

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

Un espejismo en los Andes: sobre la “jerarquía constitucional” de los instrumentos internacionales de derechos humanos en las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador

A Mirage in the Andes: On the “Constitutional Hierarchy” of International Human Rights Instruments in the Rulings of the Constitutional Court of Ecuador

JORGE **BAQUERIZO MINUCHE**

Càtedra de Cultura Jurídica, Universitat de Girona.

E-mail: jorge.baquerizo@fudgif.udg.edu

ABSTRACT

This article examines a jurisprudential thesis repeatedly upheld by the Constitutional Court of Ecuador, according to which international human rights instruments possess “constitutional hierarchy” by being placed on an equal normative standing with the Constitution. The aim is to elucidate whether this thesis entails a normative equivalence in the sense of an absence of material hierarchy, or rather in the sense of an axiological parity. After arguing for the most reasonable interpretation of this thesis, the article identifies its main consequences from the standpoint of constitutional supremacy.

En el presente trabajo se analiza una tesis jurisprudencial, sostenida recurrentemente por la Corte Constitucional del Ecuador, según la cual los instrumentos internacionales de derechos humanos poseen una “jerarquía constitucional” al tener una “categorización paritaria” a la propia constitución. El objetivo es elucidar si esta tesis postula una equiparación normativa en el sentido de ausencia de una jerarquía material o en el sentido de paridad axiológica. Luego de argumentar cuál es la forma más razonable de comprensión de esta tesis, se identifican sus principales consecuencias desde el punto de vista de la supremacía constitucional.

KEYWORDS

normative hierarchies, international human rights instruments, constitutional supremacy, Constitutional Court of Ecuador.

jerarquías normativas, instrumentos internacionales de derechos humanos, supremacía constitucional, Corte Constitucional del Ecuador.

Un espejismo en los Andes: sobre la “jerarquía constitucional” de los instrumentos internacionales de derechos humanos en las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador

JORGE BAQUERIZO MINUCHE

1. Dos tesis jurisprudenciales sobre el nivel jerárquico de los instrumentos internacionales de derechos humanos – 2. Sobre la tesis de la “jerarquía constitucional” como equiparación en sentido material – 2.1. Inexistencia de fundamento en las normas constitucionales invocadas – 2.2. Existencia de una jerarquía material en virtud de otras normas constitucionales – 3. Una (implausible) variante de la tesis de la equiparación material – 4. Sobre la tesis de la “jerarquía constitucional” como paridad en sentido axiológico – 5. Consecuencias de la equiparación axiológica en la supremacía constitucional (a modo de conclusión).

1. Dos tesis jurisprudenciales sobre el nivel jerárquico de los instrumentos internacionales de derechos humanos

En numerosas ocasiones, a través de diversas sentencias y dictámenes emitidos en los últimos quince años, la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) se ha pronunciado acerca de la relación entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para estos efectos, la referida Corte frecuentemente invoca en sus pronunciamientos varias disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), en las que se determina (entre otras cosas) lo siguiente:

- Que los tratados y convenios internacionales tienen una aplicación prevalente respecto a las leyes y demás fuentes infra-legales¹;
- Que, a la par que la constitución, los tratados internacionales de derechos humanos prevalecen sobre «cualquier otra norma jurídica o acto del poder público»²; y,
- Que los derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos son «de directa e inmediata aplicación»³.

¹ Art. 425 CRE, primer y segundo inciso: «El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior».

² Art. 424, segundo inciso, CRE: «La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público».

³ Art. 11, numeral 3, primer inciso, CRE: «Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte».

Art. 417 CRE: «Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución».

Pues bien, a partir de estas disposiciones constitucionales, la CCE ha asumido dos tesis que usualmente se presentan como intercambiables dentro de su repertorio jurisprudencial, pero que, rigurosamente analizadas, son claramente diversas.

Con la *primera tesis*⁴, la CCE sostiene que los instrumentos internacionales de derechos humanos «gozan de una jerarquía privilegiada» dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano⁵; tal posición de privilegio, según indica la misma Corte, encuentra fundamento precisamente en las disposiciones constitucionales poco antes mencionadas⁶.

Con la *segunda tesis*, en cambio, la CCE sostiene que los instrumentos internacionales de derechos humanos poseen una “jerarquía constitucional” y forman, en su conjunto, un “bloque de constitucionalidad”. En este sentido, la CCE afirma que «el constituyente ecuatoriano dotó de una jerarquía constitucional a las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos»⁷. Ello significa, en palabras de la CCE, que:

«[...] estas normas del ordenamiento jurídico internacional y del derecho internacional de los derechos humanos tienen una *categorización paritaria* a las normas constitucionales, configurándose de esta forma lo que en la doctrina suele denominarse como el bloque de constitucionalidad»⁸.

Art. 426, segundo y tercer inciso, CRE: «Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

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

⁴ La identificación de las respectivas tesis jurisprudenciales mediante la asignación de números ordinales responde a un propósito organizativo y en ningún caso corresponde a alguna nomenclatura utilizada por la CCE.

⁵ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 987-15-EP/20 del 18 de noviembre de 2020, párrafo 48. En el mismo sentido, véase también la Sentencia n. 1000-17-EP/20 del 23 de septiembre de 2020, voto concurrente de la jueza constitucional Daniela Salazar Marín, párrafo 20; Sentencia n. 1486-14-EP/20, también del 23 de septiembre de 2020, párrafo 16; Sentencia n. 2128-16-EP/21 del 1 de diciembre de 2021, párrafo 47; Sentencia n. 2251-19-EP/22 del 15 de junio de 2022, párrafo 20; Sentencia n. 2256-19-EP/22, también del 15 de junio de 2022, párrafo 24; Sentencia n. 2913-19-EP/22 del 29 de junio de 2022, párrafo 30; Sentencia n. 200-20-EP/22 del 6 de julio de 2022, párrafo 41; Sentencia n. 2422-17-EP/22 del 13 de octubre de 2022, párrafo 38; Sentencia n. 1443-18-EP/22 del 19 de diciembre de 2022, párrafo 24; Sentencia n. 2495-18-EP/22, también del 19 de diciembre de 2022, párrafo 30; y Sentencia n. 7-22-EP/22, igualmente del 19 de diciembre de 2022, párrafo 25.

⁶ Véase la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 987-15-EP/20 del 18 de noviembre de 2020, nota al pie n. 24 (y texto correspondiente).

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 004-14-SCN-CC del 6 de agosto de 2014, p. 25. Véase también la Sentencia n. 031-11-SEP-CC del 21 de septiembre de 2011, p. 11 («En el Ecuador se ha reconocido que los tratados internacionales están al mismo nivel jerárquico que la Constitución»); y la Sentencia n. 14-19-CN/20 del 12 de agosto de 2020, párrafo 14 («[...] estas normas [las normas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos] tienen el mismo nivel jerárquico que la Constitución, condición de la que deviene la obligación de las autoridades judiciales y administrativas de observarlas y respetarlas»). En el mismo sentido, véase también el Dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador n. 0005-09-DTI-CC del 14 de mayo de 2009, p. 29; el Dictamen n. 025-10-DTI-CC del 22 de julio de 2010, p. 23; y el Dictamen n. 001-DTI-CC-2011 del 26 de enero de 2011, p. 16; en todas estas decisiones, la CCE expresa exactamente lo mismo: que «los Tratados que involucran a los Derechos Humanos gozan de una *jerarquía Constitucional*, según lo establece el artículo 424 de la Constitución vigente, frente a lo cual, los operadores judiciales deben aplicar directamente la normativa internacional relativa a la protección de derechos constitucionales» (cursivas añadidas).

