

## Inconstitucionalidad de Norma Originaria: Artículo 67 de la Constitución del Ecuador

*Unconstitutionality of Original Norm: Article 67 of the Constitution of Ecuador*

Paola Mishelle Fajardo Chabla, Raúl Mauricio Parra Vicuña

### Resumen

Las teorías del constitucionalismo y neo constitucionalismo presuponen una Constitución defensora y garantista de los derechos humanos que de forma escrita, manifiesta la voluntad del pueblo razón por la cual tiene el carácter de suprema sin embargo, no siempre funciona así, ya que el poder constituyente encargado de redactar la Constitución puede llegar a cometer errores, debido a que carece de límites en derecho positivo, sin embargo, existen límites que vienen del derecho meta positivo sobre el cual se basa Bachof para fundamentar la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales. Para analizar la inconstitucionalidad del artículo 67 de la Constitución ecuatoriana, se realizó la conceptualización doctrinaria y teórica sobre la posibilidad de presentarse inconstitucionalidad en normas originarias, la evaluación de la extensión del derecho al matrimonio para identificar los límites que tienen las parejas del mismo sexo en el ejercicio de este derecho, finalmente se identificó la inconstitucionalidad del artículo; aplicando la metodología de Teoría Fundamentada se determinó que esta proviene de la contradicción al derecho meta positivo al ir en contra de derechos y principios fundamentales, además carece de eficacia en la actualidad convirtiéndola en invalida. A la pregunta ¿De qué manera se solucionaría la inconstitucionalidad de una norma originaria como lo es el artículo 67 de la Constitución? se encontró como solución una reforma, ante la imposibilidad de plantear una acción de inconstitucionalidad. Palabras clave: Derecho Constitucional; Sistema Político; Constitución.

---

### Paola Mishelle Fajardo Chabla

Universidad Católica de Cuenca | Cuenca | Ecuador | [paola.fajardo@est.ucacue.edu.ec](mailto:paola.fajardo@est.ucacue.edu.ec)

<https://orcid.org/0009-0007-3830-3719>

### Raúl Mauricio Parra Vicuña

Universidad Católica de Cuenca | Cuenca | Ecuador | [rparrav@ucacue.edu.ec](mailto:rparrav@ucacue.edu.ec)

<https://orcid.org/0000-0002-2511-3883>

<https://doi.org/10.46652/runas.v5i10.206>

ISSN 2737-6230

Vol. 5 No. 10 julio-diciembre 2024, e240206

Quito, Ecuador

Enviado: agosto 10, 2024

Aceptado: octubre 15, 2024

Publicado: noviembre 14, 2024

Continuous Publication

## Abstract

The theories of constitutionalism and neo-constitutionalism presuppose a Constitution that defends and guarantees human rights that in written form, manifests the will of the people, which is why it has the character of supreme, however, it does not always work that way, since the constituent power in charge of drafting the Constitution can make mistakes. because it lacks limits in positive law, however, there are limits that come from the positive meta law on which Bachof bases himself to base the possibility of unconstitutional constitutional norms. In order to analyze the unconstitutionality of Article 67 of the Ecuadorian Constitution, the doctrinal and theoretical conceptualization of the possibility of unconstitutionality in original norms was carried out, in addition to the evaluation of the extension of the right to marriage to identify the limits that same-sex couples have in the exercise of this right, finally the unconstitutionality of the article was identified; applying the methodology of Grounded Theory, it was determined that it comes from the contradiction to the positive meta right by going against fundamental rights and principles, in addition it lacks effectiveness at present, making it invalid. To the question: How would the unconstitutionality of an original norm such as Article 67 of the Constitution be resolved? a reform was found as a solution, given the impossibility of filing an action of unconstitutionality.

Keywords: Constitutional Law; Political System; Constitution.

## Introducción

La inconstitucionalidad de una norma contenida en la Constitución es algo que muchos autores consideran ilógico, esto a causa de las teorías constitucionalistas y neoconstitucionalistas que tienen como base la superioridad de una Constitución creada por el poder constituyente originario mismo que en derecho positivo, no tiene límites; sin embargo, es necesario recordar que posee límites implícitos en el derecho meta positivo.

