



Facultad de Derecho

Maestría de Investigación en Derecho con mención en Derecho Constitucional,
Derechos Humanos y Ambientales.

Tema:

**El activismo judicial de la Corte Constitucional, ¿una transgresión a los límites
fijados por el Derecho o una facultad de los altos magistrados?**

**Tesis para la obtención del Título de Magíster en Derecho Constitucional,
Derechos Humanos y Ambientales.**

Presentada por:

Stephanie Guadalupe Aguirre Herrera

Tutor:

Diana Heredia

Quito, enero de 2022

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza cómo los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador a partir del año 2019, a través de sus sentencias; las cuales no son susceptibles de recurso alguno, han generado inseguridad jurídica en la administración de justicia constitucional a través de la aplicación de un activismo judicial injustificado e innecesario.

La marcada discrecionalidad de los actuales nueve jueces constitucionales, coloca a las decisiones constitucionales sobre derechos fundamentales al servicio de sus intereses ideológicos que tiene cada uno, lo cual genera polémica e incertidumbre en todos los juristas, profesionales del derecho y ciudadanos.

Considerando la innegable realidad actual del panorama jurídico constitucional, cabe analizar las consecuencias que las actuales decisiones de los jueces de la Corte Constitucional ecuatoriana pueden acarrear y el impacto que se generaría en el ámbito social.

Palabras claves: neoconstitucionalismo, activismo judicial, positivismo jurídico, autoritarismo, iusnaturalismo, democracia, discrecionalidad, fuentes del derecho, potestades de la Corte Constitucional, reglas de interpretación constitucional, sana crítica.

ABSTRACT

The present research work analyzes how the judges of the Constitutional Court of Ecuador as of 2019, through their resolutions; which are not subject to any appeal, have generated legal insecurity in the administration of constitutional justice through the application of unjustified and unnecessary judicial activism.

The marked discretionality of the current nine constitutional judges, places constitutional decisions on fundamental rights at the service of their ideological interests, which generates controversy and uncertainty in all jurists, legal professionals and citizens.

Considering the undeniable current reality of the constitutional legal panorama, it is worth analyzing the consequences that the current decisions of the judges of the Ecuadorian Constitutional Court may entail and the impact that would be generated in the social sphere.

Key words: neoconstitutionalism, judicial activism, legal positivism, authoritarianism, iusnaturalism, democracy, discretionality, sources of law, powers of the Constitutional Court, rules of constitutional interpretation, sound criticism.

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad de Los Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

Stephanie Aguirre Herrera

C.I. 1719811604

DEDICATORIA:

A Dios, por permitirme cumplir otro sueño, a mis abuelitos, por sus sabios consejos y amor, a mis padres y hermano por ser mi inspiración cada día.

ÍNDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	3
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: ACTIVISMO JUDICIAL.....	10
1. Historia	10
2. Etimología Relevante	11
3. El Activismo Judicial causa y efectos	14
4. Postulados a favor y en contra del Activismo Judicial.....	20
5. Diferencia entre el garantismo y activismo judicial	21
5.1 Garantismo Procesal	22
5.2. Diferencias entre Garantismo y Activismo Judicial.....	24
CAPÍTULO II: ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA ERA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO	25
6. Límites para la interpretación y control constitucional que deben realizar los altos magistrados de la Corte Constitucional.....	25
7. Colisión entre seguridad jurídica y neoconstitucionalismo.....	33
8. De un Estado de Derechos y Justicia a un activismo judicial injustificado	35
9. El rol del juez constitucional	37
CAPÍTULO III: TRANSGRESIÓN DE LOS LÍMITES DEL DERECHO POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA- ANÁLISIS DE CASOS EMBLEMÁTICOS RESUELTOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA ENTRE LOS AÑOS 2019 Y 2021.....	41
10. Sentencia no. 34-19-in/21 y acumulados -jueza ponente: Karla Andrade Quevedo	41
11.Sentencia No. 10-18-CN/19 (Matrimonio entre personas del mismo sexo)- Juez ponente: Alí Lozada Prado	51
12. Sentencia No. 11-18-CN/19 (Matrimonio entre personas del mismo sexo)- Juez ponente: Ramiro Ávila	56
CONCLUSIONES:.....	61
BIBLIOGRAFÍA.....	63

INTRODUCCIÓN

Es recurrente el hecho de adaptarse o ignorar un problema en el ámbito jurídico, antes que analizarlo, tratarlo y luego resolverlo, esto conlleva a que el latente problema se vaya agravando con el tiempo y que las consecuencias que de este deriven, no puedan ser controladas en relación al impacto irremediable que se produzca. Es preocupante el actual conflicto que proviene de la Corte Constitucional debido a un injustificado activismo judicial ejercido a discrecionalidad de sus miembros, lo que desemboca en transgresiones a los derechos de los ciudadanos.

Las marcadas ideologías o posturas que tienen los actuales jueces de la Corte Constitucional ecuatoriana; quienes se caracterizan por ocupar la más alta magistratura constitucional, presenta un problema jurídico digno de ser objeto de estudio, por lo que he decidido analizarlo en el presente trabajo de investigación. Cuando las decisiones constitucionales de los magistrados se basan en su ideología y no en los límites establecidos por el Derecho y a consecuencia de aquello, se vulneran derechos constitucionales y se genera incertidumbre en la aplicación de la misma Constitución que tutela los derechos establecidos por dicho cuerpo legal, esto conlleva a que los profesionales del derecho realicemos un profundo análisis sobre si la actual, incierta y ambigua situación en el ámbito constitucional en nuestro país, provoca que el principio de imparcialidad quede obsoleto.

Para entender este contexto, resulta importante realizar una retrospectiva histórica y referirnos a que la rivalidad entre los liberales frente a los conservadores, ha venido siendo un problema recurrente, sobre todo en el ámbito legal, más aún que esta rivalidad, es plasmada por los jueces en sus fallos, los cuales resuelven sobre derechos de los ciudadanos. Un claro ejemplo de esta histórica lucha de ideologías, es lo ocurrido con el Juez Robert Bork en Estados Unidos hace más de 30 años, Bork quien es un juez reconocido por su postura conservadora, fue públicamente atacado por un grupo de activistas y liberales del Senado de Estados Unidos de Norte América (Boston Globe , 2021) debido a su postura y creencia, aduciendo que el mismo iba a revocar fallos liberales como el realizado en Roe v. Wade en favor del aborto, esto ocurrió cuando el presidente Reagan lo postuló para ser parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos (Legal Information Institute [LII], 2021).

Otro claro ejemplo es la rivalidad y la eterna lucha de ideologías que los jueces de la Corte Constitucional de Colombia o Chile plasman en sus sentencias constitucionales, esto no es ajeno a la realidad que ahora vive el Ecuador, más aún hemos sido testigos todos los ecuatorianos, de la colisión entre lo establecido en la Ley y Constitución frente a las resoluciones de los actuales magistrados del máximo órgano de interpretación de la Constitución, por ejemplo la sentencia No. 11-18-CN/19, en la cual se resuelve que existe el derecho a las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, cuando toda la legislación infra constitucional y constitucional del Ecuador prescribe lo contrario. Esto ha provocado un peligroso empoderamiento de los jueces en el ámbito constitucional ecuatoriano generando inseguridad jurídica frente al ejercicio, tutela y reconocimiento de derechos constitucionales.

Como bien señaló en su epílogo el primer presidente del Tribunal de Casación de la Corte francesa, Bertrand Louvel, en un estado que tiene una Constitución, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley¹, por lo que, al tener fallos de Corte Constitucional contradictorios a la Constitución y a la Ley, no se sabe a ciencia cierta, si se está actuado en derecho o en contra de este.

El presente trabajo de investigación se divide en tres capítulos. El primer capítulo trata sobre la historia, causas, postulados a favor y en contra del activismo judicial, así como sobre principios, conceptos y nociones básicas del Derecho, lo cual permite al lector situarse en la actualidad del Derecho Constitucional y de la problemática presentada en este trabajo.

El segundo capítulo estudia y analiza las potestades y deberes que tienen los jueces de la Corte Constitucional ecuatoriana y la colisión entre el activismo judicial que ejerce dicho órgano, puntualizando en los deberes y facultades que tienen los altos magistrados.

En el tercer capítulo se expone y analiza a profundidad 3 casos emblemáticos ocurridos en el Ecuador en los últimos dos años, los cuales han generado un precedente constitucional que por la naturaleza del presente trabajo es menester analizar.

En conclusiones, establezco la necesidad de limitar el activismo judicial empleado por los jueces de la Corte Constitucional por y desde el derecho, en directa aplicación de

¹https://www.courdecassation.fr/publications_26/tude_annuelle_8869/r_normatif_9039/r_normatif_9040/premier_president_40797.html

la Constitución del Ecuador, que se enfoca en la protección de los derechos fundamentales de las personas, sin ignorar la realidad social, cultural y política del Ecuador.

TESIS

El activismo judicial de la Corte Constitucional, ¿una transgresión a los límites fijados por el Derecho o una facultad de los altos magistrados?

Autor: Stephanie Guadalupe Aguirre Herrera
Correo electrónico: stephanieaguirreh@gmail.com

CAPÍTULO I: ACTIVISMO JUDICIAL

1. Historia

En el pasado, los jueces debían limitar su actuación a lo establecido en las normas (corriente romana), o en su defecto desarrollar el derecho previamente existente (corriente anglosajona), pero en ninguna circunstancia se preveía la factibilidad de producir derecho como resultado de un acto jurisdiccional.

La historia ha evidenciado que en ciertos escenarios era fundamental empoderar a los parlamentos (Siglo XIX), luego se encontraba la función ejecutiva que llegó a cobrar mucha importancia en el siglo XX, para luego, conforme lo especifica Norberto Bobbio, concentrarnos en los jueces (función judicial).

Hoy en día, los jueces conocen hechos y conflictos que encierran algunos matices, lo que puede resultar en controversias simples o complejas. La solución satisfactoria de estas requiere de un papel activo y específico de los operadores de justicia. Actualmente, las soluciones exigen una actividad jurisdiccional dinámica, eficaz y que debe desarrollarse en el menor tiempo posible. Este no es un problema que apareció de repente, es un punto que venía desarrollándose en el pasado y que fue cobrando fuerza hasta que resultó en una nueva corriente conocida ahora como “activismo judicial”.

Autores como Ezequiel Malarino y otros atribuyen el origen del activismo judicial como un proceder específico del juez contemporáneo anglosajón que tuvo origen en Norte América (Malarino, 2010, pág. 25). Uno de los famosos casos es *Brown vs. Board of Education* (United States Courts, 2021), el mismo que se desarrolla en 1954-1955. El escenario histórico que antecede este precedente se marcó con la decisión de abolir la esclavitud en los Estados Unidos, y considerar a las personas afrodescendientes la igualdad ante la ley entre otros derechos.

En esta decisión se analiza el derecho de acceso a la educación en las escuelas de Norteamérica. El caso fue conocido por la Corte Suprema de los Estados Unidos siendo el juez Earl Warren quien presidía la misma al instante que se emitió la sentencia por la que se declaró la inconstitucionalidad de la segregación racial en todas las escuelas norteamericanas. Originalmente, la demanda fue propuesta únicamente por cinco habitantes afrodescendientes, sin embargo, la decisión tuvo efectos extensivos que superaron la materia controvertida para establecer una nueva política pública en el ámbito de la educación siendo la principal beneficiaria toda la población afrodescendiente que habitaba en Estados Unidos.

Este no es el único precedente que evidenció y originó lo que actualmente conocemos como activismo judicial, también está el caso *Murray vs. Maryland*, en el que un ciudadano afrodescendiente presentó su aplicación para estudiar en la escuela de derecho de la Universidad de Maryland, sin embargo, esta no fue analizada con los mismos lineamientos que se consideraban para las aplicaciones de personas con tez blancas. Además, Murray también explicó que las escuelas de derecho para personas de color no cubrían los mismos estándares que las escuelas de derecho universitarias para personas blancas, lo que evidenció la desigualdad y discriminación existente en ese entonces. La Corte de Baltimore aceptó lo demandado por Murray, luego esta decisión fue apelada por la Universidad. La Corte Superior también resolvió el recurso de apelación en beneficio de Murray, generando no solo jurisprudencia sino los cimientos del activismo judicial.

De igual forma, los jueces norteamericanos tuvieron un papel protagónico cuando se desmantelaron algunas conductas discriminatorias implementadas por universidades de personas blancas al momento de analizar aplicaciones presentadas por afrodescendientes americanos. Entre los casos más famosos figuran: *Missouri ex rel Gaines vs. Canada*, *McLaurin vs. Oklahoma Board of Regents of Higher Education*.

