

EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS Y LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (COMENTARIOS CRÍTICOS A LAS SENTENCIAS SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL ECUADOR)

The constitutionalism of rights and the limits
of constitutional interpretation (critical comments
on the sentences on equal marriage in Ecuador)

BENJAMIN MARCHECO ACUÑA

Universidad de Guayaquil, Ecuador

benjamarcheco@gmail.com

Cómo citar/Citation

Marcheco Acuña, B. (2020).

El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional (comentarios críticos a las sentencias sobre el matrimonio igualitario en el Ecuador).

Revista Española de Derecho Constitucional, 119, 185-205.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.06>

Resumen

El paradigma del neoconstitucionalismo significó un cambio cualitativo en la forma de entender y asegurar la efectividad de los derechos humanos y, con ello, una expansión de la función jurisdiccional de control de la actividad política, lo que ha generado no pocos riesgos de intromisión en esta última cuando se pretende dotar de contenidos normativos concretos a preceptos constitucionales altamente indeterminados con ocasión de la solución de conflictos que involucran a los derechos. En el presente trabajo se realiza un análisis crítico de los principales argumentos de las sentencias (10-18 CN y 11-18 CN de 2019) de la Corte Constitucional ecuatoriana referidas al matrimonio igualitario a la luz de la teoría sobre la interpretación constitucional, intentando poner en evidencia que efectivamente se ha producido un exceso en la función de control por parte de la CC que atenta contra el necesario equilibrio institucional inherente al Estado de derecho.

Palabras clave

Neoconstitucionalismo; interpretación constitucional; principio democrático; derechos humanos; supremacía constitucional.

Abstract

The paradigm of neo-constitutionalism meant a qualitative change in the way of understanding and ensuring the effectiveness of human right and consequently, an expansion of the jurisdictional function of control of political activity. This has generated some risks of interference from the first to the second, especially in the cases of interpretation and concretion of constitutional precepts formulated with high degrees of indeterminacy, on the occasion of the resolution of conflicts involving rights. This paper is intended to make a critical analysis of the main arguments of the Ecuadorian Constitutional Court sentences (10-18 CN and 11-18 CN of 2019) referring to equal marriage, according to the theory of the interpretation of the Constitution and the limits of the control of the constitutionality of the laws, trying to show that the CC has exceeded its powers related to constitutional control and breaks the necessary institutional balance of the rule of law.

Keywords

Neoconstitucionalismo; interpretación constitucional; principio democrático; derechos humanos; supremacía constitucional.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS HECHOS. III. EXCURSUS SOBRE EL ARGUMENTO DE FONDO: LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS LGBTI Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. IV. EL RESULTADO: ¿INTERPRETACIÓN O REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN? V. LA METODOLOGÍA INTERPRETATIVA: LA CUESTIÓN DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL «INTEGRAL». VI. LOS ARGUMENTOS: PRINCIPIO DE «FAVORABILIDAD» Y CONTROL DE «CONVENCIONALIDAD» VII. REFLEXIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno jurídico del neoconstitucionalismo o «constitucionalismo de los derechos» y su preconizado modelo argumentativo (Prieto Sanchís, 2004) surgido a partir de la segunda posguerra, que significó un cambio de paradigma en la forma de entender y asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y en la relación del derecho constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos y con la actividad política legislativa estatal, ha supuesto también, como consecuencia, una expansión notable de la función jurisdiccional en su papel de control y de límite de la democracia política (Ferrajoli, 2005: 95).

Dicho modelo se basa en la idea de que la Constitución carece del carácter cerrado y concluyente que suelen tener las leyes y sus preceptos se proyectan sobre amplísimas áreas de relación jurídica. La Constitución sustantiva o principalista suministra razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias, lo que vale tanto para el legislador como para el juez, quienes están llamados a conjugar esas razones para alcanzar un punto óptimo de recíproca satisfacción o, cuando menos, para evitar que alguna de ellas quede anulada o definitivamente postergada. Así, no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado y eso significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune a la influencia constitucional (Prieto Sanchís, 2004: 54-57).

Este nuevo paradigma argumentativo, defendido por un relevante sector de la doctrina constitucionalista y asumido por buena parte de la práctica judicial europea y latinoamericana (aunque con diferentes connotaciones), exige de los órganos jurisdiccionales la aplicación a casos concretos del denso contenido sustantivo constitucional compuesto por normas de muy diversa índole y con diferentes grados de (in)determinación, como lo son las expresivas de «valores

y principios». Aquí entrarían en juego nuevos métodos interpretativos y conceptos como la ponderación, la razonabilidad, la proyección horizontal, el efecto irradiador, la proyección horizontal de los derechos y el principio *pro personae*, con los que debe dotarse a los principios y valores constitucionales de un contenido normativo concreto (Carbonell, 2007: 10).

