interpretación más favorable a los derechos en el numeral 131 realizan su análisis y mencionan que en la jerarquía axiológica, si la norma más favorable a los derechos está en el instrumento internacional, entonces esta prevalece al derecho reconocido por la Constitución y se incorpora a su texto, mediante este se debería entender que correspondería reformar la constitución para poder modificar su texto e incluir lo antes mencionado, en cuanto la Corte Constitucional no tiene la competencia ni facultad para reformar el texto constitucional.

En el numeral 150 esta Corte hace mención que, mediante el bloque de constitucionalidad, el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo se

incorporara al texto constitucional, ahora mediante este podemos entender que se reformara la Constitución y esta Corte se ha quedado corta al desarrollar como se aplicara esta o cual será el medio para hacerlo.

Respecto al derecho a la identidad la Corte en el numeral 186 nos expresa que los elementos que configuran este derecho son: la nacionalidad, el origen familiar y étnico, el nombre y el apellido, la adscripción ideológica, la edad, el sexo, religión e ideología, las cuales el Estado Ecuatoriano claramente a respetado y lo ha garantizado, adicional mencionan a la orientación sexual y está a sido respetada pues en el Ecuador no se prohíbe las relaciones homoparentales por tal razón este derecho de identidad ha sido claramente respetado y garantizado por el Estado.

Es importante mencionar que en ningún tratado, convención o declaración de derechos humanos se habla de matrimonio homoparental o heterosexual como una forma de garantizar el derecho a la identidad.

Respecto al derecho de libre contratación en el numeral 193 esta Corte se refiere a que el contrato de matrimonio es un régimen especial, y menciona lo estipulado en el artículo 81 del Código Civil en el cual nos menciona que es un contrato solemne “por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”, dando características específicas al mismo. Y que claramente una pareja homoparental no podría cumplir, pues este es el gran diferenciador, el de procrear condición imposible para este tipo de parejas que desprende de su propia naturaleza.

En el numeral 201 esta Corte enumera ciertas diferencias entre el matrimonio y la unión de hecho la cual la única restrictiva hace referencia a

presumir la paternidad dentro del matrimonio, condición que en la unión de hecho y aún más en parejas del mismo sexo es imposible pero no por la normativa o el tipo de acto si no por la naturaleza de los contrayentes.

c. ¿Si la Opinión Consultiva OC-24/17 es aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano, ¿cuáles son los efectos jurídicos en relación con los operadores de justicia y los funcionarios públicos?

En este apartado la Corte inicia mencionando el deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos y menciona que esto le corresponde a la Asamblea Nacional y demás órganos que tenga potestad normativa.

Dentro de este apartado la misma CIDH reconoce que el procedimiento normativo no es automático y que no basta con la emisión de una mera opinión, además en el numeral 251 ya advierten que para adecuar la Constitución con la OC-24/17 se requiere de un proceso riguroso, rígido, que tiene controles y requisitos establecidos, que se encuentran desde el artículo 441 al 444 del texto Constitucional.

Esta Corte también hace referencia a la responsabilidad internacional por la inobservancia de opiniones consultivas, de eso podemos decir que desde que en 1966 donde se le atribuyo a la CIDH la facultad de emitir recomendaciones a estados jamás se ha sancionado a alguno por no “cumplir o aplicar de forma directa e inmediata “lo dicho en una opinión consultiva.

Métodos de interpretación

El método de interpretación que eligieron los jueces es el denominado método evolutivo, el cual está dirigido a los cambios sociales que suscitan dentro del Estado, tomado como precepto que las normas jurídicas que regulan el

comportamiento de sus integrantes, deben actualizarse a la realidad del mismo.

En la presente causa los jueces de la Corte Constitucional ignoran los preceptos Constitucionales establecidos para la interpretación constitucional en los cuales se establece que esta se realizara al tenor literario que más se ajuste a la integralidad de la norma suprema y que solo de existir duda respecto a su significado o alcance esta se interpretara en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y esencialmente que respete la voluntad del constituyente.

Propuesta personal de solución de caso

Dentro de la presente la propuesta de solución de caso respecto a la Consulta de norma se debe considerar principalmente que la Corte Constitucional no solo es el principal interprete de la Constitución si no que es el principal “guardia del texto Constitucional” esto significando que esta prima facie es el principal órgano cual su misión es hacer cumplir con la Supremacía de la Constitución.

