

**LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y
Humanidades, Asunción, Paraguay.**

ISSN en línea: 2789-3855, 2025, Volumen VI

Jurisprudencia constitucional y rasgos distintivos del sistema jurídico ecuatoriano desde el estado liberal al actual

Constitutional jurisprudence and distinctive features of the
Ecuadorian legal system from the liberal state to the current
one

Victor Emilio Guilcapi Valencia

victoremilio54@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0003-5352-4502>

Pontificia Universidad Católica del

Ecuador

Quito – Ecuador

Luis Antonio Galarza Bustos

ab.luisgalarza@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0000-2361-7714>

Universidad Central del Ecuador

Quito – Ecuador

Patricia Elvira Macías Barre

patymacias0@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0008-5796-3728>

Universidad Central del Ecuador

Quito – Ecuador

DOI: <https://doi.org/10.56712/latam.v6i3.3997>

Artículo recibido: 16 de mayo de 2025

Aceptado para publicación: 29 de mayo de
2025.

Conflictos de Interés: Ninguno que declarar.


Redilat
Red de Investigadores
Latinoamericanos

NÚMERO

DOI: <https://doi.org/10.56712/latam.v6i3.3997>

Jurisprudencia constitucional y rasgos distintivos del sistema jurídico ecuatoriano desde el estado liberal al actual

Constitutional jurisprudence and distinctive features of the Ecuadorian legal system from the liberal state to the current one

Victor Emilio Guilcapi Valencia

victoremilio54@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0003-5352-4502>

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Quito – Ecuador

Luis Antonio Galarza Bustos

ab.luisgalarza@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0000-2361-7714>

Universidad Central del Ecuador

Quito – Ecuador

Patricia Elvira Macías Barre

patymacias0@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0008-5796-3728>

Universidad Central del Ecuador

Quito – Ecuador

Artículo recibido: 16 de mayo de 2025. Aceptado para publicación: 29 de mayo de 2025.
Conflictos de Interés: Ninguno que declarar.

Resumen

En la presente investigación académica, se abordan rasgos que distinguen el sistema jurídico ecuatoriano desde la época del Estado liberal hasta los actuales días, centrándose en la jurisprudencia constitucional desarrollada por el órgano pluripersonal que es el único interprete de la norma suprema en nuestro país (Ecuador), y la interacción entre la Constitución, los administradores de justicia y las garantías jurisdiccionales, en el contexto de las influencias de sistemas jurídicos como el romano-germánico y el Common Law. El objetivo general de la presente es analizar la evolución del sistema jurídico ecuatoriano, destacando el papel de la Corte Constitucional, la consulta de normas ante dudas sobre su constitucionalidad y la consolidación de los derechos humanos dentro del contexto histórico del Estado liberal hasta el actual. Se concluye como resultado obtenido que el Estado Liberal fue la primera fase del Estado burgués, caracterizado por la primacía de las libertades individuales, y una mínima intervención estatal, consolidando derechos civiles y políticos que proclaman un Estado garantista limitado; actualmente, la jurisprudencia constitucional en el Ecuador, ha dotado al ordenamiento jurídico de relevancia gracias al activismo judicial, al control de convencionalidad, y a la aplicación progresiva de principios en pro de los derechos para frenar cualquier posible abuso, conformando de esta manera un sistema jurídico con elementos sistémicos y propios.


Palabras clave: jurisprudencia constitucional, estado, activismo judicial

Abstract

This academic research addresses the features that distinguish the Ecuadorian legal system from the

time of the liberal State to the present day, focusing on the constitutional jurisprudence developed by the pluripersonal body that is the sole interpreter of the supreme norm in our country (Ecuador), and the interaction between the Constitution, the administrators of justice and jurisdictional guarantees, in the context of the influences of legal systems such as the Roman-Germanic and Common Law. The general objective of this is to analyze the evolution of the Ecuadorian legal system, highlighting the role of the Constitutional Court, the consultation of norms in the face of doubts about their constitutionality and the consolidation of human rights within the historical context of the liberal State to the present. It is concluded that the Liberal State was the first phase of the bourgeois State, characterized by the primacy of individual freedoms, and minimal state intervention, consolidating civil and political rights that proclaim a limited guarantor State; Currently, constitutional jurisprudence in Ecuador has given the legal system relevance thanks to judicial activism, the control of conventionality, and the progressive application of principles in favor of rights to curb any possible abuse, thus forming a legal system with systemic and specific elements.

Keyword: constitutional jurisprudence, state, judicial activism

Todo el contenido de LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades, publicado en este sitio está disponibles bajo Licencia Creative Commons. 

Cómo citar: Guilcapi Valencia, V. E., Galarza Bustos, L. A., & Macías Barre, P. E. (2025). Jurisprudencia constitucional y rasgos distintivos del sistema jurídico ecuatoriano desde el estado liberal al actual. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* 6 (3), 899 – 912. <https://doi.org/10.56712/latam.v6i3.3997>

INTRODUCCIÓN

El tema de los sistemas jurídicos o las familias jurídicas es recurrente en los estudios de Derecho comparado, especialmente cuando interesa determinar las características de los sistemas históricamente considerados en lo que se refiere a sus aspectos internos como los orígenes, fuentes, relación de la ley y la jurisprudencia, y a componentes externos como la religión o una determinada filosofía política o jurídica.