El desarrollo en este contexto de la jurisdicción constitucional ha generado no pocas tensiones en el necesario equilibrio institucional entre los distintos órganos del poder en el que se asienta el Estado de derecho, debido al enorme riesgo de intromisión en la actividad política que supone la concreción jurídica de un contenido constitucional intrínsecamente indeterminado, como son los enunciados de principios y los valores, bajo cuyo amparo se han convertido los tribunales constitucionales en los árbitros últimos de los grandes desacuerdos sociales¹, disminuyendo con ello el grado de democraticidad del sistema político, puesto que la formulación concreta de la ley se vuelve una decisión *prima facie*, siempre sujeta a una nueva definición judicial (Pozzolo, 2017: 48).

Los postulados centrales del neoconstitucionalismo en relación con la función de los principios en la conformación del contenido de los derechos y el rol predominante de la justicia constitucional en el control político se instalaron desde temprano y con mucha fuerza en la teoría jurídica ecuatoriana² a raíz del proceso constituyente que culminó con la aprobación de la Constitución de 2008, cuyo art. primero define al Ecuador como un «Estado constitucional de derechos y justicia», concepto que ha devenido en paradigma de la teoría constitucionalista subsiguiente.

En un trabajo titulado «En defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y los argumentos», Ramiro Ávila (2012) —actual magistrado de la CC— sostenía que «la gran ventaja del principio y de su aplicación directa es que desata las manos al juez y le da la posibilidad y la competencia para que pueda resolver en contra de una regla injusta» (p. 10). Sobre el papel de la jurisdicción sentenciaba: «[...] el tiempo del constitucionalismo contemporáneo es el tiempo de los jueces» (p. 12). En el mismo sentido Grijalva —también actual magistrado de la CC— defiende la idea de que la clave de

¹ El problema del desacuerdo (Gargarella, 2014: 126) tiene que ver con las razonables desavenencias que se encuentran, dentro de cualquier sociedad democrática, no solo en torno a qué derechos merecen protección, sino también —más particularmente— en relación con el significado, contenido y alcance de los derechos que se protegen y, a partir de allí, acerca del modo de protegerlos.

² Sobre la recepción de los postulados neoconstitucionalistas en la doctrina ecuatoriana, véanse Ávila (2008) y Celi (2017).

la justicia constitucional contemporánea está en la *definición* o *concreción* de los derechos humanos contenidos principios (2007: 79) y en la afirmación del poder político del juez constitucional mediante un rol activo y creativo en la interpretación constitucional y, en particular, en la defensa de derechos fundamentales (2011: 198).

En este contexto, el 12 de junio de 2019, la Corte Constitucional (CC) emite dos muy controversiales sentencias (números 10-18-2019-CN y 11-18-2019 CN —ambas con el voto favorable de Grijalva y Ávila, este, además, ponente de la última—) en las que declara que son incompatibles con la Constitución las normas del ordenamiento jurídico que excluyen el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La polémica en torno a estas decisiones se ha desarrollado en dos frentes: por una parte, desde el ámbito sociológico, en el que el tema del reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI y, en particular, al matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido siempre muy controversial, sobre todo en sociedades como la ecuatoriana, con una fuerte influencia religiosa; por otra —que es el interés de este trabajo—, desde la perspectiva estrictamente jurídica. Polémica que se refleja en la ajustada votación (5-4) del fallo y en el contenido del voto disidente conjunto en el que se critica con cierta dureza la opinión mayoritaria y cuyo principal argumento respondía al siguiente aspecto básico de fondo: ¿eran suficientes las competencias de la CC para adoptar esa decisión, en virtud de la existencia de una norma constitucional explícita (art. 67) que define el matrimonio como heterosexual, o existió una extralimitación funcional en detrimento de los poderes de modificación formal de la Constitución?

Los fundamentos expuestos por la Corte tienen diversos matices y de ellos se pueden realizar distintas valoraciones desde el punto de vista de la argumentación jurídica. En el presente trabajo se realiza un análisis crítico de los principales argumentos de las sentencias, a la luz de de la teoría de la interpretación de la Constitución y de los límites del control de constitucionalidad de las leyes, intentando poner en evidencia que, efectivamente, se ha producido un exceso en la función de control a cargo de la CC que atenta contra el principio democrático y el necesario equilibrio institucional inherente al Estado de derecho.

II. LOS HECHOS

El 16 de agosto y el 18 de octubre de 2018 dos tribunales con sede en la provincia de Pichincha remitieron sus respectivas consultas a la CC originadas

en sendas acciones de protección presentadas por dos parejas compuestas por personas del mismo sexo, a quienes se les había negado la formalización de sus matrimonios en el Registro Civil y consideraban que con dicho proceder se les vulneraban 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», y solicitaban la aplicación de la Opinión Consultiva OC 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que insta a los Estados a reconocer el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales.

En una de las consultas se solicita expresamente el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los arts. 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en los que se basó el Registro Civil para negar la petición de formalización del matrimonio por ser los pretendidos contrayentes, precisamente, del mismo sexo.