El desvío del poder constituyente originario podría ocasionar el surgimiento de normas constitucionales inconstitucionales, al contradecir principios o derechos fundamentales o restringir derechos a minorías el trabajo de investigación analiza el caso del grupo LGBTIQ+, en donde su ejercicio del derecho al matrimonio ha sido limitado; en este caso la Constitución de la República del Ecuador vigente, en su definición del matrimonio dada por el artículo sesenta y siete indica, “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer”, el cual hasta la actualidad no ha podido ser reformado (Constitución del Ecuador, 2008). Razón por la cual es necesario cuestionarnos la problemática ¿De qué manera se solucionaría la inconstitucionalidad de una norma originaria como lo es el artículo 67 de la Constitución?

Aunque existe una sentencia de la Corte Constitucional que hace posible que parejas del mismo sexo contraigan matrimonio, el ejercicio de este derecho no se limita a la celebración de un contrato; implica además la posibilidad de formar una familia con hijos, sin embargo, recurrir a la adopción para parejas del mismo sexo no es posible, siendo necesario analizar su inconstitucionalidad con el objetivo de proponer una posible solución; este objetivo tendrá su desarrollo a través de tres partes comenzando con la conceptualización doctrinaria y teórica en lo referente a la posibilidad de presentarse inconstitucionalidad en normas originarias; posteriormente se hace una evaluación de la extensión del derecho al matrimonio para identificar los límites que tienen las parejas del mismo sexo, los cuales impiden el amplio ejercicio de este derecho; para finalmente determinar la inconstitucionalidad de este artículo proponiendo una solución idónea.

## Marco teórico

### *La posibilidad de inconstitucionalidad de una norma originaria*

El constitucionalismo es un movimiento socio-político que se fundamenta en la separación de poderes, el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, la dignidad de la persona humana y la soberanía popular; surge con el objetivo de reconocer los derechos humanos y limitar el poder del Estado, mediante un texto considerado superior. Posteriormente surge el Neoconstitucionalismo caracterizado por impulsar la transformación de los Estados de Derecho a Estados Constitucionales de Derecho, en donde se tiene como fin “constitucionalizar” el ordenamiento jurídico, es decir, existe un texto identificado como norma principal el cual está por encima de cualquier otra del ordenamiento jurídico, por lo tanto, todos los cuerpos normativos deberán someterse a ella (Grijalva Jiménez, 2011).

Guastini (2016), califica una constitución neoconstitucionalista como invasora, el autor menciona que una Constitución que define que es Derecho y que no, puede resultar peligrosa cuando su contenido es erróneo ya que a pesar de aquello, gozaría de supremacía constitucional, sin embargo, hay que recordar la razón por la cual es considerada norma suprema, esto también lo trata Guastini (2013), quien considera la supremacía constitucional desde una perspectiva axiológica, en donde la Constitución es detentadora de principios y derechos, por lo tanto el respeto de este texto busca el respeto de valores y principios que tienen como fin el desarrollo de los derechos fundamentales.

Existen teorías que fundamenta la supremacía constitucional en la voluntad del pueblo que se manifiesta según su realidad, la cual es consagrada en el texto constitucional; de esta manera el poder constituyente es el encargado de plasmar sus valores y principios teniendo como elemento legitimador la soberanía del pueblo (Del Rosario Rodríguez, 2011). Al ser el pueblo el encargado de elaborar la Constitución centro del ordenamiento jurídico de un país, tiene el poder y la responsabilidad del futuro del país.

El poder constituyente es definido por autores como Ferrero (1998), como una facultad originaria de una comunidad política para elaborar una organización jurídica constitucional que no está sometida al ordenamiento positivo al ser un derecho natural; Bidart Campos (2004), se refiere a la facultad amplia positivamente ilimitada de elaborar una Constitución, ejercida por la soberanía popular. Los autores mencionan que esta facultad es positivamente ilimitada, sin embargo, posee límites que provienen del derecho meta positivo.