En todos los casos existe la ley como fuente de Derecho, y a partir de ello se buscan las diferencias y coincidencias para establecer un mapa jurídico que puede tomar como punto de partida la región (por ejemplo, Europa occidental o Estados Unidos), la relación de los jueces con la ley (sistema del Common law y sistema Romano germánico), o la influencia de estos sistemas en otras regiones, por ejemplo, en América Latina y particularmente en Ecuador.

La principal dificultad en materia de sistemas jurídicos comparados radica en que, aun cuando determinados países pertenecen a un mismo sistema, entre cada uno de ellos el sistema común puede tener variaciones considerables, de manera que lo que se determinen como notas comunes o características generales son aquellas que se pueden encontrar en todos los países analizados, pero que oculto lo que es propio o peculiar de cada uno de ellos.

Otro aspecto a señalar es que los sistemas jurídicos comparados se enfocan básicamente en determinadas ramas del Derecho en detrimento de otras, lo que a la postre da una idea distorsionada que no se corresponde con un orden jurídico nacional en su totalidad. Por ejemplo, es una idea comúnmente aceptada que los países de América Latina pertenecen al sistema jurídico Romano germánico y ello es cierto, solo que en relación con el Derecho llamado privado y parte del Derecho público.

No obstante, si se analiza el Derecho político; es decir, la organización político-constitucional, la adscripción a aquel sistema jurídico resulta problemática. El hecho es que tales países en la organización política están más cercanos Estados Unidos que a los países de Europa occidental donde tiene su origen el sistema Romano germánico en cuanto al Derecho privado, pero no ha servido como modelo de Derecho público en la región, al menos no en lo que se refiere a la organización política.

El lugar de la jurisprudencia entre las fuentes del derecho ha sido objeto de frecuente discusión en los estudios de teoría del derecho y derecho constitucional, pues de ello depende el peso de las decisiones de los jueces en la conformación del cuerpo de derecho que deba ser aplicado por en decisiones posteriores, que podría ser como precedente obligatorio para todos los casos que guarden identidad de objeto y pretensión (precedente erga omnes), precedente para tribunales o jueces de igual jerarquía (precedente horizontal), o decisión aplicable solo al caso concreto (inter partes).

En sus diversas fases de desarrollo el Estado, como forma de organización política de la sociedad, ha conocido diversos modos de manifestarse, de acuerdo con la correlación de fuerzas políticas, las condiciones materiales de la sociedad y la realización e las ideas políticas o filosóficas de cada época histórica. El Estado liberal es la primera fase del desarrollo del Estado burgués, y se caracteriza por la primacía de la libertad como derecho fundamental y como principio de las relaciones entre el Estado y el individuo, donde aquel debe limitarse a garantizar las condiciones mínimas para hacer posible la libertad de cada uno con la libertad de los demás. Fue en esta fase de desarrollo del Estado donde se consolidaron ideas como la autonomía de la voluntad, la libertad individual, el sufragio, la separación de poderes, el derecho a la propiedad y el imperio de la ley que dan forma a las sociedades actuales. En el presente ensayo se presentan algunas ideas esenciales en torno a esa forma de Estado y su relación con los derechos humanos y las libertades básicas, a partir de una revisión de literatura relevante sobre el tema.

Por otro lado, el peso de la jurisprudencia no dependen únicamente de cuestiones teóricas, sino además del diseño institucional del sistema de tribunales, la jerarquía y competencias que se les otorgue y las facultades para la interpretación de la ley, así como la jurisdicción de que se trate; en todo caso, en la actualidad y desde hace algunas décadas, en virtud del activismo judicial y el constitucionalismo de principios, entre otros factores, el peso de la jurisprudencia como fuente de derecho se ha ido acrecentando, especialmente la jurisprudencia constitucional con base en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la noción de bloque de constitucionalidad.

A partir de esos presupuestos, en el presente ensayo se abordan de manera resumida diversos temas sobre la justicia constitucional, el papel de los jueces en la revalorización de la jurisprudencia constitucional, la aplicación directa de la Constitución, el control de convencionalidad mediante las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la consulta de normas que hacen los jueces a la Corte Constitucional del Ecuador. El análisis se hace tomando en consideración la Sentencia 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), donde se materializan la mayoría de las cuestiones mencionadas previamente.

DESARROLLO

En la teoría política existen diversos conceptos que permiten explicar el ejercicio del poder político a través de diferentes formas de organización, que se refieren a diversos aspectos como la forma del Estado, la forma de ejercicio del poder, la relación entre el estado y los ciudadanos y la prestación de servicios públicos, así como la intervención del Estado en la Economía y la sociedad en general. Uno de esos conceptos es la forma o tipo de Estado, de los que, a lo largo de la historia, de habla del Estado esclavista, feudal, burgués en sus diversas manifestaciones, y en algunos casos del Estado socialista.