La CC resuelve las consultas en las sentencias 10-18-CN y 11-18-CN, ambas de 12 de junio de 2019. En lo fundamental, decide:

- (i) 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, [...] reconocen el derecho al matrimonio entre hombre y mujer y el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo [...].
- (ii) Son inconstitucionales los fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (LGIDC) siguientes: en ambas disposiciones legales, la expresión «un hombre y una mujer» y, en la primera, el término «procrear».
- (iii) Declarar [...] la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva, según corresponda, de los antedichos fragmentos de los artículos 81 y 52 a fin de que el tenor de estas disposiciones quede así: «Art. 81.-Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente».

La decisión fue adoptada por mayoría de cinco votos contra cuatro. Se emitió voto disidente único suscrito por los cuatro jueces en minoría.

III. *EXCURSUS* SOBRE EL ARGUMENTO DE FONDO: LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS LGBTI Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Como sentamos en la introducción, es interés de este trabajo únicamente el razonamiento técnico jurídico sobre el alcance y los límites del control de

constitucionalidad en los términos de la sentencia; sin embargo, dada la complejidad del tema de fondo y las repercusiones que tiene en el debate social y académico, este autor considera importante dejar sentada, en unas breves líneas, su posición al respecto.

La defensa que hace la sentencia de los derechos de las personas LGBTI, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la vigencia del derecho fundamental a la igualdad (formal y material) y la no discriminación, el derecho al matrimonio y la propia naturaleza de este, me parece impecable, difícilmente mejorable. La CC, muy atinadamente, sostiene la idea de que la institución del matrimonio no ha de fundarse en la exclusividad de la pareja heterosexual, pues los fines para los cuales se instituye no son extraños a las parejas del mismo sexo, ni las convicciones religiosas, fundamentalistas o pseudocientíficas sobre la homosexualidad pueden servir como fundamento para restringir los derechos de estas personas a contraer matrimonio y que la distinción entre parejas heterosexuales y homosexuales a los efectos de la protección legal que ha de brindárseles es, efectivamente, discriminatoria. Este es un punto indudable de acierto de la Corte.

Sentado lo anterior, las críticas que se le dirigen a la sentencia radican en sus excesos argumentativos, en la falta de rigor técnico y en la manipulación del lenguaje jurídico al realizar interpretación constitucional para provocar un resultado justificable únicamente desde la convicción ideológica o moral de la mayoría del tribunal, pero no estrictamente desde la vigencia del ordenamiento jurídico al que están sometidos.

IV. EL RESULTADO: ¿INTERPRETACIÓN O REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN?

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. 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.

Y ha sido ese el dilema en que se vio envuelta la CC al tener que pronunciarse sobre la validez de dos normas legales (los arts. 81 del Código Civil y 52 de la LGIDC) que reproducían textualmente un precepto constitucional (el art. 67); situación que la obligaba, necesariamente, a pronunciarse sobre la vigencia de este último. Contrariamente a lo que debía esperarse, esto es, la constatación de la plena eficacia del precepto constitucional cuestionado —y, por consiguiente, de los preceptos legales que lo reproducen literalmente—, la Corte optó, de forma insólita, por determinar su invalidez e introducir una reforma disfrazada de interpretación.

El artículo en cuestión objeto de la sentencia (art. 67) reza textualmente en la parte pertinente: «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».

Sin embargo, según el fallo de la Sentencia 11-18-CN (en adelante nos referiremos solo a esta sentencia, por ser la más completa y exhaustiva de las dos comentadas), la CC entiende que lo que dice el precepto no es exactamente eso, sino que el texto constitucional «reconoce el derecho al matrimonio *entre hombre y mujer y el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo* (párr. 300.2)».

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 órganos³ estatales.

³ Art. 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 derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: 1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. 2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional.

Art. 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

Consciente de su rol institucional dentro de la estructura jurídica estatal como poder constituido —con la consecuente ausencia de cualquier poder formal para reformar la Constitución— y de las limitaciones que al intérprete de cualquier norma le impone el lenguaje formal, la Corte opta por una arriesgada y muy cuestionable operación argumentativa que incluye, por una parte, forzar hasta los extremos los métodos de interpretación jurídica para introducir un resultado deseado coincidente con las convicciones ideológicas de la mayoría de los miembros del tribunal, y, por la otra, manipular el lenguaje para disfrazar la reforma de una suerte de «complemento» de la voluntad del constituyente, producto de una actividad ordinaria de *control de constitucionalidad de la propia Constitución*.

La propia Corte asume esta tesis cuando, al resolver sobre su competencia para conocer del caso, deja sentado lo siguiente:

[...] es competente, en virtud del artículo 428 de la CRE y del artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) para conocer y resolver consultas de norma por consideraciones de constitucionalidad (párr. 9) [y que] la Constitución ni la ley excluyen la posibilidad de que esta norma jurídica [objeto de la consulta] pueda ser una norma de la misma Constitución (párr. 10).

