



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

La Mutación Constitucional en el Ecuador: Ejercicio Mediante el Control de Normas Constitucionales Referentes a Derechos Humanos

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales

Autor:

Josué Daniel Rea Rea

C.I. 0104531124

Correo electrónico: josuerea@outlook.com

Director:

Ab. Julio Teodoro Verdugo Silva, PhD.

C.I. 0301697280

Cuenca, Ecuador

19 - noviembre - 2021



RESUMEN

La mutación constitucional nace en el sistema de Derecho Continental a inicios del siglo XX, como consecuencia de la extrema rigidez de las constituciones de la época. En medio de la segunda posguerra, debido a la importancia que cobró la defensa del sistema de derechos, este fenómeno pasó a ser un mecanismo con el cual dar dinamismo a los textos constitucionales.

Este trabajo describe cuatro corrientes teóricas fundamentales en un debate sumamente complejo, con cierto consenso al referirse a la operatividad de la mutación dentro de las potestades interpretativas de los tribunales constitucionales. Al tener como objetivo principal la identificación de argumentos dentro de la sentencia No. 11-18-CN/19, expedida por la Corte Constitucional del Ecuador, que concluyan en la existencia de mutación constitucional en el país mediante el control concreto de constitucionalidad de preceptos constitucionales referentes a derechos humanos, se estudia a fondo el caso matrimonio igualitario a luz de las teorías mencionadas. De esta manera, lo pretendido es encontrar un atalaya teórica que permita dilucidar si la ampliación interpretativa del contenido del derecho al matrimonio fue una mutación.

Una vez resuelta dicha hipótesis, se introduce al lector en ciertos contenidos que formarían parte del sistema de derechos a partir de la sentencia de estudio y determinadas condiciones constitucionales que deben ser observadas en Ecuador, cuando a futuro se planteen nuevas mutaciones en el contenido de los derechos. Finalmente, son identificados cuatro escenarios mutativos del contenido de los derechos que serían buscados por el propio sistema fundamental trazado en 2008.

Palabras clave: Mutación constitucional. Derechos humanos. Democracia mayoritaria. Interpretación constitucional. Dinamismo. Límites. Cláusula abierta. Legitimidad.



ABSTRACT

Constitutional mutation was born in the Civil law system at the beginning of the 20th century, as a consequence of the extreme rigidity of the constitutions at that time. After World War II, due to the importance that the defense of a fundamental system of rights acquired, this phenomenon began to be considered a mechanism that grants dynamism to constitutional texts.

This work describes four fundamental theoretical currents in a highly complex debate, with a certain consensus when referring to the operability of mutation within the interpretative powers of the constitutional courts. Having as main objective the identification of arguments within the sentence No. 11-18-CN/19, issued by the Constitutional Court of Ecuador, that conclude the existence of constitutional mutation through the concrete control of constitutionality of constitutional precepts that refer to human rights, the case of same-sex marriage is studied in depth with help of the aforementioned theories. As follows, the aim is to find a theoretical vantage point that allows the elucidation whether the interpretative expansion of the content of the right to marriage was a mutation.

Once this hypothesis has been solved, the reader is introduced to certain contents that would form part of the system of rights as of the sentence under study and certain constitutional conditions that must be observed in Ecuador, when new mutations in the content of rights are proposed in the future. Finally, the investigation identifies four mutative scenarios of the content of fundamental rights that would be sought by constitutional system drawn up in 2008.

Keywords: Constitutional mutation. Human rights. Majoritarian democracy. Constitutional interpretation. Dynamism. Limits. Open clause. Legitimacy.



ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
ÍNDICE DE CONTENIDOS	4
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTO	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL	12
1.1 Estado del Arte	12
1.2 La Mutación Constitucional a Breves Rasgos	14
1.3 Formalismo Constitucional: Jellinek	20
1.3.1 Antecedentes	20
1.3.2 Principales Postulados	21
1.3.3 Análisis	23
1.4 Dinamismo Constitucional Integracionista: Dau-Lin	24
1.4.1 Antecedentes	24
1.4.2 Principales Postulados	25
1.4.3 Análisis	29
1.5 Modificazioni Tacite della Costituzione	31
1.5.1 Antecedentes	31
1.5.2 Principales Postulados	32
1.5.3 Análisis	37
1.6 Teoría Dinámica-Normativa: López Cadena	38
1.6.1 Antecedentes	38
1.6.2 Principales Postulados	41
1.6.3 Análisis	54
CAPÍTULO II: SENTENCIA NO. 11-18-CN/19 (MATRIMONIO IGUALITARIO) COMO EJEMPLO DE MUTACIÓN EN ECUADOR	55
2.1 Cambios Constitucionales Previstos en la CRE	55
2.2 Sentencia No. 11-18-CN/19 (Matrimonio Igualitario)	56



2.2.1 El Control Concreto de Constitucionalidad en Ecuador	56
2.2.2 Argumentos Principales Dentro del Voto de Mayoría que Podrían Implicar Mutación Constitucional del Derecho al Matrimonio	60
2.2.3 Voto Salvado	76
2.3 Análisis de la Sentencia Desde las Teorías Estudiadas	78
2.4 ¿Cumple la Sentencia con los Requisitos Esenciales de la Teoría Dinámica-Normativa para ser Considerada una Mutación Interpretativa?	81
CAPÍTULO III: ESCENARIO ACTUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ECUADOR ANTE EL FENÓMENO MUTATIVO	91
3.1 Hacia un Contenido Abierto de Derechos	91
3.2 Peculiaridades del Sistema Nacional como Limitaciones a la Extensión Vía Mutativa del Contenido de los Derechos	92
3.2.1 El Papel de la CCE	92
3.2.2 Exigencias del Sistema Constitucional Ecuatoriano	94
3.3 Mutaciones en el Contenido de los Derechos Deseadas por el Sistema Constitucional	98
3.3.1 Mutación Compatibilizadora	99
3.3.2 Mutación Reemplazante	100
3.3.3 Mutación en Sentido Estricto	101
RECOMENDACIONES	104
CONCLUSIONES	105
REFERENCIAS	107
Textos Consultados	107
Publicaciones Periódicas	109
Trabajos de Titulación	111
Legislación	112
Jurisprudencia	112
Opiniones Consultivas	113
Sitios Web	113



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Josué Daniel Rea Rea en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "**La Mutación Constitucional en el Ecuador: Ejercicio Mediante el Control de Normas Constitucionales Referentes a Derechos Humanos**", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 19 de noviembre de 2021

Josué Daniel Rea Rea

C.I: 0104531124



Cláusula de Propiedad Intelectual

Josué Daniel Rea Rea, autor/a del trabajo de titulación "**La Mutación Constitucional en el Ecuador: Ejercicio Mediante el Control de Normas Constitucionales Referentes a Derechos Humanos**", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 19 de noviembre de 2021

Josué Daniel Rea Rea

C.I: 0104531124



DEDICATORIA

A mi padre, Iván, y mi madre, Sonia; guías, apoyo, luz, ejemplo y amor diario, sostén fundamental de quien soy y los sueños que poco a poco consigo materializar.

A mi hermano, Martín, por ser el motor que me levantó en tiempos adversos a continuar con la vida, sonreír y culminar esta investigación.

A mis dos familias Rea; por estar, reír, sostener y soñar en conjunto.

A Rosa, mi segunda mamá. A Lucrecia, que desde el cielo ve la meta cumplida.

A Rodrigo, ejemplo de aguante. A Segundo; pronto seré el hombre de la casa, como me delegaste antes de partir.

A Diana, Efrén y Marianita, por la preocupación y el apoyo incondicional.

A Santiago, Sabrina, Jaime, Camila, Agustín, Belén y Michael; quienes estuvieron en los momentos más duros del proceso académico y personal, por su amistad, optimismo, amor y soporte en medio del más profundo pesimismo.

A quienes fueron parte de la vida universitaria, por las enseñanzas que dejaron y las anécdotas que quedarán para siempre.

A Puppy, el compañero incondicional desde la secundaria.

Finalmente, a Benito Antonio Martínez Ocasio, por existir.



AGRADECIMIENTO

Inmenso agradecimiento al personal docente, administrativo y de servicios que hacen la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca; por la formación, experiencias y apoyo en la carrera y proceso investigativo.

Mi más sincera gratitud a Teodoro Verdugo, director de este trabajo, por confiar en mí y contribuir con su tutoría, conocimiento y paciencia a la materialización de la investigación.

Un nuevo reconocimiento a Iván y Sonia, por el apoyo integral en todo lo que hizo falta para realizar satisfactoriamente esta meta.

Gracias a quienes conforman el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca y a Christian Masapanta, por las luces dadas ante las dudas que llegaron durante la elaboración del trabajo.

A Rafael y Verónica, por el apoyo emocional para retomar el rumbo de la titulación.

Finalmente, quiero expresar mi agradecimiento a todos los espacios políticos, académicos y de activismo que me abrieron las puertas y poco a poco formaron la línea de pensamiento que sería base fundamental para la investigación y el futuro ejercicio profesional, con especial énfasis en las personas y sus derechos.



INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Constitución ecuatoriana de 2008 es considerada un hito para la vida democrática y constitucional del Estado, principalmente por los grandes avances en materia de derechos. Desde el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos hasta la colocación de una cláusula abierta para el reconocimiento de derechos que no haya previsto expresamente el constituyente, todos estos logros han cambiado sustancialmente el estudio del Derecho Constitucional en Ecuador; y, a consecuencia de esto, llegan al reflector fenómenos no vistos antes. Una de estas singularidades es la mutación constitucional, *Verfassungswandlung* o *modificazioni tacite della costituzione*; términos que conceptualmente se refieren a alteraciones profundas en el sentido de un precepto constitucional sin necesidad de cambiar la literalidad de su texto.

En el primer capítulo de esta investigación, como punto de partida son descritas y analizadas cuatro corrientes sobre la mutación, de manera que se observe el avance teórico que ha tenido esta institución; de ser una salida para legitimar acciones *contra constitutionem* de los Estados a inicios del Siglo XX hasta su concepción más reciente como una consecuencia de las potestades interpretativas de los tribunales constitucionales, en ejercicio de una hermenéutica evolutiva que dota de dinamismo a las constituciones.

Debido a su carácter informal, las mutaciones no están sujetas a las limitaciones tradicionales de los mecanismos reformativos; esto ha causado su rechazo en Estados con tradición de Derecho Continental. No obstante, a partir de la segunda posguerra, fenómenos como la axiologización del constitucionalismo, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, el surgimiento de la noción de derechos humanos y el desarrollo del control judicial de constitucionalidad y el papel de los tribunales constitucionales -como intérpretes auténticos de las constituciones y órganos de cierre del sistema constitucional-, la mutación empieza a ser una realidad cada vez más estudiada, e incluso deseada, en Estados cuya rigidez ha devenido en textos constitucionales pétreos y con una deficiente adaptabilidad a nuevas realidades.



Dentro del segundo capítulo se hace referencia al papel que actualmente tiene la Corte Constitucional del Ecuador en ejercicio del control concreto de constitucionalidad. En dicho contexto, será analizada la sentencia No. 11-18-CN/19, dictada dentro del caso denominado matrimonio igualitario; esta sentencia significó, por primera vez desde la vigencia de la Constitución actual, el control concreto de constitucionalidad de un precepto del mismo texto constitucional, ante una aparente incompatibilidad de la definición constitucional del derecho al matrimonio con el alcance proveniente del sistema interamericano de derechos humanos.

Dentro de la motivación, el juez constitucional ponente descartó el uso de procesos de enmienda o reforma y vía hermenéutica declaró la complementariedad entre el texto literal de la Constitución y el sentido proveniente de una Opinión Consultiva dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En consecuencia, el artículo constitucional 67 vio alterado su sentido para reconocer dos modalidades de matrimonio: heterosexual y homosexual, sin que esta operación haya dejado cambio alguno en su literalidad.

Así, se examina la fundamentación jurídica de la sentencia para encontrar indicios de la aplicación de las teorías estudiadas acerca de la mutación; para posteriormente identificar la corriente que presente suficiencia teórica para concluir en la calidad mutativa de la decisión en estudio.

En el último capítulo se analiza la situación actual de los derechos fundamentales tras la sentencia referida, proponiéndose el corolario de que actualmente los mismos tienen un contenido abierto por exigencia de determinadas condiciones constitucionales. Por ello, se desarrollan ciertas peculiaridades del sistema de derechos ecuatoriano que determinarán el alcance de futuras mutaciones en cláusulas constitucionales que desarrollen derechos. Finalmente, se identifican cuatro escenarios de mutación interpretativa deseados por el sistema constitucional.



CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

1.1 Estado del Arte

Como punto de partida se debe identificar la actualidad teórica del objeto principal de estudio: la mutación constitucional. Este fenómeno no ha progresado consistentemente, como se esperaría al tener en cuenta el impacto puede llegar a tener, pese a ello, en años recientes se ha recobrado interés en el mismo sobre todo en Hispanoamérica. La región ha despertado interés en varias teorías elaboradas hace un siglo para explicar realidades actuales y desarrollar a profundidad a la mutación dentro del constitucionalismo del siglo XXI, especialmente dentro de las actuaciones de los tribunales constitucionales.

Carpizo (2011) es uno de los pioneros tratando la mutación en el constitucionalismo mexicano; este autor se ha despreocupado de la discusión sobre la legitimidad de este fenómeno y lo considera un mecanismo idóneo para cambiar el texto constitucional al igual que las reformas. Con base en ello, ha explicado varias alteraciones consuetudinarias de la literalidad constitucional mexicana como ejemplos mutativos; ello ha sido ampliado por Leal Sanabria & Cerda Dueñas (2016) quienes consideran que el principio de no intervención ha mutado en México por vía de la práctica política.

En la misma línea de Carpizo, Uribe & Correa (2012) equiparan la naturaleza de la mutación al derecho consuetudinario y sostienen que esta supera cualquier tipo de límite que pueda tener la reforma e incluso podría superar al mismo contenido constitucional sustancial. Por ello nace la necesidad de imponer un cerco a la actuación mutativa mediante la adecuación de las constituciones de la región.⁰

En Brasil el desarrollo se ha enfocado en encontrar un escenario que compatibilice su ejercicio con los pilares actuales del constitucionalismo. Sant'Ana Pedra (2012) enfoca su estudio en los límites que debería tener la mutación: la supremacía y la fuerza normativa son consideradas barreras infranqueables y no se puede romper el sistema en su integralidad. El fundamento para su existencia serían las competencias interpretativas de los



tribunales constitucionales a consecuencia de la concreción que realizan estos órganos cuando deben identificar normas de los textos normativos; esto, debido a que las constituciones abiertas de la época dejan espacio para el desarrollo jurisdiccional *a posteriori* (Sant'Ana Pedra, 2012b).

Por otra parte, en España, Martínez Goig (2013) es tajante en que la mutación nace de una contradicción tajante con la literalidad constitucional y es uno de los pocos autores que niega la capacidad de la interpretación jurisdiccional para efectuar mutaciones. A esto se opone Rollnert Liern (2014) quien considera un pilar de la mutación a la interpretación jurisdiccional; ambas están íntimamente conectadas y la validación de las mutaciones sería una tarea correspondiente a la jurisdicción constitucional. Melero de la Torre (2020) defiende la operatividad de este fenómeno específicamente para dar contenido a los principios constitucionales que estarían abiertos a una interpretación evolutiva.

En territorio uruguayo la mutación ha sido ampliamente estudiada; Bardazano (2018) la considera una realidad que ha transformado el sistema de derechos al extender el alcance de su catálogo hacia lo denominado como cláusula abierta; llevando incluso a una constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos en dicho país. Rodríguez Almada (2020) estudia fenómenos ocurridos en Uruguay hace más de un siglo y determinó que los mismos habrían sido mutaciones constitucionales orales que recibieron legitimación al ser reconocidas en el proceso constituyente uruguayo de 1918.

Finalmente, Risso Ferrand (2017) amplía el impacto de la doctrina uruguayo en el desarrollo de las mutaciones en la región cuando relaciona este fenómeno con otras particularidades como la constitucionalización de derechos reconocidos en sedes internacionales de derechos humanos y la flexibilidad prevista por el constituyente para la ampliación del catálogo de derechos. Sin embargo, cae en un error al intentar solucionar la legitimidad de las mutaciones con el cumplimiento de los requisitos propios del derecho consuetudinario.

En Colombia se encuentran autores como Echeverri (2016) que no ven plausibles a las mutaciones y son muy críticos dentro de sus obras con el papel arbitrario que realizan las cortes constitucionales al alterar cláusulas mediante



esta vía. Así mismo, en territorio colombiano se dio el principal desarrollo teórico de la región respecto de las mutaciones: la teoría dinámica-normativa propuesta por Carlos Alberto López Cadena (2007); se profundizará posteriormente debido a su trascendencia.

Dentro de la doctrina ecuatoriana, existe poco desarrollo sobre la mutación; Armijos (2013) habla sobre la plausibilidad de mutaciones de la Constitución del 2008, afirmando que la eficacia normativa y las competencias de la Corte Constitucional le facultan a esta para interpretar el texto y adaptar las reglas jurisprudenciales a la realidad de la sociedad. Igualmente hay breves descripciones teóricas en las obras de juristas como Ismael Quintana, Rafael Oyarte, Marcelo Guerra, entre otros.

Un análisis específico ha sido encontrado sólo en dos documentos: por un lado la tesis doctoral de Christian Masapanta (2020) quien acepta la existencia de la mutación constitucional en Ecuador y sugiere apegarse al paralelismo de las formas como mecanismo de legitimación democrática de estos cambios, abogando por una ratificación popular vía referéndum (pp. 389-390). El segundo es un artículo publicado por Mendieta-Ferán et al. (2020) quienes identificaron el mismo problema que se propone en esta investigación: los efectos mutativos de la sentencia No.11-18-CN/19.

En síntesis, varios de los puntos que se tratarán a continuación en el desarrollo de este trabajo ya han sido más o menos desarrollados por el constitucionalismo hispanoamericano. No obstante, hace falta un estudio específico respecto de la actualidad del sistema de derechos particular del Ecuador tras la sentencia No. 11-18-CN/19, que abrió las puertas a la alteración intensa del contenido normativo de los derechos sin necesidad de pasar por procedimientos reformativos y el alcance que tendrían las mutaciones en el país.

1.2 La Mutación Constitucional a Breves Rasgos

La mutación constitucional como fenómeno jurídico cobra relevancia dentro de un contexto donde la idea imperante en el sistema de Derecho Continental era el normativismo positivista; corriente difundida en el siglo XIX con la exégesis francesa y una especie de culto o pleitesía al texto escrito. Dicha concepción



irradió también los mecanismos mediante los cuales se entendía e interpretaba la constitución, originando los métodos originalistas y literalistas; no obstante, existía contraste entre este ideal de la preeminencia absoluta de lo normativo y la práctica estatal que muchas veces era contraria a la Constitución. Así, la mutación surgiría como una justificación a comportamientos *contra constitutionem* que se legitimarían a posteriori con el avance del tiempo.

Mientras tanto, el Common Law desarrollaba otras concepciones alejadas del culto a la literalidad, con una mayor apertura al momento de la interpretación sin apegarse estrictamente al texto y permitiendo una modificación más sencilla al texto. Estas ideas se desarrollaron de dos maneras: por una parte están las Constituciones flexibles, como en Reino Unido, donde se puede "reformular mediante el mecanismo empleado para dictar la legislación común, según el procedimiento de sanción de las leyes ordinarias" (Zarini, 2009, p. 43), Bryce (2015) observa esta flexibilidad como una virtud, siendo que las constituciones "pueden extenderse o adaptarse de acuerdo con las circunstancias, sin que su estructura se rompa" (p. 29).

La flexibilidad se hace aún mayor en este sistema dada la inexistencia de una Constitución escrita, sino que son las actuaciones parlamentarias y gubernamentales las que constituyen un tejido constitucional dinámico, en constante evolución y desarrollo. Si bien hay autores que abogaron por traer esas ideas al sistema Continental, esto causaría varios problemas en la práctica sobre todo en Estados con constitucionalismos inmaduros, donde sería caótico tener una Constitución que pueda ser alterada tan fácilmente. Quintana (2019) acertadamente señala que esta *elasticidad* lleva a la inestabilidad, dado que deja a cargo de las mayorías legislativas, de origen puramente político, que decidan sobre intereses incluso de minorías (p. 35).

La segunda vía ha sido trabajada en los Estados Unidos, país que sí cuenta con una Constitución escrita, que es de hecho sumamente rígida (siendo reformada sólo 27 veces desde su promulgación en 1787); esta cultura jurídica desarrolló el concepto de *living constitution* que, para Strauss (2010, citado en Carbonell, 2011), cambia con el paso del tiempo y se adapta a nuevas necesidades, prescindiendo de los cambios formales, mediante la figura de la interpretación



evolutiva de la Constitución (p. 187). Esto le ha dado una estabilidad envidiable a la Constitución estadounidense debido a que, gran parte del contenido de la misma, ha sido desarrollado por juezas y jueces, vía *informal amendments*, para actualizarla a nuevas necesidades y realidades sociales.

Esta propuesta tampoco está exenta de críticas, al otorgar enormes facultades a la jurisdicción que arbitrariamente podría tomar decisiones a nombre de toda una población, sin la debida legitimación democrática para hacerlo; las críticas han sido más fuertes cuando, a consecuencia de esta prerrogativa, el contenido constitucional se altera en contra de una aparente cosmovisión mayoritaria, como en el caso *Roe vs. Wade* de 1973 que despenalizó el aborto en Estados Unidos; el cual es controvertido hasta día de hoy. Respecto a esto López (2017) afirma que quienes defienden el principio democrático mayoritario consideran una limitación injustificada al legislador, y un atentado contra la democracia, el establecer una carta básica de derechos y confiar su cuidado a un órgano constitucional no democrático (p. 25).

Esos problemas serían heredados cuando estas ideas empiezan a ser estudiadas y usadas para explicar fenómenos que sucedían en el constitucionalismo del Derecho Continental a partir de finales del siglo XIX; estas concepciones tendrían aún más influencia cuando pasan a ser modelos y objetivos a seguir en la doctrina del siglo XX. El reto histórico para flexibilizar el sistema jurídico continental (y tomar puntos positivos del Common Law) fue y es salir de la exégesis, puesto que las Cartas Magnas desarrollaron procedimientos específicos y agravados en sintonía con la idea de perdurar su texto, punto que podría llevarnos a lo que criticaba Zagrebelsky (1995) al señalar a las leyes inmutables como instrumentos causantes de inestabilidad (p.38).

Pese al contexto supuestamente de predominancia de la norma textual, existían varios Estados donde las prácticas se alejaban por completo de la literalidad constitucional. Específicamente la Constitución del Reich, vigente entre 1871 y 1918, desencadenaría el desarrollo en territorio alemán y toda Europa. Laband sería el primero en proponer un concepto de mutación constitucional que se estudiaría, difundiría y ampliaría por toda Europa y América.



Laband (1895, citado en Sánchez Urrutia, 2000) hace hincapié en que, aun cuando las constituciones son "normas jurídicas en sentido estricto, la acción del Estado puede transformarlas sin necesidad de su modificación normal", de este modo "la esencia real del derecho del Estado plasmada en la Constitución puede experimentar una modificación radical y significativa sin que el texto constitucional vea alterada su expresión escrita" (p. 108). Su alumno Jellinek (1906, traducción de 1991) expresa que la mutación es "la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación" (p. 7).

En medio de la temporada posterior a la Primera Guerra Mundial Smend (1928, traducción de 1985) desarrolla la idea de dinámica constitucional donde la propia Constitución es una mutación constante en virtud de que "lo propio y característico de las fórmulas constitucionales es justamente su elasticidad y su enorme capacidad autotransformadora supletoria de sus lagunas" (p. 134). Esto es ampliado posteriormente por su alumno Dau-Lin (1932, traducción de 1998) quien entiende a la mutación como "la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro" (p. 29).

Luego sería Heller (1934, citado en López Cadena, 2007), quien amplía el contenido de la mutación como una función complementaria a la Constitución y determinaría que esta opera a través de principios, así la realidad puede incorporarse sin romper la norma *normarum* en el proceso; esto involucraría que todo cambio informal debería estar en armonía con los principios. El corolario de "ver en la ley no una letra muerta sino un tejido vivo capaz de reacciones nuevas ante la provocación de situaciones supervenientes" (da Silva, 1999, p.10) pasa a ser relevante desde Loewenstein (1957, traducción de 1979) quien reconoce el trasfondo sociológico detrás de los cambios informales y su necesidad en los Estados constitucionales, así:

se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional (...) se da en todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales. (p. 165)



Posteriormente la mutación aterrizaría en España con García Pelayo (1961, citado en Fernández Segado, 2013) quien la define como "aquella transformación constitucional en la que permanece invariable su texto, o dicho de otro modo, en la que se aprecia una incongruencia entre las normas escritas y la realidad jurídico constitucional" (p. 21). Pierandrei (1965) se centra en el ejercicio interpretativo de la jurisdicción, operando la mutación cuando por el devenir del tiempo la norma se mantiene inmutable y la realidad jurídica ya no es igual por lo que la hermenéutica debe darle otro sentido a la norma (pp. 102-103).

Hesse (1982, traducción de 1992) sostiene que la mutación "modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente" (p. 85). A la par Klaus Stern (1987), trabajando la mutación vía interpretativa, sugiere una doble óptica: primero identificar un problema de interpretación cuya naturaleza es inmanente a la norma y es consecuencia directa de la actividad humana. En segundo lugar, enfrentar un inconveniente de desconexión entre el Derecho constitucional y la realidad constitucional. Así las cosas, definió a la mutación como "un cambio en la aplicación de las normas constitucionales, de forma tal que a las palabras que permanecen sin modificar se les atribuye poco a poco un sentido distinto del que se les había atribuido originariamente" (p. 335).