Chaname y otros (2009), se refiere a estos como “límites supra positivos del valor justicia” (pág. 437). Desconocerlos crearía una Constitución tirana. Por su parte, García y Díaz (2010), en referencia a los límites del poder constituyente manifiestan que este “...encuentra sus límites en el sometimiento al Derecho y en el respeto y garantía de los derechos humanos” (p. 10), es claro que este es el derecho natural dado que no existe norma escrita superior a la Constitución.

Los posibles atentados atribuidos al poder constituido son; crear una norma contradictoria a otra; una norma carente de sentido; o una que atenta a una norma superior; sin embargo, la doctrina se ha encargado de considerar al poder constituyente como infalible ya que de no hacerlo se desestabilizaría la Constitución considerada un texto normativo dotado de supremacía, sin embargo, su contenido fue redactado personas que pueden llegar a equivocarse. Citando a García Leguía (2019), "...atribuirle al Poder Constituyente la cualidad de infalible sería como decir que el Poder Legislativo también lo es, en consecuencia, ninguna norma podría ser recurrida" (p. 89).

El poder constituyente puede incluso llegar a crear una norma constitucional que atenta a algo superior, considerando así al derecho meta positivo, su espíritu y fundamento como la dignidad humana y el valor de la justicia puesto que:

Por encima del plano del derecho positivo, toda comunidad política, al ejercitar tan esencial facultad soberana, está naturalmente constreñida a respetar ciertos valores naturales y absolutos como la libertad y la dignidad del hombre, la justicia, etcétera, que están por encima del constituyente y del legislador. (Linares, 1970, p. 217)

Ante la posible inconstitucionalidad de las normas de rango menor a la Constitución existen mecanismos preestablecidos de Control de Constitucionalidad, sin embargo, estos son inútiles al momento de enfrentarse a una inconstitucionalidad de una norma originaria, poco o nada se ha hablado del tema en la doctrina ecuatoriana, y mucho menos de un mecanismo idóneo para tratarla. Bachof (2010), un doctrinario alemán es el principal precursor de la teoría de normas constitucionales inconstitucionales, aunque una norma este incluida en el texto no significa que esta no pueda contradecir derechos y principios fundamentales que incluso pueden estar contenidos dentro de la misma.

Trayendo a colación lo mencionado por Grijalva Jiménez (2011), "Los derechos humanos, en tal sentido erigirían, frente a estas mayorías coyunturales, vallas en principio infranqueables de defensa de las minorías y de los individuos frente a la mayoría" (p. 52). El pueblo no tiene potestad para desconocer o contradecir los derechos de las personas, aunque se alegue la voluntad de la mayoría.

Otros autores que se manifiestan al respecto son García Belaunde y Díaz Revorio, (2010), los cuales mencionan, "...éste encuentra sus límites en el sometimiento al Derecho y en el respeto y garantía de los derechos humanos, de forma que nunca la voluntad de la mayoría puede privar de sus derechos a la minoría..." (p. 10). Los autores reconocen a los derechos humanos como algo superior que limita el actuar del pueblo; por lo tanto, la Constitución, y evidentemente quienes la crean deberán apegarse al derecho natural el cual tiene como único objetivo la inviolabilidad de los derechos de cada una de las personas; caso contrario serian inconstitucionales y por lo tanto invalidas.

Bachof (2010), para sostener su teoría se basa en la existencia de un derecho meta positivo el cual es inviolable, debiendo ser respetado por la Constitución, entendiendo al derecho no po-

sitivado como los valores, principios y fundamentos de la Constitución y derechos que, aunque no estén contemplados en la Constitución tienen que ser protegidos. Según la teoría bachofniana se puede presentar inconstitucionalidad en una norma originaria que quebrante el derecho meta positivo escrito y no escrito, de los cuales se desprenden varios subtipos de los cuales únicamente se tratarán los relevantes para el desarrollo del tema.