En este ensayo se hace referencia únicamente al Estado liberal como una de las formas del Estado burgués, el cual se caracteriza, según su nombre lo indica, por el ascenso de la burguesía al poder emergiendo de la sociedad feudal. Cabe señalar que, si bien en las publicaciones especializadas sobre el tema de habla de los precitados tipos de Estado o si se tratara de una sucesión lineal en el tiempo, la historia real es bien distinta, porque esos conceptos no describen necesariamente una realidad, sino que representan una síntesis de las características más sobresalientes de la organización política en un punto determinado.

De lo dicho se puede afirmar lo siguiente: los llamados tipos de Estado no representan una descripción de la realidad, sino una reconstrucción conceptual de la realidad que trasciende al concepto, y que como tal es objeto de la historia y no de la Ciencia o la Teoría política propiamente. A la Ciencia jurídica, materia en la que se ubica de preferencia este texto, le interesa la organización del Estado en cualquiera de sus formas o manifestaciones, es decir, su forma jurídica en cuanto se organiza a través de una Constitución, en la cual se establecen los órganos que ejercer el poder, sus funciones, competencias, formas de integración y relación con la sociedad en sus diversos aspectos políticos, económicos y los derechos que se reconocen y garantizan (Sanz, 2016).

En ese contexto, en el presente ensayo se hace un análisis del Estado liberal como una de las formas que tuvo el Estado burgués en una determinada época histórica que se corresponde como el ascenso de la burguesía y la consolidación del principio político y económico que le es propia, es decir, el principio de autonomía individual y con él el derecho a la libertad individual como presupuesto y base de una sociedad políticamente organizada.

Antecedentes del Estado liberal

La libertad como elemento característico del Estado liberal no se refiere únicamente a las relaciones políticas (liberalismo político), sino también a la libertad económica (liberalismo económico), todo ello

recogido en un texto constitucional que establezca las reglas en que esa libertad es posible tanto en relación con las demás personas como con el propio Estado. Sin embargo, antes de llegar a la forma de Estado liberal delineado por una Constitución fue preciso el transcurso de varios siglos de formas distintas de organización política, donde sintéticamente puede decirse que se avanzó de una organización centralizada en una persona (rey o emperador), con poderes ilimitados, pasando por una etapa de limitación de ese poder (a través del parlamento, por ejemplo), hasta las actuales sociedades donde los poderes públicos están limitados por la ley.

Siendo preciso fijar una fecha de surgimiento del Estado liberal debe señalarse que se sitúa en el Siglo XVII con la transición de la sociedad feudal a la sociedad burguesa, donde la libertad del ser humano frente al Estado comienza a ser un valor más importante que las relaciones de subordinación al rey, al señor feudal o a la iglesia; todo ello en un contexto de crecimiento de las ciudades, los primeros pasos de la revolución industrial y el desarrollo de un pensamiento político y filosófico que se fue desligando de las ideas religiosas para afianzar la voluntad y el libre albedrío como el valor fundamental del ser humano, y con ello la exigencia de que el Estado no solo respete una esfera de libertad individual, sino que además la garantice a través de las leyes (Iparraguirre, 2003). De las ideas políticas la libertad pronto pasó a la acción, y terminó por consolidarse en las constituciones de finales del siglo XVIII en países como Estados Unidos de América y Francia.

En resumen, el Estado liberal es aquella forma de organización política que surge con la modernidad, y que permitió el paso de la sociedad feudal a la sociedad burguesa en el ámbito político; es decir, con la formación de un Estado desligado ya de la iglesia y los señores feudales, y limitado por las leyes que determinan tanto la forma del gobierno como la relación con los ciudadanos, y en cuanto a estos últimos su intervención activa en los destinos de la sociedad mediante uno de los mecanismos propios de esta forma de Estado como es el sufragio, que fue censitario primero, masculino después y universal en la actualidad (Sordo, 2006).

Estado liberal y derechos humanos

Existe una relación esencial entre el Estado liberal y los derechos humanos tal como se conocen en la actualidad, ya que en dicho contexto se reconocieron y desarrollaron por primera vez los derechos como facultades o prerrogativas de cada persona, y no como concesiones graciosas del rey o el emperador; es decir, que los derechos son propios de cada persona, les pertenece su titularidad, y la función del Estado es la de garantizarlos y reconocerlos en un contexto donde rija la máxima libertad posible, lo que dio origen a los que actualmente se denominan derechos civiles y políticos, o derechos de primera generación, de los que se dan algunos detalles a continuación por ser consustanciales al Estado liberal.

Como es sabido, en la clasificación de los derechos humanos por generaciones, el criterio básico es la posición del sujeto activo y el sujeto pasivo en la relación jurídica que nace de un derecho en concreto: siendo el sujeto activo el individuo- ciudadano y el sujeto pasivo el Estado, en los derechos civiles y políticos, el sujeto pasivo debería mantener una posición abstencionista con respecto a los derechos y libertades individuales, debiendo crear, no obstante, los mecanismos legales, institucionales y procesales que aseguren su protección y garantía frente a posibles intromisiones de terceros o del propio poder público (Villabella, 2014).