Curiosamente, la CC parte de reafirmar el principio de supremacía de la Constitución (art. 424 CRE)⁴ para cuya salvaguarda se instituye la consulta de inconstitucionalidad. Asimismo, integra los tratados internacionales sobre derechos humanos (en este caso concreto, la Convención Americana) como texto complementario de la Constitución, parte del bloque de constitucionalidad (párrs. 150 y 244); pero luego termina por asumir insólitamente que este ha de servir de parámetro de control de aquella. «En el caso concreto —dice— se trata de una norma constitucional que podría ser incompatible con un texto convencional de derechos humanos y a su interpretación realizada por su órgano de interpretación auténtica» (párr. 11).

En otras palabras, se somete a control de validez una norma que, por definición y según la propia Corte, goza de *supremacía*, ese principio convertido en

ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

⁴ 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. [...].

el núcleo permanente que conserva la noción de Constitución a través las múltiples transformaciones que ha sufrido y que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden (Kelsen, 2001: 20-21), y que, en consecuencia, a la conformidad con su contenido subordina todo acto normativo, incluyendo los tratados internacionales, a los cuales también ha de servir de parámetro de control —según rezan los arts. 425 constitucional⁵ y 108 de la LOGJCC—⁶. Sobre este aspecto de la relación Constitución-Convención volveremos más adelante, al tratar los argumentos de la sentencia en relación con la aplicación del principio de favorabilidad.

El control de constitucionalidad constituye una garantía sustancial de la supremacía constitucional al entender que está destinado a hacer respetar esa concatenación o estructuración jerárquica del ordenamiento a partir de la Constitución respecto de toda la normativa infraconstitucional, tanto en sus aspectos procedimentales como en el contenido sustantivo de sus preceptos. La justicia constitucional —decía Kelsen— es un instrumento de garantía de la regularidad del sistema, entendiendo por tal la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico. En relación con la Constitución, es garantía de regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a ella (*ibid.*: 14-15). No tiene por función, por tanto, someter a la propia Constitución a un cuestionamiento, en términos de validez, de parte de sus propios postulados respecto de otros que solo pudieran estar situados, como máximo, en su mismo nivel jerárquico porque así ella lo pueda disponer.

Como recuerda el presidente de la Corte en su voto disidente (párrs. 20 y 21), el único mecanismo de examen de compatibilidad de las normas constitucionales en el ordenamiento ecuatoriano es el control de procedimiento de reformas o enmiendas a la Constitución recogido en el art. 106 de la LOGJCC, «en cuyo caso podrá cuestionarse solamente vicios de procedimiento ocurridos

⁵ 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.

⁶ Art. 108. Competencia. El control constitucional de los tratados internacionales comprende la verificación de la conformidad de su contenido con las normas constitucionales, el examen del cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación, suscripción y aprobación, y el cumplimiento del trámite legislativo respectivo.

en la tramitación de dichas modificaciones». Se trata —añade— de un control abstracto y eminentemente formal, que nada tiene que ver con el procedimiento de la consulta de norma, pues no cabría que «dentro del control de constitucionalidad el objeto de análisis sea un precepto contenido en la propia Norma Fundamental desde su promulgación, pues entre normas que ostentan el mismo rango [...] no se podría solventar una diferencia bajo el criterio de la supremacía jerárquica de un precepto sobre otro, aspecto que constituye un fundamento esencial del control de constitucionalidad» (párr. 22).

Aun después de asumir la CC esta posibilidad de cuestionamiento de la validez de los preceptos de la Constitución con respecto a los contenidos en la Convención Americana —interpretada según la OC 24/2017 de la CoIDH—, y de constatar, efectivamente, la incompatibilidad del texto constitucional con el matrimonio entre parejas del mismo sexo, en un intento por evitar un pronunciamiento que difiriera su actualización a los órganos encargados de la reforma, y ante la ausencia de poderes para realizarlo por ella misma, decide utilizar un argumento retórico verdaderamente incomprensible: ignora la evidente contradicción entre ambos preceptos (el constitucional y el convencional) —que fue motivo de la consulta y a la que tantas páginas dedica— y la tacha de «falso dilema» (párr. 149) porque entiende que, si bien la Constitución reconoce el derecho al matrimonio a las parejas heterosexuales, «por el bloque de constitucionalidad también reconoce el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo por la interpretación autorizada de la Corte IDH [...], en consecuencia, el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo se incorpora al texto constitucional» (párrs. 149-150).