2. Etimología Relevante

Es necesario indicar la etimología relevante utilizada para comprender de una mejor manera los términos y conceptos empleados en el presente trabajo de investigación. Resulta indispensable definir principalmente el término “activismo judicial” que es empleado indiscriminadamente tanto para criticar como aplaudir a las sentencias emitidas

por los altos magistrados que no observan el ordenamiento jurídico y parecen no someterse a la Constitución ni a las normas que previamente nuestro ordenamiento jurídico regula

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas define al activismo como: “Denominación neológica de manifestaciones “activas de la actividad”, en despliegue de alguna potencia o finalidad, en distintas esferas del pensamiento y de la vida.” Agrega que el activismo negativamente, es la recusación de la creencia intelectualista de que puede encontrarse una solución adecuada al problema de la verdad mediante una investigación intelectual abstracta. Positivamente se concreta en la opinión de que la clave de lo verdadero se encuentra en la acción.” (Cabanellas, 2003, pág. 129)

Cabanellas, define al término activista como: “Agitador social que los partidos comunistas destacan en medios laborales, políticos o estudiantiles para mantener en tensión determinadas pretensiones, servir las consignas de moda y captar adeptos, por lo general ocultando su auténtica filiación y propósitos”

Cabanellas se refiere al término judicial como “lo atinente a la administración de la autoridad, lo concerniente a la judicatura, relativo al juez hecho en justicia o por su autoridad” (Cabanellas, 2003, pág. 130) .

Los juristas José García y Sergio Verdugo señalan que, sobre las decisiones judiciales tachadas de activistas las mismas se identifican cuando los jueces dejan de utilizar reglas jurídicas específicas, para aplicar algún principio moral extrajurídico, lo cual para criterio de los juristas está “asociado a la adjudicación de derechos para grupos de interés particular, y otras veces en la declaración de ilegitimidad de las mismas”. Recalcan que se configura el activismo judicial cuando “...existiendo una respuesta jurídica clara, el juez se aparta de ella para seguir lo que cree personalmente correcto” (García & Verdugo , 2013, pág. 24).

Gustavo D. Caramelo Díaz en su artículo “Activismo Judicial y Derechos sociales”, en la definición de Activismo Judicial se refiere a lo que menciona el reconocido jurista Gustavo Arballo, quien sostiene como posibles respuestas de qué se entiende como activismo judicial a que un juez activista es aquel que: 1) “cambia la jurisprudencia”; 2) genera interpretaciones “vanguardistas”; 3) “crea” derecho; 4)

resuelve con decisorios abarcativos; 5) en versión procesal, expresa desinterés por los “ápices procesales frustratorios”; 6) en versión política, interpela al poder con sus fallos y 7) en versión Serpigo, se compromete con el esclarecimiento de delitos o hechos complejos; y también se preguntaba si la Constitución quiere jueces activistas, a lo que respondía que no quiere jueces acomodaticios o con apego patológico al rito procesal, pero tampoco jueces que manipulen el derecho *ad libitum* (Caramelo, 2015).

A modo de definición, Caramelo sostiene que la Función Judicial es la función propia de un poder de Estado y tiene a su cargo la realización de los principios fundamentales sobre los que se asienta la organización del sistema republicano y democrático adoptado por la Constitución Nacional. Esta decisión resulta importante para el presente trabajo, ya que justamente el problema de investigación se centra en la actuación que tienen o deben observar los jueces constitucionales, respecto de las decisiones jurisdiccionales que adoptan. en este caso deberían tener y mantener los altos magistrados de la Corte Constitucional del Ecuador.

En referencia al Estado de Derecho, Ferrajoli señala que en estricto sentido formal a cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos y en el sentido sustancial a aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no solo en lo relativo a las formas, sino también a los contenidos, por lo tanto, señala que son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales (Carbonell, 2009: 13-14).

Partiendo del origen mismo del positivismo, este término o teoría jurídica es entendida desde hace más de 300 años como el estudio científico del derecho y la legitimidad en la cual se separa a la moralidad, Hobbes establece el principio *auctoritas non veritas facit legem*; instancia axiológica sobre el principio de legalidad que permitía la configuración de la certeza ante la inexistencia de arbitrariedad al momento de ejercer justicia por medio del órgano competente, ya que gracias a esta fórmula hobbesiana se estableció que una norma jurídica es válida, legítima y justa por el simple hecho de haber sido creada por una autoridad dotada de competencia (Hobbes, 2000, pág. 55), esta

afirmación de igual manera es sostenida por el maestro Norberto Bobbio quien sostuvo que una ley por ser ley, debe ser conforme a justicia (Ferraloji, 2009, págs. 15-17)

Puede expresarse el fundamento iusnaturalista, según sostiene Ferrajoli mediante la fórmula opuesta a la de Hobbes señalada con anterioridad, siendo esta: *Veritas, non actoritas facit legem*, partiendo de que, en ausencia de un sistema exclusivo y exhaustivo de fuentes positivas, es precisamente el Derecho Natural o el iusnaturalismo el que vale como sistema de normas a las que se supone intrínsecamente verdaderas al ser parte del Derecho Común. (Ferraloji, 2009, pág. 17)

Ahora bien en la actualidad, con el nuevo paradigma constitucional se llega a la estructura del neoconstitucionalismo como la teoría constitucional caracterizada fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando atrás a la organización de poderes o establecimiento de competencias netamente, con el fin de direccionarse a concretar fines sustantivos, mediante la impregnación de la Constitución la cual condiciona la legislación, jurisprudencia, doctrina y actores políticos (Neira, 2012, pág 48).

Comanducci por su parte define al neoconstitucionalismo como:

“...el modelo que está caracterizado, además de por una Constitución “invasora”, por la positivación de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas particularidades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley.”

3. El Activismo Judicial causa y efectos

El activismo judicial se centra en aplicar la Constitución, sus principios o valores para crear derecho, cambiar jurisprudencia, normas o políticas públicas dentro de un Estado por lo tanto, se encuentran debidamente reguladas en un cuerpo legal. Por lo expuesto, es pertinente mencionar en el presente trabajo de investigación las causas y los efectos tanto positivos como negativos que acarrea esta actividad discrecional de los jueces.

Es inevitable relacionar la definición sostenida anteriormente con la existente obscuridad en la aplicación del derecho en el Ecuador, ya que estamos ante una ambigua aplicación de las fuentes del derecho y su jerarquía es abstracta.

En el sistema positivista, el juez era conocido como la boca de la ley, en la que las normas eran claras y previamente establecidas. En resumidas palabras, los jueces debían aplicar la ley en sus fallos puesto que se encontraban limitados por las propias normas que regulaban el sistema jurídico, actualmente en el Ecuador estamos atravesando un sistema mixto, entre el positivismo jurídico y un neoconstitucionalismo que no terminamos de comprender, ya que para ciertos temas la aplicación de la Constitución ecuatoriana es de directa aplicación siguiendo a la escuela positivista y para otros es sujeta a la más amplia interpretación siguiendo la *nueva* escuela neoconstitucionalista.

Los jueces de la Corte Constitucional sin duda conocen y resuelven conflictos de una alta complejidad que no solo requiere de los más altos conocimientos y preparación por su parte, sino que resuelven casos en los que se encuentran comprometidos y en colisión varios derechos fundamentales que demandan precisión, imparcialidad y ponderación de los jueces constitucionales. La solución satisfactoria de estos casos de igual manera requerirá de un papel activo y específico de los operadores de justicia, así como una correcta aplicación de la Constitución y la ley que se centre en el principio de imparcialidad para que solamente así exista una adecuada administración de justicia constitucional.

Las causas que originaron la nueva propuesta de activismo judicial se recogen primordialmente en la obra de Dworkin quien parte del supuesto de que los jueces no solucionan o aplican las normas a un caso concreto en forma mecánica. La actividad jurisdiccional, a criterio de este autor, es una actividad interpretativa. De esta manera, la propuesta del autor radica en que la actividad jurisdiccional es consecuencia de la consideración de elementos como principios morales, políticos y de efectos colectivos que hace un juez al momento de aplicar normas o derecho para resolver un conflicto de orden individual o subjetivo, más aún en los llamados casos difíciles, que enfrentan ausencia de derecho previamente establecido para ser solucionado.

Este catedrático ha sido analizado por varios autores entre los que se encuentra Luis Prieto Sanchis a quien consideraré para sintetizar las causas del activismo judicial que se exponen a continuación:

El Derecho no solo se integra por normas también se deben considerar los principios generales. Aspecto que no se considera al momento de ejercer una aplicación del derecho en forma mecánica: "...los principios pueden ser razones necesarias y a la vez suficientes, no solo ofrecen argumentos en favor de una determinada decisión, sino que en ciertas circunstancias representan el único argumento." (Sanchis, 1984, pág. 353)

Estos son el eje de cualquier sistema jurídico por ende se los encuentra usualmente en la Constitución, o en el desarrollo normativo procesal como el Código Civil, Penal entre otros. Siempre deberán ser observados al momento de justificar cualquier solución judicial.

El desentendimiento del juez para con las partes y la causa. Este supuesto, que debe ser común en la práctica jurisdiccional; en la vida real, acorde a Sanchis, es inviable puesto que siempre estará presente un principio moral del juez que se evidencie en la forma que aplica la norma al solucionar el caso concreto. Es decir, la separación del derecho y la moral no se puede evitar, por tanto, es importante recalcar que el activismo judicial acepta esta realidad en forma natural.

La discrecionalidad judicial. De conformidad con lo explicado por Sanchis, ninguna norma o regla jurídica soluciona totalmente o en forma satisfactoria cualquier controversia. Por tanto, toda norma jurídica requiere de un trabajo interpretativo realizado por un juez que bajo ningún concepto puede incurrir en una discrecionalidad arbitraria. Esta actividad interpretativa se ajusta a otros aspectos como principios, directrices muchas veces mencionados en una Constitución, que son el soporte para evitar la discrecionalidad judicial.

Los principios o normas constitucional son de carácter abierto y general. Por este motivo, el activismo judicial recobra importancia, ya que demandan la interpretación por parte de un juez para ser utilizados.

Estas cuatro causas detalladas anteriormente justifican principalmente la corriente del activismo judicial. Ahora bien, esta corriente es el producto de una actividad

interpretativa del derecho que devenga en la interferencia del ejercicio de otros poderes o funciones del Estado, por lo tanto, es abierta, discrecional y muchas veces es tachada de no reconocer o alinearse a los límites propios del derecho.

Analizando nuestra normativa interna de índole constitucional, es preciso advertir que existen aspectos normativos que traen implícita una prohibición de interferencia jurisdiccional. Un ejemplo claro de esto se encuentra en la Constitución ecuatoriana cuando especifica en el artículo 11, numeral 3 lo siguiente:

“Los derechos y garantías determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la Ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de normativa jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

Este principio se desarrolla e interpreta en la sentencia constitucional No. 001-10-SIN-CC en la cual se especificó lo siguiente:

“La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que todas las normas y actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; por lo tanto, legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una norma de decisión con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar de forma legítima, si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos provocados por la ausencia de ley (...) habrá de aplicarse directamente la Carta Fundamental; y c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución”.

Como se puede apreciar, en este punto por una parte la Constitución especifica el principio de su aplicación directa, así como de instrumentos internacionales de derechos humanos, más cuando la Corte Constitucional interpreta que esta aplicación se realiza

únicamente en la solución concreta de conflictos provocados por la ausencia de ley, y en el caso concreto se remite a la propia competencia de este ente jurisdiccional para *crear* derecho en el ámbito normativo constitucional.

Varios catedráticos como Lozada, Peyrano y Morelo coinciden en que el activismo judicial es útil en la medida de lo justo y razonable que pueda ser el actuar jurisdiccional.

En ese sentido han definido como activismo injusto lo siguiente:

“Una decisión judicial incurre en tal interferencia injustificada cuando viola una cierta obligación de deferencia definitiva hacia las respectivas autoridades legislativas o administrativas. La existencia o no de una obligación de deferencia resulta mediata o inmediatamente – según se trate respectivamente, de un caso fácil o difícil (...) -, de una operación de balanceo, entre por un lado los valores sustantivos, que son razones para la interferencia, y por otro lado los valores formales que son, por el contrario, razones para la deferencia...” (Lozada, 2018: 43).

De igual forma han clasificado el activismo judicial de varias maneras, pero las más conocidas responden a: Activismo Razonable o justo; Activismo irrazonable o injusto y Activismo social.²

De esta manera el Activismo razonable o justo deviene en la creación de derecho mediante la ampliación de garantías procesales. Por otra parte, el Activismo irrazonable o injusto acarrea un salto de instancias injustificado para homogenizar los actos del Gobierno, “convalidar normas de emergencia restrictiva de los derechos fundamentales. Convalidar excesos de poder en general. Este punto tendría una función residual, por la cual toda conducta que no tenga una regulación específica en lo atinente a los excesos de poder entraría dentro de los actos de exceso de poder en general”³. Finalmente se encuentra el Activismo Social que se vincula directamente con los derechos sociales, es decir con bienestar social de la comunidad.

Como se puede observar los beneficios del activismo judicial se pueden concentrar en:

² <https://es.scribd.com/document/386406750/ACTIVISMO-JUDICIAL>

³ Ibidem.

A. Creación de derecho a partir de la actividad jurisdiccional

B. Desarrollo de bienestar social

C. Ampliación de protección de derechos

Sin embargo, de lo expuesto también existen desventajas dentro de esta corriente y se resumen a convalidar el exceso de poder.