La inconstitucionalidad a través de lo que el autor llama “mutación de la naturaleza” de las normas constitucionales, se refiere al hecho que se da cuando una norma constitucional ha perdido el sentido por el cual ha sido creada, es decir lo que ha motivado al constituyente a crear dicha norma ha desaparecido; o sucede que la realidad de la sociedad ha cambiado y esa norma caerá en desuso, se puede dar el caso también que la norma no cumpla con las expectativas que tenía el constituyente, en cualquiera de esos casos sería inconstitucional.

Otro caso de inconstitucionalidad puede darse por la infracción del derecho constitucional meta positivo; cuando esta positivado vulnera aquellas normas constitucionales que lo reconocen es por esta razón que deberían declararse inconstitucionales, en cuanto a las transgresiones al derecho meta positivo no positivado, menciona “... una norma constitucional que contravenga aquél derecho no puede reclamar obligatoriedad jurídica, de manera que posee poca relevancia” (Bachof, 2010, p. 89) por lo tanto, el derecho meta positivo es capaz de declarar inválida una norma constitucional que lo contradiga aunque no se encuentre reconocido puesto que se presupone está implícito.

### ***El derecho a contraer matrimonio***

El matrimonio es un derecho el cual consiste en la facultad que tienen las personas para decidir contraer matrimonio y formar una familia, la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948), dentro de la Declaración Universal de los Derechos humanos dispone:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (art. 16).

La Oficina de Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2018), expone en lo que respecta a la designación “hombres y mujeres” del artículo 16 “mujeres la redactaron con la determinación de que se precisara que ellas tienen los mismos derechos en el matrimonio, dado que la discriminación relacionada con este asunto estaba aún muy extendida en aquel tiempo” (p. 2). El objetivo fue dotar de igualdad a ambos sexos en el ejercicio del derecho evitando que mujeres sean discriminadas, mas no limitar el ejercicio de este derecho por su orientación sexual.

El derecho a casarse se vincula con el derecho a fundar una familia con la persona de su elección y compartir lazos de afecto, identidad y solidaridad, recibir la protección de la sociedad y el

Estado para la consecución de sus fines, alcanzar sus objetivos y cumplir con su misión en la sociedad (Infante Rojas, 2019). La familia está protegida, en sus diversos tipos, los cuales varía según su composición, entre los cuales están las homoparentales, constituidas por dos padres o madres y su hijo o hijos adoptados o biológicos.

La Constitución de la República del Ecuador vigente, en su definición del matrimonio dada por el artículo sesenta y siete indica, “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer...” (Constitución del Ecuador, 2008, art.67). Aunque actualmente es posible que parejas del mismo sexo contraigan matrimonio, el ejercicio del derecho al matrimonio implica decidir libre y voluntariamente formar una familia con hijos, sin embargo, la posibilidad de recurrir a la adopción para parejas del mismo sexo en Ecuador es nula, ya que: “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008, art. 68). Además, es posible notar que derechos como, ser libre de discriminación, a la igualdad, la libertad de conciencia y la intimidad, así como el desarrollo a la intimidad y de la personalidad se encuentran vinculados a este derecho.

Villalobos (2009), lo define como; “derecho a desarrollarse, auto determinar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a sus propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones”. El derecho al desarrollo está vinculado al matrimonio, lo cual es analizado por la Corte Constitucional ecuatoriana la cual manifiesta que las personas podrán:

conformar el tipo de familia que –a su juicio- mejor se adecuen a sus singulares ideales y virtud personal y a sus planes de vida; y el Estado, no solo que debe abstenerse de inferir en ello, sino que debe proteger dichas elecciones autónomas. (Sentencia No. 10-18-CN/19, 2019)

El derecho a ser libre de discriminación radica en la prohibición de todo acto discriminatorio entendido como el trato desigual en el ejercicio de sus derechos de manera injustificada. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos se estipula; “Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 7). Implica la obligación que tienen los Estados de brindar protección a los derechos de todos y todas, y la prohibición de discriminación para el Estado en el desarrollo de su ordenamiento jurídico.