La Corte insiste (párrs. 215 *in fine*, 216, 232 y 239) en su capacidad de intervención para adecuar el ordenamiento jurídico constitucional ecuatoriano a los derechos convencionales por vía de la interpretación, además del resto de las vías de modificación (legislativa o constituyente). Sin embargo, no realiza ningún análisis teórico destinado a establecer —aún de modo aproximado— los límites entre la interpretación y la exigencia de reforma, dónde terminaría la primera y comenzaría la segunda; análisis que habría de pasar, necesariamente (entre otros aspectos) por la mayor o menor determinación de los preceptos en cuestión.

La Corte, por el contrario, se limitó únicamente a poner de manifiesto las dificultades e inconveniencias que suponen la modificación ordinaria del sistema normativo para garantizar los derechos a las parejas homoafectivas —no era conveniente ni por vía parlamentaria y menos por los mecanismos de democracia directa (párr. 247)— y el deber (moral) que tenía de no ser «indiferente y perpetuar esta exclusión» (párr. 216), para así sustraer de sus competencias conformadoras del ordenamiento al resto de las instituciones y determinar la

derogación por vía de la interpretación de una norma unívoca, clara, que no admite de ninguna forma interpretaciones diversas.

V. LA METODOLOGÍA INTERPRETATIVA: LA CUESTIÓN DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL «INTEGRAL»

Para poder generar el resultado antes descrito, la argumentación de la CC se construye, como no puede ser de otra forma, sobre una premisa falsa: la existencia de una supuesta duda interpretativa sobre el texto del art. 67 constitucional en su definición de matrimonio como «la unión entre *un hombre y una mujer*». Sobre esa falsa duda se construiría el eje argumental en torno a la vigencia del principio *pro homine* o *de favorabilidad* en la interpretación de los derechos fundamentales.

No obstante, la CC, sorprendentemente, parte de constatar precisamente la claridad meridiana de la norma objeto de interpretación: «Desde una interpretación literal —dice—, tanto del texto constitucional como del texto legal, el constituyente y el legislador han reconocido expresamente el matrimonio heterosexual» (párr. 59). «La expresión constitucional “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer” reconoce un derecho humano fundamental y expresamente enuncia que es un derecho de las parejas heterosexuales. Hacer una interpretación de una norma clara y expresa requiere mucho cuidado y atención para no vulnerar la voluntad del constituyente y preservar la integridad del texto constitucional» (párr. 60).

Sin embargo, a párrafo seguido, se contradice e introduce la falsa premisa sobre la cual habrá de desarrollar el discurso argumentativo posterior: que no se trata de una norma clara, sino que la expresión «*el matrimonio es la unión entre hombre y mujer* es una proposición normativa que puede ser interpretada de muchas maneras» (párr. 61).

Lo llamativo es que no aclara cuáles serían esas distintas formas en las que puede interpretarse la norma citada: cuántos sentidos diferentes, a su juicio, pueden atribuirse a la expresión «unión entre hombre y mujer». El argumento se limita a deslizar la presencia de una duda interpretativa sin ofrecer ningún razonamiento que la sustente para, a partir de ahí, poder construir el argumento encaminado a derrotar la regla constitucional mediante la aplicación indiscriminada de distintos métodos de la hermenéutica jurídica y el establecimiento de jerarquías axiológicas que terminan no ya por interpretar, sino por corregir al propio constituyente.

Fue precisamente este el primer reproche a la sentencia en el voto disidente:

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 [...] puede ser cambiada bajo la argumentación que existe una duda, sin importar la claridad del texto, entraríamos en ese proceso de mutación arbitraria (párr. 3). En síntesis, se interpretó un texto constitucional ignorando su claro e inequívoco tenor literal, lo cual provocó un menoscabo sistemático de otras normas constitucionales, concretamente, aquellas que establecen las formas en que un artículo de la Constitución puede ser modificado.

La insólita y temeraria operación argumental por la que se trasmuta la hipótesis de una norma expresa en una de tipo indeterminado la justifica la Corte con nuevos aportes a la teoría de la interpretación, acudiendo al método que denomina *interpretación literal integral proderechos* —en contraposición a la *interpretación literal restrictiva*— (párr. 61). Según este método, el intérprete de la norma constitucional puede «no sujetarse a la interpretación literal aun cuando su sentido es claro [...] si considera que el resultado [...] podría vulnerar derechos y arribar a un resultado injusto» (párrs. 69 y 70).

En otras palabras, según esta tesis, la interpretación *literal* (integral) de una norma permite abandonar esa propia literalidad para introducir un resultado favorable a los derechos aunque puedan ser incluso incompatibles con dicha literalidad.

Sería una modalidad de lo que Prieto Sanchís denomina «interpretación creativa», o sea, aquella que está poco condicionada por los elementos normativos (1991: 178). Se trata de una interpretación que —como señala Guastini (2015: 18)—, a diferencia de la interpretación cognitiva con la que se intenta identificar los posibles significados teniendo en cuenta las reglas del lenguaje u otras técnicas interpretativas, consiste en atribuir a un texto un significado «nuevo», no comprendido entre aquellos identificables mediante interpretación cognitiva (es decir, en este caso, el significado «nuevo» de matrimonio como unión entre personas, con independencia del sexo). La interpretación creativa no es, como dice el propio autor, un acto de interpretación, sino un verdadero acto de creación normativa, esto es, la obtención a partir del texto de normas no expresadas con medios pseudológicos, o sea, mediante razonamientos no deductivos.