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 004-14-SCN-CC del 6 de agosto de 2014, p. 25 (cursivas añadidas). Véase también, en el mismo sentido, la Sentencia n. 150-16-SEP-CC del 4 de mayo de 2016, p. 11; Sentencia 001-17-SIO-CC del 27 de abril de 2017, p. 13, nt. 1; Sentencia n. 017-17-SIN-CC del 7 de junio de 2017, p. 12, nt. 4; y Sentencia n. 001-17-SEI-CC del 23 de agosto de 2017, p. 10.

La primera tesis, en lo principal, parece pacíficamente admisible: pasando por alto el uso un tanto impreciso del término “jerarquía”, y entendiendo que la CCE se refiere más bien a una *posición* o *nivel* jerárquico⁹, puede convenirse que la constitución del Ecuador, en efecto, determina la prevalencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos frente a la ley y, en general, frente a todos los demás tipos de fuentes del derecho inferiores a la ley¹⁰. Esto equivale a decir de manera más precisa que, en razón de una *jerarquía material* instituida por la propia constitución¹¹, las normas de aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos (tratados, convenios, etc.) son materialmente superiores frente a cualquier norma legal e infralegal del ordenamiento jurídico ecuatoriano; en consecuencia, de entrar en conflicto con normas internacionales de derechos humanos, las normas legales e infralegales contrastantes resultarían materialmente inválidas¹². Y todo esto, ciertamente, puede caracterizarse a través de la metáfora de una posición “privilegiada” dentro del ordenamiento jurídico en cuestión.

La segunda tesis, por el contrario, es bastante problemática y su análisis reviste mayor complejidad. En la siguiente sección de este trabajo (§ 2) mostraré que, si esta tesis de la CCE postula una paridad o equiparación normativa con la constitución en el sentido de ausencia de una *jerarquía material*, entonces resulta (§ 2.1) carente de fundamento en las normas constitucionales invocadas para el efecto y (§ 2.2) rechazable en virtud de otras normas de la constitución ecuatoriana que instituyen, precisamente, una relación de jerarquía material. Posteriormente (§ 3), argumentaré que esta segunda tesis de la CCE, incluso en una versión más compleja que admita la existencia de una jerarquía material en un cierto momento, pero que postule la equiparación material en un momento sucesivo, tampoco es admisible. Luego de ello (§ 4), sostendré que esta tesis de la CCE es comprensible más bien como una tesis de equiparación normativa *en sentido axiológico*; y, a modo de conclusión (§ 5), examinaré las consecuencias que se siguen al asumir esta tesis, desde la perspectiva de la supremacía constitucional.

2. Sobre la tesis de la “jerarquía constitucional” como equiparación en sentido material

⁹ Dentro del léxico de la teoría general del derecho, una jerarquía es una *relación* entre normas (como en el caso de la jerarquía material y de la jerarquía axiológica) o una *relación* entre normas y actos normativos (como en el caso de la jerarquía formal o estructural); véase, al respecto, PINO 2016, 167-175. Luego, antes que decir que los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen una “jerarquía privilegiada” (¿respecto a qué cosa?), resultaría más apropiado decir que aquellos ocupan un “lugar”, una “posición” o un “nivel” privilegiado en la estructura del ordenamiento jurídico, en virtud de determinadas relaciones de jerarquía con otras normas. Con todo, si se entiende razonablemente que la CCE usa el término “jerarquía” al modo de una metonimia, puede aceptarse que se trata de un uso lingüístico bastante inocuo.

¹⁰ Véase *supra*, ntt. 1 a 3.

¹¹ Una *jerarquía material* es una relación entre normas (por ejemplo, N_1 y N_2) instituida por otra norma o conjunto de normas (N_3) que establece cuál de aquellas (N_1 o N_2) resulta inválida si entra en contradicción con la otra (véase, al respecto, PINO 2016, 170). Es pertinente aclarar que una relación de jerarquía material atañe al *contenido* de los enunciados jurídicos y, por ende, no se establece propiamente entre actos normativos sino entre *normas*, lo que evidentemente presupone un acto de interpretación o atribución de significado (véase PINO 2016, 177). Justamente, aquello en lo que consiste una jerarquía material se sintetiza en decir que ciertas normas no pueden válidamente tener un contenido que entre en conflicto (o antinomia) con el contenido de otras normas, que por esta razón se consideran jerárquicamente superiores (GUASTINI 2017, 115, 121).

¹² Prueba de ello es que, según el art. 84 CRE, «La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales [...]». Además, según el art. 428 CRE, «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» (cursivas añadidas). Esta posibilidad de anular el acto normativo del que se extrae una norma inválida (bajo la hipótesis de la contradicción con instrumentos internacionales de derechos humanos), caracteriza justamente la función que cumplen las normas que instituyen una relación de jerarquía material (véase, al respecto, PINO 2016, 170-171).

Si la *primera tesis* de la CCE postula una relación de jerarquía material, acorde a la cual las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos son materialmente superiores (tienen una “jerarquía privilegiada”) frente a las normas legales e infralegales, parece intuitivo pensar que la *segunda tesis* jurisprudencial en examen postula – no ya una relación de jerarquía sino – una *ausencia* de relación jerárquica material entre las normas de tales instrumentos internacionales y las propias normas constitucionales. Así, pues, ante esta ausencia, ambos tipos de normas tendrían una “categorización paritaria” o, dicho con mayor precisión, se colocarían en el mismo nivel del ordenamiento jurídico desde el punto de vista de las relaciones de jerarquía material¹³. Por consiguiente, las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos – siempre según esta tesis de la CCE – tendrían una “jerarquía constitucional”.

Sin embargo, si esto es lo que postula la CCE, la *segunda tesis* puede ser desacreditada desde varios puntos de vista.

Por un lado, es importante notar que de la posición “privilegiada” que ocupan las normas internacionales de derechos humanos en el ordenamiento ecuatoriano (*primera tesis*) no se sigue que éstas se sitúen en el mismo nivel que las normas constitucionales desde la perspectiva de la jerarquía material (*segunda tesis*): no se sigue que tengan “jerarquía constitucional”, como lo expresa la CCE. Y ello por la sencilla razón de que la primera tesis es compatible no solo con una supuesta paridad sino también con una hipotética disparidad entre ambos tipos de normas desde la perspectiva de la jerarquía material¹⁴. En rigor, dado que la primera tesis se refiere a la relación entre las normas internacionales de derechos humanos y las normas legales e infralegales del ordenamiento ecuatoriano, nada se puede extraer de esta tesis en lo tocante a la relación entre esas normas internacionales y las normas constitucionales (objeto de la segunda tesis). Por esta misma razón, y como ya se anticipó al inicio de este trabajo, se trata de dos tesis jurisprudenciales distintas que no admiten un uso intercambiable como si postulasen la misma cosa.

Por otro lado, es aún más importante observar que las disposiciones de la constitución ecuatoriana invocadas por la CCE en su *segunda tesis* no son suficientes para fundamentar la supuesta «categorización paritaria a las normas constitucionales» atribuida a los instrumentos internacionales de derechos humanos. De hecho, existen otras disposiciones de la constitución del Ecuador de las que se desprende exactamente lo contrario. De esto me ocuparé en las siguientes subsecciones.

2.1 *Inexistencia de fundamento en las normas constitucionales invocadas*

Como se vio en la sección § 1 de este trabajo, la CCE expone su *segunda tesis* como si estuviera meramente describiendo el derecho vigente: la “jerarquía constitucional” atribuida a los instrumentos internacionales de derechos humanos se presenta como el resultado de una decisión del “constituyente ecuatoriano”, concretada en específicas disposiciones de la constitución del Ecuador¹⁵.