De Vega (1991) no se alejó de las definiciones más tradicionales, para este autor "en términos generales cabría entender como modificaciones no formales del ordenamiento constitucional, aquellos cambios operados en el mismo sin seguir el procedimiento más agravado y difícil establecido para la reforma de la Constitución" (p. 179); criterio conservador que seguiría Martins (1992): "corresponde al fenómeno mediante el cual una Constitución sufre alteraciones parciales y pretensamente definitivas que no se fundamentan en la aplicación de las normas definidoras del régimen de revisión constitucional" (pp. 89-90).

Böckenförde (2000) suma que las mutaciones operan "cuando se modifica el contenido de las normas constitucionales sin que se produzca una transformación del texto constitucional" (p. 181). A todo lo anterior aportaría mayor profundidad Nino (1992) quien recuerda la intrascendencia del debate



sobre la legitimidad democrática de los órganos jurisdiccionales cuando estos limitaban a aplicación el texto tanto legal como constitucional sin analizar su contenido (p. 683). A ello respondería Zagrebelsky (2008) cuando incorpora:

la razón de ser de la justicia constitucional es una función anti mayoritaria, la cual limita -por así decirlo- la cantidad de democracia para preservar su calidad, para evitar que se transforme en un régimen ciego, rendido al mero número que puede todo lo que quiere, que cambia derechos. (p.102)

En tiempos recientes López Cadena (2009) se ha preocupado por desarrollar un concepto nuevo de mutación de la siguiente manera:

mutación significa una transformación intensa o radical en el contenido normativo de un derecho, sin que se advierta ninguna alteración en su tenor literal, donde normalmente dichos cambios son ocasionados o motivados por la evolución histórica de la sociedad donde las disposiciones despliegan sus efectos normativos, o también por la variación del criterio jurisprudencial por parte del juez en relación con unos hechos prácticos existentes, siempre dentro de los límites constitucionales. (p. 144)

También se une Carpizo (2011) quien define a este mecanismo como "la modificación que sufre la Constitución sin violarse sus principios y sin seguirse el procedimiento formal que ella misma señala para su reforma" (p. 548). Criterio seguido por Sant'Ana Pedra (2012): la mutación "consiste en un proceso informal de alteración de la Constitución, que no se encuentra previsto expresamente en el texto constitucional. Tal mudanza informal ocurre mediante el desenvolvimiento de la norma, aunque el texto constitucional permanezca el mismo" (p. 41). Goig (2013) retoma a la interpretación como mecanismo trascendental de cambio informal al mencionar: "se produce una mutación constitucional cada vez que uno de los poderes constituidos da a un precepto constitucional una interpretación diferente a la que inicialmente tuvo y no existen vías jurídicas para corregir esa nueva interpretación" (p. 287).

En el mismo caudal Häberle (2016) aporta:

La mutación constitucional a través de la interpretación, es decir, sin modificación expresa del texto de la Constitución, se produce de manera relativamente discreta y sin formalización. Por la sola vía de la interpretación, ya sea la de los tribunales, la de la práctica estatal, la de la opinión pública o la doctrina, o como producto de la combinación de ellas,



es que una norma constitucional puede adquirir un significado nuevo o diferente. (p. 59)

Finalmente, la propuesta teórica de Masapanta (2020) percibe a la mutación interpretativa como un mecanismo válido siempre y cuando sus resultados luego sean sometidos a consulta popular, cubriendo así el problema de la legitimación democrática. De modo que:

La mutación constitucional implica cambios implícitos y/o tácitos al contenido material de la Constitución, en este sentido, sin que se produzca una alteración al texto de la disposición normativa, los efectos prácticos en cuanto a su aplicación sustancial tienden a modificar el significado que le atribuyó el constituyente originario. (p. 38)

Una vez finalizado este ejercicio, quien dé lectura al trabajo presente podrá identificar que hay muchos elementos comunes en todas las definiciones, salvo distinciones bastante puntuales. Para dar mayor profundidad al análisis cronológico se analizarán cuatro teorías que, a criterio del autor, son fundamentales en el desarrollo teórico de la mutación.

1.3 Formalismo Constitucional: Jellinek

1.3.1 Antecedentes

Tiene origen en la Escuela Alemana de Derecho Público, con el objetivo de dotar conceptos propios al derecho público separándolo de la influencia del derecho privado; promulgaba la separación metódica entre la política y el Derecho, separando el estudio jurídico de lo fáctico. En 1871 entra en vigencia la Constitución del Reich alemán, naciendo así varios fenómenos extraños al constitucionalismo de dicha época; así las cosas, los juristas alemanes advierten de cambios en las Constituciones sin que exista un resultado material en el texto.

Paul Laband sería el pionero al desarrollar en sus textos un estudio descriptivo de estos escenarios en la vida constitucional del Reich. Este autor utilizaría el término *Verfassungswandlung* para referirse a los cambios en la Constitución sin necesidad de una reforma, así dedicaría su investigación a las modificaciones en este sentido que traían determinados actos legislativos.



Laband (1895, citado en Sánchez Urrutia, 2000) en su texto *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung* desarrolla los siguientes postulados acerca de la *Verfassungswandlung*: (i) las Constituciones pueden ser alteradas en su contenido orgánico sin requerir de modificaciones formales; (ii) hay tres mecanismos de mutación constitucional relevantes: la regulación legislativa, los cambios en elementos trascendentales del Estado mediante leyes inconstitucionales y usos o costumbres de los poderes públicos; (iii) los cambios informales son imposibles de controlar jurídicamente; y, (iv) la fuerza vinculante de la Constitución sería únicamente un "postulado de política legislativa".

1.3.2 Principales Postulados

La investigación del jurista alemán es crítica con la falta de interés durante dicha época en llevar a cabo estudios dentro del campo político, puesto que la realidad alemana estaría escapando de lo meramente jurídico. Sus estudios sobre la mutación constitucional los desarrolla en su texto *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, publicado originalmente en 1906, como una crítica al sistema parlamentario, gran parte de las conclusiones del autor buscan poner en tela de duda que el parlamento sea el único órgano capaz de defender los derechos, incluso lo califica como un órgano conservador.

Tomando distancia de dicha consigna personal, este texto contiene los pilares conceptuales de toda la teoría clásica de la mutación constitucional, identificando los principales caracteres de este fenómeno. Fundamental es la regla de Modestino: *Omne ius consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo* (en castellano "así pues, todo derecho lo creó el consentimiento o lo constituyó la necesidad o lo confirmó la costumbre" (Real Academia Española, 2020)).

Jellinek (1991) parte de la confianza que tiene la sociedad en ciertos grupos y su sabiduría para resolver determinados problemas, creando figuras teóricas como las del constituyente y legislador, quienes son vistos como entes que pueden sanar los males de la sociedad con la sencilla acción de crear normas. Este dogma no tendría en cuenta el elemento de la *necessitas* fruto de la dinámica socio-cultural y política que puede alterar el texto constitucional, cosa reflejada



en las fuentes tradicionales del derecho que olvidan este factor, creando la tensión entre la realidad fáctica y la situación normativa.

El constitucionalismo de ese entonces crearía otra entelequia: las leyes fundamentales no pueden ser modificadas salvo por los mecanismos que ellas mismas señalen; no obstante, estos procedimientos no se lograban en la praxis. Así, menciona el autor:

la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador. Y este lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida. Más bien se vuelve contra la misma norma. (p. 7)

Por ende, el factor de necesidad provoca que los mecanismos tradicionales sean insuficientes y que la misma supere al texto constitucional cambiando su sentido por completo. Hay dos componentes claves para este desarrollo: la ya mencionada necesidad y la pugna entre realidad y norma, estos permiten dar forma a una definición inicial de mutación como "la modificación que deja indemne su texto. Sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación" (Jellinek, 1991, p. 7). Así, en la obra de Jellinek se describen siete tipos de mutación:

Tabla #1. Mutaciones constitucionales según Georg Jellinek

Práctica Parlamentaria	Nace de preceptos constitucionales oscuros al ser aclarados por el legislador para uso en sede jurisdiccional. Este desarrollo puede ser inconstitucional en principio y posteriormente constitucionalizarse por necesidad.
Práctica Administrativa	Surge ante la inexistencia de control sobre actos de las autoridades públicas y el deficiente sistema de principios. Permitió alterar competencias cuando no se deseaba ejercerlas.
Práctica Judicial	El autor sostiene que vía litigio inter partes, dentro de procesos de juzgamiento de constitucionalidad, los jueces pueden dar paso a que su actividad interpretativa extienda la literalidad de la Constitución.



Práctica Constitucional	Son comportamientos reiterados y aceptados como lícitos y vinculantes; especie traída del Reino Unido donde existen las reglas constitucionales convencionales. Depende de que la Constitución no sea escrita.
Desuso de Facultades Estatales	El desuso de determinadas facultades devendría en la inexistencia de las mismas con el paso del tiempo. Jellinek niega su existencia al sostener que las competencias legales son imprescriptibles.
Lagunas Constitucionales	Ante la incapacidad del constituyente originario de prever circunstancias futuras, las lagunas constitucionales pueden colmarse vía mutativa mediante reconocimiento de Derecho Consuetudinario.
Reconstrucción Completa del Orden Estatal	Refundación total del marco constitucional vigente por el transcurso de largos períodos de tiempo que cambien los cimientos de una sociedad; no requiere de intervención legislativa.

Fuente: Síntesis de Jellinek (1991)

1.3.3 Análisis

La obra del alemán es poco sistemática, Sánchez Urrutia (1993) señala que es consecuencia de ser una conferencia luego transcrita, a raíz de ello los capítulos no siguen hilos conductores sino que la descripción mezcla los mecanismos de mutación con sus causas (p. 321). Al ser la primera obra exclusivamente dedicada al estudio de la *Verfassungswandlung* es sumamente importante para la investigación al actuar como punto de partida histórico para toda la doctrina del siglo XX.

Como se ha mencionado anteriormente hay dos ideas claves para entender la mutación: la necesidad y el choque entre realidad y norma, el fenómeno en estudio operaría cuando por el primer elemento, la necesidad, llega a superar la literalidad de la Constitución. Por consecuencia, surgen los cambios en el sentido de las disposiciones constitucionales sin que las mismas sufran reforma alguna; identificar este punto adelanta a Jellinek respecto de la doctrina de su época.



Otros problemas identificados y que cobrarían relevancia en el constitucionalismo europeo más tarde son: (i) la extrema dificultad de ciertos mecanismos reforzados que impiden la reforma de los textos constitucionales, siendo esto un obstáculo para que las Constituciones puedan actualizarse a nuevas realidades sociales; y, (ii) la insuficiencia de figuras como el legislador y el constituyente.

Georg Jellinek es sumamente criticado por limitar su obra a una descripción de casos donde para él operó la *Verfassungswandlung*, a costa de un desarrollo conceptual o teórico profundo; pese a que el autor señala la necesidad de hacerlo en el prólogo del libro. Dau-Lin (1998) manifiesta que el alemán se centró en demostrar que "las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar la distribución del poder estatal" y que "las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes independientemente de cualquier forma jurídica" (p. 107).

Esta investigación encuentra insuficiente la definición otorgada en la obra por basarse fundamentalmente en un elemento volitivo, ignorando por completo las ideas desarrolladas en capítulos posteriores. La mutación según la concepción de Jellinek no depende sólo de los poderes públicos y sus intenciones, sino que el elemento principal está en la necesidad que muchas veces es totalmente consciente llegando a legitimar con el tiempo prácticas inconstitucionales.

Finalmente, el alcance que tendría la mutación constitucional no es delimitado y podría anular la supremacía que debe tener la Constitución; el autor legitima prácticas inconstitucionales del Reich basado en un aparente sentir social que aprueba dichos hábitos, dejando puerta abierta a vulneraciones constantes del texto.

1.4 Dinamismo Constitucional Integracionista: Dau-Lin

1.4.1 Antecedentes

La Primera Guerra Mundial reconfiguró por completo el escenario europeo y sus efectos tuvieron especial repercusión en Alemania, principal perdedor del conflicto bélico, puesto que para mantener el Estado con vida tuvo que adoptarse a nuevas necesidades. En este contexto es creada la República de Weimar y se



promulga su Constitución en 1919, texto caracterizado por el reemplazo del sistema imperial por uno democrático además por el desarrollo pionero en materia de derechos, siendo verdadera luz en la evolución del constitucionalismo del siglo XX.

Cada vez quedaba más clara la intención del Derecho Continental de alejarse de la exégesis francesa y tomaban mayor relevancia postulados cercanos a la flexibilidad propia del Common Law. En este contexto surgen las teorías del dinamismo constitucional cuya base consiste en integrar la realidad en sus diversos conceptos (política, social, ideológica, etc.) al estudio de la teoría constitucional (López Cadena 2007, p. 90).

Quien iniciaría esta corriente fue Rudolf Smend, autor sumamente influenciado por la sociología, que alejó su estudio del positivismo imperante acercándolo a lo axiológico sobre todo con su teoría de la integración constitucional. Con esta el autor quiso integrar los elementos fácticos y normativos para finalmente alejarse de la extrema rigidez característica de la época (Álvarez Conde, 1999, p. 150). En consecuencia, el papel del Derecho Constitucional es reducido a positivar el mundo metafísico o de los valores que no alcanzan eficacia plena hasta adecuarse al mundo formal. Smend propone el movimiento constante de la Constitución como sinónimo de los cambios de origen informal y el papel fundamental del ejercicio interpretativo constitucional (Orozco Solano, 2008, p. 116).

A esto se suma la idea de integración del Estado con fenómenos propiamente políticos, propuesta teórica fortalecida con la necesidad de incorporar valores superiores a los ordenamientos jurídicos (García Roca, 1988, pp. 271-273). Así las cosas, Smend a primera vista se adelanta a la segunda posguerra, puesto que décadas antes del boom de axiologización constitucional este autor ya entendía a los valores como "elementos que, en lo fundamental, configuran la esencia y realidad del Estado, de tal manera que todo aquello que se añada a ellos en las Constituciones aparece como una serie de normas para su realización" (Smend, 1985, p. 104).

1.4.2 Principales Postulados



Hsü Dau-Lin refleja sus conocimientos profundos sobre la mutación en su obra *Die Verfassungswandlung* publicada en 1932. Este texto tendría limitada trascendencia en territorio alemán y la vida del autor en su totalidad es una incógnita; su obra tendría una segunda vida con la traducción de su texto al castellano, puesto que sería estudiada en España, México, Colombia y recientemente en Ecuador.

Dau-Lin (1998) parte de una crítica férrea al normativismo positivista, corriente que vació de contenido axiológico a las Constituciones de la preguerra, por ello empieza a darle relevancia al concepto de espíritu de la Constitución, idea que exige hablar de flexibilización. Esto conecta el derecho con los valores, de manera que busca expulsar el análisis totalmente formalista de la teoría jurídico-constitucional; Dau-Lin no considera un instrumento fiable al formalismo puesto que el mismo ya había alargado más de la cuenta su vida predominante en el Derecho, llevando al extremo de dotar a las Constituciones escritas de inmutabilidad absoluta.

Añade que existiría un acabose de la fe ciega en la rigidez cuando los procesos de cambio empiezan a salirse de lo establecido y las respuestas que podía dar el formalismo no son suficientes para explicar la *Verfassungswandlung* ni para compatibilizar la estabilidad con la elasticidad. Pese a la falta de recursos metodológicos del formalismo para explicar la mutación constitucional, el autor identifica tres respuestas que se propusieron dentro del Derecho Continental europeo: acercar la mutación al derecho consuetudinario, explicarlo como un símil de las *convention of the Constitution* inglesas y tacharlas de infracciones a la Constitución; parece obviedad señalar que ninguna es considerada suficiente.

Dado lo anterior, Dau-Lin propone un concepto propio que puede usarse en cualquier tipo de mutación indistintamente de su naturaleza; así sería "la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro" (Dau-Lin, 1998, p. 29). La idea propuesta es relevante únicamente para las Constituciones formales rígidas puesto que este es el origen de los obstáculos prácticos en forma de procedimientos reformativos agravados. El concepto tiene dos elementos: la norma y la realidad constitucional; de las formas en que se relacionen ambos se desprende:

Tabla #2. Resultados de la tensión entre norma y realidad constitucional

Validez de la Constitución: Coherencia entre norma y realidad		Mutación de la Constitución: Incoherencia entre norma y realidad (cuatro casuísticas)			
<i>Existe validez constitucional regular:</i> Realidad social sigue a la norma.	<i>Procedibilidad del cambio constitucional formal:</i> Norma sucede a la realidad social	<i>Práctica que formalmente no viola la Constitución:</i> realidad sin norma	<i>Imposibilidad de ejercer derechos estatuidos por las normas:</i> norma sin realidad	Realidad con norma: relaciones incorrectas	
				<i>Práctica anticonstitucional:</i> Realidad contradictoria con la norma	<i>Mutación interpretativa:</i> Realidad tergiversa la norma reinterpretándola

Fuente: Adaptado de Dau-Lin (1998, p. 31)

Del cuadro anterior, los tipos de mutaciones vienen determinados por los distintos escenarios de incoherencias entre la norma y la realidad constitucional. Así, existen cuatro tipos en la teoría de Dau-Lin:

a) Práctica Estatal que no Contradice Formalmente al Texto Constitucional

Nace de relaciones jurídicas que ignoran a la Constitución, abarcan espacios que no están regulados constitucionalmente y son verdaderas contradicciones entre el deber ser y el ser, deviniendo en tensiones con la ley fundamental en su totalidad. Estas mutaciones son consecuencia de la existencia de lagunas "auténticas"¹, al ser las Constituciones textos inacabados y que no pretenden jamás ser absolutos, existiría un espacio dejado por el constituyente originario para el desarrollo futuro acorde las necesidades de adaptación. Lo importante de las normas normarum son sus principios que dan salida para las modificaciones que requiera la Constitución en su sentido, sin que sea obligatorio acudir a la reforma. Entonces las mutaciones constitucionales son una consecuencia deseada por la misma norma normarum.

b) Imposibilidad de Ejercer Facultades Constitucionales

¹ Acorde Marschall von Biberstein (1927, citado en Dau-Lin, 1998) existen dos tipos de normas: (i) auténticas, cuando son normas culturales que tienen un juicio de valor, aprueban o rechazan una conducta y preceden a la normativa estatal; (ii) legales técnicas, cuando sirven para dar contenido a la legislación o mantener el orden social. De esta bifurcación surgen dos clases de lagunas: (i) auténticas, en este caso una respuesta siempre es posible dado que debe acudirse a la conciencia social; existen lagunas sólo en las leyes, pero el derecho es completo; (ii) legales técnicas, aquí no se puede acudir a la conciencia social para una respuesta, no existe un derecho completo, pero tampoco se habla de una ausencia de lagunas.



Ciertas facultades que otorga la Constitución a determinados poderes públicos desaparecerían debido a la imposibilidad de ejercerlas. La obsolencia de las proposiciones constitucionales vendría determinada por su validez filosófica-jurídica², si una disposición no goza de validez social, no tiene valor ni sentido, es mera letra muerta. Esta obsolencia es difícil de demostrar dado el potencial dentro del precepto para recobrar vida en cualquier momento con su aplicación. El autor reniega de la imprescriptibilidad y sostiene la irrelevancia de este potencial; para él lo que socialmente no tiene validez simplemente no existe y si en algún momento vuelve a cobrar vida sería a través de un precepto renovador.

c) Práctica Estatal Contradictoria con la Constitución

Reflejada en la expedición consciente de normativa inconstitucional con objeto de reformar la Constitución; es conocida también como reforma material. Existen tres tipos: (i) expresa, cuando se promulga una ley inconstitucional mediante decreto legislativo que en sus considerandos manifiesta su constitucionalidad y es aprobada por la mayoría prevista para la reforma; (ii) silenciosa, al cumplir con la mayoría prevista para la reforma pero no señalar expresamente su constitucionalidad; y, (iii) eventual, donde existe una ley inconstitucional que fue promulgada sin darse cuenta de su contradicción, este último escenario sería siempre inválido.

d) Interpretación

Encargada de cambiar el sentido de ciertos preceptos constitucionales acorde las necesidades sociales dinámicas de un Estado, negando la primacía del sentido originario. La realidad social llevaría a que, lo que un día fue Constitución, ya no lo sea en un futuro y que esta adaptación no necesite siempre de alterar el texto sino solo modular su sentido para regular circunstancias que han cambiado. Dau-Lin toma como modelo ejemplar el estadounidense donde el debate ya no estaría en los mecanismos de interpretación sino en los impactos que tiene al producir las llamadas enmiendas informales. El autor defiende que

² Mayer (1926, citado en Dau-Lin, 1998) distingue dos conceptos de validez: una jurídica-técnica vinculada con la existencia positiva de la proposición jurídica, siendo obligatoria por su producción y promulgación cumpliendo los requisitos legales y otra filosófica-jurídica ligada al sentimiento de obligatoriedad en el conglomerado social y su efectivo cumplimiento.



esta mutación es posible bajo el paraguas de la interpretación auténtica, que busca otorgar sentido a los preceptos mediante el entendimiento de todo su conjunto de reglas y principios.

Se recalca que la característica de realidad vital es el fundamento de la mutación en un escenario donde los avances tecnológicos, sociales y/o culturales son mucho más rápidos que el desarrollo del Derecho escrito; por lo que la *Verfassungswandlung* sería un fenómeno necesario. Finalmente, el autor se pregunta: ¿tiene límites la mutación? Señala que teóricamente deberían existir y ellos están en el propio entramado de normas y principios fundamentales.

1.4.3 Análisis

La obra de Dau-Lin propone una clara posición progresista en su visión del derecho, posicionándose contra el positivismo formalista que había significado, en varias ocasiones, el atropello de la sociedad en detrimento del respeto a la ley escrita. Dau-Lin se niega a ver a la norma *normarum* como un mero texto frívolo e incapaz de reflejar el sentir de la sociedad, en su lugar defiende una conexión de la Constitución con los valores que terminarían justificando la existencia de las mutaciones:

Si la singularidad valorativa del derecho constitucional se deduce como necesaria para la realidad estatal y así la mutación constitucional es algo permitido por la intencionalidad de la Constitución, entonces la mutación constitucional no es un quebrantamiento de la Constitución, ni simple regla convencional, sino derecho. Es derecho, aunque no concuerde con el texto de la ley; es derecho, aunque no pueda comprenderse y entenderse mediante los conceptos y construcciones jurídicas formales. Su funcionamiento jurídico se encuentra en la singularidad valorativa del derecho constitucional; en la llamada necesidad política; en las exigencias y expresiones de la vitalidad que se realizan al desarrollarse el Estado. (Dau-Lin, 1998, p. 166)

La cita anterior refleja una manera de entender al Derecho Constitucional que, aún a día de hoy, no es reflexionada ni interiorizada por quienes estudian la ciencia jurídica, la insuficiencia metodológica de las construcciones formales clásicas es un hecho que debe ser reconocido. La realidad social es condicionante de validez y evolución de las Constituciones, esta relación jamás



se puede invertir a riesgo de petrificar las normas *normarum* y convertirlas en papel inútil.

Respecto de los lineamientos generales de esta teoría existen inconvenientes que la hacen insuficiente para explicar los fundamentos, justificar las necesidades y conceptualizar a la *Verfassungswandlung*. Dau-Lin en sus esfuerzos por alejarse de las corrientes dominantes de su época busca un debate constante y no siempre justificado, cosa que limita mucho el desarrollo teórico personal. Una primera observación se dirige al concepto de mutación constitucional que no es un concepto como tal sino una descripción de la causa que lo provoca; al reducir la mutación a una incongruencia entre el texto constitucional y la realidad únicamente se detalla lo que sucede, pero no se conceptualiza el fenómeno jurídico.

Además, la idea de realidad constitucional jamás es profundizada en este estudio ni se determinan los elementos que forman parte de la misma; por ejemplo, dentro de un Estado laico ¿son parte de la realidad constitucional las concepciones religiosas? No existen respuestas a preguntas de este tipo.

Dentro de su obra el jurista minimiza la trascendencia de las enmiendas informales en el sistema norteamericano y lo denomina fenómeno de nulo interés para estudio teórico. Este trabajo deja en clara la discrepancia con este precepto puesto que los cambios constitucionales informales vía jurisdiccional ya eran una constante en los tiempos de Dau-Lin dentro del sistema norteamericano, desarrollando el papel de guardianes de la Constitución que les ha sido atribuido a las altas cortes. La Constitución de Estados Unidos ha mutado y este fenómeno se ha explicado mediante el concepto de *living constitution*, el cual también analiza Dau-Lin de manera poco clara.

Otro punto controvertido está en la mutación por imposibilidad de ejercer facultades constitucionales, los conceptos de validez jurídica-técnica y la filosófica-jurídica corresponden a las ideas de validez per se y eficacia respectivamente en el constitucionalismo actual. Dau-Lin llega a una conclusión



controversial: una norma obsoleta no existe en la realidad jurídica y requeriría de otro precepto para cobrar vida nuevamente. Un precepto constitucional obsoleto o ineficaz no deja de existir dentro en el mundo jurídico y parece más adecuada la precisión de Jellinek respecto a su imprescriptibilidad.

Otra problemática se presenta con las reformas materiales de la Constitución que permitirían legitimar leyes claramente inconstitucionales y reformas que no cumplen requisitos ni operan en el ámbito de la mutación, puesto que son actuaciones conscientes del poder público que buscan dolosamente saltarse los mecanismos agravados. Esto no es una mutación sino una grave infracción al sistema constitucional.