Es por esto que apegado al texto Constitucional la opinión consultiva 24/17 debía absolutamente ser declarada contraria a los establecido en el Art. 67 pues dentro del proceso de consulta de norma el fin que se busca es el de definir si las normas inferiores guardan relación y coherencia con las de la norma suprema para así expulsar de nuestro ordenamiento aquellas que carecieran de constitucionalidad en su aplicación.

Dentro de las soluciones que se hubiesen aportado en el hipotético actuar como Juez de la Corte Constitucional son las siguientes:

1. Dentro de la sentencia derivar como a la Asamblea Nacional para la adecuación del texto constitucional a través, de la enmienda y posterior reforma de artículos infra-constitucionales refiriéndonos al artículo 52 de Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles y 81 del Código Civil con el fin de buscar un verdadero reconocimiento y protección del derecho a contraer matrimonio a parejas del mismo sexo, acto que en caso de incumplirse acaree verdaderas sanciones para los legisladores que incumplan las decisiones de esta Corte
2. Como segunda propuesta, luego de resolver la consulta de norma de forma no favorable para los accionantes, la Constitución en el art. 134 faculta a la Corte Constitucional para presentar proyectos de ley, por cuanto este podría ser el órgano que sin vulnerar la supremacía constitucional en pro del desarrollo de derechos envíe a la Asamblea para la creación o modificación de la ley y así, lograr se permita y garantice el matrimonio a parejas del mismo sexo.
3. Como tercera solución en caso de mantener los argumentos usados por esta Corte, como juez es de suma importancia dentro de la sentencia, generar reglas para la interpretación constitucional, pues de no existir las como se evidencio en el presente caso hacemos que la Corte a través de sus jueces no tengan control ni límites a su actuar creando con este un grave peligro al texto Constitucional pues bajo el actuar de la Corte en el presente caso podríamos aseverar que los jueces de la Corte actúan bajo sus propias reglas y creencias, incumpliendo así con su principal misión y con lo establecido en la norma suprema.

CONCLUSIONES

Una vez realizado el análisis de la sentencia 11-18-CN/19 se llega a las siguientes conclusiones:

Como punto de partida, es menester resaltar que la sentencia 11-18-CN/19, violó la supremacía constitucional y principio de la seguridad jurídica, se le atribuyó el carácter de vinculante a una opinión consultiva misma que en varias sentencias y doctrinas expuestas en el presente trabajo se puede determinar que esta sirve como un mecanismo de apoyo para que los países suscriptores adapten

sus leyes (respetando la regulaciones establecidas en cada una), para así garantizar la aplicación y correcto desarrollo y reconocimiento de los derechos de cada uno de los habitantes, en el Ecuador la Constitución es la norma suprema, en el caso en particular se realiza una mala interpretación de las características que posee una opinión consultiva como son (obligatoriedad, jerarquía, vinculante), en cuanto esta no equivale, ni tiene el mismo valor que un tratado internacional, ya que ésta no está dentro de la jurisdicción contenciosa de la CIDH, varios artículos citados dentro de la presente sentencia, e incluso criterios desarrollados por jueces de la CIDH han determinado que el fin de la opinión consultiva es la de guiar a un Estado para que éste pueda dar cumplimiento a los compromisos internacionales que este adquiere, y no el de obligar al estado a aplicarlas dentro de su territorio, esta es una pauta, una guía para que el Estado adecue la normativa y las políticas públicas pertinentes, siempre respetando la normativa interna y lo que está permitido o no realizar.

En segundo orden, cabe resaltar que los jueces de la Corte Constitucional Ecuatoriana mal interpretaron la norma constitucional a través de una falsa duda, por cuanto la normativa del país es clara refiriéndose al artículo 67 de la constitución donde de forma concreta se establece que el matrimonio es la unión entre “un hombre y una mujer” limitando la interpretación del mismo, respetando la voluntad del constituyente, ahora en este apartado es preciso realizar una pregunta y es que la frase del texto constitucional “entre un hombre y una mujer”, ¿de qué otra forma u formas puede ser comprendido?, como punto de comparación respecto al actuar de la Corte con el artículo 68 de la Constitución del República en el cual se habla de la unión de hecho, pues recordemos que en el

mismo se establece que es “unión entre dos personas” por cuanto en este apartado hubiese existido una duda razonable para poder realizar el análisis que la Corte Constitucional hoy confunde y crea erróneamente respecto al matrimonio, además en relación a su supuesta duda y varios criterios interpretativos que se le atribuye a la frase en cuestión “unión entre hombre y mujer”, esta Corte no motiva ni desarrolla dentro de la sentencia 11-18-CN/19 cuáles son sus formas de comprender e interpretar la frase en cuestión, dejando una mayor duda respecto al entendimiento, sentido y alcance literario que le da el juez a la norma.