En lo que se refiere a órganos de justicia internacional, mediante resoluciones pueden incurrir en la modificación o creación de normas internacionales no pactadas originalmente por los estados que se sometieron a la competencia internacional de estas instituciones.

El actuar jurisdiccional, puede vulnerar derechos si el juez en su rol activista decide fuera del ámbito y materia que las partes han puesto en su conocimiento, lo que significa que actúa fuera del ámbito de su competencia jurisdiccional.

Caramelo mencionando que, "...como ocurre con tantas otras actividades o conductas, el denominado "activismo judicial" no es bueno ni malo en sí, sino que sus defectos o virtudes se determinan por la forma en la que es ejercida la función judicial." Afirmación que a título personal me parece apropiada ya que es un sentir común de la sociedad y sobretodo de los profesionales del derecho que el rol de un juez meramente formalista no es el deseado en la resolución de algún conflicto de índole constitucional, en la que está en disputa la vulneración o protección de un derecho, es por esta razón que las garantías jurisdiccionales permiten al juez subsanar algunos errores de forma en la manera de presentar una acción de protección por ejemplo siempre y cuando se trata de la protección efectiva de derechos constitucionales que se presumen vulnerados.

La figura de un juez que se proyecta con un rol activo en lo referente a la protección de derechos constitucionales si bien es un panorama más atractivo, esto no debe caer en la resolución de casos a total arbitrio del juez ya que se estaría aproximando a una evidente vulneración a los principios constitucionales que pierde de vista la existente división de poderes, toda vez que un juez que no aplica normas y crea derecho se puede confundir fácilmente con un legislador y por ende se estaría irrespetando la voluntad soberana y anulando la institucionalidad de la Asamblea Constituyente de nuestro país en el caso que nos ocupa.

Recalco que si se utiliza esta poderosa herramienta llamada Activismo Judicial de una manera arbitraria o para perseguir fines políticos o personales de los altos magistrados, la normativa interna cumple una mera función decorativa dentro de nuestro sistema legislativo, lo que se analizará más adelante es si este actuar repercute en la tutela judicial efectiva de los mismos derechos constitucionales o si al contrario, genera un impacto positivo y se crea jurisprudencia vanguardista garantista de derechos.

4. Postulados a favor y en contra del Activismo Judicial

El actual Juez Constitucional Alí Lozada coincide en que el Activismo judicial es útil en la medida de lo justo y razonable que pueda ser el actuar jurisdiccional.

En ese sentido define como activismo injusto lo siguiente:

“Una decisión judicial incurre en tal interferencia injustificada cuando viola una cierta obligación de deferencia definitiva hacia las respectivas autoridades legislativas o administrativas. La existencia o no de una obligación de deferencia resulta mediata o inmediatamente – según se trate respectivamente, de un caso fácil o difícil (...) -, de una operación de balanceo, entre por un lado los valores sustantivos, que son razones para la interferencia, y por otro lado los valores formales que son, por el contrario, razones para la deferencia...” (Lozada, 2018: 38).

Por lo expuesto, y siguiendo el razonamiento antes citado acerca del activismo judicial, se afirma que esta práctica para ser considerada justa o no, debe ser razonable, es decir, encontrarse plenamente justificada. Adicionalmente, como bien antes se expuso, el activismo judicial se propone como un mecanismo frente a casos difíciles donde entra el supuesto de insuficiencia de derecho. Dentro de los escenarios difíciles se encuentran los derechos sociales y económicos que han viabilizado la práctica del “Activismo Social” que se vincula con bienestar social de la comunidad.

Ahora bien, conforme lo especifica el autor Ezequiel Malarino el activismo judicial puede ser contraproducente, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que mediante sus resoluciones “introduce en el Sistema interamericano una nueva norma no pactada por los Estados o altera o suprime una norma pactada.” (Malarino, 2010, pág. 65)

De esta forma Malarino especifica que en el caso Barrios Altos contra Perú se desarrolló lo siguiente:

“En el caso (...) en verdad, la solución de anular las leyes de amnistía había sido propuesta por el Estado peruano y aceptada por la Comisión Interamericana en la audiencia de solución amistosa, y la Corte Interamericana se había limitado a homologar la solución consentida por las partes y encontrarle una base normativa en la Convención. Posteriormente la Corte Interamericana reiteró la regla Barrios Altos (“está prohibido amnistiar graves violaciones de los derechos humanos”) en numerosas oportunidades y la aplicó en casos en que el Estado no había reconocido su responsabilidad.”

Por otra parte, en esta oportunidad también haré referencia al cambio del rol de un juez en la corriente del activismo judicial y que algunas fuentes lo resumen a lo siguiente:

“Aquellos que siguen esta doctrina ponderan la función jurisdiccional a los intereses individuales ya que persiguen un fin último y ejemplificatorio que consiste en definir para la sociedad aquello que es justo y verdadero muy a pesar de lo que solicitan las partes.” (García, 2006, pág. 21).

En ese sentido, la principal observación de esta tendencia es que el juez debe concentrar su ámbito de acción jurisdiccional única y exclusivamente a lo propuesto por las partes. Por lo que infiere lo que a continuación se expone:

“Las pretensiones indagatorias del juez jamás deben ubicarse sobre los derechos de las partes, no podemos perder de vista que lo que pone en movimiento la función jurisdiccional es la instancia y que todo lo actuado fuera de lo rogado por las partes, compromete inevitablemente su imparcialidad, cuando no deviene además en arbitrario y autoritario. Bajo esta óptica el juez activista no estaría interesado en el desarrollo del proceso sino en el resultado del mismo, ya que busca formar su convicción con todos los medios que tiene a su alcance, paradójicamente tal como lo haría la parte interviniente en el litigio” (García, 2006, pág. 35) .

5. Diferencia entre el garantismo y activismo judicial

Una vez identificado el ámbito del activismo judicial es importante entender la definición y el ámbito del garantismo judicial.

5.1 Garantismo Procesal

En lo que se refiere al concepto del Garantismo Procesal, para efectos de este análisis citamos el siguiente:

“Se puede colegir el *Garantismo Procesal* es leal al pensamiento de la modernidad, donde la razón (aquí entendida como forma de pensamiento lógico aristotélico) y el principio de legalidad, son los valores inmutables e infranqueables para comprender sistemáticamente tal postura. La seguridad jurídica y la igualdad formal de los litigantes, en suma, la realización de los principios del debido proceso son premisas fundamentales y esenciales del garantismo” (Godoy, 2007, pág. 15) .

De igual forma, algunos catedráticos han resuelto otorgar ciertos matices a esta corriente:

“...tres acepciones de garantismo: como modelo normativo de derecho, como teoría del derecho y crítica del derecho y como filosofía del derecho y crítica de la política. (...) La primera acepción formulada (...) concibe el garantismo como un modelo normativo de derecho o un esquema que asegura los derechos frente al poder y establecer límites a estos. (...) Una segunda acepción se refiere al garantismo como teoría de derecho y crítica al derecho, es decir, una teoría de la validez de la efectividad de las normas jurídicas que sirve de base para legitimar o deslegitimar las funciones que el derecho desempeña. Esta perspectiva es interna y estimula el espíritu crítico entre la validez de las normas y sus aplicaciones. (...) Una tercera acepción refiere a filosofía del derecho y crítica de la política; se trata del punto de vista externo al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes de y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”. (Torres Avila, 2017).

La Corte Interamericana ha especificado el deber de garantizar los derechos fundamentales de todas las personas por parte de los Estados, conforme a lo dispuesto en el caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 19 de julio de 1988, en la siguiente forma:

“Como consecuencia de esta obligación (...) los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos constitucionales reconocidos

por la Convención y procurar además, el restablecimiento si es posible del derecho conculcado, y en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos...” (Protección de Derechos ECOSOC, 2003:177)

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se refiere al derecho a la defensa en el debido proceso precisa:

“... en su Opinión Consultiva Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la Corte de San José menciona por primera vez el principio del contradictorio, citando la Corte Europea para la cual el derecho a contradecir en un proceso es la oportunidad para las partes de conocer y analizar la prueba aducida o las observaciones remitidas al expediente con el objetivo de influir sobre la decisión de la Corte. Asimismo, “en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rijan el principio de contradictorio”. El principio del contradictorio “garantiza la intervención [del inculcado] en el análisis de la prueba”. (...) La Corte afirmó en el Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela que, si el Estado pretende limitar el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa, “debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021)

Con lo que antecede se infiere que existen varias acepciones frente a lo que se conoce como garantismo. Este responde a una función del Estado para proteger los derechos reconocidos a sus habitantes. Estos derechos también se corresponden con los derechos humanos que han sido desarrollados en una esfera supranacional.

La función de garantizar derechos de un Estado no solo se remite a reconocer derechos sino más bien a proveer toda una estructura legal que acompañe y brinde seguridad en el ejercicio libre de derechos.

Dentro de esta estructura se debe considerar el sistema normativo que deberá ser ejercido por la función judicial. Este es únicamente accionado cuando es requerido por los usuarios de la función judicial que son ciudadanos afectados en un interés individual.

Es en este momento que el garantismo desciende a la esfera del debido proceso que, si bien se relaciona con la eficacia de protección de derechos, es activado por las partes procesales que acuden al sistema judicial en virtud de una controversia materialmente delimitada.

5.2. Diferencias entre Garantismo y Activismo Judicial

De todo el análisis doctrinario y jurisprudencial se pueden identificar las siguientes diferencias entre las dos corrientes estudiadas:

El Activismo Judicial es una corriente dinámica que tiene por objeto lograr la eficacia en la protección del derecho. El Garantismo Procesal busca aplicar la norma para lograr una solución determinada específica y delimitada en beneficio de las partes procesales.

El Garantismo procesal se vincula directamente con la seguridad jurídica como bien se ha desarrollado este derecho en varias sentencias constitucional como la No. 0103-13-EP/20. Esta corriente se concentra en el principio de legalidad, igualdad ante la ley entre otros, que responden al ejercicio de un proceso. Mientras que el Activismo Judicial muchas veces sacrifica la legalidad por llegar a la protección de derechos en forma mediática.

El Activismo Judicial se relaciona directamente con la inferencia del ejercicio judicial en otros ámbitos del Estado. Esta inferencia muchas veces no es explícita y responde a coyunturas sociales. La inferencia puede ser en el rol del gobierno, creando políticas públicas; de la función legislativa, creando nuevas normas; o en su defecto creando política, todo esto a través de decisiones judiciales.

El Garantismo asegura la protección de un interés común sin dejar de observar y dar la correspondiente atención a los intereses de las personas, es decir al interés individual.

Una sentencia emitida dentro de la corriente garantista suele tener efectos para las partes que intervinieron en un proceso previo, y en el caso de tener efectos generales es debido a una disposición legal o un precepto explícito identificado en la sentencia.

Un acto jurisdiccional que se desarrolla en la corriente del Activismo Judicial puede tener origen en un conflicto individual con elementos de una materia controvertida originalmente delimitada, pero que en el camino puede variar gracias a la amplia competencia del operador de justicia. Es decir, una decisión judicial que sacrifica los límites de las normas sin razones o justificaciones puede terminar afectando derechos de la sociedad o en su defecto de las mismas partes procesales.

Por lo expuesto, se concluye que el Activismo Judicial puede afectar la estabilidad y seguridad jurídica en la administración de justicia constitucional basada en normas claras, previas y públicas e impactar en la estructura social. Mientras que el garantismo asegura la sostenibilidad jurídica en el tiempo de una estructura social. Hace del comportamiento jurídico previsible.

CAPÍTULO II: ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA ERA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

6. Límites para la interpretación y control constitucional que deben realizar los altos magistrados de la Corte Constitucional

Es notorio que, con la actual Constitución el cuestionamiento al positivismo jurídico aplicado en la vía jurisdiccional sobre todo en el ámbito constitucional adquirió mayor énfasis, a criterio de Luis Fernando Torres:

“...la Corte Constitucional, debidamente equipada con nuevas competencias, inició la cruzada contra el imperio de la Ley, bajo la bandera del neoconstitucionalismo más radical, esto es, el compromiso con la aplicación directa de aquellos principios constitucionales destinados a terminar con las desigualdades e injusticias del viejo derecho.” (Torres, 2012: 16)

Lo mencionado por el jurista, se resume en que la Corte Constitucional a partir del 2008 comenzó a promulgar un activismo judicial que, si bien en un inicio fue moderado, en la actualidad es evidente la ponderación realizada por los magistrados al priorizar principios y valores constitucionales que muchas veces se interpretan en razón de

Tratados Internacionales, sentencias y opiniones consultivas de la CIDH que no responden a la realidad social que vive el Ecuador.