Algunas técnicas recurrentes para realizar la interpretación constitucional consisten en ajustarla a la integralidad del sistema constitucional, a los fines de salvaguardar la armonía axiológica del sistema jurídico. De lo que se trata —dice el propio Guastini (2015: 28-29)— es de escoger la interpretación que pueda no crear antinomias, es decir, contradicciones lógicas o desarmonías

axiológicas con otras normas: a) sea —y sobre todo— con normas superiores en la jerarquía de las fuentes (por ejemplo, entre una ley y la Constitución: interpretación «sistemática vertical» o interpretación «conforme») o b) sea con normas del mismo nivel jerárquico (por ejemplo, entre una regla y un principio general: interpretación «sistemática horizontal»).

Sin embargo, este tipo de técnicas, como señala, se emplean ante disposiciones que admiten dos o más interpretaciones alternativas, no ante normas «claras y precisas» que no dejan dudas sobre su significado.

VI. LOS ARGUMENTOS: PRINCIPIO DE «FAVORABILIDAD» Y CONTROL DE «CONVENCIONALIDAD»

La decisión de sobreponer a la prescripción constitucional la interpretación que de la Convención Americana realiza la CoIDH en la OC 24/17, cuyo resultado fue el reconocimiento de la existencia del derecho humano al matrimonio a las parejas del mismo sexo, la justifica la CC, tanto en la discutida doctrina del control de convencionalidad como en la interpretación que realiza del art. 426 de la propia Constitución, contentivo de lo que se ha dado en llamar «principio de favorabilidad».

La teoría del *control judicial interno de convencionalidad* (García Ramírez, 2015: 13) — desarrollada por la CoIDH a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*⁷ y que, en opinión del algún autor, ha supuesto «un revulsivo en la teoría de las fuentes del derecho» (Jinesta Lobo, 2015: 47)— preconiza una intervención activa de los órganos jurisdiccionales para juzgar la correspondencia de las normas nacionales con las disposiciones de la Convención

⁷ «La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar [sic] los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» (CoIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26-9-2006, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 124).

Americana de Derechos Humanos (CADH) y la interpretación que de ellas realiza la CoIDH, esto es, integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la Convención y los estándares desarrollados por la jurisprudencia (Nash, 2013: 494). Esta obligación de control no supone, sin embargo, una atribución absoluta a cualquier órgano jurisdiccional para hacer valer las disposiciones del derecho internacional por sobre cualquier regulación del derecho interno con independencia de la cualidad de esta, sino que, en todo caso, los jueces han ajustarse al «marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes», como aclara la propia Corte IDH⁸.

La Constitución ecuatoriana asume la entonces incipiente doctrina del control de convencionalidad a través de la consagración del principio de *favorabilidad* en la fórmula un tanto confusa recogida en el art. 426.

Art. 426. Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. [...].

Sin dejar de reconocer la complejidad interpretativa que supone la redacción de este precepto, en que al parecer se le otorga a los instrumentos internacionales de derechos humanos la capacidad de desplazar a la regulación constitucional en casos concretos de competencia de cualquier juez o funcionario, entiendo que esta lectura supone un riesgo enorme de socavamiento de los fundamentos estructurales del ordenamiento jurídico, en tanto que cualquier juez —de cualquier jurisdicción—, o aun cualquier funcionario público, podría desentenderse de su deber de sumisión a la legalidad constitucional cuando considere que la interpretación que realiza de algún instrumento internacional es más conveniente o favorable que lo prescrito por la Constitución.⁹

⁸ CoIDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, Sentencia de 24/11/2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 128). Este pronunciamiento lo reitera en otras sentencias como *Radilla Pacheco vs. México* (2009), *Atala Riffó vs. Chile* (2012) y *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (2014).

⁹ Esos riesgos no están únicamente latentes, sino que se han manifestado en la práctica. En el mes de febrero de 2019 la Corte Provincial del Guayas, con base en la

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 425¹⁰, 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 cuenta 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.

La interpretación en este último sentido supone no solo una derogación del ya aludido principio de supremacía constitucional, sino que, además, entraña una grave distorsión de la posición y del rol de la CC en la estructura del Estado. En efecto, como consecuencia del referido principio de supremacía, todas las disposiciones normativas, sin excepción, quedan sometidas al imperio de la Constitución y al eventual control de compatibilidad con su texto, incluidos todos los tratados internacionales que habrán de formar parte

interpretación de una opinión consultiva de la Corte interamericana de Derechos Humanos, aplica a un caso concreto (*Hermanos Isaiás*) la figura del *habeas corpus* preventivo, inexistente en el ordenamiento ecuatoriano, pues la propia Constitución (art. 89) dispone que dicha institución «tiene por objeto *recuperar* la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima». Esta decisión provocó la destitución de los jueces por «grave error inexcusable».