Por último, Dau-Lin no se preocupa de los límites a ninguno de los tipos de mutación propuestos, únicamente indica que es el propio sistema constitucional que actúa como el lindero insuperable a estos cambios, pero jamás desarrolla qué se debe entender como parte de dicho sistema. Tomando el concepto ambiguo de sistema constitucional podrían legitimarse modificaciones informales que atenten contra elementos y derechos fundamentales contemplados en las normas *normarum*.

1.5 Modificazioni Tacite della Costituzione

1.5.1 Antecedentes

La Segunda Guerra Mundial trajo consigo un cambio radical en el Reino de Italia, con consecuencias jurídicas relevantes para el presente estudio; al pasar por un proceso constituyente que cambiaría profundamente las bases del Estado italiano alejándose de la monarquía, enterrando finalmente al fascismo para pasar a un nuevo modelo estatal y de contenido fundamental a partir de la promulgación de su Constitución en 1947.

Cargar de contenido axiológico fue indispensable en este proceso de cambio de norma *normarum*, colocando a manera de pilares básicos varias ideas fundamentales relacionadas a la justicia, libertad, dignidad y el respeto estatal a los nacientes derechos humanos. Calamandrei (1955) recalca que el pensamiento de ese entonces estaba íntimamente ligado al valor de las



montañas donde murieron partisanos, la importancia de las cárceles y las horcas donde murieron sus compatriotas en la búsqueda de una República donde la libertad y la dignidad se aseguren a las generaciones jóvenes (p. 5).

Han pasado casi setenta y cinco años desde la entrada en vigencia de esta Constitución donde florece una singularidad jurídica parecida a la *Verfassungswandlung*. La doctrina italiana utiliza la expresión *modificazioni tacite della costituzione* cuya traducción al castellano corresponde a modificaciones tácitas de la constitución, para referirse a alteraciones en el sentido constitucional sin rastro en la literalidad; estas son una:

actitud diferente, a lo largo del tiempo, del ordenamiento supremo del Estado debido a actos o hechos capaces de cambiar de diversas maneras la función de los órganos constitucionales, aunque las normas que los configuran permanezcan formalmente inalteradas, o mejor aún, utilizando una fórmula más amplia: los cambios introducidos en las disposiciones de la ley fundamental sin que se reflejen en la modificación contextual de su texto escrito. (Fonti Castelbonesi, 1997)

En términos conceptuales la *Verfassungswandlung* y la *modificazioni tacite della costituzione* son totalmente equivalentes, únicamente alejados en su estudio por la poca repercusión continental que tuvo la doctrina alemana en los años posteriores a la promulgación de las primeras obras especializadas, salvo ciertas referencias encontradas en la obra de Biscaretti di Ruffia. La corriente italiana coincidencialmente centra su análisis en los principios fundamentales del texto constitucional como límites absolutos a la operatividad de la modificación tácita; varios autores italianos avanzan este concepto e incluyen en este corolario a los derechos fundamentales.

Puesto que no existe un solo autor en específico que desarrolle esta teoría, a continuación se encuentran sintetizados los postulados propuestos por cuatro autores: Paolo Biscaretti di Ruffia, Silvano Tosi, Constantino Mortati y Franco Pierandrei.

1.5.2 Principales Postulados

Fonti Castelbonesi (1997) detalla la existencia de una actitud legicentrista hipócrita al revestir de pureza inmodificable al texto mientras en la praxis se



realizaban cosas completamente distintas; solucionar este problema no era tarea fácil e involucraba abandonar el formalismo constitucional y entender la Constitución como un tejido vivo. Dicha idea requeriría de la existencia de ciertos cambios informales que, para Biscaretti di Ruffia (1966), no eran solamente un fenómeno nuevo de estudio sino parte esencial del derecho que debe ser reconocido para entender la realidad constitucional de un Estado (p. 60).

En un principio, la doctrina italiana también negaba la validez de las modificaciones tácitas por escapar de la regulación dada por el constituyente originario, postura que luego sería entendida como inútil ante una realidad donde incluso en las constituciones más rígidas siempre se presentaba este fenómeno (Biscaretti di Ruffia, 1973, p. 285).

Pierandrei (1965) las considera una discrepancia entre los actos o hechos constitucionales y las normas de la ley fundamental, lo cual deviene en cambios que no alteran la literalidad del texto (pp. 83). Silvano Tosi (1959) menciona que los cambios informales serían cualquier tipo de modificación dada en las disposiciones textuales de la norma *normarum* sin que estas se reflejen en lo escrito (p. 3). A manera de síntesis de todas las ideas aportadas durante esta época Fonti Castelbonesi (1997) explica:

El fenómeno de las modificaciones tácitas surge, por lo tanto, cuando con el paso del tiempo, aun en la inalterada permanencia de las fórmulas jurídicas, la realidad normativa se configura de un modo distinto al que antes, en un contexto en parte diferente, se creía deseado por las mismas normas; o cuando estas se aplican de un modo distinto al que su significado obvio e inmediato aún parece querer.

Los casos donde operarían modificaciones tácitas son poco estudiados por la doctrina italiana, por ejemplo Pierandrei sólo los estudia desde la óptica de la justicia constitucional y exclusivamente como una potestad jurisdiccional; por su parte Biscaretti di Ruffia (1966) sí distinguió dos tipos generales de modificaciones tácitas: (i) las surgidas por actos de producción normativa que contrarían el sentido literal de la constitución; y, (ii) aquellas obtenidas de hechos normativos que forman precedentes a seguir y obtienen vinculatoriedad (p 60).



Martines (2020) posteriormente ampliaría y mencionaría casos específicos para el escenario dual propuesto por Ruffia, así dentro de los actos normativos están leyes ordinarias, sentencias jurisdiccionales y reglamentos parlamentarios, mientras que dentro de los hechos normativos estarían las costumbres, convenciones y prácticas constitucionales además del desuso o inaplicación de facultades y/o preceptos (p. 373).

Con esta base teórica a continuación se analizan tres componentes importantes que tendría la modificación tácita en cualquiera de los escenarios en los que se presente: sus fundamentos, límites y el papel de los tribunales constitucionales.

a) Fundamentos

La doctrina señala principalmente dos razones que legitimarían la existencia de las modificaciones tácitas: primeramente, sería la permanencia temporal que busca darle el constituyente originario a la Constitución que exige su compatibilización con la dinámica social, de manera que se eviten choques o imposiciones intergeneracionales; al respecto, Biscaretti di Ruffia (1973) sostiene que una Constitución busca "regular la vida de una sociedad humana en constante progreso" (p. 273).

La segunda razón radica en la existencia de lagunas por auténticas imprevisiones del constituyente originario, las cuales deben ser colmadas ya sea mediante los mecanismos formales de revisión o con la acción de las modificaciones tácitas que serían el medio idóneo para que una norma *normarum* se mantenga a la par de la realidad constitucional.

b) Límites

La fuerte base axiológica de la Constitución italiana tuvo gran influencia en el desarrollo de los límites implícitos, siendo estos el sistema de principios reconocidos constitucionalmente y que dan sentido a la norma *normarum* en su conjunto; estas son auténticas barreras que actúan de manera similar a las cláusulas pétreas, puesto que su efecto es la inmodificabilidad de determinadas materias. Para Pierandrei (1965) los principios, al representar objetivos sociales



fundamentales, determinan los límites implícitos insuperables a todos los procedimientos de revisión, sean estos formales o modificaciones tácitas (p. 95).

Paralelamente Tosi (1959) defiende la idea de que una modificación tácita jamás podría violar la Constitución en sus elementos esenciales ni atentar contra el núcleo del Derecho Constitucional garantizado positivamente; las modificaciones tácitas son válidas siempre que refuercen sus principios, por ello la modificación tácita debería denominarse "a la" y no "de la" Constitución (pp. 3-6, 63). En consecuencia, cualquier modificación a esta parte esencial sería para Mortati (1962) una caída del orden constitucional. Así cobra relevancia un corolario aún presente en el constitucionalismo actual: la defensa del espíritu de la Constitución³, acción que requiere una coordinación con la dinámica social y un rol fundamental de los tribunales constitucionales.

c) Papel de los tribunales constitucionales

Pierandrei (1965) indica que aún si existiese un órgano específico para garantizar la supremacía constitucional esto de ninguna manera eliminaría la existencia de modificaciones tácitas pero ayudaría a reducir riesgos de un quebrantamiento constitucional; bajo la consigna *the Constitution is what the judges say it is* (Biscaretti di Ruffia, 1973, p. 286) se habla de los tribunales constitucionales como los órganos calificados para controlar este riesgo. El papel de la justicia constitucional pasaría a ser de creadora permanente de la Constitución.

Esta característica es sumamente polémica por dos razones: su interferencia con el papel del legislador y el alcance de su ámbito de aplicación; la primera engloba un temor porque esta aparente suplantación de roles devendría en la destrucción de la seguridad jurídica y la supremacía constitucional. En respuesta Fonti Castelbonesi propone entender las actividades hermenéuticas y legislativas desde una perspectiva cronológica, así en una primera instancia se promulga la norma (sea constitucional o infraconstitucional) y en un acto posterior interviene

³ Con el término "espíritu de la Constitución" hacemos referencia al sentido otorgado por Guastini (2014), para quien este *criterio de identidad* está "dado por el conjunto de los principios fundamentales (más bien <<supremos>>, como se suele decir) que la caracterizan y la distinguen de otras constituciones" (p. 322).



la interpretación; la última es un instrumento que sólo actúa al existir positivamente un tejido normativo. Es decir, la tarea del legislador habría concluido y el intérprete solamente identificaría sentido en normas que ya existen, aclarándolas o desarrollándolas.

La cuestión del ámbito de aplicación y el trazamiento de límites requiere de mayor análisis; a priori los límites específicos a la mutación vía interpretativa son los mismos que rigen a las modificaciones formales, el núcleo duro o espíritu de la Constitución sigue primando como parámetro fundamental a ser respetado. Para cumplir irrestrictamente esta diferencia, la hermenéutica constitucional jamás puede influenciarse del contexto político, sino que debe resolver en precisa observancia de los criterios propios de la dogmática jurídica.

Por otra parte, esta actividad también debe contar con determinada flexibilidad para analizar la realidad social que rodea al precepto constitucional y su armonía con todo el sistema, análisis contextual que se endurece al versar sobre derechos fundamentales. Si está en juego interpretar preceptos que contengan derechos fundamentales es obligación del tribunal constitucional determinarlos en coordinación de todo el sistema y su relación con el sistema de principios y normas constitucionales, jamás con la norma aislada como base única.

Fonti Castelbonesi propone un esquema para esto: primero se investiga el sentido literal, analizando conceptualmente las palabras utilizadas para entender el espíritu originario del constituyente, así se identifica el significado original del precepto que debe ser comparado con el esquema axiológico global que propone la Constitución, a partir de este resultado se puede comparar con lo exigido por la realidad social. Estos criterios trazan los primeros bosquejos de la interpretación evolutiva de la Constitución en el Derecho Continental, vinculando por fin las necesidades político-culturales a la actividad jurisdiccional.

Una interpretación en este sentido favorecería la resolución de todo tipo de conflictos en el sistema, ya sea que se necesite aclarar el sentido o alcance de normas imprecisas u oscuras, se requiera determinar el alcance de conceptos jurídicos indeterminados o para la resolución de choques entre normas constitucionales o de estas con los principios. Cabe recalcar que esta es una



característica específica del Derecho Constitucional por su naturaleza distinta al resto de ramas jurídicas.

Ahora, este rol de guardián de la Constitución exige de la sociedad ciertas flexibilidades como una confianza casi ciega en los tribunales jurisdiccionales; al respecto, Mortati (1940) plantea que si las modificaciones tácitas están respaldadas por la jurisdicción constitucional esto es suficiente para considerarlas válidas (p. 171). Además, para Biscareti di Ruffia (1988) el prestigio que cobija a estos tribunales sería razón de peso para dar por sentado que los límites no serán sobrepasados (p. 689).

Esto deviene en la existencia de límites autoimpuestos por los tribunales constitucionales quienes realizan una interpretación de cierre o tienen la última palabra sobre la norma fundamental; este órgano incluso estaría revestido de legitimación democrática en vista de que la evolución histórica transformó la jurisdicción constitucional, pasando de ser un mecanismo de limitación a los órganos de elección popular a verdaderos instrumentos de defensa de la democracia, sobre todo de derechos de las minorías.

Finalmente, para representar también las opiniones divergentes de la sociedad frente a casos de modificaciones tácitas vía interpretativa Mortati (1964) propone la figura del *dissent*, originada en el sistema de Common Law estadounidense; a través de esta, las y los jueces constitucionales pueden formular sus desacuerdos con la opinión mayoritaria del tribunal plasmada en la sentencia. En consecuencia se desarrollaría una jurisprudencia evolutiva que generacionalmente no deja atrás ninguna de las ideas que tenía una sociedad en determinado momento, mitigando el riesgo de que las jurisdicciones constitucionales petrifiquen sus precedentes (p. 857).

1.5.3 Análisis

En primer lugar, se resalta la importancia de entender a la Constitución como un tejido vivo, dinámico y en constante construcción. Es evidente la importancia de los esfuerzos italianos para reconocer la existencia de una Constitución vigente que se encuentra por fuera del texto y que es inspirada por el componente



axiológico vinculado a la dinámica social. Estas ideas propias de la segunda posguerra inspiraron a que se deje de ver a la norma *normarum* como un instrumento liberal cuyo único propósito es la división de poderes, pasando a ser necesaria una evolución en su contenido para abarcar derechos y herramientas que los protejan.

Respecto de los límites, todo mecanismo de cambio constitucional debería tener barreras específicas que no puedan romper, de manera que no se provoquen quebrantamientos constitucionales. Las ideas del espíritu de la Constitución, junto al núcleo duro, los principios y derechos fundamentales constituyen esta barrera que en teoría es infranqueable, pero en la práctica se dificulta su aplicación por la indeterminación de dichos conceptos.

Quizá la única luz clara que otorga esta teoría es la inclusión de los derechos fundamentales dentro de lo que debe ser considerado como limitante a las modificaciones tácitas además del estudio específico de la vía hermenéutica como protagonista en las alteraciones informales de la Constitución. Finalmente, se insiste en la peligrosidad de adoptar la postura italiana a rajatabla puesto que si se sigue totalmente esta fe ciega en aparentes "entes supremos" posiblemente se llegue a los resultados que medio siglo antes había criticado Jellinek del papel del legislador: insuficiencia para estudiar todo lo que sucede en nuestra vida constitucional.

1.6 Teoría Dinámica-Normativa: López Cadena

1.6.1 Antecedentes

López Cadena critica a toda la teoría clásica -entendida por este estudio como todo lo que antecede al desarrollo del presente autor- e identifica problemáticas claves a ser resueltas por la teoría dinámica-normativa a fin de hacer compatible la mutación con el constitucionalismo actual. El corolario pilar de la teoría clásica recae en otorgar efectos idénticos a la mutación respecto de los que tiene la reforma constitucional, esto como consecuencia de entender a la mutación como una reforma informal (sin pasar por los mecanismos agravados). Este fenómeno actúa al existir una incongruencia entre lo fáctico y la literalidad del texto constitucional que, por necesidad adaptativa de la Constitución, deviene en la



modificación del contenido normativo de un precepto de la norma normarum sin dejar rastro material (López Cadena, 2007, pp. 130-132).

Con este concepto clásico existirían cinco problemas: el ámbito de mutación, el contenido normativo, la realidad constitucional, la clase de cambio en el contenido normativo y su inadecuación a los fundamentos del constitucionalismo actual (López Cadena, 2007, pp. 130-164; 2009, 131-143).

Del primer tópico se precisa que la teoría clásica no ha podido responder con claridad cuál es el espacio jurídico donde actúa la mutación constitucional; esta sencillamente sería otra manera en que opera la reforma, pero sin la utilización de los mecanismos agravados que establece el propio texto constitucional. Esto presenta ciertos inconvenientes: (i) uno respecto del sistema de derechos, puesto que las ideas de la teoría clásica atentan directamente contra la seguridad jurídica, al permitir que en cualquier momento la jurisdicción constitucional altere el contenido de un derecho bajo una reforma informal, con el riesgo de convertir los Estados Constitucionales en Estados Judiciales.

Otro se identifica puesto que (ii) las competencias se verían controvertidas dado que las Cartas Magnas no otorgan prerrogativa a las Cortes Constitucionales para realizar reformas; por último, (iii) igualar los efectos de la mutación a los de la reforma agrede directamente al principio democrático puesto que solamente la ciudadanía o sus representantes pueden ejercer el poder constituyente para la reforma de texto.

Con respecto al contenido normativo de los derechos, López Cadena critica la nula importancia dada a su desarrollo por parte de la teoría clásica, salvo Lucas Verdú quien tomaría ideas de Konrad Hesse para sostener la existencia dentro de un sistema bicéfalo en el análisis de la sustancia normativa: el texto y la realidad constitucional. Esta respuesta es la única y posteriormente se encuentra un vacío completo en el desarrollo de lo que constituiría el elemento fáctico de la realidad constitucional; esto tiene como consecuencia la imposibilidad de determinar qué ha cambiado al operar una mutación y así sería imposible determinarle límites.



Lo mencionado deviene en el tercer tópico: la realidad constitucional, el colombiano es enfático al señalar que no existe un desarrollo unánime y a priori estaría configurada por datos fácticos, que contienen un montón de factores sociales, culturales, ideológicos, políticos, religiosos que tienen influencia sobre el texto constitucional y llegarían a alterarla.

Al tratar el cuarto tema, la clase de cambio en el contenido normativo, López Cadena hace un recuento histórico y concluye que existe un solo elemento mutuo en todas las teorías de la mutación: entenderla como una modificación del sentido sin tocar el texto. El inconveniente nace en la incapacidad teórica de explicar la naturaleza jurídica de dicha modificación que deviene en confusiones con otro tipo de alteraciones que no tienen la misma naturaleza, como interpretaciones extensivas o evolutivas.

Finalmente, el colombiano enfrenta la teoría clásica de la mutación constitucional a los tres pilares que él considera fundamentales en el actual Estado constitucional: fuerza normativa, supremacía y rigidez. En los siguientes términos:

Una idea de Constitución desde estos tres elementos obliga a entenderla como un conjunto de disposiciones jurídicas con fuerza normativa, que se encuentran ubicadas en la parte más alta o superior del ordenamiento jurídico, que limitan al poder sometándolo a un orden reglado, que reconocen y garantizan derechos fundamentales a los ciudadanos y que proveen un procedimiento agravado para su reforma. (López Cadena, 2009, p. 11)

La fuerza normativa debería entenderse como una proyección de la norma *normarum* para regular las conductas humanas y de los titulares del poder, reemplazando a la mera voluntad como ejercicio del poder público; se encuentran dos dificultades entre este elemento y la mutación: (i) lo fáctico no puede superponerse a lo jurídico sin lesionar directamente la fuerza normativa de la Constitución; (ii) la jurisdicción constitucional no tiene la competencia para reformar informalmente, no puede arrogarse funciones arbitrariamente sin violar el sistema fundamental.



En cuanto la supremacía esta es una característica por la cual todo el ordenamiento jurídico debe estar en armonía con la ley fundamental y no puede contradecirla; esta es formal (al ser la Constitución la cual determina los procedimientos legislativos) y material (su contenido debe ser respetado y desarrollado, jamás contrariado). La supremacía también sería gravemente vulnerada por la mutación constitucional desde una visión clásica, puesto que aceptar que la jurisdicción u otros operadores políticos pueden reformar el texto constitucional se estaría aceptando una conducta inconstitucional como superior a la Constitución; en última regla, se encontraría un Estado donde la Constitución estaría formada por la palabra del tribunal constitucional o demás poderes públicos.

Finalmente, la rigidez se ve transgredida al momento que se igualan los efectos de las mutaciones a los de los cambios constitucionales formales.

La teoría dinámica-normativa que propone el colombiano encuentra base en todas estas falencias que requieren ser compatibilizadas con el constitucionalismo latinoamericano del siglo XXI. Los derechos fundamentales son para el autor un punto vital en el constitucionalismo del sur y su cambio informal debe estar debidamente desarrollado y por ende, limitado.

1.6.2 Principales Postulados

La mutación implica una conexión del Derecho constitucional textual (a esto se denominaría la parte *normativa*) con la realidad constitucional (la faceta *dinámica*). Unir estos dos elementos establece la necesidad de límites que no pueden ser rebasados por lo dinámico. En esta relación lo fáctico jamás debería superar a lo jurídico, sino que el autor entiende a la realidad como parte misma del derecho; esto bajo la premisa de que la realidad constitucional no es un factor ajeno, sino que integra el contenido normativo de los derechos.

Con estas ideas, se propone un concepto de mutación como:

Una transformación intensa o radical en su contenido normativo, sin que se advierta ninguna alteración en el tenor literal de las normas que los regulan o establecen, donde normalmente dichos cambios son ocasionados o motivados por la evolución histórica de



la sociedad donde los derechos despliegan sus efectos normativos o, también, por la variación del criterio jurisprudencial por parte del juez en relación con unos hechos prácticos existentes, siempre dentro de los límites constitucionales. (López Cadena, 2007, p. 166)

En este contexto, el autor enfrenta su concepción de la mutación a los mismos problemas que fueron analizados previamente: el ámbito, el contenido normativo de un derecho, la realidad constitucional, la clase de cambio en el contenido normativo y finalmente su compatibilidad con la base tripartita del constitucionalismo actual. Este esquema es propuesto por López Cadena en su tesis doctoral de 2007 (pp. 168-218) y un subsiguiente artículo académico de 2009 (pp. 145-158) donde desarrolla las ideas principales de la teoría dinámica-normativa.

Respecto del ámbito de la mutación, el autor hace énfasis en el error de equiparar la mutación a una reforma informal, separar conceptualmente estas dos instituciones permiten la determinación del ámbito de acción de la mutación, el cual sería residual respecto de lo que no puede tocar la reforma. Esta idea se explica bajo la lógica en la que se construyen los mecanismos de cambio formal: la Constitución especifica determinadas materias intocables (vía cláusulas pétreas o de intangibilidad) dejando todo el resto como objeto reformable.

Las mutaciones operarían entonces sólo dentro de las materias intocables para la reforma y su límite es la Constitución como sistema en su totalidad. Así entonces, los problemas que acarreaba la concepción clásica son superados de acorde el siguiente orden lógico: (i) no existe falta de certeza para el sistema constitucional respecto del alcance de las mutaciones vía jurisdiccional, puesto que el proceso mutativo está limitado por el engranaje de la norma normarum en su conjunto; (ii) no hay necesidad de justificar la competencia reformativa de los tribunales constitucionales dado que no la tienen; y, (iii) no se lesionaría el principio democrático, por el cual la población es titular del poder constituyente, en virtud de que este jamás ha sido encargado a las y los operadores jurídicos.

Pasando al segundo tópico, el contenido normativo de los derechos estaría conformado por todo lo que lo constituye dentro de su esfera jurídica, incluyéndose aquí factores normativos y fácticos. Esto es lo que permite en



última instancia distinguir entre lo que integra jurídicamente a un derecho de lo que no; esto sin embargo no siempre está claro dentro de la vida constitucional de un Estado dado que depende del grado de desarrollo que tenga una Constitución conforme pasen los años a partir de su promulgación. Por lo tanto, el contenido normativo es un proceso evolutivo determinado por las siguientes etapas:

1) El "*sentido amplio*"

Este momento corresponde a las fases iniciales de una Constitución, es decir lo posterior a su promulgación y en este contexto el contenido normativo generalmente es indeterminado. El contenido se compone teóricamente por dos elementos: lo jurídico (integrado por el precepto constitucional que lo contiene, los principios constitucionales, disposiciones constitucionales relacionadas y el bloque de constitucionalidad) y la realidad constitucional (que engloba hechos prácticos y las ideologías) del momento constituyente.

La indeterminación del contenido dentro del momento inmediatamente posterior al constituyente recae en que el derecho no tiene un concepto concreto o específico, sino que este es sumamente amplio e incluso vago. Esto no limita bajo ningún concepto la eficacia de los derechos, pero sí reduce las posibilidades de que se lleve a cabo una mutación.

2) El "*sentido estricto*"

Cuando ya ha pasado un lapso de tiempo prudente desde la entrada en vigencia de una ley fundamental se estima que existe una mayor delimitación y concreción del contenido de los derechos constitucionales. El referido contenido ahora estaría conformado por los mismos bloques de la etapa anterior, pero con mayor amplitud en el elemento jurídico donde se sumarían leyes de concreción, normas infraconstitucionales relacionadas y las sentencias emitidas sobre la materia. Esto hace plausible la existencia de mutaciones.

Para finalizar este análisis López Cadena explica la necesidad de incluir la realidad constitucional (tanto los hechos como las ideologías) en el análisis que realizan los tribunales constitucionales para conceptualizar un derecho. El



fundamento estaría en que al momento de reducir el análisis a lo textual, las y los jueces no evitarían la introducción de sus posturas éticas personales para comprender la dimensión fáctica del derecho. Para contrarrestar este peligro las Cortes Constitucionales deben estudiar al elemento práctico con herramientas que les permitan mantener una determinada neutralidad como: audiencias públicas, visitas in situ, estudios de campo, informes técnicos, entre otras.