Esta atribución, verosímilmente, se basa en el hecho de que varias disposiciones constitucionales del ordenamiento en cuestión hacen una referencia conjunta a «La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos», «Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos», «las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos», etc.¹⁶; conjunción que es usada con la función de establecer la superioridad material de *ambos* tipos de normas (las normas

¹³ Las normas entre las cuales no existe una relación de jerarquía material se sitúan en el mismo nivel estructurado por ese tipo de jerarquías (véase PINO 2016, 178).

¹⁴ Como se detallará poco más adelante (*infra*, 2.1).

¹⁵ Véase *supra*, ntt. 7-8 y textos correspondientes.

¹⁶ Véase *supra*, ntt. 2-3.

constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos) frente a todas las demás normas del ordenamiento, así como con la función de establecer que la aplicación de *ambos* tipos de normas se debe realizar de manera “directa e inmediata”.

Lo anterior, claro está, puede dar la impresión de que *ambos* tipos de normas gozan de la misma “jerarquía constitucional”. No obstante, que dos tipos de normas compartan un rasgo de superioridad material frente a otras normas no implica, por sí mismo, que ocupen la misma posición jerárquica dentro de un ordenamiento. Así, tomando un ejemplo banal a partir del ordenamiento ecuatoriano, las normas de las leyes orgánicas y las normas de las leyes ordinarias comparten el rasgo de ser materialmente superiores frente a las normas reglamentarias, pero esto no significa que los dos tipos de normas legislativas se sitúen en el mismo nivel de la jerarquía material: las normas de las leyes orgánicas, en efecto, son también superiores a las normas de las leyes ordinarias¹⁷.

Asimismo, que dos tipos de normas se refieran a la misma materia, y que compartan unas mismas condiciones exigibles para su aplicación, no implica en absoluto que estén situadas en el mismo nivel jerárquico dentro de un ordenamiento: estas características comunes son perfectamente compatibles con la existencia de diversas relaciones de jerarquía *entre* las normas en cuestión¹⁸.

Por tanto, ninguna de las normas que se extraen de las disposiciones constitucionales típicamente invocadas por la CCE para fundamentar su *segunda tesis* permite concluir que los instrumentos internacionales de derechos humanos posean una «categorización paritaria a las normas constitucionales».

2.2 Existencia de una jerarquía material en virtud de otras normas constitucionales

De otro lado, existen datos importantes del derecho positivo ecuatoriano que, a diferencia de lo que sostiene la CCE con su *segunda tesis*, permiten arribar a la conclusión exactamente opuesta, a saber: que las normas constitucionales y las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos *no* están colocadas en el mismo nivel de la jerarquía material dentro del ordenamiento jurídico de referencia.

Antes de pasar a las indicaciones respectivas, resulta oportuno hacer una aclaración. Hasta ahora se ha dicho que la *segunda tesis* postula la “jerarquía constitucional” de las normas que se extraen de los instrumentos internacionales de derechos humanos; sin embargo, esta tesis solo podría referirse a los instrumentos internacionales de derechos humanos *aceptados por el Ecuador*, esto es, aquellos que hayan sido formalmente suscritos, aprobados y ratificados por el Estado ecuatoriano (lo que incluso ha sido señalado en diversas ocasiones por la propia CCE)¹⁹. De otro modo, no se podría identificar la remisión del ordenamiento ecuatoriano al respectivo instrumento internacional de derechos humanos²⁰, ni se podría afirmar que dicho instrumento debe ser cumplido por el Ecuador conforme lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²¹.

¹⁷ Según el art. 133, *in fine*, CRE, las leyes ordinarias «no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica».

¹⁸ Otro ejemplo banal: según el art. 326, numeral 3, CRE, «En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras». Pues bien, que ciertas disposiciones se refieran a la misma materia (el ámbito laboral), y que su aplicación esté sujeta a unas mismas condiciones exigidas por la constitución (deberán aplicarse en el sentido más favorable al trabajador en caso de duda), obviamente no significa que *todas* las normas que se derivan de ese sector del ordenamiento ocupen el mismo nivel o posición jerárquica; por el contrario, es evidente que entre las normas laborales derivadas de las leyes, de los reglamentos y de los contratos de trabajo existen diversas relaciones de jerarquía (lo que ciertamente es irrelevante a los efectos de esta disposición constitucional). En rigor, no tiene nada que ver una cosa con la otra.

¹⁹ Véase, por todas, la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 1000-17-EP/20 del 23 de septiembre de 2020, voto concurrente de la jueza constitucional Daniela Salazar Marín, párrafo 20: «[...] los derechos consagrados en los tratados internacionales *de los que el Ecuador es parte*, se insertan dentro de la Constitución. Así, [...] cuando el Ecuador *ratifica* un tratado, las normas que emanen de este se consideran imperantes y forman parte del bloque de constitucionalidad» (cursivas añadidas).

²⁰ Sobre el mecanismo de remisión a los instrumentos internacionales de derechos humanos, véase la Sentencia de

Dicho esto, pasaré ahora al análisis de algunas disposiciones del ordenamiento ecuatoriano que hasta ahora no se han mencionado y que son de la mayor relevancia. Ante todo, según la constitución ecuatoriana (art. 419), cuando los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República²² se refieran a los derechos y garantías constitucionales, «su ratificación requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional» (órgano legislativo unicameral)²³. Pero, a su vez, cuando la ratificación de un tratado internacional requiera la aprobación de la Asamblea Nacional, la CCE debe emitir – por así disponerlo el art. 438 de la constitución ecuatoriana – un «dictamen previo y vinculante de constitucionalidad»²⁴.

De la interpretación conjunta de ambas disposiciones se extrae pacíficamente la norma según la cual la CCE debe ejercer un control previo de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales suscritos por el Presidente que se refieran a los derechos o garantías establecidos en la constitución; control que debe ser efectuado antes de que el instrumento internacional respectivo pueda ser sometido a la aprobación de la Asamblea Nacional, es decir, como condición necesaria y antecedente a la correspondiente ratificación. Además, según la ley que regula los procesos constitucionales en Ecuador, este específico tipo de control de constitucionalidad consiste en un examen tanto en sentido formal como en sentido material (o de contenido) del instrumento internacional de que se trate, puesto que comprende²⁵:

- a) La verificación de que el contenido del tratado respectivo resulte conforme con las normas constitucionales;
- b) El examen acerca del cumplimiento de las reglas procedimentales para la negociación, suscripción y aprobación del tratado; y,
- c) El examen acerca del cumplimiento del trámite legislativo correspondiente.

Es más, en lo tocante al control material de constitucionalidad de los tratados internacionales que requieren este dictamen previo (lo que incluye a los tratados que se refieran a derechos y garantías constitucionales), la propia CCE ha señalado en diversas ocasiones que dicho control exige evaluar dos cosas: 1) «la no transgresión de los límites establecidos constitucionalmente»; y, 2) el contenido del tratado o convenio «a fin de establecer si sus disposiciones guardan concordancia con la Constitución»²⁶. Todo esto, por supuesto, implica la posibilidad de que ciertos instrumentos

la Corte Constitucional del Ecuador n. 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019, párrafo 140.

²¹ Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*Pacta sunt servanda*): «Todo tratado *en vigor* obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» (cursivas añadidas).

²² Art. 418, primer inciso, CRE: «A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales».

²³ Art. 419, numeral 4, CRE: «La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: [...] 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución».

Adicionalmente, según lo determina el art. 120, numeral 8, CRE, la Asamblea puede «aprobar o improbar [sic] los tratados internacionales en los casos que corresponda» (en ciertos países de América Latina se usa el término “improbar” como sinónimo de “desaprobar”).

²⁴ Art. 438, numeral 1, CRE: «La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional».