La discriminación contradice el principio de igualdad que considera a todo ser humano portador de los mismos derechos; aquellos grupos en situación de vulnerabilidad o desventaja ya sea personal o social como el grupo LGTBI, deberán tener especial protección; al desconocerles derechos que en principio gozamos todos, su derecho de igualdad se ve afectado. Parra Vicuña (2022), explica que esto obliga a reconocer derechos, deberes y oportunidades a todos por igual por esta razón no se permitirían normas discriminatorias o restrictivas de derechos ya que serían consideradas arbitrarias.

## ***Inconstitucionalidad de norma originaria: Análisis del artículo 67***

Para identificar la inconstitucionalidad del artículo 67 de la Constitución es necesario volver a lo planteado por Bachof con el objetivo de ajustar el caso ecuatoriano los casos de inconstitucionalidad planteados por el autor; para mejor entendimiento se dividirá en dos casos, el primero la inconstitucionalidad del artículo por contradecir las normas del derecho meta positivo reconocido o no en la Constitución y el caso en el que este artículo debido a la “mutación de la naturaleza” es inconstitucional.

### ***Contradicción con el derecho meta positivo***

Una norma constitucional puede llegar a ser contraria a los derechos y principios fundamentales del derecho natural, García Amado (2015), expresa “el hecho de que como normas surgidas naturalmente puedan ser contrapuestas a las normas creadas se debe al hecho de que los principios no necesitan ser establecidos explícitamente” (p. 134) sin embargo, Bachof plantea la posibilidad de que también existen derechos y principios del derecho natural que están positivados en la Constitución.

Referente al derecho a la igualdad reconocido en la Constitución del Ecuador en su artículo 66, dentro del mismo artículo se reconocen los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a tomar decisiones libres e informadas a su voluntad responsablemente:

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad...9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. (Constitución del Ecuador, 2008, art.66)

A esto podemos agregar lo mencionado por el Tribunal Constitucional del Ecuador en donde manifiesta:

Que, los homosexuales son ante todo titulares de todos los derechos de la persona humana y, por tanto, tienen derecho a ejercerlos en condiciones de plena igualdad, lo cual no supone la identidad absoluta sino una equivalencia proporcional entre dos o más entes, es decir sus derechos gozan de protección jurídica, siempre que en la exteriorización de su conducta no lesionen los derechos de otros, tal como ocurre con todas las demás personas (Expediente No. 106-1-97, R.O. 203-S, 27-XI-97).

Por otra parte, Constitución ecuatoriana en su artículo 67 reconoce los diversos tipos de familia que existen y les garantiza igual protección a todas, “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” (Constitución del Ecuador, 2008, art.

67). A esto, vale la pena agregar el reconocimiento que hace la Corte Constitucional de las familias homosexuales “...los diversos tipos de familia tienen protección del Estado y pueden ser familias transnacionales, con jefas de hogar, con personas con discapacidad o privadas de libertad, familias heterosexuales, familias ensambladas, familias ampliadas y familias homosexuales” (Sentencia No. 10-18-CN/19, 2019).

A continuación, se dan a conocer los principios reconocidos por el artículo 11.2 de la Constitución, y a los que contradice el artículo 67 de la Constitución; el principio de igualdad y no discriminación; “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de (...) identidad de género (...)” (Constitución del Ecuador, 2008, art.11).

En referencia al principio de autonomía de la persona a Nino (2007), señala que el Estado no debe interferir en las decisiones personales, sino que deberá brindar apoyo:

... siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y adopción de ideales de excelencia humana, el Estado no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución (p. 204).