En este sentido, la norma suprema es clara respecto a los métodos de interpretación constitucional y en ningún escenario ésta pudo haber sido adaptada al desarrollo que realizan en la sentencia 11-18-CN/19 ya que aquí se deja a un lado la interpretación literaria que se establece en el artículo 427 que refiere 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 y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 427), de la misma forma se ha violentado los principios de interpretación constitucional tales como el de la unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional y fuerza normativa de la Constitución.

Como tercer punto, existen medios claros y precisos establecidos en la Constitución los mismos que sirven para reformar la Carta Magna, haciendo que a través de esto todo el bloque normativo sea coherente y concordante en sí mismo, en este caso en particular los mecanismos idóneos son, la enmienda y la reforma

parcial, mismos que de forma acertada ya fueron advertidos en el desarrollo de la sentencia 10-18-CN/19, donde el juez constitucional se da cuenta que el legislar no es una de sus competencias, así como que el entender de la normas es claro, además de que vivimos en un estado donde visiblemente se encuentran determinados los mecanismos de reforma y también divididas las funciones entre las diferentes ramas del estado habiendo aquí una clara intromisión de lo que es la función judicial a través de la Corte Constitucional donde se sienten en una suerte de legisladores, violentando la obligatoria intervención del órgano legislativo o aún más grave del pueblo ecuatoriano.

En este sentido, como reflexión final de lo expuesto, debemos evidenciar que la Corte Constitucional no respeta las formas procedimentales puesto que esta consulta de norma hoy planteada no debió pasar de la fase de admisibilidad ya que, a través de este proceso no se puede realizar consultas respecto a normas del derecho internacional de derechos humanos y al no tener un ente de control o regulación, ni límites claramente establecidos puede verse convertido no solo en un peligro a la interpretación legal sino también en una arma “política”, puesto que no existe ningún mecanismo que sirva para garantizar el actuar imparcial ni correcto de ésta institución, tampoco poder contradecir sus actuaciones, y podría surgir la incógnita de si están actuando en pro del beneficio del efectivo uso-goce de derechos, o si más bien, éste responde a creencias particulares e incluso agendas políticas de los gobiernos de turno.

En el presente caso me apego al criterio desarrollado en el voto salvado y no con la decisión del juez ponente puesto que, bajo mi criterio personal, éste no hace un razonamiento correcto respecto al sentido de esta sentencia. En el

ordenamiento jurídico ecuatoriano encontramos la consulta de norma la cual tiene como fin hacer prevalecer la supremacía constitucional misma que es ejercida por la Corte Constitucional, esta comprende lo que se define control de constitucionalidad concentrado.

En ese sentido, se entenderá que previo a realizar la consulta de constitucionalidad de una norma, debe preceder una tarea hermenéutica de parte del juez consultante que permita, tras un proceso de argumentación jurídica, verificar que las normas aplicables al caso concreto adolecen de vicios de inconstitucionalidad y es por ese motivo que requiere consultar a la Corte Constitucional, para que este órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la duda originada, es decir, que al realizar la consulta, el juez debe justificar de manera razonada y suficiente que ninguna interpretación posible de la norma le ha permitido establecer que aquella cumple con los principios y reglas constitucionales, y que al advertir que la norma eventualmente contraría la Constitución, debe suspender el proceso jurisdiccional para que la Corte determine la constitucionalidad en cuestión.

A través de la investigación realizada puede determinarse que las opiniones consultivas no son de obligatoria aplicación, pues éstas sirven como modelo-guía para adaptar la normativa interna de un país y no para darle el sentido erróneo de que esta tuviese la fuerza vinculante como si las tendrían las sentencias emitidas por el órgano emisor de esta opinión. Lo referido en las presentes líneas ya ha sido mencionado por jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Eduardo Vio Grossi.

Es importante mencionar que también se desnaturaliza la función de la consulta de norma, esto por cuanto, la consulta se la realiza en relación a la aplicación directa de la opinión consultiva 24/17, y la Corte Constitucional Ecuatoriana realiza un control concreto de constitucionalidad el cual tiene como efecto garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.