El análisis anterior regresa a la indeterminación del concepto de la llamada realidad social o constitucional; términos que son definidos y diferenciados en el análisis de López Cadena. La realidad social constituiría todo aquello que sucede dentro de un grupo social en un contexto espacio-temporal determinado, surgida por la interacción interpersonal en sus diversos componentes: sociológicos, políticos, económicos, ideológicos, jurídicos, religiosos, etc. Por otra parte, la realidad constitucional es aquella que es relevante para el sistema fundamental de un Estado y que está dentro del contenido normativo de un derecho; es decir, la realidad social es el género mientras que la constitucional es una especie. Toda realidad constitucional es una realidad social pero no toda realidad social es una constitucional.

Ahora, esta realidad constitucional no es absoluta ni sempiterna; cabe recordar que el contenido normativo de los derechos varía con el tiempo por consecuencia del carácter historicista de los mismos, cuyo reconocimiento depende en mayor medida de procesos sociales y valores ideológicos predominantes siendo resultado de la historia humana. Los derechos al ser consagrados en las Constituciones suelen representar aspiraciones comunes de determinada sociedad en el momento constituyente; esta realidad estando conformada por dos elementos: los hechos prácticos (lo que ocurre en una sociedad, como el boom tecnológico del siglo XXI) y las ideologías (ideas que sustentan a los hechos, como la globalización).

Estos dos componentes fácticos cuando cronológicamente corresponden al momento de promulgar la Constitución es llamada realidad constitucional originaria. Frente a esta se encuentra otra faceta: una realidad constitucional expectante, que es toda realidad social (hechos prácticos o ideologías) que en un futuro puede estar en sincronía con el sistema constitucional y podría



reconocerse como integrante del contenido normativo; no es algo que exista ahora, sino es una expectativa con base en la dinámica social.

El cuarto punto, el tipo de cambio en el contenido normativo, es desarrollado por el concepto de cambio *intenso o radical* en el contenido normativo; la intensidad vendría determinada gradualmente por la fuerza con que opera la modificación. Para esto el autor presenta un ejemplo: un cambio no intenso sería aquel por el cual se extiende la protección del derecho a la intimidad (que originalmente contemplada únicamente la no divulgación de fotos sin autorización en medios impresos) a los medios informáticos como Internet; esta sería una viva representación de una interpretación extensiva o evolutiva, carente de la fuerza para ser considerada una mutación. Por otra parte, un cambio intenso estaría en casos como el reconocimiento del matrimonio igualitario vía jurisdiccional, dado que existe una alteración *radical* en el contenido normativo del derecho a contraer matrimonio.

Por último, el análisis de compatibilidad de la teoría dinámica-normativa con los tres fundamentos del Estado Constitucional se resume en lo siguiente: (i) cuando una mutación está dentro de los linderos constitucionales y es separada de la institución "reforma", la Constitución no ve lesionada su fuerza normativa; (ii) la supremacía de la ley fundamental tampoco se ve alterada si el proceso mutativo acata los límites que le impone la carta magna, jamás colocando lo fáctico como superior a la norma *normarum*, sino como subordinada formal y materialmente; y, (iii) superando la confusión entre reforma y mutación se respeta la rigidez, dejando intactos los mecanismos agravados para la revisión formal (López Cadena, 2007, p. 197).

Con los pilares anteriormente desarrollados, el autor se centra en lo que denomina como interpretación mutativa de derechos, actividad exclusiva de los tribunales constitucionales en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales. Entender esto requiere de recordar la naturaleza *sui generis* de la interpretación constitucional, esto por su conformación conceptual mixta en constante tensión: con un componente político que debe coexistir con su contraparte jurídica.



Cabe recordar que la "Constitución no es un pacto suicida sino, por el contrario un pacto que hace posible la convivencia social y, por ello, la interpretación constitucional para mantener vigencia y utilidad social debe permitir la supervivencia y prosperidad de la sociedad" (Murphy, 1986, citado en Hoyos, 1998, pp. 31-32). Por ende, sus objetivos políticos no siempre pueden ser satisfechos con los mecanismos jurídicos tradicionales de interpretación y se requieren componentes específicos para la hermenéutica en esta materia.

Hay tres postulados cruciales para fundamentar esta diferenciación: (i) uno objetivo, en tanto la Constitución como producto jurídico es conceptualmente distinta a la ley; la primera reconoce un proyecto de sociedad y un catálogo de derechos, la segunda en cambio busca regular comportamientos de las y los individuos y sus relaciones; (ii) uno subjetivo, puesto que la Constitución busca una amplitud de intérpretes distinguidos por los efectos, dentro de este sistema los tribunales constitucionales son los intérpretes auténticos para garantizar la supremacía y fuerza normativa de la ley fundamental; y, (iii) uno teleológico, debido a que la interpretación constitucional debe defender el sistema fundamental, su entramado axiológico y su supremacía; mientras que la interpretación tradicional de la ley tiene la misión fundamental de resolver conflictos (Pachano, 2002, p. 76).

Siguiendo el orden lógico, la hermenéutica del texto constitucional puede producir efectos ajenos al caso concreto o a la aplicabilidad literal, dado que su rango de acción envuelve a todo el ordenamiento jurídico por efecto de su fuerza normativa y supremacía. Esto lo desarrolla Atienza (2016) en los siguientes términos:

(...) la interpretación constitucional es, así, una interpretación superior a la de las otras normas; o, si se quiere decirlo de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución. (p. 125)

La presencia dentro del entramado constitucional de distintos tipos de preceptos jurídicos (reglas, principios y valores) suma mayor complejidad al momento de que las y los operadores jurisdiccionales realicen interpretaciones. Dicha



insuficiencia demanda la creación y utilización de conceptos, metodologías y herramientas propias a la interpretación constitucional. El hecho de que la Constitución contenga un sistema de derechos es suficiente razón para aceptar las necesidades específicas de su interpretación. López Cadena (2007) menciona que “ (...) mediante este mecanismo la Corte Constitucional debe extraer del contorno jurídico de un derecho o del sistema de derechos una norma aplicable al caso concreto” (p. 271).

El objetivo principal de la interpretación de derechos estaría encaminado a encontrar una solución idónea al conflicto para lo cual la Corte debe extraer normas implícitas del contenido normativo del derecho o del sistema de derechos en su integralidad. Así, la interpretación constitucional de los derechos requiere que el intérprete auténtico tenga como norte la protección y vigencia de los mismos, mientras observa exhaustivamente tanto el componente eminentemente jurídico de un derecho (normas de concreción, jurisprudencia, bloque de constitucionalidad, etc.) como su elemento fáctico (los hechos prácticos e ideológicos) para así extraer tanto un concepto del derecho en juego como una norma destinada a resolver el conflicto.

El concepto de interpretación mutativa de derechos puede extraerse una vez que se complementan las definiciones de interpretación constitucional de un derecho (entendida como la extracción de una norma aplicable del contenido normativo de un derecho o del sistema constitucional en su integridad) con el de mutación de un derecho (siendo un “cambio o transformación intensa o radical en su contenido normativo, sin que se advierta ninguna alteración en el tenor literal de las normas que los regulan o establecen” (López Cadena, 2007, p. 273). Así, se obtiene la siguiente propuesta:

(...) una interpretación mutativa de un derecho fundamental, significa el proceso mediante el cual la Corte Constitucional, haciendo uso del mecanismo hermenéutico, es decir, cuando ha comprendido su contenido normativo (el sentido de las normas explicitadas y de la realidad constitucional), considera que debe adscribir una norma al caso concreto a resolver, en el que dicha norma adscrita produce un cambio intenso o radical en el contenido normativo del mismo derecho sin ninguna alteración de su tenor literal, por causa de la propia iniciativa interpretativa de la Corte o porque mediante su interpretación ha receptado o acogido



dicho cambio intenso acaecido en otra fuente normativa, siempre dentro de los límites constitucionales. (López Cadena, 2007, pp. 273-274)

De este concepto se pueden extraer dos tipos de mutaciones por vía interpretativa: (i) una generadora, que produce el cambio intenso mediante el cambio de criterio jurisprudencial; y, (ii) otra receptora que reconoce como válido un cambio intenso o radical que ha operado desde la realidad constitucional.

Anteriormente se identificó una apatía o falta de profundidad en el desarrollo de límites a la mutación por parte de las distintas teorías estudiadas; hablar de la Constitución como límite termina siendo sumamente inoperante al no trazar límites específicos, sino que queda al completo arbitrio del operador jurisdiccional, al menos cuando se habla de este concepto como límite aislado, por ende es insuficiente; similar problema sufre la idea del sistema axiológico, del catálogo de derechos fundamentales o del contenido esencial de los mismos.

Por ende, ante esta falta de explicaciones desde la denominada teoría clásica, López Cadena (2007) encaja la problemática de los límites dentro de la faceta normativa, al estar íntimamente ligada con la preservación de los tres pilares del constitucionalismo actual y la idea de seguridad jurídica dentro del sistema fundamental. La propuesta del colombiano se centra en controlar el potencial mutativo durante la actividad hermenéutica de los tribunales constitucionales tomando en cuenta: (i) la inaplicabilidad de los límites tradicionales: implícitos, explícitos, cláusulas de intangibilidad y pétreas, lo que deviene en un margen de apreciación reducido para la mutación frente a la amplitud que pueden tener los mecanismos formales; (ii) la aplicabilidad general de los límites de la interpretación constitucional en general.

En consecuencia, el autor propone un sistema bipartito de límites que "no son absolutos o categóricos" sino únicamente marcan lineamientos generales y en constante desarrollo, que deben ser observados por las y los operadores constitucionales; así, los límites pueden ser generales, cuando son aplicables a la interpretación en general, como también específicos, con el objeto de regular únicamente a la interpretación mutativa (pp. 345-346, 348-349).

a) Generales.



Basándose en la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, López Cadena (2007) expone nueve límites generales de la hermenéutica constitucional aplicables al escenario mutativo (pp. 349-360):

- Tres Pilares Fundamentales de la Constitución:

Una interpretación mutativa no puede saltarse la fuerza normativa de la ley fundamental, alterando el sistema que permite su aplicación jurisdiccional directa. Tampoco es compatible con alteraciones en la supremacía constitucional, en el sentido que no puede tocar el efecto material que tiene la Constitución sobre el resto del ordenamiento ni modificar la escala formal que determina su superioridad jerárquica y determinadora del procedimiento de creación del ordenamiento infraconstitucional. Finalmente, no se puede transgredir la rigidez puesto que la interpretación mutativa no puede ser conceptualmente un cambio constitucional formal ni pretender sus efectos.

- Texto de la Disposición Constitucional:

El tenor literal de la disposición, en su sentido gramatical natural, no puede ser superado por una mutación interpretativa y la vía adecuada para su modificación es eminentemente cualquiera de los cambios constitucionales formales; un cambio informal siempre debe estar en línea con lo que determina la literalidad del texto. Este límite no está tan claro puesto que depende del grado de concreción gramatical de la norma y la claridad de su redacción; habría preceptos que podrían mutar por indeterminación constitucional y otros donde el sentido está sumamente claro y no tiene cabida una alteración en su sentido.

- Alternativas Políticas:

Puesto que el Derecho Constitucional tiene una faceta eminentemente política, se deben respetar los procesos políticos que son ajenos a la naturaleza jurisdiccional del ente constitucional.

- Noción de Sistema Constitucional:



Un cambio intenso en el contenido normativo de un derecho *contra constitutionem* no solamente es producto de una alteración que se salta la literalidad del texto constitucional, sino que también es contraria al sistema constitucional en su integridad, es decir al conjunto de preceptos interrelacionados. Tanto reglas, principios como valores dentro de una norma *normarum* no pueden ser interpretadas de forma aislada, siempre se debe encontrar su sentido dentro de todo el texto; conforme la armonía, coordinación y coherencia que busca un texto constitucional.

- Proceso de Ponderación:

El normal desarrollo de las relaciones interpersonales inevitablemente devendrá en la colisión de los derechos reconocidos en el catálogo constitucional, estos conflictos deben ser solucionados conforme los mandatos de la herramienta ponderativa. Una mutación constitucional vía hermenéutica será válida cuando dentro de la motivación se encuentra el proceso de ponderación donde se determine cuál de los principios/derechos en juego debe primar.

- Armonización de las Normas Constitucionales:

Este límite es consecuencia del proceso de ponderación referido anteriormente, siendo la Constitución un sistema integrado y armónico, toda interpretación que se realice dentro del sistema de derechos debe evitar la creación de jerarquías entre normas o principios constitucionales; solamente en los casos concretos, tras el debido razonamiento ponderativo, un derecho puede prevalecer sobre otro sin significar ello que un derecho valga más que otro.

- Interpretación de la Ley Conforme a la Constitución:

Siguiendo el principio de conservación de la ley, que exige a la Corte Constitucional tomar las decisiones con menor impacto al ordenamiento infraconstitucional, cualquier tipo de interpretación mutativa deberá ser de última ratio; las sentencias de interpretación extensiva o manipulativa deben primar.

- Exigencia de Motivación:



Parte de la obligación constitucional de la motivación dentro de las decisiones jurisdiccionales, que en estos casos se verá agravada puesto que debe contener una argumentación lo suficientemente sólida para garantizar la razonabilidad de la decisión interpretativa y mutativa. No basta con una motivación suficiente o estandarizada sino que debe contar mínimamente con las razones jurídicas y fácticas para la decisión, un hilo coherente que permita seguir el razonamiento interpretativo, una presentación adecuada de los argumentos dentro del sistema constitucional y el uso diligente de las herramientas hermenéuticas propias tanto del sistema constitucional, reconocido nacionalmente, como de las desarrolladas por la doctrina general.

- Consecuencias Políticas:

El intérprete auténtico de la Constitución debe prever y medir las consecuencias que la sociedad sufrirá por sus decisiones, procurando evitar todo tipo de perjuicio al bien común y el interés general. Al momento de tomar una decisión interpretativa, cuando estén involucrados derechos, deben considerarse los potenciales impactos sobre otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente dentro del caso particular.

b) Específicos

López Cadena (2007) propone dos sistemas de límites específicos, con interrelación de distintas herramientas hermenéuticas (pp. 360-384):

- Verificación del Cambio en los Hechos Prácticos y la Conciencia Colectiva:

La realidad constitucional, dentro de la teoría dinámica-normativa, consiste en el conjunto de interrelaciones existentes entre las y los sujetos del Estado pero que ha sido constitucionalmente prevista, en abstracto o en concreto, es decir, vía reglas, principios o valores. Se conforma por dos elementos: uno material -los hechos prácticos- conformados por todo aquello que acontece en el plano físico (los sucesos reales de la sociedad) y otro axiológico -los fundamentos ideológicos- que a breves rasgos constituyen la cosmovisión de una sociedad.



La alteración de estos elementos puede provocar un cambio intenso en el contenido normativo de un derecho, por ende, causar una mutación; por ello, cualquier variación de los mismos debe verificarse siguiendo lineamientos generales y así evitar arbitrariedades por parte de los tribunales constitucionales, además de posibles imposiciones de una moral o visión personal sobre los temas más controversiales socialmente. Así, el autor colombiano desarrolla parámetros a seguirse para la verificación de cambios dentro de cada uno de los elementos de la realidad constitucional:

En el caso de los hechos prácticos deben utilizarse herramientas especializadas para la comprobación de situaciones empíricas dentro del territorio estatal; así, son relevantes "las ciencias estadísticas, las ciencias de la información o la aproximación en el lugar de los hechos" (p. 366). Toda decisión que desembocó en una interpretación mutativa debe contar con el debido respaldo técnico que permita identificar la variación en el comportamiento social.

Respecto a la conciencia social, la comprobación debería realizarse mediante el acercamiento de la justicia constitucional a las distintas vertientes de pensamiento dentro de un Estado, para así comprobar cualquier tipo de cambio buscado por el sistema constitucional. Todo ente intérprete del texto constitucional: actores sociales, instituciones religiosas, activistas, organizaciones no gubernamentales, instituciones estatales, gremios, sindicatos, colectivos, particulares, etcétera, debe formar parte de un debate público, abierto y en igualdad de condiciones, donde todas las posturas alimenten el razonamiento judicial.

Lo meramente jurídico debe ceder ante la necesidad democrática de participación social y el espacio idóneo para esta actividad son las audiencias públicas; con este intercambio se podrá verificar el cambio en el componente ideológico y saltarse este requisito equivaldría directamente a un quebrantamiento constitucional. El tribunal constitucional deberá empatar lo expresado en ese espacio con los valores, principios y reglas constitucionales, no buscar únicamente una aceptación general puesto que su papel también involucra la defensa de los grupos minoritarios.



- Idoneidad y Justificación del Cambio de Criterio Jurisprudencial

Hay una modalidad de mutación que no opera debido a alteraciones en la realidad constitucional sino por mera actividad y voluntad jurisdiccional: el cambio de criterio jurisprudencial; esta modificación tácita, denominada generadora, opera cuando la fuente jurídica del cambio en el contenido normativo es el proceso hermenéutico per se, los hechos prácticos se mantienen idénticos y lo que motiva la alteración del criterio es el principio acorde el cual la Corte Constitucional debe buscar las vías que den mayor eficacia a los derechos constitucionales.

Un criterio, a breves rasgos, es la postura que tiene un órgano jurisdiccional respecto de un tema en específico; en materia constitucional esta entelequia es de mayor relevancia puesto que los tribunales constitucionales mediante sus decisiones generan doctrina obligatoria para todo el resto de operadores jurisdiccionales siendo esta una fuente del derecho en constante desarrollo.

La existencia de unos hechos prácticos invariables es requisito *sine qua non* para la operatividad de este tipo de modificación tácita; un ejemplo propuesto por el autor es la desigualdad entre hombres y mujeres para ocupar puestos importantes y percibir remuneraciones iguales, el llamado techo de cristal, cuestión que en la mayoría de países no ha cambiado con el reconocimiento constitucional de la igualdad formal (la introducción de un precepto que reconoce la igualdad e incluso prohíbe la discriminación sexo-genérica). Ante estos hechos invariables, el criterio debe ser modificado hacia uno que busque la igualdad material con medidas como las acciones afirmativas que permitan paliar las desigualdades.

El criterio de idoneidad de la medida contenida en el criterio sería el verdadero límite para esta variante de la mutación; así, debe existir una relación racional, coherente, positiva y debidamente motivada entre el medio (el cambio de criterio) y el fin buscado (la eficacia del derecho en cuestión). Cabe señalarse que la solución interpretativa no debe ser la correcta, puesto que esto devendría en un absoluto inconveniente social respecto de qué medida es la única vía adecuada, sino que para reemplazar el criterio basta con que el medio reemplazante sea



más efectivo e idóneo que el reemplazado; debe probarse en la motivación de la sentencia la mayor capacidad de hacer eficaz al derecho en juego.

1.6.3 Análisis

La mayor virtud del autor es su gran interés en desarrollar una investigación sumamente minuciosa y correctamente fundamentada que permite concebir a la *Verfassungswandlung* como parte de la vida constitucional de un Estado. Esta teoría si bien tiene muy poca representación en la doctrina por ser evidentemente novedosa, permite superar los problemas de los autores anteriores al ser una propuesta que concretiza ideas, propone escenarios, establece límites y estructura una fundamentación dentro del sistema constitucional para la existencia de la mutación.

Un aparente problema de este desarrollo está en la concentración específica respecto de la mutación vía interpretativa. Esto no es clarificado por el autor dentro de sus escritos, pero se entiende que no sería un olvido sino consecuencia de negar la existencia de mutaciones por otras vías; el hecho de que muchas prácticas no sean compatibles con el constitucionalismo actual cierra la puerta a conductas evidentemente inconstitucionales y su estudio como mutaciones. Así, la vía idónea para que opere la mutación sería la interpretación de las Cortes Constitucionales, al ser ellas un mecanismo de defensa y desarrollo de derechos fundamentales; además como consecuencia natural de la creación de un órgano de cierre e interpretación auténtica.



CAPÍTULO II: SENTENCIA NO. 11-18-CN/19 (MATRIMONIO IGUALITARIO) COMO EJEMPLO DE MUTACIÓN EN ECUADOR

Una vez que se han desarrollado las principales corrientes teóricas sobre la mutación constitucional, el presente capítulo se centrará en el análisis de la sentencia dictada por la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE o simplemente la Corte) dentro del caso denominado matrimonio igualitario. La hipótesis planteada para esta investigación se circunscribe en que la interpretación realizada por la Corte amplió el sentido con el cual el constituyente determinó el derecho al matrimonio, incorporando una acepción con origen en una Opinión Consultiva que reconoce la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo. Este ejercicio de compatibilización entre la literalidad de la cláusula constitucional y la interpretación auténtica de un instrumento internacional de Derechos Humanos (en adelante DDHH) ha causado una mutación en el contenido de un derecho fundamental; para demostrar dicho punto, serán utilizadas las teorías anteriormente descritas.

2.1 Cambios Constitucionales Previstos en la CRE

En primer lugar, se deben delimitar los mecanismos existentes en el marco constitucional ecuatoriano para la alteración de la norma *normarum*. Dentro del Título IX de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE o Constitución), llamado "Supremacía de la Constitución", se reconocen expresamente tres modalidades para el cambio constitucional; que han sido ratificadas por la línea jurisprudencial⁴ de la CCE como las únicas capaces de modificar el texto constitucional. Estas son:

La enmienda, que no altera la estructura fundamental, el carácter y elementos constitutivos del Estado, no establece restricciones a los derechos y garantías ni modifica el procedimiento reformativo. Se realiza mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente, la ciudadanía o por iniciativa legislativa.

La reforma parcial que no supone restricción de derechos y garantías ni modifica el procedimiento reformativo. Esta puede darse por iniciativa de la Presidenta o

⁴ Revisar Dictamen 1-21-RC/21 expedida por la Corte Constitucional del Ecuador (2021, párr. 13).



Presidente, a solicitud ciudadana o por iniciativa legislativa agravada. Finalmente la Asamblea Constituyente, llamada cambio de constitución por la doctrina, puede ser convocada por iniciativa presidencial, ciudadana o legislativa con posterior ratificación popular. El nuevo texto constitucional resultado del proceso constituyente requiere de ser aprobado mediante referéndum por al menos la mitad más uno de los votos válidos.

Tanto en el texto constitucional como en la jurisprudencia no existe referencia explícita a la existencia o reconocimiento de validez de las mutaciones en Ecuador; de los párrafos anteriores se concluye *a priori* la existencia única de las tres modalidades explicadas. En ello radica la importancia del análisis a realizarse, dada la novedad que significa tanto para el estudio constitucional como para el desarrollo del sistema de derechos ecuatoriano.

2.2 Sentencia No. 11-18-CN/19 (Matrimonio Igualitario)

2.2.1 El Control Concreto de Constitucionalidad en Ecuador

Dado que la sentencia de estudio fue dictada dentro de un proceso de control concreto de constitucionalidad, se realizará una breve sintetización de la actualidad y alcance del mismo en el sistema constitucional del país. Pólit Montes de Oca (2012) señala que "la esencia del control constitucional, a lo largo de la historia ha sido la de limitar o frenar el ejercicio del poder autoritario, subordinándolo o sujetándolo al orden o sistema normativo superior" (p. 77); esta idea tiene especial conexión con el origen del control de constitucionalidad como consecuencia natural de la supremacía de la Constitución. Para garantizar que la ley fundamental sea precisamente ello, fundamental, se requiere de un control sobre los actos normativos dentro del ordenamiento para hacerlos compatibles con el esquema constitucional.

Una Constitución actual contiene un catálogo de los bienes morales más básicos de la sociedad donde se promulga y la protección de este contenido ha sido la inspiración histórica principal para el desarrollo del control de constitucionalidad. Históricamente se han desarrollado dos grandes modelos de control de constitucionalidad: en el Common Law estadounidense se adopta un sistema difuso a partir del caso *Marbury vs. Madison*, a partir del cual todo juez tiene la



posibilidad de inaplicar una ley que no esté en línea con la ley fundamental, esto con efectos únicamente dentro del caso concreto y de manera incidental.

Por otra parte, dentro del Derecho Continental se tiene el sistema concentrado que nace con el trabajo de Kelsen en la Constitución austríaca de 1920; el jurista, en un intento por garantizar la independencia de poderes, crea un único órgano competente para declarar inconstitucionales las leyes tras un proceso por el cual se les demande como tales y sus efectos son *erga omnes*. Los dos modelos referidos han quedado en la actualidad como meros ideales teóricos al tener que ser moderados en la práctica de muchos Estados. En este contexto, generalmente se acepta que en el Ecuador existe un modelo concentrado moderado, dado que el control de constitucionalidad está en manos de un solo órgano, la CCE pero con un matiz especial.

Esta moderación nace debido a la facultad difusa de las jurisdicciones para que, ante dudas razonables sobre la constitucionalidad de una norma jurídica, puedan suspender la causa y consultar al máximo órgano de interpretación constitucional si una norma infringe la CRE o no. Esto es el llamado control concreto de constitucionalidad dado que "se activa y favorece por un interés particular" (Pólit Montes de Oca, 2012, p. 81); el análisis en este control está dentro de un proceso ya existente y determinados supuestos de hecho que condicionan el análisis de la norma. Zúñiga Urbina (2004) lo define como un "examen de constitucionalidad de la ley en el momento en el que se aplica a un caso concreto" (p. 217).

Esta modalidad de control tiene fundamento en el artículo 428 de la CRE y es llamada doctrinariamente "consulta de constitucionalidad" y actualmente referida por la CCE como "Control de Norma". El artículo constitucional en cuestión reza:

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que, en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.



Su desarrollo específico se encuentra en los artículos 141 a 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (o LOGJCC) (2009b); según este cuerpo normativo la finalidad del control es “garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales” (art. 141). El proceso empieza cuando juezas y jueces tienen una duda razonable y motivada sobre si una norma jurídica es contraria a la Constitución o a instrumentos internacionales de derechos humanos que contengan derechos más favorables; ante este escenario puede suspender la tramitación de la causa y debe remitir el expediente a la CCE para que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resuelva la consulta.