²⁵ Art. 108 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: «El control constitucional de los tratados internacionales comprende la verificación de la conformidad de su contenido con las normas constitucionales, el examen del cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación, suscripción y aprobación, y el cumplimiento del trámite legislativo respectivo».

²⁶ Dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador n. 13-24-TI/24 del 5 de diciembre de 2024, párrafo 15. Véase también, en el mismo sentido: Dictamen n. 2-23-TI/23 del 28 de julio de 2023, párrafo 27; Dictamen n. 5-23-TI/23 del 16 de agosto de 2023, párrafo 18; Dictamen 2-23-TI/23S del 22 de noviembre de 2023, párrafo 10; y Dictamen 11-23-TI/24 del 13 de marzo de 2024, párrafo 17.

internacionales que se refieran a derechos o garantías sean declarados *inconstitucionales* si su contenido colisiona con determinadas normas de la constitución.

Evidentemente, se trata de una hipótesis de declaración de inconstitucionalidad bastante particular puesto que no tiene (y no podría tener) como efecto la anulación del instrumento internacional o de una de sus partes. El efecto de dicha declaración, más bien, acorde al contexto de un control *previo* de constitucionalidad, es la imposibilidad jurídica de continuar con el procedimiento de ratificación; con lo cual, de mantenerse la contradicción constitucional, y a falta de una remisión válida del derecho interno al instrumento internacional de que se trate, éste no podría ser relacionado de ninguna manera con el ordenamiento jurídico ecuatoriano²⁷.

Se podría aducir que la probabilidad de que un instrumento internacional relativo a los derechos humanos sea contrario en su contenido a las normas de la constitución ecuatoriana (una de las constituciones más generosas del mundo en cuanto a la formulación de derechos y garantías) es bastante baja. Esto es verdad. Pero ello, evidentemente, no elimina en absoluto la posibilidad de que se presente un caso positivo de inconstitucionalidad; y, lo más importante, no elimina en absoluto que la existencia de un mecanismo para controlar la constitucionalidad del *contenido* de este tipo de instrumentos internacionales, implica la subordinación o inferioridad jerárquica de tales instrumentos frente a las normas de la constitución (dentro del ordenamiento jurídico de referencia y desde la perspectiva de la jerarquía material).

Lo anterior se confirma por la propia definición de “jerarquía material” que usualmente se adopta en el ámbito de la teoría general del derecho y que se ha asumido en este trabajo²⁸: si una norma N_1 no puede válidamente tener un contenido que entre en conflicto (o antinomia) con el contenido de otra norma N_2 , por así disponerlo una tercera norma o conjunto de normas N_3 , entonces entre las dos primeras existe una relación de jerarquía material según la cual N_1 resulta jerárquicamente inferior a N_2 ²⁹. Dentro de esta definición, como se puede ver, lo determinante es la existencia del tipo de normas N_3 , que son las que propiamente instituyen la jerarquía material; este tipo de normas puede asumir diversas formas, pero el caso paradigmático es justamente el de aquellas normas que autorizan a un órgano jurisdiccional a inaplicar o incluso a anular las normas del tipo N_1 , que no pueden válidamente contradecir las normas del tipo N_2 ³⁰.

Se sigue de esta definición que, en el ordenamiento del Ecuador, las normas de los tratados y convenios internacionales que se refieran a derechos o garantías constitucionales, por estar sometidas al control judicial de constitucionalidad para verificar su compatibilidad de contenido con las normas de la constitución, resultan inequívocamente inferiores a estas últimas desde el punto de vista de la jerarquía material (instituida claramente por las normas que se extraen de los artículos 419 y 438 de la constitución del Ecuador)³¹. En consecuencia, si efectivamente existe

²⁷ Art. 112, numeral 2, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: «Efectos de las sentencias y dictámenes.- Las sentencias y dictámenes correspondientes tendrán los mismos efectos de las de constitucionalidad abstracta en general, y en particular, los siguientes: [...] 2. Cuando se declara la inconstitucionalidad de uno de dichos tratados *por razones de fondo*, la Asamblea Nacional se abstendrá de aprobarlo hasta tanto se produzca la enmienda, reforma o cambio constitucional. De ser procedentes las reservas, se podrá aprobar cuando se las formule» (cursivas añadidas).

²⁸ Véase *supra*, nt. 11.

²⁹ Como señala Riccardo Guastini, la inferioridad jerárquica de una norma se infiere a partir del hecho de que está destinada a no prevalecer cuando entra en conflicto con otra norma (GUASTINI 2017, 121).

³⁰ Véase, al respecto, GUASTINI 2017, 115; PINO 2016, 170-171.

³¹ Véase *supra*, ntt. 23-24. Es importante advertir que la propia CCE ha emitido numerosas decisiones en las que se lee la siguiente fórmula: «En nuestro medio, la principal fuente de legitimidad a la hora de la suscripción de un tratado o convenio internacional está dada por el respeto a las normas constitucionales. Un tratado internacional que requiera aprobación legislativa, debe someterse al análisis respecto de su adecuación a la normativa constitucional [...]» (véase, por todas, el Dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador, n. 007-18-DTI-CC del 4 de abril de 2018, p. 31). Recuerdo y subrayo aquí que, según la constitución ecuatoriana, la clase de los tratados que requieren aprobación legislativa incluye la

en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una relación de jerarquía material entre ambos tipos de normas (normas constitucionales y normas internacionales de derechos humanos), mal podría existir entonces una paridad o equiparación normativa en dicho plano.

Por todo lo antes expuesto, lo que aquí se ha denominado *segunda tesis* de la CCE carece de fundamento como tesis de equiparación en el plano de la jerarquía material.

3. Una (implausible) variante de la tesis de la equiparación material

Sin perjuicio de la anterior conclusión, es posible idear una diversa y más articulada forma de comprensión de la *segunda tesis* de la CCE: consistiría en argumentar que, *antes* de que se ponga en práctica el control judicial de constitucionalidad de los respectivos instrumentos internacionales de derechos humanos, efectivamente existiría una relación de jerarquía material acorde a la cual aquellos instrumentos están subordinados a la constitución del Ecuador; pero *después* de que dichos instrumentos son ratificados – en virtud del dictamen previo y favorable de constitucionalidad emitido por la CCE –, éstos se “insertarían” al ordenamiento interno y automáticamente pasarían a tener una posición jerárquica igual a la de la constitución³².

Esta posible variante de la tesis en cuestión (o, más precisamente, la última parte de esta variante) está claramente emparentada con la noción de “bloque de constitucionalidad”, que la CCE – al igual que muchas otras cortes constitucionales latinoamericanas – ha adoptado y desarrollado en su jurisprudencia³³. Dado que excede los propósitos de este trabajo, no entraré aquí a analizar esta noción³⁴. Con todo, la variante recién expuesta puede ser rebatida, en lo principal, argumentando que la “incorporación” o “inserción” de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ordenamiento interno, por vía de su aprobación y ratificación (y mediando un control previo de constitucionalidad), no constituye una razón que permita fundamentar su equiparación jerárquica con la constitución. O por lo menos no desde el punto de vista de las relaciones de jerarquía material. Veamos por qué.

En primer lugar, una relación de jerarquía material no se ve transformada por los *resultados* de un ejercicio específico del control de constitucionalidad. El hecho de que la CCE emita un dictamen favorable de constitucionalidad respecto a un tratado o convenio internacional de derechos humanos, lo que hace es habilitar la continuación del procedimiento de incorporación al ordenamiento interno, pero no lo convierte en una fuente de igual jerarquía que la constitución. En otras palabras, el control previo de constitucionalidad es un mecanismo para verificar la compatibilidad constitucional del instrumento internacional respectivo, no un mecanismo de “ascenso” jerárquico.