### ***Inconstitucionalidad por la “mutación de la naturaleza”***

Este tipo de inconstitucionalidad se fundamenta en la evolución de la sociedad; aunque el constituyente pudo ser motivado por las ideas que tenía la sociedad en esa época, estas pueden variar con el paso del tiempo, limitar la definición del matrimonio al acto que se da únicamente “entre un hombre y una mujer” es algo que se ha quedado en el pasado por lo que esta definición debe ser considerada inconstitucional e invalida. Lo mismo sucede con el artículo 68 que prohíbe la adopción por parte de parejas del mismo sexo, el poder constituyente se veía motivado por; “la protección al menor por parte de sus progenitores, de la sociedad y del Estado, para asegurar su vida, integridad física y psíquica, su salud”(Expediente No. 106-1-97, R.O. 203-S, 27-XI-97).

Existen estudios que indican que no hay evidencias de la inferencia en el desarrollo de un hijo de padres homosexuales; Sanz (2013), en base a varios estudios realizados en diferentes países manifiesta que “no existen diferencias sustanciales en su desarrollo personal, social, intelectual y psicoafectivo frente al resto de menores criados en otros tipos de estructuras familiares” (p. 34), por lo que lo manifestado sería una idea arcaica.

### ***Solución ante la Inconstitucionalidad de la norma originaria***

El control de constitucionalidad sirve para asegurar la eficacia de la Constitución y, por lo tanto, la vigencia de un Estado Constitucional, al velar por la supremacía Constitucional; sin em-

bargo, se da por hecho que la Constitución es en contenido y forma fiel a los límites implícitos, aunque no lo sea así en su totalidad; como se ha podido constatar a lo largo de este trabajo de investigación en la que se explica la presente inconstitucionalidad del artículo 67 de la Constitución.

Oyarte (2021), explica que en el derecho positivo ecuatoriano es imposible la existencia de un Control de Constitucionalidad de norma originaria, porque la materia del control constitucional son los actos de órganos o autoridades estatales, no del poder constituyente originario; y segundo, porque la demanda de inconstitucionalidad de una norma se plantea en contra del órgano que la emite y quien emite es el pueblo mismo. Ante esta imposibilidad, la reforma es una solución idónea a estos casos, manteniendo actualizada la Constitución, además permite la solución de posibles errores del poder constituyente, y aunque las decisiones del poder constituyente no hayan sido erróneas en su momento, estas pudieron quedar desfasadas en el tiempo. Häberle, (2001), se refiere a las modificaciones como algo útil y necesario "...para adaptarse a procesos evolutivos" (p. 140).

## Metodología

Para el desarrollo del presente trabajo se recurrió al tipo de investigación cualitativa, a partir de la revisión de toda documentación teórica útil para fundamentar y explicar el origen y resultado de una norma originaria inconstitucional. El nivel que alcanzo este proyecto de investigación fue descriptivo y explicativo; descriptivo porque se justificó la existencia de transgresiones de derechos en la Constitución ecuatoriana además de detallar los efectos que se producen; y explicativo porque se determinaron las causas que dan origen a una Constitución transgresora de derechos.

Para conceptualizar doctrinaria y teóricamente la posibilidad de presentarse inconstitucionalidad en normas originarias, se aplicó el método deductivo, una investigación científica permitió profundizar en el conocimiento del tema; con el método analítico se evaluó la extensión del derecho al matrimonio y se identificó los límites que tienen las parejas del mismo sexo en el ejercicio de este derecho, al desmembrar el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos referente al derecho al matrimonio, fue posible comprender su amplitud; finalmente, para identificar la inconstitucionalidad del artículo 67 y proponer la reforma como una solución, se aplicó el método histórico, articulando un sistema de acciones y operaciones de enseñanza-aprendizaje dirigidas a formar un método histórico-jurídico desarrollando la teoría de la posibilidad de la existencia de normas originarias inconstitucionales en Ecuador.

## Desarrollo

El constitucionalismo nace con el fin de reconocer derechos humanos y limitar el poder estatal a través de un texto escrito, posteriormente se incluyen derechos sociales y mecanismos de garantía de estos derechos para luego con el neoconstitucionalismo dar paso a la constitucionalización del ordenamiento jurídico al contemplar a la Constitución como norma jurídica suprema.