Si no se pronuncia la Corte en dicho plazo se debe continuar con la sustanciación del proceso y una futura respuesta no tendría efecto retroactivo, más la persona que se considere perjudicada podría interponer una Acción Extraordinaria de Protección para reparar el daño que se le causase (art. 142). Finalmente, la LOGJCC decide dar dos tipos de efectos a los fallos emitidos en este tipo de control: (i) un efecto *erga omnes* cuando el pronunciamiento sea sobre la compatibilidad de la norma respecto de la Constitución; y, (ii) uno *inter partes* y a casos análogos, al existir un pronunciamiento limitado a la aplicación de la norma jurídica (art. 143).

El Código Orgánico de la Función Judicial (2009a) en su art. 4 ratifica las mismas disposiciones de la LOGJCC y el procedimiento a seguirse. En la misma línea, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (2015) desarrolla las competencias de la Corte Constitucional, otorgadas en la CRE y LOGJCC, entre ellas “efectuar control concreto de constitucionalidad en los casos de consultas formuladas por los jueces” (art. 3.6). Posteriormente ratifica que el trámite a seguirse es el establecido en la Ley de la materia y que una vez recibido el expediente enviado por la jurisdicción de origen la causa deberá registrarse, sortearse y sustanciarse acorde los Capítulos I y V del mismo Reglamento (art. 92).

En cuanto su desarrollo jurisprudencial no hay un desarrollo profundo mediante esta fuente del derecho más allá de señalar los requisitos para su admisión, brevísimas referencias a su alcance y los efectos que tiene.



Los requisitos que debe observar una consulta de constitucionalidad remitida a la CCE fueron determinados en la sentencia No. 001-13-SCN-CC, acorde la cual deben cumplirse con tres tópicos: (i) identificar el enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta; (ii) identificar los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, y las circunstancias, motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos; y, (iii) explicar y fundamentar clara y precisamente la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad es consultada, respecto de la decisión definitiva de un caso concreto, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento de aplicar dicho enunciado (Corte Constitucional del Ecuador, 2013).

Respecto al alcance de este mecanismo, la CCE ha mencionado en la sentencia No. 2-19-CN/19 que su objeto es:

(...) garantizar que la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales esté acorde con la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, con el fin de garantizar la existencia de un sistema jurídico coherente y el principio de supremacía constitucional. (Corte Constitucional del Ecuador, 2019a, párr. 18)

También se ha indicado que este mecanismo es excepcional y únicamente opera ante la duda razonable de la incompatibilidad mencionada, acompañada de la "necesidad de la judicatura consultante de que se determine dicha compatibilidad para continuar con la sustanciación del proceso o resolver la cuestión de origen" (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 19-20-CN/21, 2021b, párr. 14).

La sentencia No. 56-11-CN/19 añade:

A diferencia del control abstracto de constitucionalidad, a través de esta consulta se busca asegurar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de procesos judiciales. En consecuencia, le corresponde a la Corte Constitucional absolver la consulta más no resolver el objeto principal del juicio *a quo*. (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, párr. 41)

Finalmente, en cuanto los efectos existe desarrollo dentro de la sentencia No. 37-14-IS/20 que menciona "(...) por regla general, la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad o no de la aplicación de la disposición jurídica que se consulta dentro de un caso concreto", es decir por la tradición procesal los efectos tienden



a ser *inter partes* para quienes intervienen en el proceso pero hay dos efectos más: (i) un análogo por medio del precedente jurisprudencial vinculante; y, (ii) excepcionalmente el efecto *erga omnes* cuando la CCE "dicta sentencias con consecuencias para la norma que tienen efectos generales y entran a formar parte del ordenamiento jurídico al constituirse en fuente de derecho" (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 20).

Así, teniendo claro el panorama jurídico del control concreto de constitucionalidad, el resto de este apartado se centrará en el análisis del caso denominado "matrimonio igualitario" donde, a consideración del autor, ha operado una mutación constitucional.

2.2.2 Argumentos Principales Dentro del Voto de Mayoría que Podrían Implicar Mutación Constitucional del Derecho al Matrimonio

El 12 de junio de 2019 fue emitida la sentencia No.11-18-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador (2019a) mediante la cual, luego de un proceso extenso y objeto de mucha controversia social, se dio paso a una deuda histórica del país con la lucha de los grupos LTBTIQ+: el reconocimiento constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El camino a esta sentencia histórica no fue fácil para los accionantes, iniciándose en abril de 2018, cuando solicitan la celebración e inscripción de su matrimonio en el Registro Civil amparados en la Opinión Consultiva OC-24/17 (en adelante OC24/17) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH); ante esta petición recibieron una negativa tajante de este organismo ante la cual interpusieron acción de protección. Dentro de esta garantía jurisdiccional se alegaron vulneraciones a los derechos a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, protección de la familia y a la seguridad jurídica; en primera instancia fue conocida por una Unidad Judicial de Tránsito con sede en Quito y declarada improcedente.

La parte accionante apeló la decisión de primera instancia y el conocimiento del proceso subió al Tribunal Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, jurisdicción la cual suspende el conocimiento de la causa en octubre de 2018



para remitir a la CCE la consulta sobre la aplicabilidad de la Opinión Consultiva mencionada y si esto involucraría una contradicción con el artículo 67 de la CRE. La consulta se envía en los siguientes términos:

Si la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, que establece derechos más favorables, porque faculta contraer matrimonio entre personas del mismo sexo; si la Opinión es constitucional y aplicable sin que se proceda en forma previa a reformar los artículos 67 de la CRE, 52 de la LOGIDAC [Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles] y 81 del CC [Código Civil], y de las demás normas y reglamentos existentes sobre el tema, sin que se vulnere el principio de supremacía de la Constitución y principio pro homine

El Tribunal añade que la OC24/17 aceptaría la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo, cuestión que entra en tensión con la definición expresa del artículo 67 de la CRE⁵ que lo concibe como la unión entre hombre y mujer; esto debería solucionarse con el criterio de prevalencia de los instrumentos internacionales cuando prevén derechos más favorables. También se menciona en la consulta que los principios constitucionales en aparente infracción serían la supremacía constitucional y el *pro homine* dado que el resultado de solucionar la contradicción anterior con el criterio de prevalencia sería vulnerar el artículo 67.

No es difícil de imaginar lo complejo de todo el proceso de resolución de esta causa, por tratar un objeto que aún es un tema que divide a la sociedad; los dogmas impuestos por la tradición judeo-cristiana, el colonialismo y la occidentalización de la cultura ecuatoriana han provocado que las relaciones entre personas del mismo sexo sean criminalizadas, recordando que la homosexualidad era considerada un delito hasta 1997. Esta división de la opinión pública se hizo manifiesta en la audiencia pública de este caso donde intervinieron aproximadamente 38 personas interesadas en el proceso y se recibieron más de 25 amicus curiae.

⁵ Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer (las negritas corresponden al autor), se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.



Finalmente se dieron los resultados que ahora son públicos y han significado un avance positivo para los DDHH dentro del país, puesto que se declaró la fuerza vinculante de la OC24/17, la complementariedad de la Constitución con los instrumentos internacionales de DDHH y la falta de necesidad de pasar por un proceso de reforma constitucional.

Pese a la parte socialmente positiva de esta decisión, existen puntos sumamente fundamentales y críticos dentro de la sentencia que marcan un antes y después en la naturaleza del control de norma e incluso del desarrollo constitucional vía hermenéutica. A continuación, se tratarán los principales argumentos encontrados dentro de la sentencia que favorecerían la mutación constitucional mediante un proceso de consulta de constitucionalidad.

- Consulta de Constitucionalidad sobre Preceptos del Texto Constitucional:

El primer punto que resolvió la CCE es la aparente imposibilidad de que la consulta de norma tenga como objeto un precepto de la propia Constitución; tanto la CRE como la LOGJCC utilizan términos genéricos como "normas" o "disposiciones jurídicas" para referirse a los preceptos jurídicos que pueden ser objeto de consulta de constitucionalidad por una duda razonable. El juez ponente Ávila Santamaría resuelve este inconveniente con la introducción de un interesante precedente:

La Constitución ni la ley excluyen la posibilidad de que esta norma jurídica pueda ser una norma de la misma Constitución. En el caso concreto, se trata de una norma constitucional que podría ser incompatible con un texto convencional de derechos humanos y a su interpretación realizada por su órgano de interpretación auténtica. (párr. 10)

Esta solución es sumamente controversial dado que, para muchos juristas, le hace decir a la Constitución cosas que ella no dice e incluso atenta contra el criterio teleológico pues la intención constituyente jamás habría sido reconocer la existencia de contradicciones dentro del sistema constitucional que requiera resoluciones vía consulta de norma. Además, podría constituir una afrenta directa al principio máximo del derecho público por el cual los órganos pueden hacer sólo lo que les está expresamente permitido. El criterio que acompaña a



esta investigación es que lo decidido por la CCE es válido y constitucionalmente procedente por las siguientes razones:

a. La Constitución exige ser entendida más allá de los principios de derecho público al ser una rama *sui generis* que requiere herramientas especializadas para el funcionamiento correcto del sistema impuesto por una norma normarum. Una Carta Magna generalmente contiene disposiciones propias de todas las ramas del derecho y la ecuatoriana especialmente fue construida con ciertos tintes de *omnipotencia*, puesto que regula cuestiones de derecho público, privado, social y demás ramas. Así, defender que la CRE es regulada únicamente por el criterio mencionado es negarle sus diferencias fundamentales con la normativa ordinaria.

Si bien la idea de que sólo se puede realizar lo expresamente permitido es una herramienta de solución jurídica válida, no es la única que debe utilizarse dentro del Derecho Constitucional; por ello, la solución del juez ponente debe examinarse paralelamente con otros puntos de vista, además de distintos criterios interpretativos para la resolución, y así tomar las soluciones que entiendan mejor a la CRE como un sistema completo.

b. Lo mismo se aplica para quienes abogan por el criterio teleológico: es una herramienta de solución dentro de un catálogo extenso, no es absoluta, infalible ni la única que debe ser utilizada.

c. La CRE contiene la llamada "cláusula abierta" de derechos en el artículo 11.7 por la cual el reconocimiento de derechos tanto en el texto constitucional como en los instrumentos internacionales de DDHH no es un trabajo finalizado ni establece un catálogo cerrado. Más bien este sistema se inclina hacia un catálogo abierto y en constante construcción, de manera que deben reconocerse todos "los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento".

d. Así mismo, la CRE desarrolla el principio de aplicación de los instrumentos internacionales desde distintas ópticas: en primer lugar habla de la prevalencia



del texto constitucional y de los tratados internacionales de DDHH ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables sobre cualquier otra norma jurídica (art. 424); adiciona que la aplicación directa de la CRE, como la de los instrumentos internacionales, es obligación de jueces, autoridades y servidores públicos (art. 426) y que la interpretación de las normas constitucionales debe ajustarse por el tenor literal que más entienda al texto en su integralidad y en caso de duda debe dársele el sentido que brinde mayor vigencia a los derechos (art. 427).

e. En consecuencia, la consulta de norma está prevista como un mecanismo que despeja dudas sobre la inconstitucionalidad de normas jurídicas o incluso de su contradicción con instrumentos internacionales de DDHH. Esto busca garantizar la prevalencia de estos dos sistemas de protección de derechos además de su aplicación directa; así, si el propio constituyente ha previsto la apertura del catálogo de derechos y la prevalencia de los instrumentos internacionales de DDHH más favorables que el texto constitucional, debe entenderse sistemáticamente que el control de norma es el mecanismo idóneo para resolver no sólo problemas de inconstitucionalidades de normas ordinarias con sino también potenciales prevalencias de los instrumentos de DDHH sobre la norma *normarum*.

Sin un mecanismo con esta apertura sería imposible en los casos de duda determinar si un instrumento internacional de DDHH contiene cláusulas más favorables que la Constitución; estos criterios deberían ser dados por el intérprete auténtico de la CRE quien debe entender cómo está trazado el sistema y si un criterio internacional complementa el sistema constitucional o si existe contradicción entre ambos, de manera que se busquen las soluciones que expandan la protección de los derechos vía bloque de constitucionalidad.

f. Finalmente, el genérico norma jurídica debe ser entendido como tal acorde el criterio principal de interpretación constitucional dado por el art. 427: interpretación literal que entienda a la CRE en su integralidad. Una norma jurídica puede ser de cualquier tipo y rango, además que las diversas fuentes del derecho han abierto el conjunto de lo denominado como norma jurídica para



abarcar un sinnúmero de productos jurídicos que rigen dentro del sistema legal del país. Una norma o disposición jurídica puede ser, por ejemplo: constitucional, internacional, ordinaria, reglamentaria, etc.

Un criterio que ha sido mencionado en varias sentencias de la CCE y que sirve para este inconveniente desarrolla que las y los intérpretes de la CRE no pueden hacer distinciones, limitaciones o restricciones en escenarios que no hayan sido previstos expresamente por el constituyente. Si la CRE ha establecido el control sobre todas las normas jurídicas del sistema, es una pérdida de tiempo querer establecer cuáles son normas y cuáles no donde no existe una distinción y sí ha sido colocado un término genérico.

Por ende, se considera que en virtud del catálogo abierto de derechos, del criterio de prevalencia de instrumentos internacionales de DDHH por sobre la Constitución, la insuficiencia de los criterios originalistas, el mandato constitucional de interpretar literal y sistemáticamente además de la construcción genérica de la regla constitucional respecto del control concreto, la solución del juez ponente está acorde al sistema constitucional trazado por el constituyente en 2008.

- La Disociación entre lo Jurídico y la Realidad Constitucional:

En el párrafo 19 de la sentencia la CCE reconoce que una de las principales demandas de las diversidades sexo-genéricas es la igualdad y no discriminación en el ejercicio de derechos; datos obtenidos por Instituto Nacional de Estadísticas y Censos y la Comisión de Transición para la definición de la Institucionalidad Pública que Garantice la Igualdad entre Hombres y Mujeres (2013) señalan que dentro del rango etario de 20 a 34 años al menos el 66.7% reconoce tener una identidad sexo-genérica diversa y dentro de este número el 94.1% ha sufrido algún tipo de violencia que va desde detenciones arbitrarias, agresiones por personal de seguridad, humillación en el entorno familiar, obligación de acudir a clínicas de "deshomosexualización" y discriminación en entornos públicos y privados (pp. 17, 29).



La Corte IDH (2017) hace énfasis en la estigmatización, discriminación estructural y diversas violencias que sufren las personas LGBTI y que los sistemas universal e como interamericano de DDHH han sido enfáticos en la preocupante constancia material de las situaciones de extrema violencia que viven estas minorías en los Estados alrededor del mundo (párr. 33-34).

La realidad constitucional está clara: los grupos LGBTIQ+ sufren violencias específicas por sus condiciones sexo-genéricas y el Derecho en estos casos puede llegar a ser perpetuador de situaciones injustas. De los testimonios que llegaron a mencionarse en la audiencia pública y transcritos a la sentencia resalta uno, este menciona que la búsqueda de un entendimiento ampliado del matrimonio ha costado a los accionantes y demás personas interesadas una condena al vilipendio público, sobre todo cuanto estas personas son tachadas de anormales, abominaciones, pecadoras, entre demás peyorativos.

Esta diferenciación entre lo normal y anormal no tiene sustento fuera de criterios meramente ideológicos (párr. 91-95) por lo que no es constitucionalmente válida, además de que la homofobia no debería tener cabida dentro de un Estado democrático y plural (párr. 115); así, que la CRE establezca una preferencia hacia el matrimonio heterosexual es directamente una transgresión y minimización del papel de las minorías en los espacios públicos y privados. Esto se hace aún más evidente cuando el legislador ha previsto una institución alterna, que no es el matrimonio, para que la población LGBTIQ+ acceda a ciertos derechos matrimoniales: la unión de hecho; cuestión que en la práctica ha terminado por hacer ver este vínculo como uno de segunda clase y fue catalogada como una diferenciación no razonable por la CCE.

Una perspectiva constitucional de los DDHH, como se analizará en los siguientes puntos, exige que el concepto de matrimonio sea ampliado para abarcar necesidades no sólo de la mayoría cuantitativa; mantener una idea restringida sobre esta institución perpetúa de manera directa una realidad aparentemente constitucional pero que fomenta la desigualdad: las condiciones sumamente duras de vida que tienen las diversidades sexo-genéricas únicamente por sus condiciones personales. Esta discriminación en teoría es rechazada por la CRE



en el artículo 11.2⁶ pero jamás fue compatibilizada con la definición posterior de la institución matrimonial.

Dentro de una sociedad donde cada vez es más común encontrar personas con identidades sexo-genéricas diversas y su aceptación empieza a ser reconocida como parte normal de la sociedad⁷, queda en evidencia que la concepción constitucional del matrimonio es: (i) perpetuadora de violencias; y, (ii) una discriminación ilegítima.

La institución única del matrimonio heterosexual no pasó por el test de proporcionalidad efectuado, por las siguientes razones: (i) esta restricción no es constitucionalmente válida al ir en contra de los fines mismos del Estado de proteger la diversidad y la familia en sus diversos tipos; (ii) tampoco es idónea dado que impide a las parejas de las diversidades sexo-genéricas cumplir con el derecho-fin de formar una familia; (iii) no es necesaria al no ser la medida menos gravosa para conseguir el fin constitucional de la familia sino que atenta contra la idea misma de una democracia plural; y, (iv) finalmente no es proporcional en sentido estricto porque afecta el derecho de un grupo social a contraer matrimonio, mientras que el reconocimiento del matrimonio igualitario en nada afecta el derecho de las personas heterosexuales (párr. 89-128).

A consecuencia de este test se debe reconocer que la Constitución del 2008 nació anacrónica e incluso ciega ante las contradicciones entre preceptos de este tipo y el sistema axiológico que la misma contempla. El desfase temporal es fruto de un constituyente ideológicamente sesgado por lo que esta situación debe solucionarse adecuando el concepto de matrimonio a la realidad

⁶ Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, **identidad de género**, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, **orientación sexual** (las negritas corresponden al autor), estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (...)

⁷ En la región sudamericana actualmente 7 de 12 países reconoce uniones diversas: Argentina, Brasil, Ecuador, Uruguay, Guayana Francesa y las Islas Malvinas; además de existir instituciones de unión civil en Bolivia y Chile.



constitucional y lo demandado por los criterios internacionales en materia de DDHH.

Sólo así el Estado ecuatoriano evitaría incumplir la disposición constitucional que prohíbe restricción del contenido de los derechos por cualquier norma jurídica (art. 11.4) y a la vez cumplir dos de sus fines: (i) eliminar toda forma de discriminación; y, (ii) evitar la perpetuación de violencias.

- El Bloque de Constitucionalidad:

La CCE resalta el papel fundamental de los instrumentos internacionales de DDHH dentro del tejido constitucional; así, esta idea está presente en cuestiones como los deberes primordiales del Estado, la titularidad de derechos, la aplicación directa, las fuentes de los derechos, derechos de pueblos indígenas, la consulta previa, libre e informada y demás cuestiones sobre todo vinculadas a los derechos fundamentales (párr. 23). De esta manera, la Corte señala que el término *instrumento internacional* es un genérico para referirse a dos clases de documentos: los convenios, que requieren ratificación mediante el proceso determinado constitucionalmente para ello, y todo el resto serían aquellos que únicamente requieren suscripción estatal más no el proceso de ratificación.

La distinción doctrinaria entre tratados internacionales y el resto de documentos en cuanto fuerza vinculante es irrelevante en el constitucionalismo ecuatoriano dado que todos los derechos reconocidos en cualquier tipo de instrumento son parte del sistema jurídico del país y deben ser cumplidos e inmediatamente aplicados (párr. 24-30).

Del art. 11.7 mencionado anteriormente que establece la cláusula abierta de derechos se desprenden tres conclusiones interpretativas: (i) hay derechos reconocidos en el texto constitucional; (ii) hay derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de DDHH; y, (iii) hay derechos *innominados*, que están fuera de las dos anteriores categorías y se derivan de la dignidad humana. Lo que esta investigación llama un catálogo abierto de derechos involucra que la Constitución tiene "más derechos que los expresamente reconocidos en su texto" (párr. 139) por lo que la enumeración constitucional es solo enunciativa.



La CCE introduce entonces dos vías para el reconocimiento de derechos: la remisión a instrumentos internacionales y el reconocimiento expreso de derechos innominados (párr. 140). El primer camino demanda que las autoridades estatales observen el contenido normativo, jurisprudencial y doctrinario de todos los sistemas internacionales de protección de DDHH, principalmente aquellos de los cuales forma parte el Ecuador. En consecuencia, la CCE evoluciona el alcance del bloque de constitucionalidad por remisión, abarcando documentos como:

Tabla #3. Fuentes del derecho por remisión

Convenios Internacionales de DDHH	Declaraciones de DDHH	Jurisprudencia de la CorteIDH	Opiniones Consultivas de la CorteIDH	Informes de Relatores de la ONU
Informes de Grupos de Trabajo de la ONU	Observaciones Generales de los Comités de la ONU	Recomendaciones del Alto Comisionado de la ONU para DDHH	Demás instrumentos en materia de DDHH	

Fuente: Adaptado de la Sentencia No. 11-18-CN/19 (párr. 141)

Respecto a la segunda vía, la CCE desarrolla el proceso de reconocimiento de derechos innominados para ser debidamente aplicados; el artículo 11.7 coincide en contenido con la Carta Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y su artículo 29.c puesto que ambos establecen cláusulas abiertas que "permiten la evolución de los derechos y la adaptación del sistema jurídico de protección de derechos a las nuevas realidades y a los retos que no pudieron ser previstos por las personas que ejercieron el poder constituyente" (párr. 144). El proceso de construcción de un derecho mediante esta vía suele depender de las necesidades de las personas, los movimientos sociales y reivindicaciones diversas que mediante la manifestación y exigencia social devendrán en un reconocimiento ya sea por vía legislativa o judicial.

Como resultado, por cualquiera de las dos vías, un derecho fuera del texto constitucional involucra un vacío que debe solucionarse mediante el



reconocimiento expreso, cosa que puede ser efectuada por cualquier autoridad del Estado en el ejercicio de sus competencias o mediante los procedimientos de reforma, hermenéutica y jurisprudencia constitucional (párr. 148). En el caso concreto la Corte hace énfasis en que no existe contradicción alguna entre la OC24/17 y el artículo 67 de la CRE puesto que la primera reconoce el matrimonio igualitario y el segundo regula el matrimonio heterosexual; ambas deben ser compatibilizadas y armonizadas con el sistema en su integralidad.

Así, por reconocimiento expreso vía jurisprudencia constitucional el derecho al matrimonio igualitario, reconocido en un instrumento que forma parte del bloque de constitucionalidad, se incorpora al texto constitucional.

- Naturaleza Jurídica de las Opiniones Consultivas:

Una duda respecto del concepto ampliado que propone la CCE sobre el bloque de constitucionalidad radica en la naturaleza de las Opiniones Consultivas y si poseen fuerza vinculante para los Estados Parte de un sistema de protección de DDHH. La Corte señala que la existencia de una interpretación auténtica en el sistema interamericano involucra la creación de un órgano específico para realizar dicho papel, que en este caso es la Corte IDH, por lo dispuesto en los artículos 62 y 64 de la CADH.

Así, esta interpretación auténtica busca también ser cierre del sistema regional y establecer para todos los Estados Parte el alcance que debe entenderse de la Carta Americana; la Corte IDH tiene competencia para ello y todos los Estados deben cumplir de buena fe las disposiciones en los términos que desarrolle el órgano máximo de interpretación (párr. 32, 38).

La misma Corte IDH (2017a) ha explicado que entre la función consultiva y la contenciosa existe complementariedad que permite proteger los derechos fundamentales de los seres humanos (párr. 28). Este tipo de instrumentos internacionales ya han sido utilizados en varias decisiones de la CCE⁸; la misma Corte señala que no existe problema alguno de legitimidad democrática o de menoscabar la soberanía de los Estados por dos razones: (i) existen

⁸ Como en las Sentencias No. 003-14-SIN-CC, 064-15-SEP-CC y 019-16-SIN-CC.



notificaciones a los Estados Parte para que formen parte por escrito y en audiencia del desarrollo de las Opiniones Consultivas; y, (ii) los Estados han reconocido esta competencia a la Corte IDH mediante la ratificación de la CADH, en ejercicio de su propia soberanía (párr. 34-36).

Tal es la fuerza normativa de las Opiniones Consultivas que la inobservación podría acarrear responsabilidad internacional, por ser esta la interpretación auténtica de la CADH. En estos términos se ha expresado el Juez de la Corte IDH, Vio Grossi (2017), en su voto individual dentro de la OC24/17:

(...) las opiniones consultivas son concebidas en la Convención como pronunciamientos que permiten advertir a los Estados del riesgo que asumen, llegado el caso, de que se les reclame y se declare su responsabilidad si su proceder no se ajusta a ellos. (párr. 13)

Así se explica su fuerza vinculatoria por su origen dentro del sistema interamericano de protección de derechos y su naturaleza jurídica, nacida del concepto de interpretación auténtica y el órgano competente para realizarla.

- Alteración de la Definición Literal:

Hablar de matrimonio y su concepto demanda un entendimiento desde su naturaleza de derecho dentro del sistema jurídico ecuatoriano por reconocimiento expreso dentro del artículo 67. En este se abordan dos instituciones distintas, pero con una interrelación fundamental: la familia y el matrimonio; la primera está protegida por la CRE en sus diversos tipos y la CCE la define como un "derecho-fin al que toda persona puede aspirar sin discriminación alguna", mientras que el matrimonio es un derecho-medio que "permite acceder a conformar una familia, al igual que otros medios, como la unión de hecho o el matrimonio religioso" (párr. 51, 53, 55).