En segundo lugar, el hecho de que en el ordenamiento ecuatoriano no exista la posibilidad de un

subclase de los tratados que se refieren a derechos y garantías constitucionales (donde el caso paradigmático es, justamente, el de un tratado o convenio internacional de derechos humanos).

³² Esta posible solución no ha sido sostenida como tal por la CCE; sin embargo, como se verá en la nota sucesiva, al menos la última parte sí puede ser rastreada en varias de sus decisiones.

³³ Véase, por ejemplo, la Sentencia n. 017-17-SIN-CC del 7 de junio de 2017, p. 12, donde se afirma que los instrumentos internacionales de derechos humanos, por haberlo dispuesto la constitución, han sido «incorporados al ordenamiento jurídico interno - bloque de constitucionalidad»; y la Sentencia n. 1000-17-EP/20 del 23 de septiembre de 2020, voto concurrente de la jueza constitucional Daniela Salazar Marín, párrafo 20, donde se lee que: «[...] los derechos consagrados en los tratados internacionales de los que el Ecuador es parte, *se insertan dentro de la Constitución*. [...] cuando el Ecuador ratifica un tratado, las normas que emanen de este se consideran imperantes y forman parte del bloque de constitucionalidad» (cursivas añadidas).

³⁴ En mi opinión, dado que el tratamiento que la CCE ha dado a la noción de “bloque de constitucionalidad” es fragmentario, inconsistente y en no pocas ocasiones contradictorio, sería necesario un estudio aparte para reconstruir críticamente este concepto tan genérico como enigmático.

control de constitucionalidad *posterior* sobre los instrumentos internacionales (y de que, por ende, no se pueda plantear la inconstitucionalidad de los instrumentos internacionales ya ratificados)³⁵, no cambia el estatus jerárquico de éstos luego de su incorporación al ordenamiento interno. Y es que tal incorporación es autorizada *precisamente* por no contradecir la constitución: si se permite tal cosa es justamente por considerar que, tanto en sentido formal como en sentido material, la supremacía constitucional no se ve afectada. Dicho de otro modo, el instrumento internacional de que se trate – incluso si se trata de un instrumento internacional de derechos humanos – debe su incorporación en el ordenamiento interno gracias a la comprobación de que la superioridad jerárquica de la constitución viene respetada; por tanto, si bajo tal condición es que ingresa al ordenamiento, no se ve cómo un instrumento internacional podría cambiar “automáticamente” de posición jerárquica³⁶.

En tercer lugar, es la existencia de relaciones jerárquicas con la constitución – y no la supuesta equiparación jerárquica – lo que permite identificar un fundamento de validez jurídica al acto de incorporación de un tratado o convenio internacional de derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, dicha incorporación encuentra un fundamento *formal* de validez en el respeto de las normas constitucionales que establecen el procedimiento de ratificación del respectivo tratado o convenio internacional (normas que son estructural o formalmente superiores a tales instrumentos, en el sentido de que predeterminan la forma en que éstos se incorporan al derecho interno); y también encuentra un fundamento *material* de validez, identificable en la compatibilidad – comprobada por la CCE a través del dictamen previo de constitucionalidad – entre las normas del instrumento internacional de que se trate y las normas constitucionales pertinentes (que son materialmente superiores a las primeras en el sentido de que operan como parámetros de validez sobre su contenido)³⁷. En cambio, si se sigue la *segunda tesis* de la CCE (incluyendo la variante que aquí se analiza), se llegaría a la extraña y asombrosa conclusión de que los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados al ordenamiento ecuatoriano, al no estar (en hipótesis) subordinados a la constitución, compartirían con ésta el carácter de “fuente suprema” del ordenamiento y, por tanto, sus normas no serían *ni válidas ni inválidas*³⁸.

En cuarto lugar, finalmente, debe notarse que ni la observancia del procedimiento formal de incorporación al derecho interno, ni la declaración de compatibilidad material de los instrumentos internacionales de derechos humanos a través del correspondiente dictamen de la CCE, podrían funcionar coherentemente como condiciones suficientes para determinar la paridad o equiparación jerárquica de tales instrumentos con la constitución, siempre desde el punto de vista de las relaciones de jerarquía material. Y ello por la sencilla razón de que esas dos condiciones *también* están presentes en la incorporación al ordenamiento ecuatoriano de otros tipos de instrumentos internacionales que no se refieren a derechos y garantías constitucionales pero que, de todos modos, requieren una aprobación legislativa y un dictamen previo de constitucionalidad previo a su ratificación oficial³⁹.

³⁵ En el Dictamen de la Corte Constitucional del Ecuador n. 0001-09-DTI-CC del 17 de febrero de 2009, p. 10, se explica que «el control represivo de constitucionalidad de un tratado internacional no es posible por un deber de coherencia del ordenamiento constitucional interno frente a sus compromisos internacionales y a los principios de *pacta sunt servanda* y *bona fide*» (cursivas en el original).

³⁶ De esta conclusión se sigue que, si la constitución ecuatoriana fuese reformada en el futuro en un sentido incompatible con un tratado internacional de derechos humanos ya ratificado, serían las nuevas normas constitucionales las que prevalecerían en virtud de su superioridad material *desde el punto de vista del derecho interno*; y ello, por supuesto, sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado por las correspondientes violaciones.

³⁷ Sobre las nociones de validez formal y material, véase GUASTINI 2014, 254; PINO 2016, 26-27.

³⁸ La idea de que dentro de un ordenamiento jurídico existen normas *ni válidas ni inválidas* se remonta al menos a VON WRIGHT 1963, 201. Como señala Giorgio Pino, las normas respecto a las cuales no se pueden identificar normas superiores (porque, en hipótesis, no existen), carecen de parámetros para poder analizar su propia validez; por tanto no pueden ser consideradas ni válidas ni inválidas (PINO 2016, 104). Dicho de otro modo: para que una norma pueda ser caracterizada como “válida” o “inválida” es necesario que existan otras normas jerárquicamente superiores que sirvan como parámetro de su validez (GUASTINI 2014, 255).

³⁹ Se trata, por ejemplo, de tratados internacionales en materia territorial o de límites, o que establecen alianzas

Así las cosas, si se quisiera mantener la coherencia interna en esta variable de la *segunda tesis* de la CCE (examinada en este epígrafe), habría que enfrentarse al siguiente dilema:

- O bien se mantiene que esas dos condiciones son individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para que los instrumentos internacionales de derechos humanos se incorporen al ordenamiento ecuatoriano con una posición jerárquica igual a la de la constitución, pero entonces esta “paridad constitucional” se tendría que predicar, aún más extrañamente, *no solo* de ese tipo específico de instrumentos internacionales sino también de *todos* aquellos instrumentos sobre los que recaen las mismas condiciones para ser incorporados al derecho interno;
- O bien se mantiene que *solo* los instrumentos internacionales *de derechos humanos* se incorporan al ordenamiento ecuatoriano con una posición jerárquica igual a la de la constitución, pero entonces las dos condiciones antes señaladas (observancia del procedimiento formal y declaración de compatibilidad material con la constitución) no pueden operar ni individual ni conjuntamente como condiciones suficientes que determinen la supuesta “paridad constitucional” desde el punto de vista de la jerarquía material.