El bloque de constitucionalidad está mal aplicado puesto que aquí hacen referencia a que el texto no es contradictorio, cuando en nuestra Constitución que es norma suprema nos menciona claramente una situación específica, entre sujetos de géneros específicos para poder celebrar la figura del matrimonio, impidiendo la interpretación a partir de una falsa duda que ellos inventan para intentar aclarar a través de esta sentencia, situación por lo cual se muestra el riesgo que conlleva la aplicación no regulada ni estandarizada a través de esta nueva tendencia como lo es la mutación Constitucional.

Ahora bien, según la teoría desarrollada por R. Smend, Hsu Dau-Lin (1998), en la cual identifica cuatro impulsos posibles para las mutaciones constitucionales: las prácticas de órganos estatales que no resultan contrarias a la letra de la Constitución, la imposibilidad de ejercer algunas atribuciones consignadas en la propia Constitución, las prácticas abiertamente contrarias a la misma, y, las interpretaciones de la Constitución que sirven para crear o dar nuevo sentido a sus prescripciones, podemos aseverar que no cumplen con ninguna de estas, ya que en esta era necesaria la reforma constitucional del artículo que literalmente impide el matrimonio igualitario al no contemplarlo como tal, dando

condiciones específicas para poder celebrarse el mismo, para así poder garantizar el correcto ejercicio de este derecho, sin que exista contradicción con la ley.

En la Constitución a través del artículo 427 se establece que la primera herramienta para la interpretación constitucional es la que se realiza basándose en la literalidad del texto, respetando la integralidad de la Carta Magna.

Como hemos visto en el desarrollo del presente trabajo, el artículo 67 de la Constitución tiene concreción en su desarrollo por cuanto el mismo no permite se realice un trabajo de interpretación que resulte contraria a su tenor literal. Uno de los principios de la hermenéutica jurídica es que no procede otorgar un sentido diverso a una norma cuyo contenido y alcance es claro y preciso. Es por esta razón que, podríamos afirmar que, dentro del presente análisis, se hizo, en palabras del Juez Salgado Pesantes, una mutación arbitraria de la Constitución ya que ésta ignoró y alteró la lógica y el lenguaje formal de la Norma.

Finalmente, cabe resaltar que dentro del desarrollo de la sentencia 11-18 CN/19 existen mecanismos establecidos en la constitución que hubiesen permitido legalizar y celebrar el matrimonio igualitario evitando que exista contradicción por parte de la norma, estos serían el referéndum o reforma constitucional. Si bien es cierto, el derecho de libertad en su esfera de derecho fundamental puede ser desarrollado gradualmente, existen mecanismos que lo garantizan y mediante los cuales se puede reconocer de forma correcta y apegada al texto constitucional, por cuanto el argumento utilizado por el juez ponente desarrollado en la opinión consultiva es erróneo por cuanto existe una clara contradicción con la norma.

Como propuesta, se analiza que los dictámenes del bloque de constitucionalidad (entendido como ente de desarrollo jurídico), sea legitimado a

través de referéndum o consulta popular, pues esto involucraría una de las funciones de la Corte y sobre todo evidenciar la participación soberana y democrática para la toma de decisiones que marquen un nuevo hito en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Anchondo, V. (2012). *Métodos de Interpretación Jurídica*. México D.F. Revista Quid iuris, Universidad Autónoma de Chihuahua.

- Azerot, B. (2013). Discurso dirigido a la sociedad francesa. Revisar en línea:
<https://blog.iese.edu/nuriachinchilla/2016/07/el-tribunal-de-estrasburgo-dicta-sentencia-a-favor-del-matrimonio/>
- Aragón Reyes, M. (2015). *¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional*. MURCH S.A.
- Barría, M. (2011). *El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional*. Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Benavides, J. & Escudero, J. (2020). Control concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador. *Revista Derecho del Estado*.
- Burgoa Orihuela, I. (1984). *Derecho Constitucional Mexicano*. Editorial Porrúa, S.A.
- Caicedo, D. (2009). El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución. *Revista de Derecho No. 12*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
- Casal, J. (2006). *Constitución y Justicia Constitucional*. Caracas. Casa Editorial Universidad Católica Andrés Bello.
- Castro Padilla, F. (2016). *El derecho internacional de los derechos humanos como factor condicionante de la reforma y mutación constitucional*, fecha de consulta: 31 de octubre de 2022, revisar en línea:
<https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/9771>