A partir de ello, los primeros derechos serían conocidos como derechos civiles y políticos o derechos de abstención, o de defensa de las libertades del individuo, los cuales exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de la vida privada. A ellos le sucedió una nueva generación, los derechos económicos, sociales y culturales, también denominados derechos prestacionales, pues requieren de una política activa de los poderes públicos, encaminados a

garantizar su ejercicio, por lo que su goce real y efectivo se materializa a través de las técnicas de las prestaciones y los servicios públicos (Bastida, 2005).

Así, los derechos humanos que se asocian de manera inescindible con el Estado liberal son aquellos que solo exigen del Estado una actitud abstencionista o garantista, donde lo que se espera es que los reconozca y garantice a todas las personas, sin intervenir en su ejercicio más que para establecer los límites entre titulares de derechos que se sitúan en un plano de igualdad jurídica; esos derechos, en concreto, son el derecho a la libertad, a la propiedad, a la igualdad, a la participación política e incluso a la búsqueda de la felicidad como se proclama en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano en la Francia de 1789, ya antes en la Declaración de Derechos de Virginia en Estados Unidos (1776).

Características del Estado liberal

Lo dicho hasta aquí permite hacer una caracterización básica del Estado liberal, el cual tendría como rasgos fundamentales los siguientes. La relación política clave en el Estado liberal se produce entre el Estado y el ciudadano, figura ésta dotada de derechos individuales que el Estado debe reconocer y garantizar su ejercicio a través de las leyes y los tribunales; asimismo, en el Estado liberal el ciudadano dispone de una serie de derechos fundamentales individuales entre los que sobresalen el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la libertad de pensamiento y el derecho a la propiedad (privada).

De igual manera, en el Estado liberal la ley es resultado de la llamada voluntad general; es decir, de la voluntad de los ciudadanos que para ese momento eran los que tenían algún tipo de propiedad o renta como lo exigía el voto censitario; además, el Estado quedaba también sometido a las leyes bajo el principio de imperio de la ley, donde la ley no solo debe ser cumplida por el Estado y sus funcionarios, sino que le establece los límites de esa actuación y las consecuencias de traspasarlos. En el Estado liberal la Constitución se establece como ley de leyes, como la ley suprema, marco regulatorio tanto de lo político y jurídico como de los aspectos sociales y económicos de las relaciones entre el Estado y los individuos; el centro de la Constitución y del ejercicio del poder político es la separación de poderes, con la separación constitucional de poderes entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial que hasta entonces se concentraban en la figura del rey.

En lo económico el Estado liberal se caracteriza por una mínima intervención en la economía, donde se permite el libre juego de los actores económicos con base en la ley de la oferta y la demanda, la libre contratación de los trabajadores, pero con respeto a sus derechos básicos que se fueron reconociendo a lo largo del siglo XIX, la libertad de empresa, el proteccionismo arancelario y el Estado como ente regulador que se limita a establecer las reglas del juego y garantizar su cumplimiento, lo que da lugar a una sociedad donde la igualdad es formal y la desigualdad es común porque el Estado no interviene en la distribución en la riqueza necesaria para garantizar a todas las personas sus derechos básicos, cuestión central del Estado de bienestar

Comparación entre sistemas jurídicos

La comparación entre sistemas jurídicos suele tomar como criterios de análisis esencialmente las fuentes del Derecho, la posición de los jueces y tribunales respecto de aquellas, y los fundamentos externos que pueden ser más fuertes en sistemas vinculados a determinadas corrientes ideológicas o religiosas. En la actualidad y desde los orígenes de los estudios teóricos de los sistemas jurídicos se han distinguido los siguientes: sistema Romano germánico; sistema del Common law, Sistema jurídico socialista y el llamado Sistema de derecho musulmán (Fernández, 2017).

En relación con esos sistemas, se solicita en el presente ensayo determinar si el sistema jurídico ecuatoriano ha recibido influencias de los rasgos propios de las familias Romano germánicas,

Common law, Socialista y Derecho de los Estados Unidos; de este último Derecho mencionado puede afirmarse que en lo que se refiere al Derecho privado y la posición de los jueces corresponde al Common law inglés de donde tiene su base, pero en Derecho público es en sí mismos, en lo principal, un sistema original (David, 1977, p. 292).

En cuanto a sus características, los autores consultados mencionan que en el Common law del cual es expresión el Derecho inglés y los países que fueron sus colonias (la India y Australia, por ejemplo) afirman que “el Derecho inglés no es un Derecho de origen universitario ni un Derecho de principios; es un Derecho surgido del procedimiento y elaborado por los prácticos (David, 1977, p. 276).

De igual manera se afirma que el common law se caracteriza por ser la ley común, “una ley que nadie ha promulgado pero que es conocida y practicada por todos los miembros de la comunidad en la que impera”; la expresión designa además un “derecho no escrito” (Fernández, 2017, p. 130). En resumen, se trata de un derecho de formación práctica y de enseñanza consuetudinaria antes que un derecho de origen doctrinal y de enseñanza teórica en las universidades.

En el caso del sistema jurídico Romano germánico se dice que los “tribunales y juristas de la familia romano-germánico sólo se sienten cómodos cuando pueden invocar, como base de la solución jurídica que preconizan y, que tratan de justificar, una o varios textos legales” (David, 1977, p. 81). En ello se diferencia notablemente del Common law como ya se explicó, al tener como referencia la ley y no la práctica jurisprudencial.