Así, el derecho al matrimonio es un vehículo que permite ejercer el derecho a la familia por lo que su sentido debe ser, en principio, igual de amplio que el fin que persigue; a breves rasgos, si la consecuencia, que es la familia, en sus diversos tipos está protegida, también el medio debería protegerse en su diversidad.



Una norma de definición como la contenida en el artículo 67 de la CRE “no crea ninguna obligación, no prohíbe ni permite nada” (Alchourrón & Bulygin, 1996, p. 139) contrario a una norma de prescripción que sí contiene mandatos de realizar, prohibir o permitir una determinada acción (parr. 132). La Corte IDH también enfrentó este inconveniente dentro de la OC24/17 y su solución fue fundamentada en los siguientes términos:

(...) la Corte considera que si bien es cierto que éste de manera literal reconoce “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y formar una familia”, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana. (párr. 182)

Así, la CCE de la literalidad de la definición “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer” desprende tres posibles interpretaciones: (i) la inexistencia de reconocimiento expreso del matrimonio igualitario; (ii) la prohibición del matrimonio igualitario; y, (iii) se considera permitido el matrimonio igualitario como consecuencia de que la protección constitucional del matrimonio heterosexual no deviene en prohibición del matrimonio igualitario. Para elegir la solución debe utilizarse el criterio hermenéutico de mayor favorabilidad a los derechos.

En consecuencia, se toma en cuenta la interpretación más favorable que no excluya a grupo alguno de ejercer su derecho al matrimonio -este es el tercer criterio- por lo cual la definición no es final, sempiterna ni absoluta, sino que está abierta a la construcción evolutiva. Una definición de esta naturaleza debe siempre propender a “expandir los derechos y la comprensión de los mismos” por lo que se complementa con la definición de la OC24/17 (párr. 162).

- Compatibilización de Normas Constitucionales con los Principios y Derechos:

Uno de los puntos principales dentro del componente argumentativo de la sentencia en cuestión radica en la compatibilización de la definición original sobre el matrimonio con determinados principios y derechos constitucionales;



esto a luz de la necesaria interpretación sistemática que exige dejar de entender preceptos de manera aislada.

En primer lugar, se desarrolla el vínculo entre el derecho a la familia y el derecho al matrimonio, el último como un medio para lograr el fin que constituiría el primero; este punto ya ha sido desarrollado con anterioridad.

Otro tema es la utilización de los mecanismos hermenéuticos provistos por el texto constitucional en el artículo 427. En un inicio la interpretación literal puede limitarse a ser un ejercicio aislado y restrictivo que no es suficiente para solucionar el inconveniente, sin caer en contradicciones con el sistema axiológico; por ello, la CCE correctamente señala que este principio demanda que la actividad sea realizada con un enfoque integral y abriendo el abanico hacia otros métodos, principalmente el que más favorezca a la plena vigencia de los derechos.

Así las cosas, el vínculo con la cláusula abierta del 11.7 es bastante evidente por cuanto su naturaleza impide precisamente una interpretación aislada de la CRE, sino que requiere compatibilizarla con las fuentes de derechos externas. Reducir la definición del matrimonio a lo previsto textualmente sería (i) una interpretación literal aislada y restrictiva de derechos; y, (ii) una vulneración a la jerarquía material que tienen los instrumentos internacionales de DDHH más favorables.

Un deber primordial del Estado es garantizar a todas las personas, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en el texto constitucional y los instrumentos internacionales (art. 3.1); el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación (art. 66.4); y, la prohibición de discriminación por identidad de género y orientación sexual (art. 11.2). Estos conceptos tienen tanto valor en los sistemas de protección de derechos que la Corte IDH (2016a) ha manifestado que poseen naturaleza *ius cogens*, dado que en el principio de no discriminación “descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico” (párr. 91).



En consecuencia, la diferenciación que hace la CRE al definir el matrimonio con diferenciación social basada en orientaciones sexuales es sospechosa de ser discriminatoria (párr. 85) por lo que debe pasar por un test de proporcionalidad⁹; análisis tras el cual esta distinción es hallada como no razonable.

Un cuarto principio en juego es la interpretación más favorable a los derechos y su aplicación directa; esta jerarquía material o axiológica permite que los instrumentos internacionales de DDHH, al tener derechos más favorables, se impongan a la propia Constitución y complementen su contenido. Este tema es objeto de críticas puesto que sería una afrenta a la soberanía nacional, al dejar que todo tipo de decisión supranacional forme parte de nuestro sistema jurídico nacional vía bloque de constitucionalidad.

Cabe recordar que fue el propio constituyente quien fijó estos principios y los mismos se ratificaron vía sufragio, por lo que están plenamente vigentes y han sido legitimados democráticamente desde la óptica de las mayorías. No existe como tal un ataque a la soberanía, sino que esto involucra una cesión en favor de los sistemas internacionales de protección de derechos.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás (art. 66.5) exige así mismo que no existan obstáculos injustificados a la autodeterminación de las personas. El plan de vida de cada ser humano debe ser libre tanto en medios como fines y los límites únicamente cobran sentido cuando su ejercicio afecta un derecho ajeno (párr. 171).

La CCE desarrolla la teoría de los "derechos-poder", generalmente políticos y patrimoniales, como los que tradicionalmente devienen en limitaciones porque su ejercicio extendido podría causar vulneraciones en derechos ajenos llegando al autoritarismo o a extremos como el monopolio. El derecho al matrimonio no es un derecho-poder y la limitación de su ejercicio a cierto conglomerado social no encuentra justificación legítima; que las personas del mismo sexo ejerzan este derecho no afecta en nada a los derechos de otras personas.

⁹ Test referido en el apartado correspondiente a la disociación entre lo jurídico y la realidad constitucional.



Posteriormente se analiza el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 66.20) entendido como una obligación negativa del Estado por la cual no debe injerir arbitrariamente. Cualquier tipo de intervención debe estar determinada por la ley; la CCE señala que tradicionalmente este derecho se entendía como la imposibilidad de allanar el domicilio o interceptar la correspondencia personal (párr. 177) pero ha sido ampliado por la Corte IDH (2016):

Además, el Tribunal ha precisado que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. (párr. 152)

En consecuencia, contraer matrimonio es entendida por la CCE como una decisión perteneciente a la esfera privada del plan de vida de cada persona, por lo que una norma jurídica que invada lo indecible no puede legitimarse por la idea del principio mayoritario. Cualquier intromisión del Estado en estas decisiones viola el derecho a la privacidad, al imponer una manera correcta o más valiosa de matrimonio que las demás. Por lo tanto, el concepto restringido de matrimonio no es compatible con la intimidad personal (párr. 180-183).

Igualmente, se desarrolla la compatibilidad de la definición de matrimonio con el derecho a la identidad (art. 66). La CCE señala:

tiene que ver con los atributos y las características de una persona, que le hacen un ser único, diferente e identificable, que está intrínsecamente vinculado a la dignidad humana, que no admite restricción o suspensión alguna, y que se relaciona estrechamente con el ejercicio del resto de derechos (párr. 185)

Dentro de las características intrínsecas a la identidad se encuentra la orientación sexual de las personas, este apartado de la vida individual es decisión única y exclusiva de cada individuo y no es debatible por otras personas o por el Estado salvo que exista afectación a los derechos ajenos. El concepto restringido de matrimonio sería compatible sólo con la identidad heterosexual y



anularía su ejercicio para las parejas homosexuales; diferenciación ilegítima que no cumple con el deber estatal de protección integral (párr. 187-190).

Finalmente está el derecho a la libre contratación (art. 66.16 CRE) que por su construcción gramatical en la norma *normarum* no haría diferenciación respecto al tipo de contratos que regula, sino que sería otro término genérico para todas las especies, entre ellas el matrimonio. Este contrato acorde el Código Civil es uno solemne¹⁰ con ciertas características específicas que lo diferencian del resto; el contrato matrimonial requiere específicamente del cumplimiento de la parte consensual y además de observar sus restricciones y prohibiciones.

Dentro de las restricciones está la consecuencia jurídica de la interpretación cerrada, por la cual sólo pueden casarse parejas heterosexuales, mientras que las prohibiciones son las determinadas expresamente dentro de los artículos 95 y 96 del Código Civil. Una pareja homosexual podría no incurrir en ninguna causal de prohibición, por ende, de nulidad del contrato, pero estar sujeta a la restricción de parejas del mismo sexo; esta diferenciación ya había sido analizada como una dentro de una categoría sospechosa y que estaría discriminando ilegítimamente. Por lo tanto, la interpretación restrictiva del artículo 67 de la CRE estaría violando también la libertad de contratación.

2.2.3 Voto Salvado

El juez constitucional Hernán Salgado Pesantes (2019) presentó voto salvado por no estar de acuerdo con la decisión de mayoría y contó con adherencia de Carmen Corral, Enrique Herrería y Teresa Nuques. El punto básico de la disidencia está en "el uso y abuso de la interpretación constitucional, llevada al extremo de hacer desaparecer la oposición de la Ley suprema al denominado matrimonio igualitario" (párr. 2). Se tacha a la decisión de provocativa de una mutación arbitraria que en el proceso destruye la supremacía constitucional, al no ser posible una interpretación *ad infinitum* que altere el sentido claro del lenguaje formal.

¹⁰ Art. 81.- Matrimonio es un contrato **solemne** por el cual un **hombre y una mujer** (las negritas son del autor) se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.



En un primer momento, recordando los principios de supremacía y control constitucional, Salgado recuerda que el propósito esencial del control constitucional es que todos los órganos respeten los preceptos constitucionales. El término "norma jurídica" debe interpretarse en su contexto que es garantizar la supremacía de la Constitución, entonces no cabe controlar los preceptos de la norma normarum dado que ellos son el parámetro de constitucionalidad.

Posteriormente se refiere a que la consulta efectuada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha está erróneamente planteada, puesto que aparentemente la Sala de Admisión habría circunscrito el problema jurídico respecto de contradicciones entre la LOGIDAP y el Código Civil con la CRE y OC24/17. Llama la atención para Salgado que el voto de mayoría omite referirse a la constitucionalidad de las normas infra constitucionales y esto involucraría un escape de sus competencias.

Así, Salgado procede a hacer un análisis del artículo 67 de la CRE y coincide que el mismo regula dos instituciones: la familia y el matrimonio; para interpretar la parte correspondiente al matrimonio se insiste en el uso del criterio literal-sistemático puesto que cualquier otro mecanismo operaría sólo en caso de duda. Para el juez constitucional existe claridad en la definición que establece requisitos para el matrimonio, entre ellos que se celebre únicamente entre un hombre y una mujer; no hay indeterminación alguna y la comprensión es sencilla, por ello el método literal sería el idóneo para concluir sobre su alcance.

Adicionalmente se debe observar el contexto constitucional para cumplir con el criterio sistemático, ante esto Salgado propone recordar que la Constitución tiene mecanismos de cambio constitucional que operan para modificar el texto y la interpretación que modifique el alcance de una definición clara sería asistemática por desconocer los procedimientos reformativos. Respecto de la utilización del criterio evolutivo, Salgado manifiesta que no tiene sentido su uso si el texto es reciente y las circunstancias no han cambiado en extrema magnitud.

Finalmente, se refiere a las opiniones consultivas y su naturaleza jurídica como instrumentos internacionales de DDHH. Para Salgado la diferenciación entre un tratado y las declaraciones sí es importante para el ordenamiento jurídico



ecuatoriano debido a que las últimas no tienen fuerza vinculante al no poseer el elemento de voluntad de los Estados al firmarlo. Las Opiniones Consultivas bajo ningún concepto podrían denominarse como instrumentos dado que carecen de los elementos que harían nacer la vinculatoriedad.

El propósito de este tipo de documentos es únicamente servir de guía y por su naturaleza jamás obligan a los Estados Parte sino solo coadyuvan al cumplimiento de obligaciones internacionales sin necesidad de que se inicie un procedimiento contencioso ante la Corte IDH. Por esas razones sus efectos no podrían contener responsabilidad internacional, tanto así que su alcance aún no está delimitado por la misma Corte IDH (1997) que únicamente le ha atribuido "efectos jurídicos innegables" (párr. 26), pero jamás ha sido enfática o clara respecto de las consecuencias jurídicas que acarrearía su incumplimiento.

Por las razones anteriores, concluye en que la OC24/17 no forma parte del bloque de constitucionalidad, la definición de matrimonio es totalmente clara y si se desea modificar esta institución se debe pasar por un mecanismo de cambio constitucional.

2.3 Análisis de la Sentencia Desde las Teorías Estudiadas

En Ecuador, la CCE se establece como el órgano de interpretación auténtica, con varias competencias destinadas a salvaguardar la CRE. Los argumentos dados anteriormente conducen a un escenario donde las cláusulas constitucionales podrían ver su sentido mutado, para ampliar el contenido o protección de un derecho. Para identificar si la sentencia representó mutación del art. 67 de la CRE se utilizarán los principales postulados de las teorías descritas para identificar si están presentes en la argumentación de la CCE.

Tabla #4. Postulados de Jellinek presentes en la sentencia

Existe una irracionalidad entre la realidad y la norma constitucional.	
El motor de la mutación es la necesidad.	
Dentro de los procesos de control de constitucionalidad se puede extender la literalidad de la ley fundamental.	X



Dentro de la argumentación no se identifica que exista una irracionalidad o incoherencia entre la realidad y la norma constitucional sino que la misma está presente dentro del propio sistema de derechos; dada la ilegitimidad de la distinción y la prevalencia exigida por la OC24/17. Tampoco se encuentra que la razón para la mutación sea la necesidad *per se* sino que ella actúa debido a la existencia de un catálogo abierto e inacabado de derechos que permite reconocer estas necesidades; es decir, el motor es una exigencia jurídica y no fáctica. Finalmente, se identifica el último punto en tanto toda la argumentación se encamina hacia que la definición de un derecho no puede tomarse como final y la concreción gramatical del artículo en cuestión permite ampliar su sentido. Al no cumplir estos requisitos mínimos, la sentencia no podría considerarse mutativa desde la óptica formalista de Jellinek.

Tabla #5. Postulados de Dau-Lin presentes en la sentencia

Es una incongruencia entre las normas constitucionales y la realidad constitucional.	
Se da en una Constitución rígida.	X
Al ser una mutación interpretativa, la realidad tergiversa y reinterpreta la norma.	
Se adapta el sentido acorde necesidades sociales dinámicas del Estado.	
Niega la primacía del sentido constituyente originario y de su literalidad.	
Opera desde el órgano de interpretación auténtica.	X
Utiliza criterios hermenéuticos que otorguen sentido sistemático a las cláusulas.	X
La alteración en el sentido es limitada por el sistema constitucional en su conjunto.	X

La decisión no habla de una incongruencia entre lo fáctico y lo normativo sino entre el contenido normativo, puesto que la definición de un derecho sería incongruente con el ejercicio de otros derechos y los principios aplicables al sistema. Tampoco el sentido es adaptado por necesidades sociales, sino que tiene como fuente directa la fuerza vinculante de la OC24/17; así, no cabe hablar de que la realidad tergiversa la norma, sino que la misma debe ampliarse por exigencia de principios interpretativos y del bloque de constitucionalidad.

Por último, no se quita fuerza al constituyente originario o a la literalidad constitucional sino que se realiza un esfuerzo por entender ambos elementos desde una óptica sistemática, el sistema de derechos no es uno cerrado y por ello los criterios literalistas son insuficientes. En conclusión, al no cumplir con los



criterios fundamentales de esta corriente, la misma tampoco es suficiente para considerar la decisión como interpretación mutativa.

Tabla #6. Postulados italianos presentes en la sentencia

La posibilidad de ampliar el sentido de las cláusulas constitucionales es consecuencia de la falta de necesidad de acudir a mecanismos de cambio formal.	X
Se da en una Constitución rígida.	X
Hay una discrepancia entre los actos o hechos constitucionales y sus preceptos.	
Existe una modificación en la disposición original sin rastro en su parte escrita.	X
La realidad se impone a lo deseado por las normas.	
Parte de la necesidad de compatibilizar la Constitución a la dinámica social.	
Colma una laguna dejada por el constituyente originario.	
Los límites a cambios en el contenido de un derecho son los mismos que los de la reforma.	
Otra limitación a las alteraciones es determinada por el espíritu de la Constitución y su núcleo esencial.	X
Debe darse dentro de un proceso jurisdiccional competencia del tribunal constitucional.	X
No se crea una norma sino que únicamente se identifica su sentido o lo desarrolla.	X
Deben usarse herramientas interpretativas sistemáticas y evolutivas.	X
La decisión debe respetarse por haber sido emitida por el tribunal constitucional y su prestigio garantiza la validez.	
Hay espacio para los desacuerdos.	X

Si bien la teoría de la modificación tácita explica varios puntos críticos de la sentencia, las discordancias halladas son suficientes para decantarse por su insuficiencia. En primer lugar, no hay lugar en el constitucionalismo actual para que lo fáctico supere a lo normativo sino que el propio sistema ecuatoriano prevé la actualización del contenido de derechos bajo criterios jurídicos; por ende, se insiste en que la necesidad no es de adaptar el texto a la realidad social sino armonizar su contenido. La sentencia no refiere a la existencia de una laguna, más bien el propio constituyente previó que su catálogo de derechos no sea cerrado ni acabado para poder responder a las necesidades constitucionales internas y externas.

Igualmente, se descarta el uso de esta corriente dado que la CCE en ningún momento invade las esferas jurídicas de la enmienda o la reforma puesto que sus límites son ajenos a las competencias de la Corte. Finalmente, la decisión interpretativa no busca sustento en un supuesto privilegio de los juristas sino en



su debida motivación en derecho y el cumplimiento de un deber de la Corte: dotar de eficacia y contenido a los derechos.

Tabla #7. Postulados de López Cadena presentes en la sentencia

Lo fáctico no supera a lo jurídico, sino que las necesidades y la realidad constitucional forman parte del contenido de un derecho.	X
Se da en una Constitución rígida.	X
Hay una transformación intensa en el contenido normativo de la cláusula constitucional sin alterar su literalidad.	X
Existe variación de las necesidades sociales u obligación de cambiar el criterio jurisprudencial para mayor vigencia de los derechos.	X
No se invade la esfera jurídica de la reforma o enmienda.	X
El contexto responde al llamado sentido estricto del contenido normativo de los derechos.	X
La Corte utiliza herramientas que permiten sostener neutralidad.	X
El cambio reconoce una realidad constitucionalmente relevante.	X
Se respetan los linderos señalados por el sistema constitucional en su integridad.	X
No se altera la supremacía material y/o formal de la norma normarum.	X
Se extrae una norma del contorno jurídico del derecho, no sólo de la cláusula aislada.	X
La ampliación en el sentido tiene como objetivo garantizar la mayor vigencia de los derechos fundamentales.	X
La interpretación de la Corte recepta o acoge un cambio intenso acaecido en otra fuente normativa.	X
Existe suficiente espacio dentro de la concreción gramatical para ampliar su sentido.	X
Se realiza un proceso ponderativo.	X
No se crea jerarquía entre derechos, se busca su interrelación armónica.	X
Existe una suficiente motivación.	X

La teoría dinámica-normativa demuestra ser la adecuada para examinar a fondo si la interpretación dentro del caso examinado tuvo efectos mutativos en el alcance del derecho al matrimonio. Sus postulados más importantes están presentes en la argumentación de la sentencia; por ello, a continuación se realizará un análisis detallado y minucioso únicamente desde esta óptica.

2.4 ¿Cumple la Sentencia con los Requisitos Esenciales de la Teoría Dinámica-Normativa para ser Considerada una Mutación Interpretativa?

Una vez determinada la idoneidad de la teoría dinámica-normativa para estudiar la posible mutación presente en el caso de estudio, es menester presentar determinados requisitos extraídos del concepto de interpretación mutativa de López Cadena. Estos puntos operan a manera de *checklist*, por lo que cada uno debe ser debidamente identificado en la argumentación de la sentencia; los requisitos a cumplir son:



1. Haber sido emitida por el intérprete auténtico de la Constitución.
2. Operar dentro de las competencias constitucionales del órgano, es decir dentro de un proceso jurisdiccional de naturaleza interpretativa.
3. Producir una norma que no consta en la literalidad del precepto constitucional o alterar su sentido original.
4. En el proceso interpretativo haber observado ambos componentes del contenido normativo del derecho: normativo y fáctico.
5. Actuar por iniciativa del intérprete auténtico vía cambio de su criterio jurisprudencial o reconocer el cambio intenso del contenido normativo devenido por alteraciones en la realidad constitucional.
6. Respetar los límites.

Ahora, corresponde el análisis individual de cada punto:

- Órgano que Realiza la Interpretación:

La sentencia dictada dentro del proceso de consulta de constitucionalidad de norma 0011-18-CN, con fecha 12 de junio de 2019, fue emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, máximo órgano de control e interpretación constitucional de acuerdo al artículo 429 de la CRE y 170 de la LOGJCC.

- Competencias y Procedimientos:

La interpretación de la CCE es realizada dentro de una consulta elevada por el Tribunal Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha respecto de la constitucionalidad de la OC24/17 y su aplicabilidad en el país sin reformar el artículo 67 de la CRE; este procedimiento de control concreto de constitucionalidad es competencia de la CCE por mandato constitucional (art. 428 CRE) y es desarrollada en la LOGJCC (arts. 141-143), COFJ (art. 4) y en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (arts. 3.6, 92).

- Norma Resultado de la Interpretación:

La CCE, luego de todo el proceso interpretativo y de motivación de la sentencia, llega a la siguiente decisión final:



Establecer que no existe contradicción entre el texto constitucional con el convencional sino más bien complementariedad. Por la interpretación más favorable de los derechos, el derecho al matrimonio reconocido a parejas heterosexuales se complementa con el derecho de parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. La Constitución, de acuerdo al artículo 67, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención, interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la Opinión Consultiva OC24/17, reconocen el derecho al matrimonio entre hombre y mujer y el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo. (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, p. 62)

El precepto constitucional que desarrollaba originalmente el derecho al matrimonio contenía la siguiente definición: "El matrimonio es la unión entre hombre y mujer" (art. 67 CRE); al declararse la complementariedad entre la literalidad del texto constitucional ecuatoriano y la interpretación de la CADH realizada por la Corte IDH en la OC24/17, que reconoce el matrimonio entre parejas del mismo sexo, se adscribe a la definición inicial un segundo elemento que podría resumirse en los siguientes términos:

(...), y entre parejas del mismo sexo, (...)

Como resultado, la parte relativa al derecho al matrimonio dentro del artículo 67 de la CRE, tendría ahora el siguiente sentido:

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, y *entre parejas del mismo sexo* (énfasis añadido a la definición original, cursiva al sentido agregado vía interpretativa)

En conclusión, la actividad hermenéutica de la CCE ha provocado una alteración intensa dentro del contenido normativo del derecho al matrimonio, agregando a la definición inicial otra norma complementaria implícita, por remisión a los instrumentos internacionales de DDHH vinculantes para el país por el bloque de constitucionalidad. Esta norma que reconoce el matrimonio igualitario no constaba en la literalidad original del texto constitucional.

- Observación del Contenido Normativo del Derecho:

Dentro de la argumentación y motivación de la sentencia debe observarse que la CCE haya desarrollado tanto los factores normativos como los fácticos que



dotan de contenido normativo constitucionalmente relevante al derecho en cuestión: el derecho al matrimonio.

Debido a que ha pasado un tiempo prudente desde la expedición de la Constitución actualmente vigente hasta la emisión de la sentencia, en concreto once años, se acude a un escenario de contenido normativo "en sentido estricto" acorde la teoría dinámica-normativa; dentro del elemento normativo la sentencia debió observar: (i) el precepto constitucional original, (ii) los principios constitucionales, (iii) disposiciones constitucionales relacionadas, (iv) bloque de constitucionalidad, (v) leyes de concreción, (vi) normas infraconstitucionales relacionadas, (vii) sentencias emitidas sobre la materia.

La sentencia No. 11-18-CN/19 sienta claramente la discusión jurídica dentro del control concreto de constitucionalidad en la compatibilidad de la OC24/17 y el artículo 67 de la CRE (precepto constitucional original). Igualmente desarrolla principios de la interpretación y aplicación constitucional (bloque de constitucionalidad, cláusula abierta de derechos, remisión a instrumentos internacionales, prevalencia de los instrumentos internacionales de DDHH que contienen disposiciones más favorables, interpretación más favorable a los derechos)

También interrelaciona la disposición del derecho al matrimonio con otros derechos relevantes (derecho a la familia; derecho a la igualdad formal y material, prohibición de la discriminación; deber estatal de garantizar el efectivo goce de los derechos; prohibición de discriminación por identidad de género y orientación sexual; derecho al libre desarrollo de la personalidad; derecho a la intimidad personal y familiar; derecho a la identidad; y, derecho a la libre contratación). Así mismo, considera el bloque de constitucionalidad vía remisión a un instrumento internacional de DDHH -la CADH- cuya interpretación auténtica dada en la OC24/17 es vinculante por haber sido otorgada por el máximo órgano de interpretación en su sede (la Corte IDH).