Si se revisan algunos dictámenes previos de constitucionalidad emitidos en los primeros años de funcionamiento de la Corte Constitucional del Ecuador, se intuye que la Corte podría preferir el segundo cuerno del dilema. En este sentido, la CCE ha afirmado que los tratados y convenios internacionales «gozan de una jerarquía infraconstitucional y supralegal, a excepción de los tratados acerca de Derechos Humanos, los que, por su naturaleza tutelar, gozan de un rango similar a la Constitución»⁴⁰. Es decir, la CCE mantiene que *solo* los instrumentos internacionales *de derechos humanos* se incorporan al ordenamiento ecuatoriano con una posición jerárquica igual a la de la constitución, pero no porque la constitución ecuatoriana así lo disponga (como lo ha aseverado en tantas otras decisiones judiciales, incluso mucho más recientes) sino por una cuestión atinente a la “naturaleza” de las cosas⁴¹. Nótese, pues, que la fundamentación de la *segunda tesis* de la CCE en realidad es oscilante: a veces basada en el derecho positivo, a veces basada en asunciones doctrinarias.

Como sea que fuere, si se acepta como plausible la argumentación ofrecida en este apartado, debería concluirse que los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico ecuatoriano, luego de su ratificación, no dejan de estar subordinados a la constitución desde el punto de vista de las relaciones de jerarquía material. Por consiguiente, si acaso se quisiera encontrar todavía una forma de dar sentido a la *segunda tesis* de la CCE, habría que buscarla en relación con algún otro tipo de jerarquía normativa.

políticas o militares, o que comprometen la política económica del Estado, o que comprometen al país en acuerdos de integración y de comercio, entre otros casos (véase el art. 419 CRE).

⁴⁰ Cursivas añadidas. La frase citada se puede identificar, con una formulación casi idéntica, en varias decisiones de la CCE: Dictamen n. 0005-09-DTI-CC del 14 de mayo de 2009, p. 32; Dictamen n. 021-10-DTI-CC del 24 de junio de 2010, p. 25; Dictamen n. 028-10-DTI-CC del 19 de agosto de 2010, p. 13; Dictamen n. 001-DTI-CC-2011 del 26 de enero de 2011, p. 18; y Dictamen n. 002-12-DTI-CC del 2 de febrero de 2012, p. 27. En dos de estas decisiones (Dictamen n. 0005-09-DTI-CC y Dictamen n. 001-DTI-CC-2011), la CCE también expresó que «los Tratados que involucran a los Derechos Humanos gozan de una jerarquía Constitucional» (cursivas añadidas).

Curiosamente, en todas estas decisiones (así como en todas las decisiones mencionadas *supra*, nt. 7), la CCE efectuó un control material de constitucionalidad de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos; lo que implica que, al momento de la respectiva evaluación de contenido, no los podría haber considerado de “rango similar” a la constitución (o con “jerarquía constitucional”), al menos desde la perspectiva de la jerarquía material. Y es que, más allá de la retórica de estas decisiones, lo cierto es que el control judicial de constitucionalidad presupone necesariamente que el objeto examinado sea susceptible de ser declarado inválido por contradicción con las normas constitucionales (normas que, por esta razón, son materialmente superiores).

⁴¹ Algunas críticas sobre la asunción de una “naturaleza jurídica” respecto a ciertas entidades o instituciones, pueden verse en CARRIÓ 2011, 100-103. Véase también BULYGIN 1961, 51.

4. Sobre la tesis de la “jerarquía constitucional” como paridad en sentido axiológico

Descartada desde múltiples perspectivas la *segunda tesis* de la CCE como tesis de equiparación normativa en sentido material, procedo ahora a presentar la que sería, en mi opinión, la única forma sensata de sostenerla: como una tesis que postula una paridad *en sentido axiológico* entre las normas de la constitución y las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Conviene empezar, ante todo, con una definición de “jerarquía axiológica”⁴²: se trata de una relación entre normas (por ejemplo, N_1 y N_2) según la cual una de las normas relacionadas (por ejemplo, N_1) es considerada más importante (o con un valor superior) respecto a la otra norma (N_2) que, en cambio, es considerada menos importante (o con un valor inferior). A diferencia de una jerarquía material, que es instituida por otra norma o conjunto de normas, una jerarquía axiológica es instituida – como su nombre lo indica – por un *juicio de valor* del intérprete de que se trate. Asimismo, una jerarquía axiológica no se relaciona con la *validez* (como ocurre con una jerarquía material, donde la norma inferior es inválida si contradice la norma superior) sino que tiene que ver con la *aplicabilidad*: del juicio de valor del intérprete se sigue la preferencia en la aplicación de las normas consideradas axiológicamente superiores (criterio *positivo* de aplicabilidad) y, simétricamente, la tendencial no-aplicación de aquellas normas que se estimen valorativamente inferiores (criterio *negativo* de aplicabilidad). Además, el juicio de valor que instituye una jerarquía axiológica podría estar basado en la interpretación de determinados textos normativos de donde se extraiga algún criterio de aplicabilidad⁴³; pero también podría ser formulado directamente por el intérprete en un contexto de aplicación del derecho⁴⁴, al momento de argumentar por qué es preferible aplicar una (y no otra) de las normas relacionadas⁴⁵.

Ahora bien, así como es posible que entre dos normas o tipos de normas *no* exista una relación de jerarquía material⁴⁶, también es perfectamente posible que, sobre la base de un juicio de valor que asigne *igual* importancia a dos normas o tipos de normas, un intérprete considere que entre éstas *no* existe una relación de jerarquía axiológica: los dos elementos normativos tendrían el mismo valor o importancia y, por tanto, ninguno de ellos tendría prioridad o preferencia de aplicación respecto al otro. Esta equiparación en el plano valorativo, por cierto, es independiente de otro tipo de relaciones jerárquicas que eventualmente puedan existir – de forma paralela – entre las normas en cuestión; así, por ejemplo, la equiparación axiológica podría realizarse entre dos tipos de normas que, concomitantemente, mantienen entre sí una relación de jerarquía material⁴⁷.

Dicho esto, me parece que una equiparación en sentido axiológico es exactamente lo que postula la *segunda tesis* de la CCE. En efecto, si se revisan con atención algunas decisiones de la CCE emanadas dentro del contexto que se ha venido analizando, la atribución a los instrumentos internacionales de derechos humanos de una “categorización paritaria” a las normas constitucionales (o de una “jerarquía constitucional”) viene usualmente acompañada de apelaciones a la importancia de tales instrumentos internacionales, a su “contenido garantista”, a su “naturaleza tutelar”, a su función de protección del “más alto valor” del Estado, a su relación con la dignidad humana, etc.⁴⁸. Además, la

⁴² La definición que sigue a continuación toma como base algunas ideas expuestas en PINO 2016, 173-175; y GUASTINI 2017, 117-118.

⁴³ Según se expone en PINO 2016, 143, los criterios de aplicabilidad son meta-normas (normas acerca de otras normas) o convenciones interpretativas y argumentativas que tienen la función de indicar, a los órganos de aplicación del derecho, qué actos normativos o qué normas deben aplicar (y no aplicar). Criterios de aplicabilidad y jerarquías axiológicas, según el mismo autor, son dos caras de la misma moneda (PINO 2016, 154).

⁴⁴ Sobre el “contexto de aplicación” (las circunstancias en las que tiene lugar una actividad de aplicación del derecho), véase PINO 2021, 58.

⁴⁵ PINO 2016, 173.

⁴⁶ Véase *supra*, nt. 13.

⁴⁷ Véase, al respecto, PINO 2016, 180.

⁴⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 004-14-SCN-CC, del 6 de agosto de 2014 y Sentencia n. 031-

gran mayoría de decisiones de la CCE en las que se formula directa o indirectamente la *segunda tesis* tienen como propósito sustentar la aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos y no, en cambio, efectuar juicios de validez normativa. En adición, un dato no menor que respalda esta forma de comprensión de la tesis jurisprudencial analizada es que la propia CCE parece haber sostenido exactamente esto y de manera expresa (aunque en realidad lo ha hecho en una sola ocasión y en términos no tan precisos)⁴⁹.