De ahí que en el análisis de las diferencias entre el sistema jurídico del Common law y sistema Romano germánico se afirma que la “única diferencia estriba en que, mientras los romanistas pretenden descubrir las soluciones justas del Derecho mediante una técnica que atribuye el máximo valor a la ley, los common law apuntan al mismo objetivo mediante una técnica que valora sobre todo las decisiones judiciales” (David, 1977, p. 82).

En relación con el llamado sistema jurídico socialista hay que tener en cuenta que los análisis que refieren al mismo como un sistema distinto a los demás se corresponden con los tiempos en que existían países socialistas como la Unión Soviética y los demás del Europa del Este, pero en la actualidad ese sistema se hace radicar en países como China, Corea del Norte o Cuba, por ejemplo.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, según las voces más autorizadas sobre el tema, que vivieron y escribieron en su momento sobre el Derecho soviético, en lo que se refiere al Derecho no político la estructura de fuentes, instituciones y procesos eran muy similares a los del Derecho occidental, aunque con una cobertura ideológica distinta que era el llamado marxismo leninismo. Con la elaboración de la llamada Teoría Socialista del Estado y del Derecho se establecieron algunos dogmas que buscaban un distanciamiento del derecho occidental que nunca se produjo por completo como señala Carrillo (2003).

Uno de esos dogmas es que “no existe distinción entre Derecho público y Derecho privado” (Fernández, 2017, p. 133), cm tampoco existe diferencia entre Estado y Derecho (son el mismo fenómeno visto desde perspectivas distintas se decía), así como la concepción del Derecho según la cual éste sería un instrumento de dominación de una clase social sobre otra, que su destino era la desaparición en favor de una sociedad sin Derecho donde las personas se guarían únicamente por la moral socialista (Carrillo, 2003).

Al respecto es representativa la obra de Evgueni B. Pashukanis, considerado por muchos (Kelsen entre ellos) como el representante más prominente de la teoría jurídica soviética. En su obra más importante, Teoría General del Derecho y marxismo, intentó aplicar al estudio del Derecho el método empleado por Marx en su estudio de las relaciones económicas. Después de haber ocupado cargos importantes en

los primeros años de la Revolución de Octubre, fue víctima de la represión estalinista y desapareció durante los procesos de Moscú de 1937 (Pashukanis, 2008).

Las explicaciones precedentes permiten identificar algunos rasgos del sistema jurídico ecuatoriano que es el tema central del ensayo. Mucho de lo explicado respecto del sistema jurídico Romano germánico (también llamado Romano francés) es propio del sistema jurídico ecuatoriano que se ubica en las coordenadas generales de aquella familia jurídica. En cuanto a su estructura de fuentes la Constitución de la República 2008 es clara (Asamblea Constituyente, 2008):

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

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

Aquí se puede apreciar que la primacía de las fuentes dentro del sistema jurídico corresponde a la ley en sentido formal (aprobada por la autoridad competente) y material (determinadas relaciones sociales o materias cuentan con reserva de ley orgánica); también este artículo establece el criterio y las autoridades competentes para dirimir conflictos de normas, lo cual debe hacerse, evidentemente, con base en otras normas, siguiendo el principio de jerarquía establecido en ese artículo como obligatorio.

Desde el punto de vista técnico el ordenamiento jurídico ecuatoriano también se corresponde con el sistema Romano germánico: existe distinción entre creación de las leyes (la Función Legislativa y la Función Ejecutiva como colegisladora), aplicación de las leyes (jueces y tribunales) y ejecución (de nuevo la Función Ejecutiva) como corresponde en un Estado de Derecho democrático basado en la separación de poderes, idea esencial proveniente del constitucionalismo como escuela de pensamiento. En esa estructura, el juez se configura como intérprete y aplicador de la ley, pero no como creador por vía jurisprudencial, como sucede en el sistema del Common law.

En resumen, en el sistema jurídico ecuatoriano el Derecho es en sentido estricto la ley en sentido formal y material; es decir, el Derecho positivo dictado por las autoridades competentes mediante el procedimiento correspondiente y sobre las materias que caen bajo su ámbito de acción, y que son sometidas a control de constitucionalidad por la Corte Constitucional, y revisada su aplicación a través de las garantías jurisdiccionales que conocen y resuelven los jueces de primer nivel.

Sobre estas garantías y el papel de los jueces, la Corte Constitucional ha establecido varios criterios que no es posible resumir en un ensayo de las dimensiones del presente, pero en lo principal, la acción del organismo ha estado encaminada a evitar el abuso de las garantías. En general, la Corte Constitucional cuenta, al menos, con tres mecanismos para la corrección de la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales: 1) acción extraordinaria de protección, 2) acción de incumplimiento, y 3) selección y revisión. Estos tres procesos constitucionales se ventilan en la Corte Constitucional; sin embargo, mientras los dos primeros se activan a instancia de parte, el tercero lo activa de oficio dicho organismo.