¹⁰ 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.

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.

del ordenamiento jurídico interno (y, dentro de ellos, también los relativos a los derechos humanos, naturalmente) mediante el procedimiento específico previsto en la LOGJCC¹¹.

Por lo tanto, si la Constitución es parámetro de control de la validez en el ámbito interno de los tratados sobre derechos humanos, sería un contrasentido asumir que estos, por virtud del principio de «favorabilidad» devienen, a su vez, parámetro de control de la misma Constitución de la cual han derivado su eficacia interna. Este tipo de razonamiento circular termina echando por tierra cualquier elemental comprensión de la seguridad jurídica y del principio de jerarquía de las fuentes.

Pero más grave aún es el hecho de que, al someter la validez de la Constitución misma a la particular interpretación que realizan los jueces del contenido de ciertos derechos humanos plasmados en convenciones internacionales, la CC, superando el papel asignado como «máximo órgano de control e interpretación constitucional» (art. 429 CRE), viene a erigirse en una especie de «suprapoder» situado por encima del propio constituyente, al que tiene la capacidad de corregir por vía de la interpretación. Es decir, que el poder de salvaguarda de la Constitución asignado a la Corte se trasmutaría en un poder correctivo de su contenido siempre que este resulte incompatible con el contenido asignado (ya por la propia Corte, ya por organismos supranacionales) a los derechos humanos recogidos en instrumentos internacionales.

VII. REFLEXIONES FINALES

La decisión de la CC en las sentencias comentadas constituye, quizá, el más grave de los riesgos que para el Estado de derecho suponen las nuevas tendencias en materia de interpretación constitucional surgidas con el desarrollo de las teorías neoconstitucionalistas: esto es, la *desestructuración* del ordenamiento y la aniquilación del principio de seguridad jurídica. Desde

¹¹ De conformidad con la CRE (art. 417), «los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución» y (art. 438.1) la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad sobre «los tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional». El capítulo V de la LOGJCC regula el procedimiento para el control de constitucionalidad de los tratados; esta comprende (art. 108) «la verificación de la conformidad de su contenido con las normas constitucionales, el examen del cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación, suscripción y aprobación, y el cumplimiento del trámite legislativo respectivo».

el momento en que el contenido de una norma «clara» puede ponerse en cuestionamiento por su oposición a otros valores o principios entendidos como superiores en la escala de jerarquía axiológica ideada para el caso por el intérprete, o sea, desde el momento en que se asume la idea de la indeterminación de todo el lenguaje jurídico, habrá desaparecido cualquier noción de seguridad jurídica.

La Corte comete un error muy grave al sobredimensionar su papel de intérprete de la Constitución y tramsutar su poder de interpretación en un poder de reforma, erosionando con ello las bases mismas del Estado constitucional. Por mucha fuerza y legitimidad que tengan los argumentos de fondo de la Corte, ello no la autoriza a sobreponerlos sobre la letra misma del texto constitucional. El razonamiento seguido para ello es, sencillamente, indefendible.

Intentar buscar una ambigüedad u oscuridad en una norma clara y expresa como la del art. 67 («el matrimonio es la unión entre hombre y mujer»), cuya literalidad no admite lugar a dudas sobre su sentido y su contenido, para afirmar que esa misma norma admite otra interpretación también «literal y sistemática» pero en sentido contrario (el matrimonio es la unión hombre-hombre o mujer-mujer), es una valoración temeraria desde el punto de vista de la argumentación jurídica.

Una norma no puede establecer al mismo tiempo dos hipótesis contrarias. Eso es irracional. ¿Cómo es posible que la CC intente buscar el fundamento del matrimonio entre personas del mismo sexo reinterpretando la misma disposición que establece exactamente lo contrario, aplicando criterios como la sistematicidad, que están previstos en casos de normas ambiguas, o de conflictos entre reglas que no existen en ningún caso? (Véanse párrafos 61 a 75). ¿Cómo puede una regla clara y expresa ser interpretada de forma «literal» y llegar a una solución contraria a su propia letra?

La solución adoptada por la mayoría de la CC es tributaria de la forma en que buena parte de la doctrina neoconstitucionalista contemporánea entiende el papel de la Constitución en la realización práctica de los postulados axiológicos que la sustentan, aunque llevada a otro nivel.

Para sus exponentes, como describe García Amado:

[...] el contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza última de las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica, [por tanto] para el neoconstitucionalismo la indeterminación semántica es un problema secundario, pues la Constitución no es un artefacto lingüístico y comunicativo, sino una entidad ideal, axiológica, cuya materialidad y concreción son independientes en gran

medida de las palabras y, por tanto, no sometidas a los límites denotadores y conformadores de éstas [...] (2007: 239 y 242).