Torres afirma que la constitucionalización y activismo judicial, es aplicado por la Corte Constitucional en razón de que su fin es pasar del viejo derecho por reglas al nuevo derecho por principios, sin embargo, recalca que la Corte olvida que la argumentación constitucional seria y objetiva, no se puede excluir a uno de otro modelo, dado que entre ellos existen conexiones y el juez en último término debe construir reglas jurisprudenciales, desde las reglas o, para mayor precisión desde el derecho legislado, con las que justifique y, sobre todo, fundamente su decisión de precautelar la eficacia de un principio” (Torres, 2012, pág. 16)

La Constitución tiene importancia trascendental en un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente y unitario que se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada, cuya soberanía radica en el pueblo, en razón de que voluntad de pueblo 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 norma suprema como el nuestro, por lo tanto, se podría afirmar que la Constitución de Montecristi se encuentra como lo estableció Hans Kelsen en la cúspide de la pirámide, debido a que en dicho cuerpo legal se consagran derechos fundamentales que tanto el poder judicial como político y judicial debe prever, precautelar, respetar y garantizar.

La Carta Magna establece en sus artículos 424 y 425 que esta es norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico y que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, puesto que en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. De igual forma, claramente señala que el orden jerárquico de aplicación de las normas es el siguiente:

- 1.- La Constitución
- 2.- Los tratados y convenios internacionales
- 3.- Las leyes orgánicas
- 4.- Las leyes ordinarias

- 5.- Las normas regionales y las ordenanzas distritales
- 6.- Los decretos y reglamentos
- 7.- Las ordenanzas
- 8.- Los acuerdos y las resoluciones
- 9.- Los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Se prevé que 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, es decir mediante la aplicación directa de la norma suprema con la cual el resto de normas, leyes, decretos y acuerdos guardan armonía, caso contrario estaríamos frente a una norma inconstitucional y para esto, no basta solo con decirlo sino que bajo la presunción de que una norma secundaria es inconstitucional se debe realizar un proceso de interpretación constitucional mediante una acción de inconstitucionalidad o una consulta realizada por los jueces que a petición de parte o de oficio eleven a la Corte Constitucional tal como lo establece el artículo 428 de la Constitución de Ejemplificatorio la República del Ecuador.

Hernán Pérez Loose señala que la acción de inconstitucionalidad puede presentarse en el evento de que una norma por la forma o fondo vaya en contra del bloque de constitucionalidad, por lo tanto, la referida acción constituye una garantía jurisdiccional que se presenta para remover del ordenamiento jurídico a dicha norma, explica el jurista que esta herramienta judicial puede ser ejercida por cualquier persona y su resolución es privativa de la Corte Constitucional. A través de esta acción y en respeto a la ya explicada supremacía de la Constitución, la cual es recalcada nuevamente en el artículo 427 de la Norma Suprema nuevamente⁴, los jueces constitucionales deben realizar un control concentrado de constitucionalidad de la norma impugnada y declarar si la misma es en parte o totalmente contraria a la Constitución, Pérez concluye afirmando que: “La declaración que una ley es inconstitucional es la conclusión de que su vigencia,

⁴ “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”

al final de un proceso interpretativo constitucional, debe suspenderse por encontrarse en oposición de la Norma Suprema” (Pérez, 2019).

Como resultado de que una norma secundaria haya sido expulsada del ordenamiento jurídico por inconstitucional, se puede solo entonces afirmar que esta no será aplicada, así lo confirma la sentencia No. 001-13-SCN-CC emitida dentro del Caso No.0535-12-CN, Gaceta Constitucional 001, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 890 de 13 de febrero:

“En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad. Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría inaplicar la directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte.”

Por lo expuesto, se concluye claramente que la Corte Constitucional será el órgano encargado de declarar si una norma es contraria a la Norma Suprema y por ende violatoria a derechos humanos y constitucionales⁵, más es importante recalcar que una vez realizada la declaratoria, el proceso es remitido al juez que haya realizado la consulta para la respectiva resolución toda vez que en dicha declaración los altos magistrados no pueden orientar las resoluciones judiciales y por lo tanto, se encuentran limitados a solventar la existencia de las lagunas jurídicas, en ejercicio de sus funciones.

En lo referente a la interpretación constitucional, es menester recalcar la importancia de entender la realidad social que se ampara bajo la Constitución de un país, José Antonio Rivera afirma que “la Constitución y el derecho constitucional son realidades históricas, que surgieron, se desarrollaron y llegaron a nuestro tiempo” por lo

⁵ Art. 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “Para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para: 1. Resolver acciones de inconstitucionalidad en contra de: a) enmiendas y reformas constitucionales; b) resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales; c) leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley; d) actos normativos y administrativos de carácter general...”.

que la interpretación y aplicación así como “...la reflexión sobre el sentido de una norma constitucional no puede ser atemporal, abstracta, sino que ha de encuadrarse en nuestras circunstancias de tiempo y lugar”⁶. Por lo que es lógico concluir que la interpretación de la Constitución no puede apartarse de la realidad histórico-social de un Estado.

Rivera explica que existen cuatro clases de interpretación de normas constitucionales que los altos magistrados realizan o deberían realizar al momento de resolver un caso de índole constitucional que sea de su conocimiento:

“La primera que es la interpretación práctica, es la que realiza el juez constitucional para aplicar una norma de la constitución a un determinado caso. Esta forma de interpretación es funcional y práctica, orientada hacia una adecuada aplicación de la norma constitucional a una situación determinada, a hacer de la norma constitucional cada vez más operativa. Esto obliga a los jueces constitucionales a que, al dictar sus resoluciones, no pierdan de vista que su objetivo primario es solucionar un caso o problema que llega su conocimiento, más que desarrollar monográficamente temas jurídicos o hacer gala de la erudición con que poseen la cultura jurídica. Se trata entonces de una labor hermenéutica en la que el juez constitucional establece el sentido de la norma de la Constitución para aplicarla y resolver un caso concreto puesto a su conocimiento.

La otra es la interpretación creativa, que es la que permite desarrollar y adaptar la Constitución para su aplicación a un caso concreto, a partir de un esclarecimiento, compatibilización e integración de sus normas. Esta forma de interpretación se aplicará especialmente en aquellos casos en los que se presente un aparente vacío normativo o una imprevisión en el texto constitucional o en la normativa legal que debe ser aplicada en la resolución de un caso concreto; pues el juez constitucional no puede excusarse de resolver un caso sometido a su conocimiento alegando insuficiencia, ausencia u oscuridad en la norma, pues su obligación es realizar una interpretación integradora no sólo de las disposiciones constitucionales sino de las leyes ordinarias a partir de la Constitución.

⁶ Revista jurídica Scielo *versión impresa* ISSN 2413-2810 Rev. Jur. Der. vol.7 no.9 La Paz jul. 2018. Link: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102018000200008

Por otro lado, está la interpretación previsor, que es la que al ser realizada requiere que el juez constitucional adopte previsiones sobre los efectos y consecuencias de las decisiones asumidas a partir de la interpretación. Implica que el intérprete, a tiempo de desarrollar su labor deberá prever las consecuencias emergentes de su interpretación en el orden político, económico y social.

Finalmente, la interpretación política, que implica una labor encaminada a definir la Constitución-instrumento de gobierno, al efectivizarla, al graduar y delimitar las competencias del Estado y armonizarlas con las de los particulares, al definir los conflictos entre los poderes del Estado. La interpretación política se opera en la medida en que la labor de hermenéutica tiene el encargo de proteger la supremacía de la Constitución, oficio que -a decir de Sagüés- encarna un doble cometido: por una parte tutelar la supremacía normativa y, por otra, la supremacía ideológica, ya que las sentencias del juez constitucional deben afirmar los principios, los valores y la doctrina política de aquélla, así como reprimir las evasiones y los contrabandos ideológicos que pueden perpetrar los poderes constituidos⁷.”

La constitución ecuatoriana establece en su artículo 417 que:

“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

Lo cual guarda concordancia con los artículos 424 último párrafo y 426 ibidem, mismos que prescriben lo siguiente:

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.

⁷ Ibidem.

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.

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.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Por lo expuesto, es claro que la jurisprudencia de los organismos monitores de tratados es una norma *soft law* y por lo tanto no es aplicable a nuestra legislación, ya que la referida jurisprudencia de estos órganos no constituyen tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano y por lo tanto, los jueces constitucionales se encuentran limitados a fundamentar sus fallos en opiniones consultivas y recomendaciones, ya que éstas carecen de obligatoriedad en lo referente a su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

Estos instrumentos carecen formalmente del revestimiento propio de los tratados como fuentes de obligaciones, y no son siempre indicativos de la existencia de una norma de derecho consuetudinario. Salvo contadas excepciones, el llamado *soft law* no es más que la expresión de entendimientos políticos, sin efectos obligatorios e incapaces de generar responsabilidad internacional. Menos aún en el caso que exista una norma constitucional contraria a lo dispuesto en dichos instrumentos.

El valor normativo de las recomendaciones u observaciones generales emitidas por los organismos monitores de tratados de derechos humanos, no permite identificar un consenso acerca de la determinación exacta de la fuerza normativa que tales instrumentos acarrearán. Las posiciones en esta materia son dispares al punto de que, en los extremos, hay comentaristas que los consideran interpretaciones de directa aplicación de los tratados mientras que otros los consideran declaraciones infundadas y asistemáticas que no merecen reconocimiento en el derecho.

Existe un consenso en la doctrina referente a que los comentarios o recomendaciones generales realizadas por organismos internacionales no son en sí vinculantes para los Estados partes, pues (i) ellas no se enmarcan dentro de las fuentes del derecho internacional público, y (ii) los respectivos tratados que crean a los organismos que las emiten no les han otorgado la competencia de zanjar en forma definitiva la interpretación que se le ha de dar a las disposiciones de los mismos. Los Comentarios Generales, recomendaciones y opiniones consultivas son auxiliares a las obligaciones del tratado, y no son en sí mismos vinculantes para las Partes. Estas características hacen que los comentarios generales sean ejemplos paradigmáticos del soft law en el campo de los derechos humanos (Oyarte, 2019, págs. 34-35).

Existen múltiples ejemplos que corroboran lo sostenido en el párrafo anterior, puesto que a nivel de la práctica de los organismos monitores, sus comisionados expertos han reconocido que las interpretaciones que realizan, aunque conllevan autoridad por tratarse de la opinión de un organismo al que los Estados han encomendado realizar una interpretación del tratado, no son jurídicamente vinculantes. En el contexto del análisis de las llamadas “observaciones finales” realizadas por los organismos monitores al alero de los Protocolos Opcionales como el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es generalmente aceptado que ellas carecen de fuerza vinculante, en atención a que el Comité no es un tribunal, y el Pacto y Protocolo no le otorgan competencias para hacer cumplir sus observaciones ni para disponer sanciones por su incumplimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado algo similar en relación a las recomendaciones de la Comisión. El mismo razonamiento se aplica por analogía a los comentarios o recomendaciones generales que, por lo demás, y como su nombre bien señala, son precisamente recomendaciones y no mandatos concretos de acción que vinculen a los Estados. En este sentido, la jurisprudencia acumulada del

trabajo de los organismos monitores de tratados y de los organismos intergubernamentales indudablemente tiene la capacidad de influenciar el comportamiento de los altos magistrados a la hora de realizar el trabajo de interpretar, determinar y especificar el contenido de sus obligaciones, junto con el consiguiente reconocimiento de los derechos humanos dentro de su jurisdicción doméstica. Pero esa capacidad de influir en el comportamiento estatal no es equivalente a que las reglas y estándares que se delinear y sugieren sean por ello reglas y estándares de carácter vinculante en virtud de su fuente de origen.

Finalmente, como tercer límite se debe recalcar que para interpretar una norma constitucional o infra-constitucional, que sea objeto de análisis o ponderación en una resolución de índole constitucional en la que se determine una vulneración de derechos, se deberá interpretarla por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad y en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, según se establece en el artículo 427 de la Constitución, así como si los altos magistrados resuelven que prevalezca los tratados internacionales sobre la norma suprema, se deberá motivar y justificar exhaustivamente que dichos instrumentos internacionales reconocen derechos humanos más favorables a los contenidos en la Constitución.

7. Colisión entre seguridad jurídica y neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo de finales del siglo XX, a criterio de Luis Fernando Torres ha sido la llave maestra de la discrecionalidad judicial, que armó con valores y principios a jueces liberadores de toda regla. El autor señala que el neoconstitucionalismo nace en respuesta a la decadencia de la ley como vertebradora de seguridad jurídica cuando la ley dejó de ser norma general y abstracta y en el Ecuador específicamente, abrió la puerta para que tanto los jueces de esa Corte como los demás jueces practiquen un activismo judicial orientado a destruir los cimientos legales de la sociedad levantada, en razón de que al otorgar a la Corte Constitucional la condición de máximo intérprete de la norma suprema, afirma que se buscó transformar a los jueces positivistas en jueces neoconstitucionalistas debidamente entrenados para "...acomodar la aplicación de principios en medio de una peligrosa discrecionalidad judicial, que ya ha dejado a la seguridad jurídica sin su verdadero contenido esencial" (Torres, 2012, pág. 67).

La Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 82 que 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, por lo expuesto la colisión entre este derecho y el activismo judicial nace cuando los altos magistrados haciendo uso de su sana crítica y discrecionalidad no ajustan sus resoluciones en torno a lo previsto en la Constitución, normas y leyes infraconstitucionales deviniendo esa actuación en arbitraria, lo cual efectivamente no es o no debería ser aceptable en un Estado garantista de derechos en el cual se establece que 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.

María del Carmen Jácome señala que, la potestad discrecional consiste en la facultad que tiene los juzgadores de elegir entre varias opciones, la solución más adecuada a las distintas situaciones de hecho que se presenten (Cevallos, 2016:17). Por lo expuesto, es lógico pensar que el legislador se vio en la necesidad de determinar que toda potestad jurisdiccional proviene de la ley y por tanto es regímenes de control, lo mismo aplica para la materia que nos ocupa, las facultades otorgadas a los altos magistrados provienen de la Constitución y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo expuesto, el poder que ostentan los actuales jueces constitucionales no es absoluto, a criterio de la autora incluso es un poder limitado que no da paso a discrecionalidades injustificadas, absolutismo o inseguridad jurídica.

La división de poderes sostenida por Montesquieu justamente se enfocaba a que un Estado con el fin de que sea justo y eliminar todo rastro de abuso del poder; el mismo no debía concentrarse en una sola persona, sino dividirse en poder ejecutivo, legislativo y judicial para que exista así transparencia, equidad, imparcialidad y seguridad jurídica en la administración de justicia. En el Ecuador mantenemos una división de poderes aún más distribuida, ya que contamos con el poder ejecutivo, legislativo, judicial, electoral, y transparencia y control social.

Por lo expuesto, los altos magistrados no están facultados a legislar ya que así lo establece la misma norma suprema. La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional y será la Ley la que determinará su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento

de sus atribuciones. Por lo expuesto, es lógico pensar que existe un abuso de poder cuando estas dos atribuciones son tomadas arbitrariamente por un solo órgano de manera discrecional y arbitraria, teniendo en cuenta que cada poder es autónomo e independiente de los demás órganos del poder público, sin embargo, los actuales magistrados de la Corte Constitucional en algunas sentencias emitidas en estos dos últimos años;, mismas que serán objeto de análisis más adelante, se evidencia que interfieren con el ejercicio de las funciones políticas de los órganos del poder democrático con resoluciones de envergadura fiscal, social y económica.

Torres sostiene que el “...activismo judicial está más allá del debate del derecho por principios y el derecho por reglas. Si los jueces se convierten en agentes de causas políticas (e ideológicas o personales) encontrarán la forma de superar las exigencias de la argumentación y de la fundamentación de sus actuaciones judiciales. No tendrán problema en transformar el derecho legislado en las reglas jurisprudenciales y judiciales que requieran para promover su programa político” (Torres, 2012: 69) (agregado me corresponde).

Por lo expuesto, se puede concluir que el neoconstitucionalismo es amplio y está a la vez muy parcelado ya que puede ser empleado para desarrollar una transformación social y económica de corte socialista pero también puede ser utilizado para promover resoluciones de corte conservadora e inclusive fascista (Torres, 2012, pág. 69), ocasionando así una evidente inseguridad jurídica a todos los ecuatorianos ya que simplemente se requerirá que el juez activista a su entera discrecionalidad interprete y aplique los valores y principios que más se ajusten a su ideología y no a lo que corresponda en estricta aplicación de la Ley.

8. De un Estado de Derechos y Justicia a un activismo judicial injustificado

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define a Estado de Derecho como:

“...aquella sociedad, políticamente organizada, donde la ley está sobre los gobernantes, y no a la inversa, y por ello rige por igual entre todos los ciudadanos (...) no pueden calificarse de Estado de Derecho, ni pueden serlo, los regímenes totalitarios ni otras especies de tiranías, dictaduras o autocracias. Poniendo el Estado de Derecho bajo la advocación del pensamiento de Lincoln: el gobierno

del pueblo, por el pueblo y para el pueblo (...) Sánchez Viamonte lo delinea como aquel en que: “Los tres poderes o ramas del gobierno pertenecientes a un tronco común nacen del pueblo en forma más o menos directa. Los tres actúan, pues, en su nombre, bajo el imperio de las normas constitucionales” (Cabanellas, 2003, pág. 157).

Como Estado Constitucional de Derechos cabe decir que el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales, una primera se concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adapten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes. La segunda tradición, en cambio, concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, la Constitución no se limita a fijar las reglas del juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas (Sanchis, 2009: 124-125).

Estas dos tradiciones comprenden los modelos americano y francés que se impusieron como referentes en el mundo, nuestro sistema se asemeja al francés ya que la existencia de la Constitución de la República del Ecuador no solo se determina qué y hasta dónde se regula, también prevé quién, cómo manda y qué debe mandarse. Por lo expuesto, cuando los principios constitucionales se contraponen a aquellos que por otra parte conforman el poder legislativo y por ende el cuerpo normativo, se genera una colisión y el juez constitucional deberá aplicar un test de proporcionalidad de una manera motivada, explicando claramente la razonabilidad.

Es un riesgo que la aplicación directa de la Constitución sujeta a discrecionalidad o antojo de los altos magistrados puede configurarse en una poderosa herramienta para justificar los excesos injustificados de los jueces con la excusa del activismo judicial, por lo tanto, es de suma importancia que los altos magistrados resuelvan con total desapego en fusión a derecho y respeten las reglas de interpretación y aplicación constitucional caso contrario, lo correcto es que se excusen como ya ha ocurrido en otros casos por ejemplo, en el caso No. 16-11-IN y acumulado, los señores jueces Ramiro Ávila y

Agustín Grijalva presentaron excusas, así como la jueza Daniela Salazar en el caso No. 50-10-IN/20.

9. El rol del juez constitucional

La Constitución de la República del Ecuador, se caracteriza por reconocer derechos a las personas y por establecer mecanismos orientados a proteger y hacer efectivos estos derechos constitucionales, ya que sin la presencia de las garantías constitucionales no existirían procedimientos encaminados a materializar estos derechos. La doctrina ha emitido variadas clasificaciones respecto de las garantías constitucionales, así para Luigi Ferrajoli, las garantías se dividen en garantías primarias y garantías secundarias (Ferrajoli, 2000)

Gerardo Pisarello, establece que:

“Las garantías primarias serían aquellas que establecen o delimitan el contenido de los derechos, al tiempo que imponen una serie de obligaciones dirigidas tanto a otros poderes públicos como a actores particulares... Las garantías secundarias, por su parte, serían aquellas técnicas de tutela consistentes en la previsión de controles y de vías de preparación en caso de ausencia o de insuficiencia de las garantías primarias.” (Pisarello 2007).

La Constitución ecuatoriana establece cuatro clases de garantías constitucionales, siendo estas: institucionales, normativas, políticas y jurisdiccionales. Las garantías institucionales nacen del deber del Estado de proteger los derechos constitucionales, se sustentan en el principio de que los derechos constitucionales son de directa aplicación por y ante cualquier autoridad pública administrativa o judicial por lo tanto, todas las instituciones deben encausar sus esfuerzos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales. Las garantías normativas parten del mismo principio de supremacía constitucional, previsto en los artículos 424 y 425 de la Constitución analizados anteriormente, así como por el artículo 84 de la Carta Magna que establece:

“ La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que

sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

Las garantías políticas, se enfocan en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución. Las garantías jurisdiccionales son los mecanismos judiciales con los que cuentan las personas para justiciar la vulneración de sus derechos constitucionales. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 6 establece:

“Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación de los daños causados por su violación”.

Por lo expuesto, se puede visualizar que la principal función de un juez constitucional es garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, sobretodo entendiendo que el rol del juez cobra especial importancia en las garantías jurisdiccionales. Por lo tanto, el juez constitucional debe actuar siempre con independencia, imparcialidad y total despego de sus ideologías en aras de garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos, ya que los “jueces son uno de los pilares fundadores del Estado constitucional moderno, un órgano de soberanía a la par con los poderes legislativos y ejecutivos”. (De Sousa, 2012: 192).

De Sousa señala que “ La independencia de los jueces es uno de los principios básicos del constitucionalismo moderno, por lo que puede parecer extraño que sea objeto de cuestionamiento” (De Sousa, 2012: 192), sin embargo, en la actualidad efectivamente surge este cuestionamiento ya que muchas veces hemos presenciado como el protagonismo de los jueces favorece agendas o fuerzas políticas conservadoras o progresistas y no a un verdadero entendimiento amplio y profundo del control constitucional en las causas que son conocidas por la Corte Constitucional que no necesariamente son mediáticas.

El actual juez de la Corte Constitucional Agustín Grijalva manifiesta que: "...la independencia no es dicotomía, es decir no se plantea que la Corte es totalmente independiente o no lo es en absoluto, sino que la independencia se plantea como fenómeno gradual de mayor o menor intensidad..." (Grijalva, 2012, pág. 199)

En cuanto a la imparcialidad el magistrado establece que:

"...podría parecer más extraño que se plantee que el juez constitucional deba erigirse como un actor político (...) Sin embargo, cuando se dice que el juez es un actor político, el término "político" se refiere a la posibilidad del juez de ser actor por sí mismo, es decir, de actuar con relativa libertad en su proceso interpretativo del derecho, justamente sin injerencias o a pesar de las injerencias indebidas de los partidos políticos u otras fuerzas sociales. En efecto si algo revela la hermenéutica jurídica moderna es que los jueces, y más aún los constitucionales, son actores políticos" (Grijalva, 2012, pág. 199).

Grijalva resalta que los jueces constitucionales ejercen el poder estatal y aplican normativa jurídica especialmente la Constitución, así como el alcance e impacto social y político que generan las resoluciones de índole constitucional, sobre todo cuando provienen del máximo órgano de interpretación constitucional y manifiesta que los jueces de la Corte Constitucional tienen el poder de seleccionar entre varias interpretaciones jurídicamente admisibles en base a un mismo cuerpo legal, señala que: "Esta discrecionalidad- no arbitrariedad- en la interpretación es la labor específica del juez y constituye el núcleo de su independencia (...) que no se justifica por y para sí misma. El juez constitucional en su labor tiene mandatos definidos, entre los cuales destaca la decidida protección de derechos constitucionales". (Grijalva, 2012, pág. 200).

El magistrado recalca que "...el juez constitucional debe entonces esforzarse por hallar las interpretaciones que mejor sirvan a la mejor defensa de los derechos constitucionales.", afirmación con la cual debo señalar que concuerdo en su totalidad ya que como bien continúa el actual juez de la Corte Constitucional, "Una Corte Constitucional requiere ser políticamente independiente para construir sus análisis jurídicos y sostener sus decisiones no arbitrariamente o por indebidas presiones sino basadas en derecho y, fundamentalmente en la Constitución" (Grijalva, 2012).

En consecuencia, los jueces de la Corte Constitucional tal como lo establece el actual magistrado, se encuentran limitados en un sentido objetivo y subjetivos; toda vez que la interpretación constitucional realizada por los jueces constitucionales debe ser relacionada a las posibilidades jurídicas, lógicas y lingüísticas de la interpretación constitucional, y a un rango limitado de posibilidades hermenéuticas que se deben enfocar en proteger y garantizar los derechos constitucionales en y desde el derecho previamente normado.

CAPÍTULO III: TRANSGRESIÓN DE LOS LÍMITES DEL DERECHO POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA- ANÁLISIS DE CASOS EMBLEMÁTICOS RESUELTOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA ENTRE LOS AÑOS 2019 Y 2021.

10. sentencia no. 34-19-in/21 y acumulados -jueza ponente: Karla Andrade Quevedo

La jueza constitucional Karla Andrade Quevedo avocó conocimiento de las causas; mismas que fueron admitidas a trámite y se dispuso su acumulación al caso No.34-18-IN. En resolución que emitió la jueza en mención el 28 de abril de 2021, se analizó la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal relativos a la penalización del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación y declaró la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “en una mujer que padezca de una discapacidad mental contenida en el artículo 150 numeral 2 del COIP.

Artículo 149.- Aborto consentido. - La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Artículo 150.- Aborto no punible. - El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

Desde el 2019 hasta el 2021 se presentaron 9 acciones de inconstitucionalidad en contra de los artículos 149 y 150 numeral segundo del Código Orgánico Integral Penal, en lo principal cabe recalcar que las demandas de inconstitucionalidad presentadas ante la Corte Constitucional fueron todas enfocadas en que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto, más sin embargo, fuera de lo que establece el principio dispositivo en nuestra legislación, la alta magistrada estableció que el análisis constitucional se centraría en lo siguiente:

“110. De ahí que esta Corte advierte que la presente causa no radica en determinar la constitucionalidad o no del aborto consentido en el Ecuador, sino por el contrario en si la configuración legislativa de este delito por parte de la Asamblea Nacional y la consecuente penalización (...) de mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo contravienen los límites impuestos por la CRE y los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

Establece en la resolución que los bienes jurídicos protegidos por el legislador con relación a la violación y al aborto consentido que se encuentran en colisión son la protección de la vida del nasciturus como valor constitucional en los términos del artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y la vida, autonomía y libre desarrollo de las mujeres, así como la integridad personal en sus distintas esferas, esto se encuentra desarrollado en los párrafos 111 y 122 al inicio de la resolución del primer problema jurídico planteado: ¿La sanción penal hacia las mujeres víctimas de violación que han interrumpido su embarazo sin tener una discapacidad mental es una pena proporcional?.