Cuando los jueces de primer nivel permiten el uso abusivo de estas garantías, pueden ser corregidos por la Corte Constitucional, o por el Consejo de la Judicatura, en ese proceso, todo ello motivado por la entrada en vigencia de la Constitución del 2008 con su sentido garantista y la inclusión de principios y derechos de contenido difuso que obligan a su interpretación en sentido progresivo y teleológico para

garantizar la vigencia de los derechos constitucionales; una jurisprudencia anclada en esos presupuestos evidentemente adquiere un valor distinto de aquella que se basa únicamente en la interpretación y aplicación de la ley.

Dos de los autores consultados refuerzan ese argumento: por ejemplo, González (2009) expresa que “la argumentación jurídica está ubicada esencialmente en el discurso justificado de la judicatura, es decir, su objeto de estudio está concentrado particularmente en los argumentos de los jueces” (p. 23). Siendo así, las diferentes concepciones de la argumentación jurídica (descriptiva o normativa, formal o material) se enfocan en el juez y su decisión expresada de forma motivada en la sentencia, la cual se construye en gran medida a partir de los argumentos de los sujetos procesales.

También Pérez (2012) relaciona la argumentación jurídica con el rol del juez: “motivar es justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa. La motivación debe mostrar que la decisión adoptada está legal y racionalmente justificada sobre la base de aquellos elementos que la fundamentan” (p. 1). Por tanto, la forma más adecuada de abordar la importancia de la argumentación jurídica en la labor de los operadores de justicia es enfocarse en el rol del juez.

De lo dicho se puede afirmar que en la actualidad la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha revalorizado a partir del rol que ha venido cumpliendo esa institución en la interpretación de la Constitución y la protección de los derechos humanos mediante las garantías jurisdiccionales, hasta el punto de haber modificado el propio texto de la Constitución en la Sentencia 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario) como se explica más adelante.

Influencia de la escuela jurídica antiformalista

Para determinar la posible influencia de la escuela pensamiento jurídico antiformalista hay que hacer algunas precisiones; en primer lugar, que el antiformalismo más que una escuela de pensamiento en sentido estricto es una forma de reaccionar ante la interpretación o aplicación formalista de la ley, y así se puede hablar de la reacción antiformalista del siglo XIX encabezada por el llamado “segundo Ihering” en contra de la Escuela de la exégesis.

De manera resumida se puede afirmar que en la segunda mitad del siglo XIX se produjo la llamada revuelta antiformalista que en la cultura jurídica francesa la reacción se dirigió contra el modo de entender el derecho derivado de la Escuela de la Exégesis: el formalismo legal; en la cultura germana contra el formalismo conceptual al que se llegó por vía de la Escuela Histórica y; en la cultura norteamericana jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound y el realismo jurídico se opusieron decididamente a la manera en que tradicionalmente se había enseñado y practicado el derecho en sede judicial; la reacción fue contra el formalismo jurisprudencial (Fassó, 1981).

Otra revuelta antiformalista se dio en el siglo XX como reacción al positivismo del Hans Kelsen y su Teoría pura del Derecho; el autor más relevante de ese antiformalismo fue Herbet Hart en su obra El concepto de derecho (1961), quien construyó su teoría a partir de una concepción en la que, por una parte, defiende la tesis de que el derecho debe incorporar un “contenido mínimo de derecho natural” (p. 239) y, por otra, la idea de que la regla de reconocimiento se define a partir de su “adecuación a la práctica de identificación de normas de sus destinatarios” (p. 137).

Desde un punto de vista general se puede afirmar que se advierte en el sistema jurídico ecuatoriano la influencia de la escuela de pensamiento jurídico antiformalista, concretamente de la reacción contra el formalismo de Kelsen donde además de Hart existe una pléyade de autores que incluyen a Ronald Dworkin en el ámbito norteamericano, así como John Finnis, por solo citar algunos. Esa influencia se manifiesta en la interpretación del derecho basada en principios y derechos humanos, donde en lugar

de aplicarse la ley en su sentido literal, se hace mediante la ponderación de principios y derechos para maximizar su vigencia en beneficio de sus titulares.

El antiformalismo se puede apreciar en la Sentencia 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), singularmente en los métodos de interpretación aplicados por los jueces. Los jueces del voto de mayoría utilizaron como métodos para llegar a su resolución los siguientes: interpretación literal y aislada: restrictiva, interpretación literal y sistemática: favorable a los derechos, interpretación más favorable a los derechos e interpretación evolutiva y los textos normativos como instrumentos vivos. Además de los métodos indicados, aplicaron el principio de ponderación entre el derecho a la familia, el derecho al matrimonio, y el deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos con relación al matrimonio definido en el artículo 67 de la Constitución.

Asimismo, un test de razonabilidad, para determinar la diferencia entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo, y verificar si es razonable que esas diferencias justifiquen una distinción que tenga como consecuencia la prohibición de que las últimas no puedan contraer matrimonio, y que esa prohibición tenga asidero en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la jurisprudencia interamericana, sean sentencias u opiniones consultivas.

Resumen de los antecedentes de la Sentencia 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)

En la sentencia hubo una votación dividida de los jueces de la Corte Constitucional, (en ocasiones CC): 5 jueces a favor de la sentencia del juez ponente, uno suscribió un voto salvado y los otros tres se adhirieron a este último. Además de la diferencia en cuanto al fondo del asunto y la solución aprobada por la mayoría, se advierten diferencias importantes en los métodos de interpretación aplicados por la mayoría y los que suscribieron el voto salvado, tal como se explica a continuación.