La Supremacía Constitucional, se basa en dos supuestos: primero, se considera a esta norma como principal protectora de los derechos de las personas y rica en principios y valores; segundo, porque es la manifestación de la voluntad del pueblo titular del poder constituyente positivamente ilimitado; en referencia al primer supuesto, hay ocasiones en las que la Constitución restrinja derechos ya que no hay un control en su redacción; en base al segundo supuesto hay que tener en cuenta que la voluntad de la mayoría pueden llegar a restringir derechos de las minorías o que la voluntad del pueblo cambie con el tiempo, siendo necesaria su actualización y corrección.

La inconstitucionalidad ha sido atribuida a las normas infraconstitucionales que contradicen la Constitución, brindando mecanismos preestablecidos para el control de estas normas; dejando de lado a las normas originarias, ya que mecanismos como la acción de inconstitucionalidad es inaplicable a normas constitucionales; porque se considera que no existe nada más superior a la Constitución, sin embargo, el derecho meta positivo lo es; otra razón es la cualidad de ilimitado que se le da al poder constituyente lo cual también es erróneo puesto que este encuentra sus límites en los derechos de las personas.

Bachof sugiere que una norma originaria puede ser inconstitucional si contradice aquellos el derecho meta positivo; o por haber quedado invalidas con el tiempo. Estas teorías aplicadas al caso ecuatoriano dan como resultado la inconstitucionalidad del artículo 67 y 68 de la Constitución ecuatoriana referentes al derecho de contraer matrimonio y formar una familia, consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ya que limitan el ejercicio de este derecho a parejas de diferente sexo al prohibir la adopción de menores; el derecho meta positivo positivado en la Constitución es evidenciado en los artículos 11 y 66 en donde se reconocen los principios y derechos de igualdad y no discriminación, además atenta el principio de autonomía de la personalidad.

En la actualidad el matrimonio por parejas del mismo sexo es una realidad y se han dejado de lado argumentos morales y religiosos que se tenían para la prohibición de este derecho razón por la cual el artículo 67 debería ser considerado invalido y violatorio de derechos, así mismo se ha prohibido la adopción por parte de parejas del mismo sexo argumentando el deber del Estado de proteger al menor mencionando que podría verse afectado en su integridad psíquica, sin embargo hoy en día existen estudios que contradicen este argumento.

En vista de que existe la posibilidad que normas originarias resulten inconstitucionales es necesario se realice un Control de Constitucionalidad de normas originarias, dado que el derecho positivo ecuatoriano no permite plantear una acción de inconstitucionalidad, la reforma constitucional se presenta como una solución idónea para actualizar y corregir la Constitución, ya que permite que esta evolucione junto con la sociedad asegurando su relevancia y eficacia.

## Conclusión

Existe la posibilidad que se presente inconstitucionalidad en una norma originaria puesto que el poder constituyente originario encargado de redactar la Constitución, no es infalible y

puede llegar a cometer errores ya sea por contradecir al derecho meta positivo, conformado por principios fundamentales y derechos humanos; por crear dos o más normas contradictorias entre sí o por tener limitaciones en su visión a futuro creando normas que queden invalidas con el cambio de la realidad social.

El derecho al matrimonio representa la facultad que tienen las personas para decidir contraer matrimonio y formar una familia sin ninguna discriminación, así lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin embargo este ejercicio se ve limitado para las parejas del mismo sexo puesto que al decidir tener una familia con hijos se encuentran con la prohibición de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, un hecho discriminatorio ya que prohíbe de esta posibilidad de manera injustificada.

El artículo 67 de la Constitución es violatorio de derechos debido a que la definición de matrimonio como algo exclusivo para parejas del mismo sexo es algo que ha quedado en el pasado y que además vulnera el principio de igualdad y no discriminación, que además son derechos reconocidos en la Constitución.