Sin embargo, si bien hasta ahora la concreción material de lo constitucionalmente indeterminado ha supuesto la declaración de inconstitucionalidad de normas de rango legal que no contradicen explícitamente ningún enunciado constitucional, la Corte da un paso más al negar eficacia a los propios postulados constitucionales con un enunciado perfectamente determinado por colisionar con ese contenido axiológico que le precede y que ocuparía, dentro de la misma Constitución, una escala jerárquica superior, y, por extensión, declarar la nulidad de normas legales que reproducen literalmente el precepto constitucional.

Las sentencias resultantes de la aplicación de estas técnicas de interpretación constitucional la doctrina las ha calificado —muy gráficamente— como sentencias «manipulativas». Estas se producen —como refiere Gascón Abellán (2008: 699) en referencia al control de constitucionalidad de la ley, pero aplicable, *mutatis mutandi*, al proceder de la Corte en relación con el art. 67 de la CRE,— cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad, pero, no obstante, no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto. En estos casos, el Tribunal puede «salvar» la constitucionalidad de la ley de dos modos: bien modificando su texto para provocar una interpretación constitucional de este (algo que no es posible, en este caso, realizar sobre la propia Constitución), bien manipulando directamente su interpretación, más exactamente, forzando sus posibilidades interpretativas (o, si se quiere, haciendo una interpretación *contra legem*) a fin de que resulte compatible con la Constitución.

Pero, como afirma la profesora, estas formas de interpretación conllevan un riesgo claro de intromisión de los jueces (constitucionales) en el ámbito de la política, con el consiguiente riesgo de afectación del principio democrático y, de paso, de deslegitimación de la propia función judicial. Este tipo de modelo argumentativo propio de las tesis neoconstitucionalistas o «constitucionalismo de los derechos» conlleva, como señala el ya citado García Amado (2007: 253), a una casi absoluta inseguridad jurídica, en tanto que, con independencia de lo que digan la Constitución y la ley (no inconstitucional), estas pueden ceder ante la justicia del caso en favor de un derecho «más pesado», y supondría dejar sin ningún espacio autónomo a toda política que no sea la política judicial

Como conclusión es necesario recordar, con Jeremy Waldron (2018: 23), que supremacía constitucional no es igual a la supremacía de las cortes dentro

del esquema constitucional y, aunque estas tengan la última palabra en casos particulares, eso no les da derecho a simplemente dejar de lado los significados constitucionales que han surgido por la interpretación de las otras ramas del poder; menos, *a fortiori*, los que se encuentran en el origen mismo de la Constitución.

Bibliografía

- Avila, R. (2008). *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- (2012). En defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y argumentos. *Universidad Andina Simón Bolívar - Digital*. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10644/2922>.
- Carbonell, M. (2007). El neoconstitucionalismo en su laberinto. En M. Carbonell (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos* (pp. 9-12). México: Trotta.
- Celi, I. (2017). *Neoconstitucionalismo en Ecuador. ¿Judicialización de la política o politización de la justicia?* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ferrajoli, L. (2005). El papel de la función judicial en el Estado de derecho. En *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho* (pp. 87-108). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Amado, J. A. (2007). Derechos y pretextos. En *Teoría del neoconstitucionalismo* (pp. 237-264). México DF: Trotta.
- García Ramírez, S. (2015). Control judicial de convencionalidad. *Revista Peruana de Derecho Público*, 31, 13-46.
- Gargarella, R. (2014). ¿Sin lugar para la soberanía popular? Derechos y castigo en el caso Gelman. En *Derechos Humanos: Posibilidades Teóricas y desafíos Prácticos. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política* (pp. 125-147). Buenos Aires: Librería Ediciones.
- Gascón Abellán, M. (2008). Los límites de la justicia constitucional. La invasión del ámbito político. En *La Ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio* (pp. 687-711). México: Universidad Nacional Autónoma de México; Marcial Pons.
- Grijalva, A. (2007). ¿Constitución sin constitucionalismo? Urgencia de un Tribunal Constitucional independiente. *Foro. Revista de Derecho*, 7, 75-95.
- (2011). *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, 43, 11-48. Disponible en: <https://doi.org/10.5347/43.2015.71>.
- Jinesta Lobo, E. (2015). Control de constitucionalidad difuso ejercido por la jurisdicción constitucional. *Revista Peruana de Derecho Público*, 31, 47-68.
- Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Nash, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XXIX, 489-509.
- Pozzolo, S. (2017). El constitucionalismo de los derechos y la justicia. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 5 (9), 39-54.
- Prieto Sanchís, L. (1991). Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 175-198.
- (2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, 47-72.
- Waldron, J. (2018). Control de constitucionalidad y legitimidad democrática. *Dikaion*, 7 (1), 7-28. Disponible en: <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.1.1>.