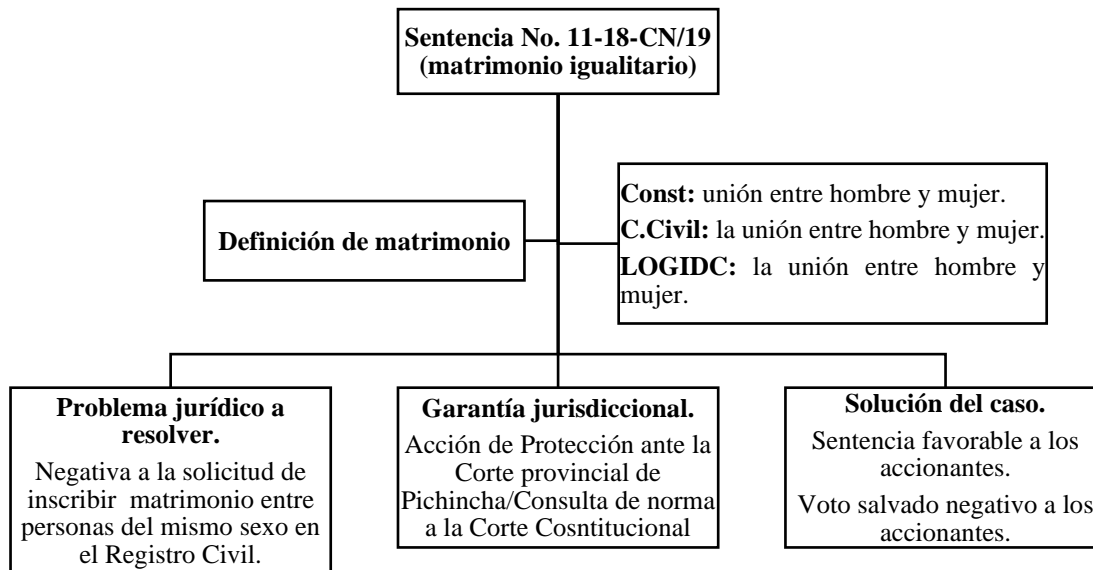
La CC declaró la inconstitucionalidad del artículo 67 segundo párrafo de la Constitución, que definía el matrimonio como “la unión entre hombre y mujer”, para admitir como legal el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esa misma definición se puede encontrar en el artículo 81 del Código Civil vigente (matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”), y en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación).

La finalidad extender la definición del matrimonio a supuesto no previsto en las normas indicadas, fue expresada en términos finalistas, buscando mitigar o eliminar los estereotipos, tradiciones e intolerancia hacia las personas diversas que, con distintos grados de radicalización, acaban discriminando, generando la homofobia, lesbofobia y transfobia que impulsan los crímenes de odio.

Al final, como escribió Antonio Torres del Moral (2005), “la norma dice lo que los que la interpretamos decimos que dice” (p. 9); y eso fue lo que hizo la Corte en la sentencia comentada. Las dificultades del caso radican más bien en esas manifestaciones sociales y no en las normas o los hechos que en ambos casos eran meridianamente claros en cuanto a la solución más simple y ajustada a Derecho. Para comprender mejor el caso y los argumentos que lo convirtieron en un caso polémico, pero no difícil, conviene representar gráficamente el árbol de problemas resuelto en la sentencia.

Figura 1

Acción de protección – matrimonio igualitario



Aplicación directa de la Constitución

La aplicación directa de la Constitución es uno de los postulados básicos de la teoría y la práctica constitucional en la actualidad; ya no se mira a la Constitución como un texto programático o un proyecto político, sino como una norma que no requiere desarrollo legislativo para ser aplicada, en cuyo desarrollo puede intervenir además la jurisprudencia cuando se trata de derechos tal como lo prescribe el artículo 11 numeral 8 del texto vigente (el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas).

En la sentencia objeto de análisis la Corte aplicó de manera directa el artículo 426 de la Constitución: 426: 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. Ese fue el fundamento para aplicar la Opinión Consultiva de la Corte IDH que sirvió de base a la decisión.

Principio de favorabilidad

El artículo 11 de la Constitución establece como principio de aplicación de los derechos el principio de favorabilidad (5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia), en virtud de ello lo que hizo la Corte fue interpretar las normas de la Constitución y del Código Civil (ver árbol de problemas) como una definición que no obliga, prohíbe o permite hacer algo, sino como un enunciado no prescriptivo que no exige adoptar ningún curso de acción, por lo que su interpretación puede ser extensiva siempre que favorezca la vigencia de los derechos.

Respecto al bloque de constitucionalidad cabe señalar que en virtud del mismo "las normas sobre derechos fundamentales que constan en instrumentos internacionales, y que basta con la remisión a ellas que hace la Constitución para que deban ser incorporados y considerados por los poderes públicos tanto a nivel legislativo como jurisdiccional" (Góngora, 2014). De esa manera viene a complementar el orden jurídico interno en materia de derechos fundamentales, y obliga a los poderes públicos a ajustarse a las exigencias que se derivan de su contenido.