Así, pues, la *segunda tesis* puede ser plausiblemente entendida como una tesis que postula una equiparación normativa en el plano axiológico. Con todo, si se tiene en cuenta que una equiparación de este tipo supone relegar a la indiferencia cualquier criterio positivo o negativo de aplicabilidad que se refiera a las normas equiparadas, nada de esto tendría mucho sentido dentro de un contexto de aplicación jurídica; a menos que, por supuesto, se pretendiese *algo más* con la equiparación axiológica. Es justamente aquí donde se puede descubrir lo que, a mi parecer, constituye el núcleo de la *segunda tesis* de la CCE. Lo analizaré en la siguiente y última parte de este trabajo.

5. Consecuencias de la equiparación axiológica en la supremacía constitucional (a modo de conclusión)

La equiparación jerárquica de las normas constitucionales y de las normas internacionales de derechos humanos, siempre desde el plano axiológico, acarrea varias consecuencias importantes para la supremacía constitucional. Y es que dicha equiparación resulta funcional para: (i) neutralizar una jerarquía material entre esos dos tipos de normas⁵⁰; y (ii) neutralizar un criterio vinculante de aplicabilidad que establece una preferencia entre esos dos tipos de normas. Vamos por partes.

Cuando se equiparan en el plano axiológico dos normas o tipos de normas que, a su vez, no están colocadas en el mismo plano de la jerarquía material, esta última relación jerárquica se “neutraliza”: en un determinado contexto de aplicación, el intérprete puede decidir discrecionalmente qué norma resulta preferible aplicar sin que su elección esté predeterminada por la superioridad material de una de las normas⁵¹. De este modo, si se parte de asumir que las normas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos son equiparables desde el punto de vista axiológico (porque, bajo esta asunción, ambos tipos de normas tendrían igual “valor constitucional”), entonces – en línea de principio – es posible que la CCE, como «máxima instancia de interpretación de la Constitución [y] de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano»⁵², pueda preferir la aplicación de una norma internacional en relación con un caso, incluso si tal norma resulta contradictoria con las normas constitucionales (que, como es obvio, son materialmente superiores desde el punto de vista de la jerarquía material). Esta posibilidad, por cierto, se ha cristalizado ya en un par de decisiones de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana⁵³.

11-SEP-CC del 21 de septiembre de 2011, p. 11, donde se lee que «En el Ecuador se ha reconocido que los tratados internacionales están al mismo nivel jerárquico que la Constitución, así también [se reconoce] *la importancia que estos tienen* y la responsabilidad de que las autoridades, tanto judiciales como administrativas los apliquen de manera directa» (cursivas añadidas).

⁴⁹ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019, párrafo 131: «Por la jerarquía axiológica, si una norma de diferente jerarquía establece derechos más favorables, entonces pasa a tener rango constitucional y prevalece sobre otras normas o interpretaciones. En la jerarquía normativa se aprecia simplemente el lugar de la norma en la prelación constitucional. La Constitución está sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos. En cambio, en la jerarquía axiológica, se aprecia el contenido de la norma. Si la norma más favorable a los derechos está en el instrumento internacional, entonces prevalece al derecho reconocido por la Constitución y se incorpora a su texto».

⁵⁰ Sobre esta “neutralización” véase PINO 2016, 180-182.

⁵¹ PINO 2016, 180.

⁵² Art. 436, numeral 1, CRE.

⁵³ Por ejemplo, en el caso 11-18-CN resuelto por la CCE, un tribunal inferior había elevado a la Corte una consulta de

De forma similar, cuando se equiparan en el plano axiológico dos normas o tipos de normas que, a su vez, han sido objeto de un criterio vinculante de aplicabilidad⁵⁴, la consecuencia es que este criterio también se “neutraliza”: si éste determina una preferencia de aplicación entre esos dos tipos de normas, el intérprete en cambio puede considerar que, en razón del mismo valor o importancia que merecen, la aplicabilidad de aquellos debería ser paritaria. En el ordenamiento ecuatoriano, en efecto, el art. 425 CRE impone un orden jerárquico de aplicación de normas en el que los tratados y convenios internacionales (sin más especificaciones) aparecen situados en un distinto y sucesivo “nivel” de aplicabilidad respecto al primer nivel donde aparece la propia constitución⁵⁵; adicionalmente, según lo disponen los arts. 11.3, 424 y 426 CRE, las normas de los tratados y convenios internacionales *de derechos humanos* – al igual que las normas constitucionales – se deben aplicar de manera prevalente, directa e inmediata. Sin embargo, en diversas sentencias de la CCE, donde se ha invocado para el efecto la noción de “bloque de constitucionalidad”, se ha introducido la exigencia de aplicación paritaria a la constitución respecto de *cualquier tipo* de instrumento internacional de derechos humanos (y no solo para los tratados y convenios internacionales formalmente incorporados al derecho ecuatoriano). De este modo, basándose en la idea del “bloque de constitucionalidad”, la CCE concluye que:

«Son fuentes del derecho, entonces, los convenios internacionales de derechos humanos, las declaraciones de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH, las observaciones generales de los comités de derechos humanos, las opiniones consultivas de la Corte IDH, los informes de los relatores temáticos y grupos de trabajo de Naciones Unidas, las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, entre otros»⁵⁶.

constitucionalidad (art. 428 CRE - véase *supra*, nt. 12) planteando la cuestión de si la Opinión Consultiva OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que reconoce el matrimonio de parejas del mismo sexo, era o no compatible con el artículo 67, segundo inciso, CRE, que establece literalmente: «El matrimonio es la unión entre hombre y mujer». Pues bien, en la respectiva decisión de este caso (Sentencia n. 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019), la CCE sostuvo que «los derechos y las garantías reconocidos en la Opinión Consultiva OC24/17, que interpreta con autoridad la CADH [Convención Americana sobre Derechos Humanos], forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad, o, como lo denomina la Corte IDH, son parte del *corpus iuris*, y esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano» (párrafo 39 de la sentencia). Sobre la base de este razonamiento, la CCE concluyó que «no existe contradicción entre el texto constitucional con el convencional sino más bien complementariedad» (punto resolutorio n. 2 de la sentencia); y dispuso que el Tribunal consultante «interprete el sistema normativo a la luz de esta sentencia y ordene [...] el matrimonio de los accionantes, toda vez que no es necesaria una reforma constitucional al artículo 67 de la Constitución».

Se debe señalar que en el “voto salvado” (voto disidente) de la misma sentencia, suscrito por el juez Hernán Salgado Pesantes, se critica el «uso y abuso de la interpretación constitucional» al haberse obviado una contradicción con la constitución que solo podría haberse resuelto «a través de un procedimiento de reforma constitucional y no por medio de diversas interpretaciones»; y se califica la decisión como una «mutación arbitraria que destruye la supremacía de la Ley Fundamental». En el mismo voto disidente, además, se señala que las Opiniones Consultivas (OC) de la Corte IDH «no pueden ser consideradas como “instrumentos” según los artículos 424 y 425 de la Constitución del Ecuador. Esto por cuanto las OC carecen del elemento consensual (*negotium*), en razón de que no nacen de la voluntad de los Estados, sino de la declaración unilateral (y, por añadidura, no vinculante) de un Tribunal internacional».

⁵⁴ Un criterio vinculante de aplicabilidad es aquel que formula una obligación o una prohibición de usar determinados actos normativos o normas; o, más frecuentemente, aquel que establece que es obligatorio o prohibido usar ciertos *tipos* de actos normativos o de normas (véase PINO 2016, 148).