- Cárdenas, A. (2011). *Interpretación constitucional*. Quito. Editora Cevallos Jurídica.
- Cervantes. A (2019). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. DESCHF S.A.
- Colombo, J. (2000). Justicia Constitucional: El Conflicto Constitucional y sus Formas de Resolverlo. En: *Ius et Praxis. Derecho en la Religión*, Vol. 6, No. 002, Chile. Universidad de Talca.
- Dau-Lin, H. (1998). *Mutación de la Constitución*. Instituto Vasco de Administración Pública.
- De Vega, P. (1991). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Figuroa Gutarra, E. (2009). Principios de interpretación constitucional. Revisado en línea: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2010/09/04/principios-de-interpretacion-constitucional/>
- Fuller, L. (1940). *The Law in Quest of Itself*, Beacon Press. Boston.
- García Atehortúa, A. (2014). *La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia*. Universidad de Bogotá.
- Grijalva Jiménez, A. (2011). *Constitucionalismo en Ecuador*. Pensamiento Jurídico Ecuatoriano.
- Guerra, E. (2014). Supremacía Constitucional y control del derecho comunitario. *Revista de Derecho No. 22*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.

- Guerra Rodríguez, E. (2014). Supremacía Constitucional y control del derecho comunitario. *Revista de Derecho*, número 22, 37-62.
<https://vlex.ec/vid/supremacia-constitucional-control-derecho-679928069>
- Henkel, H. (1964). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. TAURUS.
- Lafuente, J. (2000). *La Judicialización de la Interpretación Constitucional*. Madrid. Editorial Colex.
- Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona, España.
- León, C. (2010). *La Interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. Madrid. Editorial Reus.
- León Hurtado, A. (1968). *El tenor literal en la interpretación de la ley*. Editorial Jurídica de Chile.
- Marcheno, B. (2020). *El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional*. Universidad de Guayaquil, Ecuador.
- Masapanta Gallegos, Christian. (2020). *Mutación de la Constitución en Ecuador ¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?* Tesis Doctoral. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Mezquita Del Cacho, J. (1989). *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. BOSCH, S.A.
- Monroy, M. (2002). *La Interpretación de la Constitución*. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional.

- Noguera, H. (2006). *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*. Colección Estudios Jurídicos. No. 80. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- Radbruch, G. (1961). *La filosofía del derecho*. Marcial Pons.
- Restrepo, J. & Roncacio, A. (2019). *Supremacía Constitucional y estado social de derecho en Colombia*. In ratio Juris.
- Roa, Jorge. (2015). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Molinero, M. (1993). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Librería Cervantes.
- Rubio, M. (2005). *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sagüés, N. (2011). *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. OPUS MAGNA.
- Sanchis, P. (2009). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta S.A.
- Terán, N. (2021). *Los métodos y las técnicas de la interpretación constitucional y su incidencia en las decisiones judiciales emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador*. Universidad Central del Ecuador.
- Verdugo Marinkovic, M. (2003). *Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución*. Centro de estudios culturales de Chile.

Yin, Robert K. (1994). *Case Study Research: Design and Methods*. Sage Publications, Thousand Oaks, CA.

Normativa Jurídica:

Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. (2009). Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009.

Ecuador. (2015). Reglamento de Sustentación de Procesos de la Corte Constitucional. Registro Oficial 613 del 22 de octubre de 2015.

México. (2012). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

República de Costa Rica. (1970). Pacto de San José No. 4534. Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Sentencias y Fuentes jurisprudenciales:

Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Matrimonio entre personas del mismo sexo, Sentencia No. 10-18-CN/19 (12-06-2019).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Control de legalidad del ejercicio de las atribuciones de la CIDH, OC-19/05 (28-11-2005), Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Condición Jurídica y DDHH del Niño, y el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1983). Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Protección, OC5/83 (24-09-1983).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Protección, OC22/16 (22-10-2016).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Protección, OC24/17 (24-11-2017).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión Consultiva No. OC21/14 párr. 31; OC24/17. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección, OC-25/18 (30-05-2018).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Protección, OC25/18 (30-05-2018).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2016). Caso *Chapin et Charpentier vs. France* (No. 40183/07). Sentencia Estrasburgo (09/06/2016).