Aplicado en la sentencia en cuestión, la Corte Constitucional consideró que del texto constitucional se desprende que i) los derechos se encuentran en el texto de la Constitución; ii) los derechos se encuentran, además, en los instrumentos internacionales de los derechos humanos; y, iii) los derechos se encuentran fuera del texto constitucional y de los instrumentos internacionales. A estos últimos se los conoce como derechos innominados. Consecuentemente, el efecto del bloque de constitucionalidad sobre el ordenamiento jurídico ecuatoriano es la aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Peso de las opiniones consultivas

Según la argumentación desplegada en la sentencia, la opinión consultiva tiene el mismo peso de un instrumento internacional de derechos humanos, y, por tanto, integral el bloque de constitucionalidad, y debe ser aplicada directamente, aun en el caso en que el Estado no haya sido el consultante. La posición de la Corte es que la opinión consultiva es un instrumento internacional de derechos humanos, conforme reconoce la Constitución, y directa e inmediatamente aplicable en Ecuador.

Sobre la consulta de normas

En la referida sentencia la Corte argumenta que la consulta de norma la puede realizar cualquier juez o jueza en un caso concreto, cuando considera que tiene una duda razonable y motivada sobre una norma jurídica que es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ni la Constitución ni la ley excluyen la posibilidad de que esta norma jurídica pueda ser una norma de la misma Constitución. En el caso concreto, se trata de una norma constitucional que podría ser incompatible con un texto convencional de derechos humanos y a su interpretación realizada por su órgano de interpretación auténtica.


De lo dicho se desprende que la consulta de norma procede cuando un juez o tribunal considera que la norma en cuestión puede ser contraria a la Constitución o su aplicación lesiva para los derechos constitucionales, por lo que puede suspender su aplicación hasta recibir una respuesta de la Corte Constitucional.

CONCLUSIÓN

Del análisis realizado se concluye que el Estado liberal es la primera fase de desarrollo del llamado Estado burgués, y se caracteriza por la primacía de las libertades de las personas y la mínima intervención del Estado, en un contexto político y jurídico delimitado por una Constitución en que se establecen los fundamentos de la organización política de la sociedad, los derechos básicos del individuo y las relaciones del Estado con los ciudadanos. En esa forma de Estado tienen su origen y consolidación los derechos humanos de la primera generación, llamados derechos civiles y políticos, donde se exige del Estado una actitud garantista para asegurar que se cumplan las leyes, pero con intervención reducida en aspectos como la redistribución de la riqueza o la búsqueda de la igualdad material, más allá de la igualdad formal proclamada en las leyes.

REFERENCIAS

- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial de 20 de octubre.
- Atienza, M. (2011). Introducción al Derecho. Distribuciones Fontamara.
- Bastida, F. (2005). 2El fundamento de los derechos fundamentales. *Redur*(3), 41-56.
- Carrillo, Y. (2003). Walter. Marxismo, Derecho y Poder en Cuba (notas para unprograma de investigación). Anuario de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. <https://doi.org/https://www.uv.es/cefd/16/Carrillo.pdf>
- David, R. (1977). Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Editorial Aguilar.
- Fassó, G. (1981). Historia de la Filosofía del Derecho, tomo 2. Pirámide.
- Fernández, P. (2017). Estudios de derecho comparado. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Góngora, M. (2014). La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción de un ius comune latinoamericano. En A. Bogdandy, & F. Héctor, *Ius Constitutionale comune en Latinoamérica* (págs. 301-327). México, D.F: UNAM.
- González, M. (2009). La concepción formal, material y pragmática de la argumentación jurídica y su aplicación en el análisis de sentencias. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 23-50. Recuperado el 20 de enero de 2022, de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/32253/29248>
- Hart, H. (1961). El concepto de derecho. Abeledo-Perrot.
- Iparraguirre, V. (2003). La Constitución económica en el Perú y en el derecho comparado. Lima: UNMSM.
- Pashukanis, E. (2008). Teoría general del derecho y marxismo. Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social. <https://doi.org/2016>
- Pérez, J. L. (2012). La motivación de las decisiones tomadas por cualquier autoridad pública. *Revista Derecho y Cambio Social*(27), 1-12. Recuperado el 23 de enero de 2022, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5496561>
- Sanz, R. (2016). Retos de la eficacia de los derechos humanos en España y la Unión Europea. México: CNDH.
- Sordo, R. (2006). Liberalismo, representatividad, derecho al voto y elecciones en la primera mitad del siglo XIX en México. En M. Moreno, & M. González, *La génesis de los derechos humanos en México* (págs. 529-566). México: UNAM.
- Torres, A. (2005). Interpretación teleológica de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, 9-40.
- Villabella, C. (2014). Derechos Fundamentales y Derechos de la personalidad. Una relación conceptual no siempre bien resuelta. *Derecho Civil Constitucional*, 8095.
- Zweigert, K., y Kötz, H. (2002). Introducción al derecho comparado. Oxford University Press.

Todo el contenido de **LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades**, publicados en este sitio está disponibles bajo Licencia [Creative Commons](#) .