⁵⁵ Véase *supra*, nt. 1. Siguiendo a Giorgio Pino, un criterio jerárquico funciona como criterio de aplicabilidad si es usado para fines distintos a la declaración de invalidez de la norma “inferior”, es decir, si es usado solo para determinar la preferencia de una norma o de un acto normativo respecto a otras normas o disposiciones, con la consecuente inaplicación de las normas consideradas inferiores (PINO 2016, 145, 147). En virtud de lo establecido en el segundo inciso del art. 425 CRE («En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, [...] [las autoridades competentes] lo resolverán *mediante la aplicación de la norma jerárquica superior*» - cursivas añadidas), parece claro que el orden jerárquico establecido en el primer inciso de esa misma disposición constitucional es, en efecto, un criterio de *aplicabilidad*.

⁵⁶ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador n. 11-18-CN/19, del 12 de junio de 2019, párrafo 141.

Como se puede advertir, a pesar de que los instrumentos mencionados por la CCE son del más variado tipo, *todos* ellos serían “fuentes del derecho” y se deberían aplicar con el mismo carácter preferente que se atribuye a la constitución. Es notorio que la CCE asume aquí una noción *sensu largissimo* de “fuente del derecho”⁵⁷, puesto que incluye no solo fuentes y normas sino también actos de aplicación de normas, interpretaciones, criterios y argumentos interpretativos, y hasta documentos sin ningún carácter vinculante (informes, observaciones, opiniones, recomendaciones, etc.). Se trata, en suma, de una noción de “fuente del derecho” *one size fits all* que incluye prácticamente todo aquello que se produzca en sede internacional de derechos humanos.

En definitiva, los dos tipos de “neutralización” antes detallados, a los que conlleva una equiparación en sentido axiológico entre la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, tienen un claro impacto en el principio de supremacía constitucional.

Así, en el primer caso, la superioridad material de la constitución sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos es debilitada y desplazada a un segundo plano, con la posibilidad de que la referida equiparación axiológica suponga la aplicación de normas internacionales con contenido contrario a la propia constitución. Por su parte, en el segundo caso, el criterio vinculante de aplicabilidad que instruye a los órganos de aplicación a aplicar preferentemente las normas de la constitución sobre *todas* las demás normas del ordenamiento jurídico, es transformado por la equiparación axiológica en un criterio parcialmente diverso; un criterio según el cual, a la par que la constitución, tienen la misma preferencia de aplicación no solo los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, sino también – en general – todos los instrumentos internacionales sobre esta materia, y ello de forma independientemente a su reconocimiento e incorporación dentro del ordenamiento jurídico.

En conclusión, la *segunda tesis* de la CCE que se ha examinado a lo largo de este trabajo, ciertamente, puede explicarse por un contexto de autopercepción de las cortes y tribunales constitucionales como garantes, dentro de cada ordenamiento interno, de un *corpus iuris* compuesto por el derecho internacional de los derechos humanos⁵⁸. Sin embargo, y sin desconocer la importancia que tienen los desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios provenientes de los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos, me parece que el loable objetivo de incorporarlos en los razonamientos interpretativos y aplicativos del derecho interno no debería llevar a las cortes constitucionales al extremo de adoptar interpretaciones (en sentido amplio) que se dirijan a desvirtuar los vínculos y límites impuestos por la propia constitución para garantizar su supremacía⁵⁹.

⁵⁷ Que contrasta con la tradición del *civil law*, donde “fuente del derecho” designa todo acto o hecho al cual una norma jurídica preexistente le atribuye la consecuencia de crear o modificar el derecho positivo (véase al respecto KELSEN 1949, 131-132; GUASTINI 2014, 115-116). La noción de “fuente del derecho” asumida por la CCE, en cambio, solo podría entenderse como el conjunto de todos los factores materiales que influyen en el proceso de atribución de significado a los documentos jurídicos (este sentido laxo de “fuente del derecho” es identificado en PINO 2011, 24-25).

⁵⁸ Véase VON BOGDANDY 2017, 28-29.

⁵⁹ Sobre estos excesos, en relación con la llamada “crisis de las fuentes”, véase BARBERIS 2016, 21.

Referencias bibliográficas

- BARBERIS M. 2016. *Para una teoría realmente realista del derecho*, en «Revus, Journal for constitutional theory and philosophy of law», 29, 2016, 15 ss.
- BULYGIN E. 1961. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Abeledo Perrot.
- CARRIÓ G.R. 2011. *Notas sobre derecho y lenguaje*, 6 ed., Abeledo Perrot.
- GUASTINI R. 2014. *La sintassi del diritto*, 2 ed., Giappichelli.
- GUASTINI R. 2017. *Filosofía del diritto positivo* (V. VELLUZZI, ed.), Giappichelli.
- KELSEN H. 1949. *General Theory of Law and State*, 3 impr., Harvard University Press.
- PINO G. 2011. *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, en «Ars Interpretandi», 1/2011, 19 ss.
- PINO G. 2016. *Teoria Analitica del Diritto I. La norma giuridica*, ETS.
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- VON BOGDANDY A. 2017. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Observations on Transformative Constitutionalism*, en VON BOGDANDY A. et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, 27 ss.
- VON WRIGHT G.H. 1963. *Norm and Action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador consultada:

a) Sentencias:

- Sentencia n. 031-11-SEP-CC del 21 de septiembre de 2011
- Sentencia n. 004-14-SCN-CC del 6 de agosto de 2014
- Sentencia n. 150-16-SEP-CC del 4 de mayo de 2016
- Sentencia 001-17-SIO-CC del 27 de abril de 2017
- Sentencia n. 017-17-SIN-CC del 7 de junio de 2017
- Sentencia n. 001-17-SEI-CC del 23 de agosto de 2017
- Sentencia n. 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019
- Sentencia n. 14-19-CN/20 del 12 de agosto de 2020
- Sentencia n. 1000-17-EP/20 del 23 de septiembre de 2020
- Sentencia n. 1486-14-EP/20 del 23 de septiembre de 2020
- Sentencia n. 987-15-EP/20 del 18 de noviembre de 2020
- Sentencia n. 2128-16-EP/21 del 1 de diciembre de 2021
- Sentencia n. 2251-19-EP/22 del 15 de junio de 2022
- Sentencia n. 2256-19-EP/22 del 15 de junio de 2022
- Sentencia n. 2913-19-EP/22 del 29 de junio de 2022
- Sentencia n. 200-20-EP/22 del 6 de julio de 2022
- Sentencia n. 2422-17-EP/22 del 13 de octubre de 2022
- Sentencia n. 1443-18-EP/22 del 19 de diciembre de 2022
- Sentencia n. 2495-18-EP/22 del 19 de diciembre de 2022
- Sentencia n. 7-22-EP/22 del 19 de diciembre de 2022

b) Dictámenes previos de constitucionalidad:

- Dictamen n. 0001-09-DTI-CC del 17 de febrero de 2009
- Dictamen n. 0005-09-DTI-CC del 14 de mayo de 2009
- Dictamen n. 021-10-DTI-CC del 24 de junio de 2010
- Dictamen n. 025-10-DTI-CC del 22 de julio de 2010
- Dictamen n. 028-10-DTI-CC del 19 de agosto de 2010
- Dictamen n. 001-DTI-CC-2011 del 26 de enero de 2011
- Dictamen n. 002-12-DTI-CC del 2 de febrero de 2012
- Dictamen n. 007-18-DTI-CC del 4 de abril de 2018
- Dictamen n. 2-23-TI/23 del 28 de julio de 2023
- Dictamen n. 5-23-TI/23 del 16 de agosto de 2023
- Dictamen 2-23-TI/23S del 22 de noviembre de 2023
- Dictamen 11-23-TI/24 del 13 de marzo de 2024
- Dictamen n. 13-24-TI/24 del 5 de diciembre de 2024