Posteriormente desde el párrafo 123 hasta el 159, se concluye la resolución del problema jurídico planteado, ésta se limita a exponer la inproporcionalidad existente a criterio de la jueza de la pena impuesta en el artículo 149 del COIP al sancionar con privación de libertad a mujeres que han decidido libre y voluntariamente terminar con su embarazo y por ende con la vida del nasciturus, así como para las personas que intervengan en este acto.

Se hace un exhaustivo análisis a todas las vulneraciones a derechos constitucionales que las mujeres víctimas de violación tienen que soportar producto de

este acto totalmente repudiable; refiriéndose la violación más no al aborto, la jueza recalca que la dignidad humana referida desde el preámbulo de la CRE así como en su artículo 11 numeral 7, "...es uno de los principales límites de la libertad de configuración legislativa, puesto que el Estado en su posición de garante debe proteger y garantizar los derechos y las condiciones mínimas de vida compatibles con la dignidad." Por lo expuesto realiza una ponderación en la que concluye sin abordar ni superficialmente el derecho a la vida del nasciturus, que la dignidad, autonomía y libre desarrollo de las mujeres víctimas de violación prevalecen sobre el del derecho a la vida del bebé que está por nacer.

Sustenta la jueza en mención que la violación es un acto de violencia contra la mujer e incluso es catalogado como un acto de tortura y cita al Comité de la CEDAW, el Comité contra la Tortura y al Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes: "131...se han pronunciado en el sentido de que el embarazo forzado, la penalización del delito del aborto por violación y la negativa de brindar asistencia a niñas, adolescentes y mujeres en esta condición vulneran sus derechos...", por lo que afirma que a criterio de la Corte las medidas para evitar la interrupción voluntaria del embarazo deben estar focalizadas a erradicar la violencia contra la mujer, ya que incluso sostuvo que la penalización del aborto consentido en casos de violación lleva a las mujeres a practicarlo en circunstancias de clandestinidad que vulneran su derecho a la vida y salud.

La jueza ponente cita a lo largo de la sentencia, a la Corte Constitucional Colombiana y al Tribunal Constitucional Español (cuyas sentencias no son vinculantes para nuestro ordenamiento jurídico), en relación a que el aborto producto de una violación es solo el resultado al que se ven las mujeres a realizar, por lo tanto, "...la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los interés sociales...". Argumentar que la proporcionalidad de la pena privativa para la mujer que aborte o la persona que le haga abortar con su consentimiento "...debe ejercitarse dentro del marco de los principios y valores consagrados en la CRE y en respeto a los derechos constitucionales de las personas, no siendo posible que estos sean vaciados de contenido".

Recalca que este caso debería ser una excepción, pues no se debería aplicar la sanción establecida en el COIP, ya que recalcó lo manifestado por el Tribunal Español en lo referente a que: “...las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado.

Posteriormente, en la resolución se pasa a abordar el segundo problema jurídico planteado: ¿El artículo 150 numeral 2 de COIP es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación al establecer como excepción únicamente el aborto consentido en casos de violación de mujeres con discapacidad mental?, ante esto la Karla Andrade concluyó que:

“179...la justificación basada en la pertinencia a un grupo determinado de atención prioritaria tampoco constituye un criterio objetivo que explique un trato diferenciado entre mujeres víctimas de violación que han quedado embarazadas, ni justifica por qué no todas las mujeres víctima de violación deban recibir igual nivel de protección y el mismo trato en la legislación penal impugnada...”

Por lo tanto, la Corte encontró la frase “una mujer que padezca de discapacidad mental” inconstitucional y la expulsó del ordenamiento, acto seguido dispuso que el artículo *debe* quedar redactado de la siguiente forma:

Artículo 150.- Aborto no punible. - El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

Si el embarazo es consecuencia de una violación

Ante esto, debo recalcar que la facultad que tiene la Corte Constitucional del Ecuador ante demandas de inconstitucionalidad exclusivamente corresponde a realizar un

control de constitucionalidad, más no legislar o determinar cómo debe ser modificada una norma, ya que esa es potestad exclusiva del poder legislativo.

La magistrada adicionalmente establece que toda autoridad pública involucrada debe tomar en consideración fuentes de soft law, mismas que no son de obligatorio cumplimiento:

“Toda autoridad pública involucrada -en su ámbito de actuación- debe tomar en consideración los estándares y parámetros recomendados por el derecho internacional, así como por las organizaciones internacionales como la OPS o la OMS, y organismos internacionales como el Comité de la CEDAW, el Comité DESC, entre otros, para garantizar -dentro del marco de sus competencias- que sus actuaciones respeten y garanticen los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, debe tenerse en consideración que su implementación requiere no solo de una legislación adecuada, sino también de la implementación de políticas públicas para asegurar una atención médica, psicológica, legal y de trabajo social que sea inmediata, segura y digna para aquellas mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo.”

Resulta importante considerar las exigencias que impone el derecho internacional público en lo relativo al tratamiento del acceso al aborto como presunto derecho. La Acción de Inconstitucionalidad presentada; pretende afirmar que, de conformidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la denegación de la interrupción del embarazo, puede constituir vulneraciones a derechos fundamentales de las mujeres, toda vez que en el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) se establecen claramente las dos únicas causales por las que el aborto no es punible, estas son:

Artículo 150.- Aborto no punible. - El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental⁸.

La jueza constitucional señala en la motivación de su resolución que la penalización del aborto constituye un incumplimiento inequívoco de las obligaciones internacionales contraídas por Ecuador en relación a la garantía que debe existir respecto del pleno goce de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica de las mujeres, puesto que se limita a realizar una crítica al artículo 149 del COIP y enumerar todos los derechos constitucionales y humanos que les son vulnerados a las mujeres víctimas de una violación, lo cual es disuasivo y cae en la falencia del hombre de paja, toda vez que la vida del bebé que está por nacer; bien jurídico protegido que se debió haber analizado, no es lo que ocasiona la vulneración de derechos de las mujeres violadas, sino el actor del delito de violación, lo cual bajo toda lógica jurídica es reprochable y amerita una sanción proporcional al daño causado a la mujer.

Los derechos constitucionales y humanos que les son vulnerados a las mujeres víctimas de violación jamás han estado en discusión, esto no fue tampoco expuesto por los peticionarios en las acciones de inconstitucionalidad presentadas y por ende no es clara la intención de la magistrada de desviar el objeto del verdadero análisis que ameritaba el caso, lo cual deja un vacío constitucional muy grande, ya que en la sentencia analizada el mayor argumento de la Corte es otra falencia de *ad misericordiam*, en razón de que no se realiza un análisis sistemático del derecho a la vida del nasciturus y los derechos de las mujeres que han sido violadas a la autonomía y libre desarrollo y porqué estos últimos deben prevalecer sobre la obligación constitucional que tiene el Estado de proteger la vida desde la concepción.

La resolución de la Acción presentada no señala en concreto el texto de los tratados internacionales a los que se debería hacerse referencia. En cambio, apoya su afirmación referente a que lo *constitucional* es suprimir las disposiciones punitivas del aborto en la existencia de fuentes *soft law* y señala recomendaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y a la observación final del Comité contra la Tortura, con estas normas *soft law*; la magistrada direcciona a la Asamblea Nacional a fin de que modifique la

⁸ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 150. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

legislación penal vigente; mediante la reforma ya realizada por la misma jueza en la presente sentencia y solicita que se prepare un proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, creando así un derecho a las mujeres a abortar, derecho que es inexistente en nuestra norma suprema y en los tratados internacionales de derechos humanos que el Ecuador es parte.

Cabe por lo mismo recalcar que en la resolución en mención no se aborda la obligatoriedad de cumplir con alguna fuente directamente aplicable, tal como lo se abordó en el presente trabajo en el título que antecede en lo referente a los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República. Por lo tanto, las propias afirmaciones emitidas en la sentencia del caso No. 34-19-IN Y ACUMULADOS parecieran negar que este sea el caso, pues su fundamentación no apunta a la obligación contenida en un tratado, ni la afirmación de la presencia de una norma de derecho consuetudinario, sino más bien al *dictum* de los organismos monitores referenciados y a la inclinación ideológica de la jueza constitucional.

No hay discusión de que la jurisprudencia de los organismos monitores de tratados constituye una forma de *soft law*. Estos instrumentos carecen formalmente del revestimiento propio de los tratados como fuentes de obligaciones, el llamado *soft law* no es más que la expresión de entendimientos políticos, sin efectos obligatorios e incapaces de generar responsabilidad internacional por un eventual incumplimiento.

Es un hecho público y notorio que el tratamiento de la cuestión del aborto es una de las materias más contenciosas tanto a nivel doméstico como en el plano internacional. Más, sin embargo, es preciso señalar que no existe ningún tratado de carácter universal que consagre el derecho al aborto, ni tampoco en el contexto regional americano. Descartados los tratados, queda la cuestión de la costumbre. Por más difícil que sea identificar la existencia de una norma de derecho consuetudinario, en este contexto parece ser claro que es inexistente en torno al aborto, ya que no existe una práctica constante y uniforme de los Estados en orden a tratar el aborto como un derecho humano básico.

Tampoco es claro que exista una *opinio juris* clara y manifiesta de parte de los Estados, en el sentido de que la permisibilidad de la realización de procedimientos abortivos sea consecuencia de una obligación internacional, y que ella se regule a título de un derecho subjetivo de la mujer solicitante. Tanto es esto así, que a nivel de las

Naciones Unidas, y en particular en lo que dice relación con las resoluciones de la Asamblea General –que como se ha mencionado, si bien pueden reflejar un consenso normativo de parte de los Estados, este no se verifica cuando es posible constatar que ellas han sido adoptadas con un número significativo de votos en contra o abstenciones– las negociaciones del contenido de las mismas en relación a los términos “derechos sexuales y reproductivos”, “salud sexual y reproductiva” y “derechos reproductivos” son objeto de constante debate.

La tendencia ininterrumpida en este sentido ha sido la de aceptar dichos conceptos, pero con la expresa clarificación de que ellos se entienden en función de los términos aprobados en el Programa de Acción de El Cairo⁹ y la Plataforma de Acción de Beijing¹⁰ en 1994 y 1995, respectivamente. En ambas declaraciones se acordó excluir el “acceso al aborto” como un elemento integrante de la salud sexual y reproductiva. Se acordó que los Estados no han de considerar dicho procedimiento como un método de planificación familiar; que se deben realizar todos los esfuerzos para eliminar la necesidad del aborto. Lo antes mencionado, ni siquiera se menciona en la resolución de la causa No. 34-19-IN, lo cual era por obvias razones necesario para el presente caso.

El panorama de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en esta materia, está compuesto de varios aspectos y consideraciones. Primeramente, en lo que al sistema europeo respecta, la cuestión interrelacionada del tipo de protección debida a la vida humana prenatal se cruza, como siempre es el caso, con el estatuto del aborto bajo la Convención Europea, siendo dos caras de una misma moneda. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos jamás ha cerrado la puerta a la posibilidad de que el no nacido sea considerado persona para efectos de la protección del artículo 2 de la Convención Europea, y en cambio ha mantenido un amplio margen de apreciación para que cada Estado tome su propia posición sobre el inicio de la vida humana y la consiguiente personalidad. Por el contrario, ante las solicitudes explícitas de excluir al no nacido del alcance de la Convención, la Corte se ha negado siempre a dar tal paso.

Por otra parte, el caso más conocido y citado en apoyo de la tesis de que el acceso al aborto es un derecho humano básico corresponde al de *A., B. y C. v. Irlanda* (2010), en que los peticionarios contra el Estado expresamente basaron sus alegaciones de

⁹ Programa de Acción del Cairo, Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, septiembre 1994.

¹⁰ Plataforma de Acción de Beijing, septiembre de 1995.

vulneración a los derechos a la vida, a la salud y a la vida privada en los “estándares internacionales” delineados por los comités monitores de tratados a los que me he referido, entre otros elementos. La CIDH descartó de entrada las alegaciones relativas a la vulneración del derecho a la vida y a la salud, enfocándose solo en la vulneración de la vida privada. *La Corte de plano señaló que el artículo 8 de la Convención no puede ser interpretado de forma que “consagre un derecho al aborto”*¹¹. A juicio de la CIDH, la negativa del Estado a permitir el acceso al aborto sin duda interfiere con la vida privada de las personas, pero ello no es en sí una violación de derechos humanos si se cumplen los requisitos exigidos por la Convención.