Respecto de las leyes de concreción y normas infraconstitucionales hay referencias a la LOGIDAC y al CC; se especifica que esta sentencia no trata de forma directa la constitucionalidad de las disposiciones legales que desarrollan



el derecho al matrimonio como un contrato al cual acceden las parejas heterosexuales (párr. 22). Sino que trata directamente el precepto constitucional y su compatibilidad con la interpretación auténtica del instrumento internacional de DDHH; las disposiciones de estos cuerpos normativos serían posteriormente declarados inconstitucionales en la sentencia No. 10-18-CN/19, cuyo objeto es conexo al de la sentencia en estudio. Finalmente, no hay referencias a sentencias emitidas sobre esta materia puesto que este caso de control de norma, junto a la sentencia No. 10-18-CN/19, marca un punto de partida en la actividad constitucional referida al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Se puede concluir que existe una revisión profunda tanto del marco jurídico internacional, constitucional e infraconstitucional por lo que se cumple la observación diligente del componente normativo del contenido del derecho al matrimonio.

La realidad constitucional observarse desde dos aristas: los hechos prácticos y las ideologías; lo primero es plenamente desarrollado dentro del título III de la sentencia¹¹ y del test de proporcionalidad realizado (pp. 19-27). En cuanto el componente ideológico, se hace referencia a los fines del matrimonio con base en distintas ópticas ideológicas del mismo: extralegal, legal y constitucional (pp. 20-23).

Adicionalmente, durante la audiencia pública se contó con la intervención de diversos actores de la sociedad¹² que tuvieron el debido espacio para compartir a la CCE sus puntos de vista, creencias y cosmovisiones. De esto se concluye que también existe una observación diligente del componente fáctico.

- Tipo de Mutación:

La mutación constitucional que habría operado por efecto de la sentencia en cuestión sería una receptora; es decir, reconoce como válida una alteración

¹¹ Consideración previa: la situación de las personas con identidades sexo-genéricas diversas (pp. 5- 8).

¹² Quienes intervinieron directamente como partes procesales constan en el párrafo 7 de la sentencia, los *amici curiae* a título personal u social constan en el párrafo 8.



intensa en el contenido normativo del derecho que tiene origen en una fuente normativa distinta a la Constitución.

Esto por las siguientes razones: respecto de las disposiciones constitucionales (i) dentro de la CRE no existe referencia que permita extraer directamente una norma que reconozca la existencia del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo; y, (ii) la CRE prevé una cláusula abierta de derechos por la cual el catálogo no se agota en su literalidad sino que se incorporan tanto derechos reconocidos en sede internacional como los derechos innominados, reconocidos legislativa o judicialmente, y que deriven de la dignidad humana.

En torno a los la OC24/17 y su fuerza vinculante: (iii) la Corte IDH es el intérprete auténtico de la CADH, instrumento internacional de DDHH vinculante para el Ecuador; (iv) la OC24/17 emitida por la Corte IDH, dicta la manera en que debe entenderse el artículo 17.2 de la CADH; (v) la definición de matrimonio en sede interamericana debe entenderse como compatible con el matrimonio entre personas del mismo sexo; y, (vi) la Corte IDH dentro de la OC24/17 efectúa una aparente mutación creadora puesto que ante el cambio intenso en la realidad *convencional* altera su criterio, ampliando, en virtud de una interpretación viva y evolutiva, la protección del derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo.

Por ende, (vii) la CCE en consideración de los puntos i y ii dentro del texto constitucional y iii, iv, v y vi respecto de la OC24/17, su contenido y fuerza vinculante, reconoce como compatible con el art. 67 de la CRE lo dispuesto por la Corte IDH. Con esto se da una alteración intensa del contenido normativo del derecho al matrimonio que se ha producido por una fuente exógena.

- Límites Generales:

Estos tienen el siguiente desarrollo dentro de la sentencia: (i) en cuanto los tres pilares fundamentales del constitucionalismo actual estos son respetados debido a que la compatibilización del art. 67 de la CRE con la OC24/17 no altera de ninguna manera la aplicación directa sino que la fortalece, al activar principios importantes para el sistema de derechos como la cláusula abierta y la prevalencia de los instrumentos internacionales (vinculados a su fuerza



normativa). No hay afección a la supremacía formal de la CRE dado que el mismo texto prevé la remisión a las fuentes internacionales en materia de derechos y su prevalencia por sobre la CRE cuando son más favorables.

Tampoco se atenta contra la supremacía material puesto que el ejercicio de compatibilización parte de un análisis desde una perspectiva de derechos interrelacionados que, para mantener un valor constitucional fundamental de la no discriminación por orientación sexual, debe compatibilizar el matrimonio heterosexual con el homosexual reconocido en sede interamericana. Por último, no existe vulneración a la rigidez en virtud de que no ha operado dentro del ámbito operacional de los cambios formales.

Continuando, (ii) respecto a la literalidad original del precepto, sintáctica y morfológicamente la parte relevante del art. 67 no presenta un cierre en su redacción a una posible extensión del concepto de matrimonio. Se puede sostener que ante la falta de términos condicionales (tales como *sólo*, *únicamente*, *de manera exclusiva*, etc) dentro de la construcción gramatical "El matrimonio es la unión entre hombre y mujer", no existe una posición claramente contraria del precepto al matrimonio entre personas del mismo sexo, que exigiese la operatividad de un cambio formal.

El sentido puede ser ampliado adecuadamente con la adición de otra acepción complementaria sin que se contraríe la literalidad, al estar esta con un grado de concreción gramatical que permite esta mutación. La alteración no ha operado por un cambio de sentido de los vocablos, sino por adición que encaja plenamente con la construcción original.

Así mismo, (iii) la actividad interpretativa materia de análisis ha sido realizada dentro de un procedimiento jurisdiccional en sede constitucional, el control concreto de constitucionalidad, con el respeto a las reglas del debido proceso determinadas en la ley de la materia. Así mismo, cuenta con uso de herramientas jurídicas específicas como: interpretación literal, sistemática, evolutiva, aplicación de la proporcionalidad, principio de mayor favorabilidad a los derechos, etc. Por lo que no ha invadido el campo de lo eminentemente político, respetando su naturaleza jurídica.



Se añade que (iv) hay un respeto claro a la noción de sistema constitucional dentro de la motivación y el proceso interpretativo que lleva a la decisión potencialmente mutativa, puesto que existe un análisis diligente y suficientemente extenso del sistema de derechos constitucionales directamente interrelacionados. Se consideran sus principios y reglas, (como el derecho a la familia, igualdad formal y material, libre contratación, etc.) y los valores constitucionales relevantes (no discriminación).

Igualmente, (v) se cumple el límite de haber pasado por un proceso de ponderación puesto que se argumenta la prevalencia de los derechos a la igualdad, familia, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal, identidad y libre contratación por sobre la interpretación restrictiva del derecho al matrimonio, exclusivamente heterosexual. Así, (vi) la conclusión de este proceso ponderativo es la necesidad de ampliar el espectro de protección del derecho al matrimonio, para garantizar de esta manera la armonización de las normas constitucionales como un conjunto de derechos interrelacionados.

De igual manera, (vii) el principio de conservación de la ley no es del todo aplicable al caso concreto, por tratar la compatibilidad de un precepto constitucional con un instrumento internacional de DDHH, este límite no es compatible con el sistema constitucional ecuatoriano que posee peculiaridades como la prevalencia de los instrumentos referidos y la cláusula abierta. En el contexto ecuatoriano se podría hablar de una *interpretación de la Constitución conforme a la Constitución*.

En la misma línea, (viii) la exigencia de la motivación cumple con los términos, generalmente aceptados de Atienza¹³. La decisión cuenta con los elementos materiales (se consideran buenas razones tanto el respeto a todos los límites anteriores como la debida argumentación, con las herramientas y principios constitucionalmente aplicables, que han sido desarrollados en el capítulo anterior), los formales (la organización de la sentencia se construye a partir de tres problemas jurídicos cada una con sus esquematización específica) y los pragmáticos (en tanto otorga argumentos con la intención de persuadir, siendo

¹³ "Motivar una decisión significa poner las buenas razones que puedan encontrarse a favor de la decisión en la forma adecuada para que sea posible la persuasión". (Atienza, 2013, p. 152)



un análisis eminentemente jurídico con la diligente utilización de diversos criterios interpretativos para buscar la respuesta adecuada al sistema de derechos).

Finalmente, (ix) en cuanto las consecuencias políticas que debían observarse, hasta día de hoy no se ha visto alteración alguna en el bien común e interés generalizado de las personas heterosexuales. Esto coincide con el análisis del juez ponente, para quien el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en nada afectaría el derecho del grupo heterosexual.

Así, se observa que la interpretación mutativa cumple con los nueve límites generales de la teoría dinámica normativa.

- Límites Específicos:

En tanto la verificación de los hechos prácticos, en la sentencia se hace mención a estadísticas y estudios de campo que indican realidades sobre la vida de las personas LGBTIQ+ dentro del país, cuestión que demuestra el acercamiento de la CCE a los hechos constitucionalmente relevantes para la toma de decisión. Respecto de la conciencia social y su verificación, el proceso de control concreto de constitucionalidad tuvo una acalorada audiencia donde diversas posiciones de origen jurídico, ético y religioso fueron intercambiadas para nutrir el conocimiento de la Corte; se cumple este requisito.

Finalmente, dentro de la idoneidad y justificación del cambio de criterio jurisprudencial, si bien esta interpretación mutativa no es una generadora sino una receptora, se logra identificar también que existe un componente volitivo de la CCE en la emisión de este criterio interpretativo. Ello no tanto por iniciativa libre del intérprete auténtico sino por exigencia del bloque de constitucionalidad y la complementariedad de la CADH dentro del sistema de derechos; esto ante una sociedad donde los hechos prácticos se mantienen más o menos intactos.

Este precedente identifica nuevas necesidades de grupos LGBTIQ+ en materia de derechos, dota de eficacia al derecho al matrimonio ampliando su espectro de sujetos protegidos; el medio (compatibilización de la CRE con la CADH) es compatible con el fin (hacer eficaz el derecho al matrimonio) y es una medida



adecuada, no la única, pero sí más idónea que el criterio restrictivo anterior por el cual no existía el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Como conclusión, es evidente que la interpretación mutativa en estudio cumple con los requisitos desprendidos de la teoría dinámica-normativa. Así, puede afirmarse finalmente que la decisión de la CCE que alteró el sentido del art. 67 de la CRE (que reconocía inicialmente el matrimonio heterosexual) para hacerlo compatible con la interpretación auténtica de la CADH (que, vía OC24/17 reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo) es efectivamente una interpretación mutativa de derechos. Esta mutación operó en el país mediante el control concreto de constitucionalidad, cambiando el concepto constitucional del derecho al matrimonio sin alterar la literalidad del texto.



CAPÍTULO III: ESCENARIO ACTUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ECUADOR ANTE EL FENÓMENO MUTATIVO

3.1 Hacia un Contenido Abierto de Derechos

El criterio jurisprudencial desarrollado por la Corte con el caso analizado tiene consecuencias importantes para el contenido de los derechos en el Ecuador. A partir de 2008 el sistema constitucional del país abandonó la tradición de contener un catálogo taxativo de derechos y sus definiciones cerradas que luego únicamente podían ser actualizadas o puntualizadas vía ley o jurisprudencia.

Hay tres puntos fundamentales en la CRE que invitan a una nueva etapa en el desarrollo de los derechos: (i) la obligación de los entes públicos de desarrollar progresivamente el contenido de los derechos (art. 11.8); (ii) la existencia de una cláusula abierta que permite el reconocimiento interno tanto de derechos previstos en sede internacional como los derivados de la dignidad humana y necesarios para el ejercicio de otros (art. 11.7); y, (iii) la prevalencia y aplicación directa de instrumentos internacionales de DDHH cuando sean materialmente más favorables que la norma *normarum* (arts. 424, 426).

La consecuencia natural de estas condiciones es la condición *sui generis* del sistema constitucional de derechos ecuatoriano y un evidente contenido abierto a la actualización dinámica, conforme avanzan las necesidades sociales y las responsabilidades en sede internacional en materia de DDHH. De esta forma, a breves rasgos no existe un límite al desarrollo del contenido y/o reconocimiento de derechos por parte del sistema fundamental ecuatoriano mientras ellos otorguen mayor eficacia a su ejercicio. Bajo ninguna circunstancia se debe considerar permitida una alteración que vaya en menoscabo de su alcance, vigencia o busque su desaparición.

Ante la existencia de este contenido abierto de los derechos, cabe preguntarse nuevamente: ¿dónde radica el límite? Esta investigación propone dirigir la respuesta no a controlar el contenido de los derechos fundamentales sino a la consideración de peculiaridades que condicionan actividades mutativas en el país. De la observación de las mismas se desprendería finalmente la legitimidad de la interpretación mutativa de derechos por parte de la CCE.



3.2 Peculiaridades del Sistema Nacional como Limitaciones a la Extensión Vía Mutativa del Contenido de los Derechos

Ideas como el "entramado de normas y principios que contiene la Constitución", defendido por Dau-Lin; los "límites implícitos" en forma de principios constitucionales, el "espíritu de la Constitución" y las "auto limitaciones" de los tribunales constitucionales resultan insuficientes para el control de la actividad mutativa en el contexto ecuatoriano. Se debe partir de que este fenómeno de estudio jamás opera por imposición de los hechos sino porque ciertas alteraciones fácticas modifican intensamente el contenido normativo de un derecho y esto es deseado por el sistema constitucional ecuatoriano.

Las particularidades presentes en el sistema nacional deben ser vistas desde dos ópticas: la primera en torno al rol que desempeña la CCE en el desarrollo y vigencia de los derechos, evitando arbitrariedades que pudieran provocar quebrantamientos constitucionales o injerencias en competencias legislativas. La segunda es un contenido interrelacionado de límites que abarca herramientas interpretativas, principios y valores constitucionales que han sido impuestos con anterioridad por el constituyente y deben ser observados obligatoriamente al expandir o reconocer un derecho. Además contiene actividades materialmente realizables con el objetivo de democratizar los procesos constitucionales y nutrir las decisiones interpretativas de las posturas plurales de un Estado. Los listados a continuación no son taxativos ni catálogos cerrados, sino que deben considerarse como un conjunto de condiciones a ser observadas.

3.2.1 El Papel de la CCE

La Corte Constitucional del Ecuador tiene como deber el ejercicio responsable y auto limitado de sus facultades interpretativas y el respeto por el sistema republicano democrático vigente en el país. De esta responsabilidad se desprenden dos tareas específicas:

a) Velar por la Eficacia de los Derechos

Uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales (art.



3.1 CRE), este mandato obliga a todo órgano estatal a encaminar sus actividades hacia la mayor vigencia del sistema de derechos (art. 11.5 CRE). Involucra también que el contenido normativo de los derechos debe evolucionar progresivamente mediante normas, jurisprudencia y políticas públicas (art. 11. 8 CRE). En este escenario, dado el vínculo íntimo de la CCE con la defensa de derechos constitucionales, este ente tiene la obligación específica de buscar soluciones que favorezcan de mayor manera la eficacia de los derechos vía jurisprudencial.

Esto se explica con una relación medio-fin: el medio es la actividad jurisprudencial de la Corte que tiene como fin la vigencia, eficacia y goce de los derechos reconocidos en el texto de la cual es guardián; por ende, en toda actividad interpretativa realizada por la CCE debe maximizarse la importancia del sistema de derechos. El mandato de optimización obliga a su cumplimiento en la mayor medida de lo posible y depende por completo de la voluntad de quienes integren la Corte al momento de realizar su trabajo; además, su inobservación es identificable *a posteriori* al analizar la motivación puesto que la decisión final debe ser compatible con la siguiente idea: la decisión interpretativa no debe ser la correcta ni la única, basta con que sea mejor, es decir, otorgue más eficacia al derecho en juego que el criterio anterior.

b) Observar y Responder a la Necesidad Social

Se desprende de la naturaleza historicista de los derechos; estas figuras jurídicas no han aparecido súbitamente, sino que parten de procesos sumamente extensos donde la sociedad refleja sentires, necesidades, inconformidades y demás posturas colectivas que devienen finalmente en el reconocimiento de derechos. El Estado es el ente encargado de desarrollar los derechos de manera progresiva, esto involucra una conexión con la cláusula abierta (art. 11.7 CRE) que determina la posibilidad de reconocer nuevos derechos, llamados *innominados* por la CCE.

Su punto de partida son necesidades sociales vinculadas con la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que se van desarrollando con el tiempo; su identificación depende fundamentalmente del grado de



preparación de las y los magistrados, su capacidad de entender los momentos históricos y dar cabida a casos difíciles -o polémicos- de donde se puedan desprender nuevos derechos. En estos casos la CCE debe actuar con la mayor responsabilidad de cumplir su rol: propender a la vigencia de los derechos y protección de las minorías.

Esta última idea es señalada debido a que, en el proceso de reconocimiento de derechos *innominados* que son requeridos por la sociedad, las mayorías tienen mayor facilidad para acceder al reconocimiento en sede legislativa, es decir que sus exigencias sean plasmadas en leyes o cambios constitucionales formales. En el caso de las minorías, al no tener mayor representación dentro del máximo órgano legislativo, queda el camino del reconocimiento judicial de sus derechos, donde la CCE debe jugar un rol central pero responsable.

3.2.2 Exigencias del Sistema Constitucional Ecuatoriano

- Debe Observarse la Realidad Constitucional del Momento Interpretativo:

La realidad constitucional es un concepto dinámico y exige que la CCE durante observe únicamente los hechos prácticos y las ideologías vigentes del momento de la interpretación. Esto es imperativo para una adecuada decisión dentro del sistema de derechos e involucra dejar de lado los criterios originalistas y la consideración aislada del momento constituyente. Estas herramientas pueden usarse pero jamás serán la base fáctica sobre la cual se interprete el contenido normativo de un derecho.

La observación de la realidad constitucional involucra una carga adicional de trabajo a la CCE, que deberá utilizar herramientas tales como: estudios estadísticos, visitas *in situ*, solicitudes de informes especializados, audiencias públicas, invitación a participar como *amici curiae* a diversos elementos de la sociedad civil, creación de espacios que permitan intercambio y acercamiento de la CCE con la ciudadanía, utilización de criterios antropológicos, sociológicos, psicológicos y demás ramas que puedan ser necesarias. Este catálogo es solamente ejemplificativo y dependerá de las necesidades que presente la Corte



para identificar la realidad constitucional de un derecho y la naturaleza del mismo.

- La Interrelación de los Derechos:

La CRE determina que los derechos y los principios que buscan su aplicación y vigencia son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Determinar el contenido normativo de un derecho, y potenciales necesidades de compatibilizar el precepto con el mismo sistema, exige que se analice su armonía o contradicción con otros derechos constitucionales; esto debe realizarse mediante un ejercicio ponderativo que garantice respetar la igual jerarquía de los derechos y la prevalencia de uno sobre otro bajo determinadas circunstancias y dentro de casos específicos.

A diferencia de lo que sostiene Salgado, esta herramienta no solamente vincula a los derechos con requisitos formales como el respeto de los procedimientos reformativos sino a todo el esquema constitucional, especialmente el de derechos. Si la construcción de un derecho dentro del texto constitucional no es compatible con el sistema interrelacionado de derechos, deberá dictarse interpretación que permita el funcionamiento armónico.

- No Existe Una Literalidad Cerrada:

La compatibilización del art. 67 de la CRE con la interpretación auténtica de la CADH indudablemente alteró el sentido que se desprendía originalmente de la lectura del derecho al matrimonio. De esta solución dada por la CCE se concluye que, si bien es importante cuidar la literalidad del texto, el mismo sistema al dar cabida a la prevalencia de los instrumentos internacionales de DDHH no declaró el catálogo de derechos ni sus concreciones gramaticales como finales.

Por ello, es menester para determinar el límite expansivo del sentido del precepto constitucional de DDHH observar si las palabras utilizadas han cambiado de sentido con el tiempo y además si la construcción escrita permite incorporar nuevas exigencias, conceptos o ampliar su alcance sin cambiar profundamente su naturaleza. Como ejemplo sirve la mutación dada en el caso analizado, donde el art. 67 no condicionaba gramaticalmente el matrimonio heterosexual como el



único que puede tener vigencia en el Estado sino que lo reconocía como existente y válido; teniendo espacio la disposición para ser ampliada.

- El Principio de Prevalencia:

La CRE dispone la aplicación directa de sus disposiciones además de las previstas en los instrumentos internacionales de DDHH cuando son más favorables a lo que prevé el texto constitucional (art. 426). De ello se desprende el corolario que el propio constituyente determinó un catálogo inacabado de derechos. Hay una aparente intención de que la Constitución, buscando la mayor vigencia de los derechos, ceda su supremacía formal ante los instrumentos internacionales de DDHH con mayor rango de protección, por tener estos una especie de supremacía material deseada por la misma norma normarum y cuyas disposiciones pasan a formar parte del bloque de constitucionalidad, aplicable de manera directa en el país.

Siempre que el sistema nacional de derechos contenga menores protecciones, un alcance inferior o no contemple un derecho, se debe acudir a los sistemas internacionales de los cuales Ecuador forma parte: el Sistema Universal y el Sistema Interamericano.

- La Cláusula Abierta de Derechos:

Ya se había desarrollado este apartado por su íntima relación con la necesidad social; el art. 11.7 de la CRE determina la cláusula abierta como mecanismo de reconocimiento de derechos que estén vinculados al debido ejercicio de los que ya están reconocidos expresamente y tengan íntimo vínculo con la dignidad humana. Es decir, el límite a posibles mutaciones no está únicamente en el desarrollo conceptual de derechos o en compatibilizaciones con instrumentos internacionales de DDHH, sino en el reconocimiento judicial de derechos conexos.

- El Bloque de Constitucionalidad:



La sentencia No. 11-18-CN/19 contiene un *obiter dicta* crítico para el desarrollo del sistema constitucional ecuatoriano: la ampliación de las fuentes del derecho para reconocer como válida la remisión a instrumentos internacionales de DDHH y pasando estos a ser parte importante del bloque de constitucionalidad. Así, diversos documentos tienen ahora plena eficacia jurídica en el sistema nacional y forman parte del contenido normativo de un derecho, que se ve ampliado a lo que desarrollen los órganos competentes tanto del Sistema Universal como del Interamericano.

- Democratización de la Justicia Constitucional:

Este es el puente que une al rol de la CCE de protección de minorías y máximo intérprete de la CRE con el respeto a una democracia deliberativa, participativa, diversa y con pluralidad de intérpretes. En estos términos, una exigencia *sine qua non* para las mutaciones de derechos sería la realización de la audiencia pública y la apertura a todo punto de vista (no se puede censurar la participación de ningún individuo, colectivo o comunidad).

El intercambio de ideas es importante para la formación de criterio de la Corte y para acercar la justicia constitucional a la ciudadanía. La CCE debe buscar los mecanismos para hacer más accesibles sus procesos, facilitar la participación en audiencias, simplificar la comprensión de contenidos de trascendencia social y, de ser necesario, abrir espacios de diálogo donde puedan socializarse las decisiones.

- Los Tres Pilares Fundamentales de la Constitución:

Los pilares vitales del constitucionalismo de los que habla López Cadena son una característica también presente en Ecuador. Una interpretación mutativa no puede saltarse la fuerza normativa de la norma *normarum*, alterando o menoscabando su aplicación directa; tampoco es compatible con retrocesos en la supremacía constitucional, no puede tocar la influencia material que tiene la Constitución ni tampoco cambiando la escala formal, acorde la cual la norma *normarum* está en la cima, salvo que exista un instrumento internacional de DDHH con disposiciones más favorables. Finalmente, la interpretación mutativa



no puede ser conceptualmente un cambio constitucional ni pretender sus mismos efectos para así respetar su rigidez.

- Los Cambios Formales Tienen Alcance Exclusivo:

Una mutación por vía interpretativa no puede invadir las esferas que pueden ser cambiadas por los mecanismos de cambio constitucional formal que están previstos en la CRE; tanto la enmienda como la reforma tienen cerrado el acceso tanto al sistema de derechos como de garantías constitucionales (arts. 441-442 CRE).

Es decir, el desarrollo de las materias vedadas a los cambios formales podría modificarse (siempre extendiendo la protección, jamás de manera que se reduzcan) con mutaciones, cuestión que es deseada también por el art. 11.8 y la obligación de evolucionar derechos por vía jurisprudencial. Todo lo que es materia de la enmienda o reforma parcial no puede ser tocado por las mutaciones.

- El Deber-Garantía de la Motivación:

La parte motivacional de la sentencia con una interpretación mutativa no debe ser únicamente suficiente, sino que debe ser correcta, lógica y racional; estas características pueden verificarse desde la óptica de la mutación constitucional con el cumplimiento de los requisitos de la teoría dinámica-normativa y los criterios jurisprudenciales que ha desarrollado la Corte a propósito de este deber que también está contemplado como garantía constitucional.

Desde un punto de vista teórico se debe cumplir con los requisitos formales, materiales y pragmáticos de la motivación judicial acorde la definición de Atienza; esto permite control público de las decisiones, crítica a las mismas y potenciales responsabilidades ulteriores.

3.3 Mutaciones en el Contenido de los Derechos Deseadas por el Sistema Constitucional

Teniendo claras las peculiaridades del sistema constitucional ecuatoriano que condicionan la actualidad de los derechos fundamentales a partir del caso



estudiado, queda claro que el contenido de los mismos no se considera acabado y está plenamente abierto a la constitucionalización de los instrumentos internacionales de DDHH como al reconocimiento de derechos innominados. Ante esta realidad, se observan cuatro posibles escenarios de mutaciones de cláusulas constitucionales referentes a derechos con respaldo en las ideas previamente señaladas.