## Referencias

- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la Republica del Ecuador. Registro Oficial No. 449.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III).
- Bachof, O. (2010). *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?* Palestra.
- Bidart Campos, G. (2004). *Compendio de Derecho Constitucional*. Ediar.
- Chaname. (2009). *Manual de Derecho Constitucional: Derecho, Elementos e Instituciones Constitucionales*. ADRUS.
- Del Rosario Rodriguez, M. F. (2011). La Supremacia Constitucional: Naturaleza y Alcances. *Derecho Constitucional y Derechos Humanos*.
- Expediente No. 106-1-97, R.O. 203-S, 27-XI-97, 25-XI-97 (Tribunal Constitucional).
- Ferrero, R. (1998). *Ciencia Política: Teoría del Estado y Derecho*. GRIJLEY.
- García Amado, J. A. (2015). *Iusmoralismo(s)*. Editorial Juridica Cevallos.
- García Belaunde, D., & Díaz Revorio, F. (2010). Presentación a "¿Normas constitucionales inconstitucionales?" de Otto Bachof. En O. Bachoff, (ed.). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* (p. 10). Palestra Editores.
- García Cervigón, J., & Rodríguez Núñez, A. (2019). *Política criminal y Derechos Humanos*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Garcia Leguia, C. (2019). *La inconstitucionalidad de las normas constitucionales y el mecanismo para tratarlas en el ordenamiento peruano* [Tesis de licenciatura, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. <http://hdl.handle.net/20.500.12423/2263>

- Grijalva Jiménez, A. (2011). *Constitucionalismo en Ecuador. Pensamiento jurídico contemporáneo*, 5(1).
- Guastini, R. (2013). *Distinguiendo Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Gedisa.
- Guastini, R. (2016). *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Biblioteca jurídica UNAM. <https://lc.cx/kexEnj>
- Häberle, P. (2001). *El Estado Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Infante Rojas, D. (2019). La familia ensamblada y su protección constitucional como familia natural [Tesis de maestría, Universidad de Pirhua]. <https://lc.cx/DBQYMN>
- Jesús Sanz & Otros. (2013). *Diversidad familiar: apuntes desde la antropología social*. Treball Social.
- Linares, S. (1970). *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*. ARIEL.
- Nino, C. (2007). *Ética y derechos humanos*. Astrea.
- Oficina de Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2018, 25 de noviembre). Noticias ONU. Artículo 16: derecho al matrimonio y a fundar una familia. <https://lc.cx/llVKx6>
- Ossorio, M. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Heliasta.
- Oyarte, R. (2021). *Acción de Inconstitucionalidad*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Parra Vicuña, R., & Vallejo Cárdenas, P. (2022). El principio constitucional de igualdad en la legislación tributaria ecuatoriana respecto al pago de intereses. *Polo del Conocimiento*, 7 (8), 2800–2827.
- Perez Contreras, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. Cultura Jurídica.
- Real Academia Española. (2024, 27 de mayo de). Diccionario panhispánico del español jurídico. Inconstitucionalidad. <https://lc.cx/hn3JZT>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia No. 10-18-CN/19, 10-18-CN.
- Villalobos Badilla, K. (2009). *La población joven de Costa Rica a partir de la I Encuesta Nacional de Juventud: Ponencias y Memoria*. Consejo Nacional de Política Pública de la Persona Joven.

## Autores

Paola Mishelle Fajardo Chabla. Es una destacada profesional del derecho con una sólida formación académica. Es licenciada en la materia, destacándose por sus investigaciones pioneras en el sistema de justicia penal y el sistema constitucional de Ecuador. Su pasión por el aprendizaje y su compromiso con la excelencia académica la han convertido en una figura respetada en el campo del derecho.

Raúl Mauricio Parra Vicuña. Es un destacado profesor de derecho penal y constitucional con una sólida formación académica. Posee una maestría en la materia, destacándose por sus investigaciones pioneras en el sistema de justicia penal y constitucional de Ecuador. Su pasión por la enseñanza y su compromiso con la excelencia académica la han convertido en una figura respetada en el campo del derecho penal y constitucional.

## **Declaración**

Conflicto de interés

No tenemos ningún conflicto de interés que declarar.

Financiamiento

Sin ayuda financiera de partes externas a este artículo.

Nota

El artículo es original y no ha sido publicado previamente.