En el caso del sistema regional americano, no han existido pronunciamientos de la Corte Interamericana sobre la cuestión del aborto en el derecho internacional. En lo referente al caso citado por las accionantes; el caso *Artavia Murillo v. Costa Rica* –cuyo análisis detallado resulta imposible en estas líneas, Sin embargo, cabe la afirmación que el referido caso, se enfocó a la prohibición de la realización de fertilización in vitro, teniendo en cuenta que dicha acción era lícita bajo el derecho internacional de los derechos humanos. En este caso, se concluyó finalmente que no lo era, y a consecuencia se negó la protección de los embriones fertilizados in vitro, antes de la implantación. Pero no se realizó un análisis concreto sobre la cuestión de la presunta obligación de los Estados a reconocer el acceso al aborto como un derecho.

Por lo antes expuesto, cabe afirmar que no existen sentencias de fondo sobre la cuestión del aborto, la jurisprudencia de los organismos jurisdiccionales no ha dado reconocimiento al pretendido derecho al aborto que el Estado ecuatoriano implementó por una decisión de Corte Constitucional traspasando los límites propios de la Constitución en su ordenamiento jurídico. Es necesario recalcar lo estipulado en los artículos 45 y 66 de la Constitución de la República del Ecuador¹²:

¹¹ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso A., B. y C. v. Irlanda, 2010, Págs. 103, 110 y 111.

¹²Constitución de la República del Ecuador. Artículo 45 primer párrafo y 2010, Págs. artículo 66 numeral 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida.

Finalmente concluyo señalando que no existe tratado alguno en el sistema universal ni regional que establezca la obligación de permitir el acceso al aborto, ni una práctica uniforme y constante de los Estados en este sentido. Y ciertamente no existe una *opinio juris* firme que deje de manifiesto su existencia, siendo esta materia una de las más discutidas en el plano internacional, a pesar de esto, en nuestro país el aborto ya es una realidad que se ha constituido en derecho. Es alarmante las consecuencias jurídicas que la sentencia analizada acarrea, ya que los criterios emitidos por la jueza constitucional y sobre todo la decisión es de carácter vinculante y por ende de obligatorio cumplimiento en nuestro sistema jurídico, en dicha resolución se confirmó que no se deberá requerir más que la palabra de la mujer embarazada que desee interrumpir su embarazo de que ha sido víctima de violación para que las casas de salud se vean obligados a atenderlas.

Sin duda los efectos de esta sentencia ameritan un trabajo de investigación individual, ya que tampoco se aborda el derecho a la objeción de conciencia que tendrán de seguro muchos profesionales de la salud a los cuales con esta sentencia se les está vulnerando desde ya sus derechos, ya que no sería sorpresa que los médicos que se nieguen a realizar un aborto sean luego acusados de discriminación o víctimas de delitos de odio que ponen en peligro el derecho constitucional y humano más preciado; el derecho a la vida. Es criterio de la autoría del presente trabajo, que con la presente decisión se vulneró más derechos constitucionales de los que se intentó proteger, dejó muchos vacíos constitucionales y más dudas que certeza, tanto es así que se presentaron más de 20 solicitudes de aclaración y ampliación, las cuales no pudieron ser atendidas porque la decisión no puede ser alterada bajo ningún concepto, lo que en efecto hubiese ocurrido si la magistrada hubiera incurrido en un análisis de todos los temas que no abordó.

11. Sentencia No. 10-18-CN/19 (Matrimonio entre personas del mismo sexo)- Juez ponente: Alí Lozada Prado

El presente caso parte de una acción de protección presentada por una pareja del mismo sexo a quienes les negaron la petición de contraer matrimonio en el Registro Civil, la jueza que avocó conocimiento suspendió la sustanciación del mismo y elevó a consulta a la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil (CC) y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (LOGIDC) cuyos textos son los siguientes:

Art. 81.- 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.

Art. 52.- Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio. El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Fuera del territorio ecuatoriano, se celebra e inscribe ante el agente diplomático o consular, si al menos uno de los contrayentes es ecuatoriano.

La autoridad competente, antes de la celebración de un matrimonio, deberá verificar el registro personal único de los contrayentes y que estos estén legalmente habilitados para contraer matrimonio civil, de lo cual se dejará constancia en el acta respectiva. La falta de esta solemnidad ocasionará la sanción administrativa, civil y penal de la autoridad que celebró el matrimonio, sin perjuicio de la nulidad del matrimonio a la que pueda haber lugar, de conformidad con la Ley.

El juez inicia este análisis constitucional estableciendo que ambas disposiciones legales contienen implícitamente una misma norma a saber: las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio, por lo que delimita el tema, en este sentido manifiesta: “Si esta norma es inconstitucional o no va a depender, en el último análisis, de si la Constitución reconoce (también) a las parejas del mismo sexo el derecho fundamental al matrimonio, el que debe ser entendido como el derecho a que el legislador instituya (...) el poder jurídico de casarse”. Plantea dos problemas jurídicos de manera

muy clara, ya que el tema en efecto ha sido delimitado y abordado en base a la consultada realizada por la jueza de primera instancia, estos son: 1. ¿La Constitución obliga al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo? Y ¿La constitución prohíbe o permite al legislador democrático instituir el matrimonio entre ambas personas del mismo sexo?

Reflexiona el magistrado y aborda todas las posibles respuestas y su efecto constitucional, lo cual fue muy apropiado a criterio de la autora del presente trabajo de investigación, ya que establece:

“Si tal derecho fundamental existiera, el legislador estaría obligado a instituir (esto es, hacer posible y regular) el matrimonio entre personas del mismo sexo. En cambio, si no hubiera tal derecho, el legislador podría estar en una de dos situaciones: o bien, podría estar prohibido de instituirlo, o bien, podría estarle simplemente permitido hacerlo. En este último supuesto (el de la permisión), tanto si decide instituirlo como si no, el legislador se movería dentro de su margen de discrecionalidad para la configuración de los derechos fundamentales (del derecho de familia, por ejemplo).

Si el legislador estuviera prohibido de instituirlo, la norma cuestionada obviamente no sería inconstitucional. Como tampoco lo sería si al legislador le estuviera simplemente permitido hacerlo; aunque, en este presupuesto, tampoco sería inconstitucional una norma contraria a la cuestionada- que confiriese a las mencionadas parejas el ya señalado poder jurídico-, pues en ambas situaciones (que otorgue o no el poder jurídico) el legislador se movería dentro de su margen de discrecionalidad delineado por el marco constitucional. Por consiguiente, la norma legal cuestionada sería inconstitucional solamente si el legislador estuviera obligado a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues únicamente en tal supuesto, el legislador habría trasgredido a la Constitución.”

En cuanto a la resolución del primer problema jurídico: ¿La Constitución obliga al legislador a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo? Se refiere primeramente que la Constitución ecuatoriana entraña dos dimensiones una formal y otra sustantiva, esto quiere decir que además de ser nuestra norma suprema, una norma autoritativa con mayor rigidez que las leyes infraconstitucionales constituye también un

tejido de principios, fines y valores de justicia, lo cual es un enfoque adecuado de la Constitución, ya que el derecho evoluciona en medida de la que sociedad evoluciona y por ende mantener o pretender mantener una norma; aunque se trate de la norma suprema, es equivocado por esta razón es que la Constitución aparte de normas y derechos establece principios y valores que van dirigidos a proteger la dignidad humana y la persona como tal.

Un ejemplo muy práctico de lo sostenido anteriormente, podría ser lo establecido en el artículo 66 de la Constitución de Montecristi:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:
 - c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.
 - d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.

Talvez para un estudiante de derecho de primer semestre, el literal c) del citado artículo sea innecesario, ya que el solo concebir que exista la tortura y la desaparición forzada en el país resulta imposible y jamás podría entenderse como una práctica común que amerite prohibirla, más sin embargo, si retrocedemos 38 años atrás al gobierno de León Febres Cordero esta práctica era común y fue utilizada para “frenar” al grupo subversivo Alfaro Vive Carajo, fue tal el impacto que ocasionó estas prácticas violatorias a los Derechos Humanos que marcaron tanto al país, que la Asamblea Constituyente consideró necesario incluir esta prohibición sin mencionar que se creó la Comisión de la Verdad cuya principal función fue determinar lo ocurrido con los graves casos de desaparición forzada que tuvieron lugar en nuestro país: Caso Hermanos Restrepo, Las Dolores, entre otros no menos importantes.

De igual forma, en lo referente al literal d) del citado artículo, tal vez para un profesional del derecho con más de 50 años de profesión resulte incomprensible o inimaginable prohibir el uso genético que se puede entender a breves rasgos como el proceso científico que sirve para alterar rasgos humanos con el fin de mejorar ciertas características propias del ser humano como es el coeficiente intelectual o su aspecto

físico de forma artificial, esto sin duda resulta difícil de asimilar, más sin embargo, cada vez somos testigos de los avances de la tecnología y de sus alcances.

Para dar una respuesta, producto de un análisis constitucional, el magistrado identifica un subproblema: ¿La Constitución prohíbe al legislador democrático el matrimonio entre personas del mismo sexo? y establece los argumentos en favor y en contra para establecer finalmente que no está prohibido de legislar al matrimonio del mismo sexo, señala para esto existen dos argumentos a favor de esta prohibición; el literalista y el intencionalista:

“27. El argumento literalista entiende que el tenor literal de este segundo inciso del artículo 67 define el matrimonio estrictamente como “la unión entre hombre y mujer” y, por lo tanto, establece la siguiente norma constitucional: las parejas del mismo sexo no tienen derecho al matrimonio (entendiendo como en el párrafo precedente); por lo que el legislador está prohibido de conferir a dichas parejas el poder jurídico de casarse, con la consecuencia de que la norma legal cuestionada no sería inconstitucional.

28. El argumento intencionalista converge con el anterior en negar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, por cuanto sostiene que el autor del documento constitucional, el constituyente, escribió el citado inciso segundo del artículo 67 con la intención (el propósito deliberado) de privar a las parejas del mismo sexo del derecho a contraer matrimonio y, específicamente, de prohibir la creación legislativa tal tipo de matrimonio”

Ante lo señalado posteriormente analiza ambas posturas y establece que si bien por un lado el significado de ambos postulados es claro, no es unívoco ya que podría afirmarse siguiendo las mismas escuelas de las posturas que, en el artículo 67 impugnado no se establece la exclusión “solamente” al referirse al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, por lo expuesto en efecto no se estaría prohibiendo al legislador instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que tampoco el argumento intencionalista es claro al establecer que la intención del legislador fue prohibir dicha unión. Ante esto el autor no sostiene su análisis en recomendaciones emitidas por organismos internacionales o jurisprudencia extranjera, sino que recalca lo establecido en el artículo 437 de la Constitución y señala que la norma suprema no confina su

interpretación en el simple tenor literal y a la mera voluntad del constituyente, sino que abre a la Constitución en su integralidad a la plena vigencia de los derechos y a los principios generales de la interpretación constitucional.

Posteriormente aborda la posibilidad de la existencia de principios, fines o valores subyacentes a la hipótesis de la prohibición en cuanto a la idea de contemplar al matrimonio entre personas del mismo sexo dentro de nuestra legislación, y recalca la importancia trascendental que tiene el principio de deferencia al constituyente y del valor de la democracia, sin embargo establece que este no es absoluto sino relativo de los principios, fines y valores subyacentes a la literalidad constitucional, por lo expuesto, analiza los posibles principios, fines y valores que estarían encaminados a la prohibición del matrimonio de personas del mismo sexo, cabe recalcar que el magistrado aborda la mayoría de las posturas sostenidas por las personas que están en contra de dicha unión, lo cual sigue una coherencia que permite ir llenando los vacíos legales que dejan las mismas.

Aborda el fin de que el matrimonio es para procrear, establece ante este principio los dos casos que salta a la vista en esta postura, los cuales debilita en su totalidad esta afirmación, estos son: matrimonios (entendiéndose al mismo como la unión entre hombre y mujer) que son estériles y por ende no puede procrear y la decisión muy respetable que tienen algunos matrimonios de no tener hijos, por lo tanto se entiende y valora al matrimonio como la institución que protege la familia, por lo tanto, en estos dos casos, los matrimonios no serían válidos y se estarían reconociendo solo un modelo de familia como el adecuado lo cual resulta en inconstitucional por ir en contra del derecho a la igualdad y al derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

El segundo fin que analiza es el de la inadecuación de las uniones homosexuales al molde tradicional al matrimonio, esto se desvirtúa notoriamente al recalcar que, si bien a criterio de algunas personas la existencia del matrimonio del mismo sexo quebrantaría lo que tradicionalmente se conoce por la institución del matrimonio, la Constitución en ningún caso protege a las tradiciones jurídico institucionales. En el presente caso, también se analizó el fin de que la homosexualidad de un desorden moral o psiquiátrico, ante esto es conocido que la homosexualidad como desorden mental fue dada de baja tanto en la Organización Mundial de la Salud como en el Diagnostic and Statistical Manual of

Mental Disorders, por lo tanto mal se haría en afirmar que la homosexualidad es un desorden mental y por lo tanto el matrimonio entre personas del mismo sexo está prohibido, ya que carece de sustento legal e incluso científico.