3.3.1 Mutación Compatibilizadora

Es la mutación sucedida por efecto de la sentencia No. 11-18-CN/19; requiere de la existencia de dos preceptos referentes a un derecho específico, uno constitucional y otro de un instrumento internacional de DDHH, como en el ejemplo a continuación:

Tabla #8. Situación jurídica del derecho previa a la decisión mutacional

<i>El derecho x^{14} es y^{15}</i>	Precepto constitucional
<i>El derecho x es z^{16}</i>	Precepto internacional (o interpretación auténtica)

Una vez que se tienen ambos preceptos que desarrollan un mismo derecho, por principio de conservación del derecho y de la Constitución debe buscarse una salida dentro del propio sistema constitucional; es decir, si el sentido del precepto internacional está contenido en otro precepto constitucional, para esto es prioritario utilizar el método sistemático. Ante la insuficiencia del catálogo de derechos expresos en la CRE y del sistema de principios aplicables al mismo, la respuesta lógica será la prevalencia del instrumento internacional de DDHH sobre el vacío constitucional respecto al sentido faltante de dicho derecho.

Posteriormente, se debe identificar que ambos preceptos no sean incompatibles entre sí, es decir que el contenido de **y** no sea contrario al contenido de **z**, para

¹⁴ **X** es el derecho desarrollado o conceptualizado en el texto constitucional o un instrumento internacional de DDHH.

¹⁵ **Y** es el contenido, concepto, desarrollo o concreción gramatical dentro del precepto constitucional.

¹⁶ **Z** es el contenido, concepto, desarrollo o concreción gramatical dentro del precepto internacional.



esto es requerido observar: (i) no hay contradicción en la literalidad de las palabras entre ambos preceptos, por ejemplo no sería compatible que el precepto constitucional señale "El derecho a la educación gratuita abarcará **únicamente** hasta la secundaria" y el sentido obtenido del internacional contemple "El derecho a la educación gratuita abarcará estudios **posteriores** a la secundaria", dado que ante una incompatibilidad así se requeriría cambio formal.

Luego, debe identificarse (ii) si hay suficiente espacio en la construcción gramatical del precepto constitucional para contener también el sentido dado por el internacional, por ejemplo "El matrimonio es la unión entre hombre y mujer" tiene el suficiente grado de inconcreción para permitir una ampliación gramatical de su sentido "El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, y personas del mismo sexo"; (iii) el sentido dado por el instrumento internacional debe ser deseado por el sistema de principios y derechos, para ello debe pasarse por un proceso de ponderación e interpretación sistemática.

La conclusión interpretativa una vez dada la operación descrita debe ser la compatibilidad entre el contenido constitucional con el internacional, que requiere armonización vía interpretativa. Generando el siguiente resultado:

El derecho x es y y es z¹⁷.

3.3.2 Mutación Reemplazante

Opera gracias al principio de prevalencia y aplicación directa de instrumentos internacionales de DDHH cuando son más favorables; requiere de la existencia de dos preceptos referentes a un derecho específico, uno constitucional y otro de un instrumento internacional de DDHH, como en el ejemplo a continuación:

Tabla #9. Situación jurídica del derecho previa a la decisión mutacional

<i>El derecho x es y</i>	Precepto constitucional
--------------------------	--------------------------------

¹⁷ Lo subrayado no forma parte de la literalidad del precepto, formaría parte de una norma implícita extraída por interpretación de la CCE y que ha modificado el sentido constitucional original.



<i>El derecho x es z</i>	Precepto internacional (o interpretación auténtica)
--------------------------	--

Estos preceptos deben desarrollar un mismo derecho; en primera instancia, por principio de conservación del derecho y de la Constitución, el intérprete debe buscar una salida dentro del propio sistema constitucional y llegar a una respuesta negativa. Se debe analizar el precepto internacional a luz de todo el factor jurídico que desarrolla dicho derecho, incluyéndose doctrina que permita entender por qué podría ser más favorable esta protección que la dada en la Constitución; posteriormente, de un análisis sistemático del sistema de principios y derechos constitucionales se debe elegir la respuesta que busque la mejor vigencia de los derechos como un conjunto interrelacionado.

Esta respuesta debe ser la prevalencia del instrumento internacional por insuficiencia del constitucional, es decir, el mismo sistema axiológico de la CRE debe desear la protección ampliada de origen supranacional. Para concluir, debe identificarse la incompatibilidad entre el precepto constitucional y el internacional, situación ante la cual el sentido que mayor vigencia le da a dicho derecho reemplazará a la literalidad que ha demostrado insuficiencia e incompatibilidad con el sistema axiológico en su integridad.

La conclusión interpretativa debe ser la incompatibilidad entre el contenido constitucional con el internacional, cuya solución estaría en el reemplazo del sentido sin alteración de la literalidad. Generando el siguiente resultado:

El derecho x es ~~y~~ es z¹⁸.

En este tipo de mutaciones siempre es recomendable pasar por un proceso de cambio constitucional formal *a posteriori*, que permita mantener la vigencia y actualización de la Constitución escrita.

3.3.3 Mutación en Sentido Estricto

¹⁸ Lo subrayado no forma parte de la literalidad del precepto, formaría parte de una nueva norma derivada del bloque de constitucionalidad y que tiene fuerza vinculante en el país, esta pasa a tener vigencia con la interpretación de la CCE y modifica por completo el sentido constitucional original.



Opera por cambios intensos en el contenido normativo de un derecho que no provienen de fuentes jurídicas o por reconocimiento judicial de un derecho. En el primer escenario es necesaria una realidad constitucional intensamente alterada y la existencia de un precepto constitucional; para el segundo que ante la realidad constitucional alterada exista un vacío constitucional.

- El primer escenario se desarrolla de la siguiente manera:

Tabla #10. Situación jurídica del derecho cuyo contenido fáctico ha cambiado intensamente

<i>El derecho a¹⁹ es b²⁰</i>	Precepto constitucional
<i>El derecho a debería ser c²¹</i>	Necesidad por cambio intenso

Debe analizarse de manera aislada al precepto constitucional para extraer su sentido independiente, posteriormente usar criterios sistemáticos y de interrelación dentro del sistema de derechos para extraer el contenido que sería deseado por la Constitución. A la par se verifica la realidad social que nutre el contenido normativo del derecho.

De este examen técnico, debidamente socializado y con instancias de participación pública se debe desprender una necesidad de actualizar el contenido del precepto constitucional vinculado al derecho. Por ende, la solución interpretativa sería:

*El derecho **a** es ~~**b**~~ es **c**²².*

En este tipo de mutación también es recomendable pasar por procesos de cambio constitucional formal *a posteriori*.

¹⁹ **A** es el derecho desarrollado o conceptualizado en el texto constitucional.

²⁰ **B** es el contenido, concepto, desarrollo o concreción gramatical dentro del precepto constitucional.

²¹ **C** es el contenido, concepto o desarrollo deseado por el sistema constitucional y la plena vigencia del derecho **A**; es dado por cambios intensos en la realidad constitucional: hechos prácticos y/o ideologías.

²² Lo subrayado no forma parte de la literalidad del precepto, es un sentido que reemplaza al precepto original por alteraciones intensas en el contenido normativo del derecho que adquiere fuerza normativa vía interpretación mutativa creadora de la CCE.



- El segundo escenario operaría de la siguiente manera:

Tabla #11. Situación jurídica del derecho innominado

No existe desarrollo constitucional	Precepto constitucional
Debería reconocerse: <i>el derecho d²³ es e²⁴</i>	Necesidad del cambio intenso y cláusula abierta

Se debe buscar una salida dentro de lo escrito y determinar el vacío respecto del derecho y realizar el mismo ejercicio sistemático e interrelacionado del primer escenario que permita extraer la necesidad de reconocer un nuevo derecho por: (i) exigencia del sistema constitucional para darle mayor vigencia a derechos ya reconocidos; y, (ii) tener vínculo con la dignidad humana, siendo un complemento para la realización de derechos existentes.

Posteriormente se analiza la realidad constitucional con los requisitos mencionados, la conclusión debe ser la necesidad de reconocer un derecho debido a que la situación es distinta a la del momento constituyente, esto ha cambiado intensamente el contenido normativo de derechos conexos y exige el reconocimiento de otro derecho relacionado. Así, la solución sería:

*El derecho d es e.*²⁵

Igualmente, se recomienda la operatividad de un cambio constitucional formal para reconocimiento pleno del derecho innominado, incorporándolo al texto constitucional vigente.

²³ **D** es el derecho cuya existencia es deseada por la sociedad y el sistema axiológico de la Constitución; surge como resultado de cambios intensos en la realidad constitucional: hechos prácticos y/o ideologías, además de tener vínculo con la dignidad humana y la plena vigencia de derechos interrelacionados.

²⁴ **E** es el contenido, concepto o desarrollo deseado para el derecho **D** por necesidad social, el sistema constitucional y la plena vigencia del derecho; es dado por cambios intensos en la realidad constitucional: hechos prácticos y/o ideologías, tener vínculo con la dignidad humana y la plena vigencia de derechos interrelacionados.

²⁵ Lo subrayado no forma parte del texto constitucional originalmente previsto, opera como norma implícita que se adjunta a la norma normarum en virtud de la cláusula abierta, necesidad social y ser un derecho de cuyo reconocimiento depende la plena vigencia de derechos ya contemplados.



RECOMENDACIONES

A manera de recomendaciones, es importante superar las principales propuestas doctrinarias para legitimar las mutaciones constitucionales dada la importancia que tendrán estas en el futuro dado el trazado fundamental vigente en el país. Diversos autores recomiendan la legitimación popular *a posteriori*; este sometimiento a futura ratificación vía sufragio no tendría cabida al hablar del contenido de los derechos puesto que atenta contra su naturaleza -por fuera de lo decidible por las mayorías- y se caería en un reduccionismo de la democracia al principio mayoritario. Una nueva instancia de revisión, a manera de apelación, también debería considerarse fuera de la discusión al atentar contra la naturaleza de órgano de cierre que tiene la CCE e involucraría crear una cadena sin fin de órganos superiores que controlen decisiones inferiores.

Las soluciones adecuadas radican en la democratización de la justicia constitucional mediante mecanismos de democracia participativa y deliberativa, donde las decisiones polémicas no sean tarea de un solo órgano. Estas ideas también demandarían un trabajo conjunto entre la Asamblea Nacional y la CCE para que las interpretaciones mutativas sean objeto de enmiendas por iniciativa legislativa y así pasen a formar parte del texto explícito.

Es necesaria la coordinación entre ambos órganos; esto permitiría salvaguardar la seguridad jurídica constitucional, evitando que los criterios interpretativos sean demasiado dispersos y no sometería a consulta popular una materia que está vedada a las mayorías. Una posible negativa de la Asamblea a tratar estos temas sólo demostraría que las mutaciones constitucionales en Estados como Ecuador son una salida para tener una Constitución con relativa estabilidad.

De este modo, las mutaciones siempre deben ser de última ratio y jamás deben ser utilizadas como única herramienta para actualizar la Constitución, salvo que la CCE se encontrase con negativas reiterativas y sistemáticas del resto de funciones del Estado a desarrollar derechos, cosa que involucraría un fortalecimiento del rol de protección de minorías y de paso invitaría a replantearse la vigencia del sistema de división de poderes vigente.



CONCLUSIONES

La concepción tradicional de cambios constitucionales es insuficiente para describir los distintos fenómenos que pueden alterar las leyes fundamentales; es necesario dejar de hablar de la mutación constitucional como un tabú teórico y reconocer su existencia.

En la actualidad no puede reducirse la idea de mutación a los primeros trazos de Jellinek y los subsiguientes desarrollos de Dau-Lin, puesto que este mecanismo informal no puede tornarse nuevamente como una vía de los poderes públicos para legitimar acciones *contra constitutionem*. Por ello, en un contexto donde una condición de durabilidad de las normas *normarum* es su adaptabilidad, el sistema de derechos exige de las constituciones el mayor dinamismo posible donde los tribunales constitucionales cobran fundamental importancia.

La sentencia No. 11-18-CN/19 supone una mutación del artículo 67 de la Constitución, puesto que la interpretación de la Corte concluye en la suficiencia de la construcción gramatical actual para abarcar otro sentido, proveniente tanto de la OC24/17 -por bloque de constitucionalidad- como por exigencia de la interrelación entre los derechos constitucionales. Esto una vez que se comprueba la suficiencia de la teoría dinámica-normativa para el estudio casuístico y que los argumentos otorgados por el Juez ponente hayan cumplido con los principales requisitos de esta corriente.

Aún queda como polémica la decisión de que preceptos del texto constitucional puedan ser objeto de control concreto de constitucionalidad, siendo una aparente consecuencia del mismo sistema de principios trazados por el constituyente para solucionar posibles contradicciones que puedan encontrarse al resolver el principio de prevalencia; este trabajo, a primera vista, debería corresponderle a la Corte como máximo intérprete de la norma *normarum* por mandato constitucional.

El constitucionalismo ecuatoriano tiene peculiaridades a observarse el momento de ampliar el contenido normativo de los derechos; estas demandan prolijidad y responsabilidad de la Corte en el ejercicio de sus competencias, la democratización de los procesos jurisdiccionales hacia una democracia



deliberativa y de cooperación entre funciones del Estado. Igualmente el respeto a la naturaleza jurisdiccional de los procesos interpretativos, a las bases del constitucionalismo actual, al principio de prevalencia y a la cláusula abierta de derechos.

Existe la posibilidad de que el sistema constitucional ecuatoriano legitime *a priori* cuatro tipos de mutaciones: respecto a la relación con los instrumentos internacionales de DDHH puede darse una compatibilizadora ante la falta de contradicción y otra reemplazante cuando deba prevalecer la protección internacional. Por otro lado, hay dos modalidades de mutación en sentido estricto: la primera cuando la necesidad constitucional demanda reemplazar un precepto constitucional insuficiente y la segunda cuando no existe regulación alguna y el sistema de derechos exige el reconocimiento de un derecho innominado.

Este nuevo papel de la Corte en el reconocimiento y desarrollo de derechos, con la posible mutación de su contenido abierto, trae muchos problemas que deben ser estudiados a futuro: una posible contradicción con la democracia mayoritaria y la falta de legitimidad de sus decisiones, el nacimiento de un Estado Judicial donde estos entes aparentan ser omnipotentes y la clara tensión que surge entre la democracia tradicional y el constitucionalismo. No es posible superar por completo estos problemas, por razones de profundo arraigo cultural e incluso de insuficiencia teórica de las respuestas dadas en la doctrina.

Por las razones señaladas, las mutaciones constitucionales demandan aún de un estudio profundo y paralelo a las concepciones actuales de los Estados Constitucionales y Democráticos; persisten varios inconvenientes en su legitimidad, alcance y límites, cuya solución no radica en negarles valor jurídico. Es vital el desarrollo de un marco doctrinario que busque explicaciones a su naturaleza, otorgue otras soluciones a los problemas de petrificación para los que la mutación es respuesta y lo compatibilice con las peculiaridades jurídico-sociales de la región y el país.



REFERENCIAS

Textos Consultados

- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1996). Norma jurídica. En F. Laporta & E. Garzón (Eds.), *El derecho y la justicia* (1a Ed., pp. 133–148). Trotta.
- Álvarez Conde, E. (1999). *Curso de Derecho Constitucional* (3a Ed.). Tecnos.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica* (1a Ed.). Trotta.
- Atienza, M. (2016). *Interpretación constitucional* (1a Ed.). Universidad Libre.
- Biscaretti di Ruffia, P. (1988). *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato: Le “Forme di Stato” e le “Forme di Governo”, le Costituzioni Moderne* (6a Ed.). Giuffrè.
- Biscaretti di Ruffia, P. (1966). *La Constitution comme loi Fondamentale dans les États de l’Europe Occidentale et dans les Etats Socialistes* (1a Ed.). Giappichelli.
- Biscaretti di Ruffia, P. (1973). *Derecho Constitucional* (P. Lucas Verdú (ed.); 1a Ed.). Tecnos.
- Böckenförde, E.-W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (R. de Agapito Serrano (ed.)). Trotta.
- Bryce, J. (2015). *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Calamandrei, P. (1955). *Discorso sulla Costituzione*. Memoteca. <https://bit.ly/33ETfLt>
- Dau-Lin, H. (1998). *Mutación de la constitución* (P. L. Verdú & C. Förster (eds.)). Instituto Vasco de Administración Pública.
- De Vega, P. (1991). *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Tecnos.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y Argumentar* (1a Ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Häberle, P. (2016). *El Estado Constitucional* (H. Fix-Fierro (ed.); 2a Ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



- Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional* (P. Cruz Villalón (ed.); 2a Ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hoyos, A. (1998). *La interpretación constitucional* (2a Ed.). Temis.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, & Comisión de Transición para la definición de la Institucionalidad Pública que Garantice la Igualdad entre Hombres y Mujeres. (2013). *Estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGBTI en el Ecuador* (1a Ed.). www.ecuadorencifras.gob.ec.
- Jellinek, G. (1991). *Reforma y Mutacion de la Constitucion* (C. Förster (ed.)). Centro de Estudios Constitucionales.
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución* (A. Gallego (ed.); 2a Ed.). Editorial Ariel.
- López, S. (2017). *Reflexiones acerca de la Legitimidad Democrática de la Justicia Constitucional en Ecuador* (1a Ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones; Universidad Andina Simón Bolívar.
- Martines, T. (2020). *Diritto Costituzionale* (15a Ed.). Giuffrè.
- Mortati, C. (1940). *La Costituzione in Senso Materiale* (1a Ed.). Giuffrè.
- Mortati, C. (1962). Costituzione (Dottrine Generali). En *Enciclopedia del diritto* (11a Ed.). Giuffrè.
- Mortati, C. (1964). *Le Opinioni Dissenzienti dei Giudici Costituzionali ed Internazionali* (1a Ed.). Giuffrè.
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea.
- Pierandrei, F. (1965). *Scritti di diritto costituzionale* (vol. I). Giappichelli.
- Pólit Montes de Oca, B. (2012). Control constitucional de los mecanismos de participación popular directa. En J. Montaña Pinto (Ed.), *Apuntes de derecho procesal constitucional. Parte especial 2: Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional* (1a Ed., pp. 63–100). CEDEC.
- Quintana, I. (2019). *Limitaciones y control de la reforma constitucional* (1a Ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Smend, R. (1985). *Constitución y Derecho Constitucional* (J. Beneyto (ed.)).



Centro de Estudios Constitucionales.

Stern, K. (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales.

Tosi, S. (1959). *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare* (1a Ed.). Giuffrè.

Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta.

Zagrebelsky, G. (2008). *Principios y Votos: El Tribunal Constitucional y la Política*. Editorial Trotta.

Zarini, H. J. (2009). *Derecho Constitucional* (2a Ed.). Astrea.

Publicaciones Periódicas

Bardazano, G. (2018). Los derechos y la interpretación constitucional: la mutación en construcción. *Anuario del Área Socio-Jurídica*, 10(1), 1–15. <https://bit.ly/3CZze1K>

Carbonell, M. (2011). La Constitución Viviente. *ISONOMÍA*, 35, 187–193. <https://bit.ly/31gyhlf>

Carpizo, J. (2011). La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLIV(131), 543–598. <https://bit.ly/3d3ZqhE>

da Silva, A. (1999). Mutaciones Constitucionales. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1. <https://doi.org/f4p7>

Echeverri, E. (2016). La interpretación constitucional: ¿eclipse del control al poder? *Revista IUS*, 10(37), 59–82. <https://bit.ly/2WqGown>

Fernández Segado, F. (2013). Las Mutaciones Jurisprudenciales en la Constitución. *Revista de las Cortes Generales*, 89, 7–88. <https://doi.org/f5m2>

García Roca, F. (1988). Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend (A propósito de un libro de Pablo Lucas Verdú). *Revista de estudios políticos*, 269–276.



- Goig, J. M. (2013). La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional. *Revista de Derecho UNED*, 12, 257–292. <https://doi.org/f4p5>
- Leal Sanabria, J. L., & Cerda Dueñas, C. (2016). La mutación constitucional del principio de no intervención. *Cuestiones Constitucionales*, 35, 81–118. <https://bit.ly/3F5ZE3K>
- López Cadena, C. (2009). Aproximación a un concepto normativo de mutación de los derechos. *Revista Derecho del Estado*, 1(22), 129–158. <https://bit.ly/2QYaNz0>
- Martinez Goig, J. M. (2013). La interpretación constitucional y las sentencias del tribunal constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional. *Revista de Derecho UNED*, 12, 257–292. <https://doi.org/f4p5>
- Mendieta-Ferán, C. R., Erazo-Álvarez, J. C., Narváez-Zurita, C. I., & Vásquez-Calle, J. L. (2020). Mutación constitucional: matrimonio igualitario a partir de la interpretación de la Corte Constitucional del Ecuador. *Iustitia Socialis*, 5(9), 188–215. <https://doi.org/gqjc>
- Orozco Solano, V. (2008). La mutación constitucional y la fuerza normativa de la Constitución: a propósito de varias sentencias emitidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 11, 107–136.
- Pachano, F. (2002). Apuntes sobre Interpretación Constitucional. *Iuris Dictio*, 3(6), 75–79. <https://doi.org/grrd>
- Risso Ferrand, M. (2017). Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución: Dos casos uruguayos. *Estudios Constitucionales*, 15(1), 217–254. <https://doi.org/gxvj>
- Rodríguez Almada, P. (2020). Los pactos de coparticipación en el gobierno ocurridos en la segunda mitad del siglo XIX y principio del siglo XX en Uruguay: Mutaciones constitucionales orales y proceso constituyente. *Revista de Derecho*, 22, 1–18. <https://doi.org/10.22235/rd22.2156>
- Rollnert Liern, G. (2014). La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*,



101, 125–155. <https://bit.ly/2Zzu9P4>

Sánchez Urrutia, A. (1993). La fuerza de la constitución y la constitución de la fuerza. *Revista española de derecho constitucional*, 13(37), 313–325.

Sánchez Urrutia, A. (2000). Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una Aproximación al Origen del Concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20(58), 105–135. <https://bit.ly/3dQilpG>

Sant'Ana Pedra, A. (2012a). La elasticidad del texto de la Constitución como límite para las mutaciones constitucionales. *Estudios Avanzados*, 17, 39–61. <https://bit.ly/3wE37IK>

Sant'Ana Pedra, A. (2012b). Mutación constitucional y concreción normativa: cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la Constitución. *Estudios Constitucionales*, 10(2), 369–390. <https://doi.org/10.4067/s0718-52002012000200009>

Uribe, E., & Correa, G. (2012). Mutaciones Constitucionales y la Problemática de su Control en el Estado Constitucional. *Revista de Derecho*, 38, 196–224. <https://bit.ly/2HdpcSQ>

Zúñiga Urbina, F. (2004). Control concreto de constitucionalidad: recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional. *Estudios Constitucionales*, 2(1), 209–225.

Trabajos de Titulación

Fonti Castelbonesi, L. (1997). *Le Modifiche Tacite della Costituzione*. Tesis de Grado, Università Degli Studi di Messina.

López Cadena, C. (2007). *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana. Concepto, justificación y límites*. Tesis de Doctorado, Universidad Carlos III de Madrid. <https://bit.ly/3sN578Q>

Martins, A. D. (1992). *La Revisión Constitucional y el Ordenamiento Portugués*. Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid.

Masapanta, C. (2020). *Mutación de la Constitución en Ecuador. ¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?* Tesis de Doctorado,



Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.

Legislación

Asamblea Nacional del Ecuador. (2009a). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial No. 544. Obtenido de FielWeb

Asamblea Nacional del Ecuador. (2009b). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial No. 52. Obtenido de FielWeb

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Decreto Legislativo 0*. Obtenido de LexisFinder

Corte Constitucional del Ecuador. (2015). *Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*. Registro Oficial No. 613. Obtenido de FielWeb

Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador. (2013). *Sentencia No. 001-13-SCN-CC*. <https://bit.ly/3fseztQ>

Corte Constitucional del Ecuador. (2019a). *Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)*. <https://bit.ly/37etSBU>

Corte Constitucional del Ecuador. (2019b). *Sentencia No. 2-19-CN/19*. <https://bit.ly/3ilWsYI>

Corte Constitucional del Ecuador. (2019c). *Sentencia No. 56-11-CN/19*. <https://bit.ly/37faBAc>

Corte Constitucional del Ecuador. (2020). *Sentencia No. 37-14-IS/20*. <https://bit.ly/3fseztQ>

Corte Constitucional del Ecuador. (2021a). *Dictamen No. 1-21-RC/21*. <https://bit.ly/3rXSgBd>

Corte Constitucional del Ecuador. (2021b). *Sentencia No. 19-20-CN/21*. <https://bit.ly/3yqdiL6>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016a). *Caso Duque vs. Colombia*. <https://bit.ly/3C6c8H7>



Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016b). *Caso I.V. vs. Bolivia*.
<https://bit.ly/3xpE9pk>

Salgado Pesantes, H. (2019). *Sentencia No. 11-18-CN/19 (Voto salvado)*.
<https://bit.ly/37etSBU>

Opiniones Consultivas

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997). *Opinión Consultiva OC-15/97 (solicitada por el Estado de Chile)*. <https://bit.ly/3lxkoKt>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017a). *Opinión Consultiva OC-23/17 (solicitada por la República de Colombia)*. <https://bit.ly/3CbvyKD>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017b). *Opinión Consultiva OC-24/17 (solicitada por la República de Costa Rica)*. <https://bit.ly/3xgEBGs>

Vio Grossi, E. (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17 (Voto individual)*.
<https://bit.ly/3xgEBGs>

Sitios Web

Armijos, D. (2013). *Rigidez constitucional, mutación de la constitución y overruling: una perspectiva desde el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. DAMIAN ARMIJOS ALVAREZ. <https://bit.ly/3Cdjh7w>

Real Academia Española. (2020). *ius necessitas constituit*. Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/ius-necessitas-constituit>