Por lo expuesto, la Corte sostiene que el modelo del matrimonio en un Estado constitucional no puede ser considerado como la protección entre una cierta ética personal a un solo tipo de familia ya que la misma Constitución establece la protección a la familia en sus diversos tipos y es el núcleo fundamental de la sociedad. Con lo anteriormente manifestado, se pasa al segundo subproblema: ¿La Constitución permite al legislador democrático posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo? y ante esta cuestión, la norma suprema plantea que existe igualdad formal y material, por lo expuesto si se reconoce y protege un tipo de familia, se lo debería hacer con los demás.

El juez constitucional Alí Lozada llega a la decisión y por ende conclusión de declarar inconstitucional las normas impugnadas y exhorta a la Asamblea Nacional que revise integralmente la legislación sobre el matrimonio a fin de que incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo. Lo cual en efecto se encuentra dentro de las funciones de la Corte más no legisla o se atribuye responsabilidad que no le compete.

12. Sentencia No. 11-18-CN/19 (Matrimonio entre personas del mismo sexo)- Juez ponente: Ramiro Ávila

El presente análisis de caso es en torno a la consulta realizada por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Pichincha de aplicación del artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación a 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 a reformar los artículos 67 de la Constitución y demás normativa interna, sin que se vulnere el principio de supremacía de la Constitución y principio pro homine.

La presente sentencia comienza con una falacia de ad misericordiam; falacia cuyo objetivo principal es la apelación a la piedad, sentimientos o emociones de audiencia para lograr simpatía, convencimiento o desviación de la idea central cuando se carece de argumentos, el magistrado expone resultados de encuestas referente a hechos realmente reprochables que las personas de la comunidad LGTBI han pasado, tales como golpes,

insultos, acoso, etc., sin embargo, este tema jamás fue el objetivo de análisis en la presente sentencia, ya que no ha estado en discusión en el presente caso el respeto a los derechos humanos que las personas LGTBI deben tener y el deber positivo que tiene el Estado debe garantizar y sancionar a las personas, instituciones, etc. que los trasgredan.

La delimitación del objeto de la consulta se basó en 3 problemas jurídicos, que a continuación desarrollaré:

El primer problema jurídico consistió en establecer si la opinión consultiva OC 24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos conforme lo reconoce la Constitución, directa e inmediatamente aplicable en Ecuador. Ante esta interrogante, Ávila se limita a afirmar que: “En Ecuador, la distinción que hace la doctrina internacional y otros instrumentos internacionales, para efectos del reconocimiento de derechos y desarrollo de su contenido, es irrelevante”, ignorando así lo establecido por la Constitución ecuatoriana en los artículos 424, 425 y 427 mismos que claramente señalan:

“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.

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.

Art. 427.- 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.” (negrita me corresponde)

El magistrado realiza una interpretación totalmente contraria a la Constitución, ya que señala sin mayor análisis que las opiniones consultivas al ser una interpretación de la Corte IDH, cuya competencia nace de un tratado internacional que el Ecuador es parte y por lo tanto es de obligatorio cumplimiento y de directa aplicación; reconocimiento inconstitucionalmente a una opinión consultiva como un tratado internacional, omitiendo incluso lo establecido por los artículos 418,419 y 410 de la norma suprema.

En el presente caso, el juez ponente se atribuyó la potestad de reconocer una opinión consultiva como un tratado internacional ratificado por el Ecuador, cuando ni siquiera la misma Convención Americana de Derechos Humanos ha reconocido que las opiniones consultivas sean de carácter obligatorio, el magistrado al arbitrariamente reconocer sin tener la facultad para hacerlo a la opinión consultiva como instrumento internacional de obligatorio cumplimiento, desnaturalizó incluso la función interpretativa y consultiva que en efecto tiene la Corte IDH, sin mencionar que en la resolución de la consulta, la Corte IDH exhorta al cumplimiento, cambio, aplicación de política, etc., más no obliga o sanciona al Estado consultante en caso de incumplimiento.

En lo referente al segundo problema jurídico, se resuelve si 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 la que se dispone que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, el magistrado manifestó que están vigentes normas contrapuestas a la opinión consultiva; la cual reitera es de obligatorio cumplimiento basado en el análisis realizado en el párrafo que antecede, más sin embargo, posteriormente afirma que la norma constitucional ecuatoriana tiene textos semejantes a los tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos, los cuales sí han sido ratificados por el Ecuador, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23), por lo expuesto, no existiría la tensión mencionada por el juez ponente y al ser la Constitución clara, tal como lo es el artículo 67, se debe interpretar por el tenor literal en razón de que no existe duda y tampoco tratados o convenios internacionales que sean más favorables.

Ramiro Ávila afirma que la interpretación restrictiva del artículo 67 de forma literal y aislada es contraria a la Constitución ya que se encuentran vulnerados otros derechos constitucionales, siendo estos el derecho a la igualdad y a la familia principalmente, y carece de fin alguno que justifique la exclusión de parejas del mismo sexo al matrimonio, a parte del religioso y moral que no están justificados. Un punto necesario que el juez constitucional, sí abordó en su sentencia fue la existencia de la unión de hecho, figura mediante la cual las parejas del mismo sexo no se encuentran impedidas de legalizar su unión como pareja y por ende conformar una familia con los mismos derechos y obligaciones que las contraídas en el matrimonio, más sin embargo, no se analizó la necesidad de reconocer el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, ya que como bien lo manifestó el magistrado, en su mayoría se trata de creencias y ceremonias religiosas y el derecho no puede imponer a una religión la aceptación de realizar una ceremonia que puede ir en contra de sus creencias, por lo expuesto, se concluyó simplemente que por ser otro acto jurídico la unión de hecho que el matrimonio, es un acto lesivo y discriminatorio.

En cuanto al tercer problema jurídico, el juez ponente resolvió sobre si la opinión consultiva OC-24/17 es aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano, cuales son los efectos jurídicos en relación con los operadores de justicia y funcionarios públicos, y recalcó una vez más que la opinión consultiva es un instrumento internacional de derechos humanos de directa e inmediata aplicación en el Ecuador y determinó que el Estado ecuatoriano estaba obligado a adecuar el sistema jurídico al derecho reconocido en la opinión consultiva y realizar el control de convencionalidad y constitucionalidad. Cabe recalcar que el juez ponente expresamente señaló que no abordará la consulta de constitucionalidad de los artículos 52 de la LOGIDAC, 81 del Código Civil y demás normativa infra constitucional a pesar de haber sido objeto de la consulta elevada a la Corte Constitucional.

Es importante precisar en este punto que, según lo desarrollado en el presente trabajo de investigación, está claro que la opinión consultiva es una norma soft law que carece de obligatoriedad ya que se encuentra en la categoría de “recomendaciones” que la Corte IDH está llamada a emitir dentro de sus competencias. Como es sabido, existe acuerdo en la doctrina y jurisprudencia que las principales fuentes del derecho

internacional público corresponden a los tratados internacionales y la costumbre internacional, más no a las opiniones consultivas. Esta premisa se encuentra contenida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y es ampliamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia que dicha disposición es una enumeración autorizada de las fuentes aplicables.

En la resolución de este caso el juez ponente concluyó asombrosamente que no existió contradicción entre el texto constitucional esto es el artículo 67 de la Constitución con la norma convencional, a pesar de que toda su argumentación indicaba lo opuesto, de igual manera estableció claramente que no era necesario una reforma constitucional y por lo tanto se declaró constitucionales a los artículos 67 de la Constitución y demás normativa infra constitucional después de realizar un análisis de constitucionalidad y convencionalidad.

Según se establece en el sistema procesal constitucional, se debió disponer solamente la aplicación de la normativa vigente más no determinar que la opinión consultiva es un instrumento internacional vinculante y de directa aplicación ya que estas no son facultades de un magistrado de la Corte Constitucional, así como tampoco se debió ordenar a la Corte Provincial que a su vez disponga al Registro Civil registre el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, ya que como se ha explicado de igual manera en el presente trabajo, es indispensable para que exista una efectiva administración de justicia que verdaderamente se enfoque en garantizar el efectivo goce de los derechos constitucionales de los ciudadanos, imparcialidad e independencia entre los distintos órganos jurisdiccionales.

CONCLUSIONES:

Una vez realizado el presente trabajo de investigación, puedo obtener como conclusión que el activismo judicial es una herramienta muy poderosa que en efecto asiste a los altos magistrados de la Corte Constitucional del Ecuador, sin embargo, queda claro que la interpretación que los jueces constitucionales deben realizar no es infinita, netamente discrecional o arbitraria, el límite que existe se encuentra en el mismo derecho, y es por esta razón que es apropiado afirmar que no puede existir un Estado sin derecho; en el cual justamente se regulen actos jurídicos pero sobre todo se garantice el efectivo goce y protección de los derechos constitucionales y fundamentales de los ciudadanos.

Por lo tanto, el activismo judicial existente en la actual Corte Constitucional, debería estar limitado por y desde el derecho, en directa aplicación de la Constitución del Ecuador, que se enfoca en la protección de los derechos fundamentales de las personas, sin ignorar la realidad social, cultural y política del Ecuador. La interpretación constitucional que los altos magistrados deben realizar, no debe ser sesgada por su ideología política, creencias religiosas, etc., debe estar enfocada en crear derecho y jurisprudencia que sirva no solo para el presente sino para el futuro de la sociedad, toda vez que los jueces que miran fuera de la concepción original de la Constitución, siempre terminan mirándose a sí mismos, y, por ello, son peligrosos, pues, desconocen los límites constitucionales en nombre de sus preferencias individuales (Torres, 2012: 60).

Es curioso que los casos más emblemáticos resueltos en los dos últimos años en el país, en los cuales se disputaron hasta cierto punto el reconocimiento de dos nuevos derechos; el “derecho al aborto”; mediante la despenalización del aborto y el “derecho al matrimonio igualitario”, derechos que valga la oportunidad no están reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador ni en algún tratado internacional, hayan sido sorteados a jueces conocidos públicamente por su tendencia liberal, siendo así un secreto a voces cuales serían sus fallos de manera general.

Considero que el solo hecho de vivir en esta realidad en la que el fallo final de un caso ante la Corte Constitucional dependa si la naturaleza de este o los derechos que se disputan se encuentran dentro de la agenda conservadora o liberal y si el sorteo recae ante un juez que lo patrocine bajo la cortina de humo lamentablemente denominada como

activismo judicial, genera inseguridad jurídica y rompe toda armonía con la norma suprema que debería en efecto ser la que prevalece dentro de una sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio N. (1952) , *Teoría della norma giuridica*, Torino: Temis.
- Boston Globe . (Diciembre de 2021). *Boston Globe Editorial Board*. Recuperado el 26 de Septiembre de 2021, de <https://www.bostonglobe.com/2020/09/26/opinion/an-existential-crisis-roe-v-wade/>
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo I*. Buenos Aires. Argentina: Heliasta.
- Caramelo. (2015). *Activismo judicial y derechos sociales*. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/activismo-judicial-y-derechos-sociales.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de Septiembre de 2021). *Artículo 1 de Convención de Derechos Humanos*. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_Toc_71.
- Ferrajoli, L. (2000). Garantías Constitucionales publicado en Revista Argentina de Derechos Constitucionales. *Revista argentina de derecho*.
- Ferrajoli, L. (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. Buenos Aires: Trotta.
- García , J., & Verdugo , S. (2013). *Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el Gobierno de los jueces?* Santiago de Chile: Libertad y Desarrollo.
- García, F. (2006). *Activismo Judicial y garantismo procesal. Los poderes jurisdiccionales a la luz del debido proceso*. Obtenido de http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Activismo_judicial_y_Garantismo_Procesal_FLAVIA_GARCIA_MEL.pdf
- Godoy, M. (2007). *Garantismo y Activismo Social. Posiciones encontradas*. Obtenido de [file:///C:/Users/Home/Downloads/Dialnet-GarantismoYActivismoJudicial-7351701%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Home/Downloads/Dialnet-GarantismoYActivismoJudicial-7351701%20(1).pdf)
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo del Ecuador*. Quito: Corte Costitucional del Ecuador .
- Hobbes, T. (2000). *Dialogo entre un Filósofo y un Jurista y escritos bibliográficos* .
- Legal Information Institute [LII]. (2021). *Legal Encyclopedia. US Supreme Court*. Recuperado el 26 de Septiembre de 2021, de <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>
- Malarino, E. (2010). *Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Fundación Konrad Adenauer.
- Oyarte, R. (2019). *El control de la constitucionalidad de los tratados internacionales*. CEP Corporación.
- Sanchis, L. (1984). “*La Obra de Ronald Dworkin. Premisas Metodológicas*”. Dentro de: “*Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin. (Comentario al libro de Ronald Dworkin “Los Derechos en serio” traducción de Martha Guastavino*. Ariel.
- Torres Avila, J. (2017). *La teoría del garantismo: poder y constitución en el Estado*.
- Torres, L. (2012). El Activismo Judicial en la Era Constitucional. *Luris Dicto*, 16.
- United States Courts. (26 de Septiembre de 2021). Obtenido de <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>